LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
GÜNTHER JAKOBS

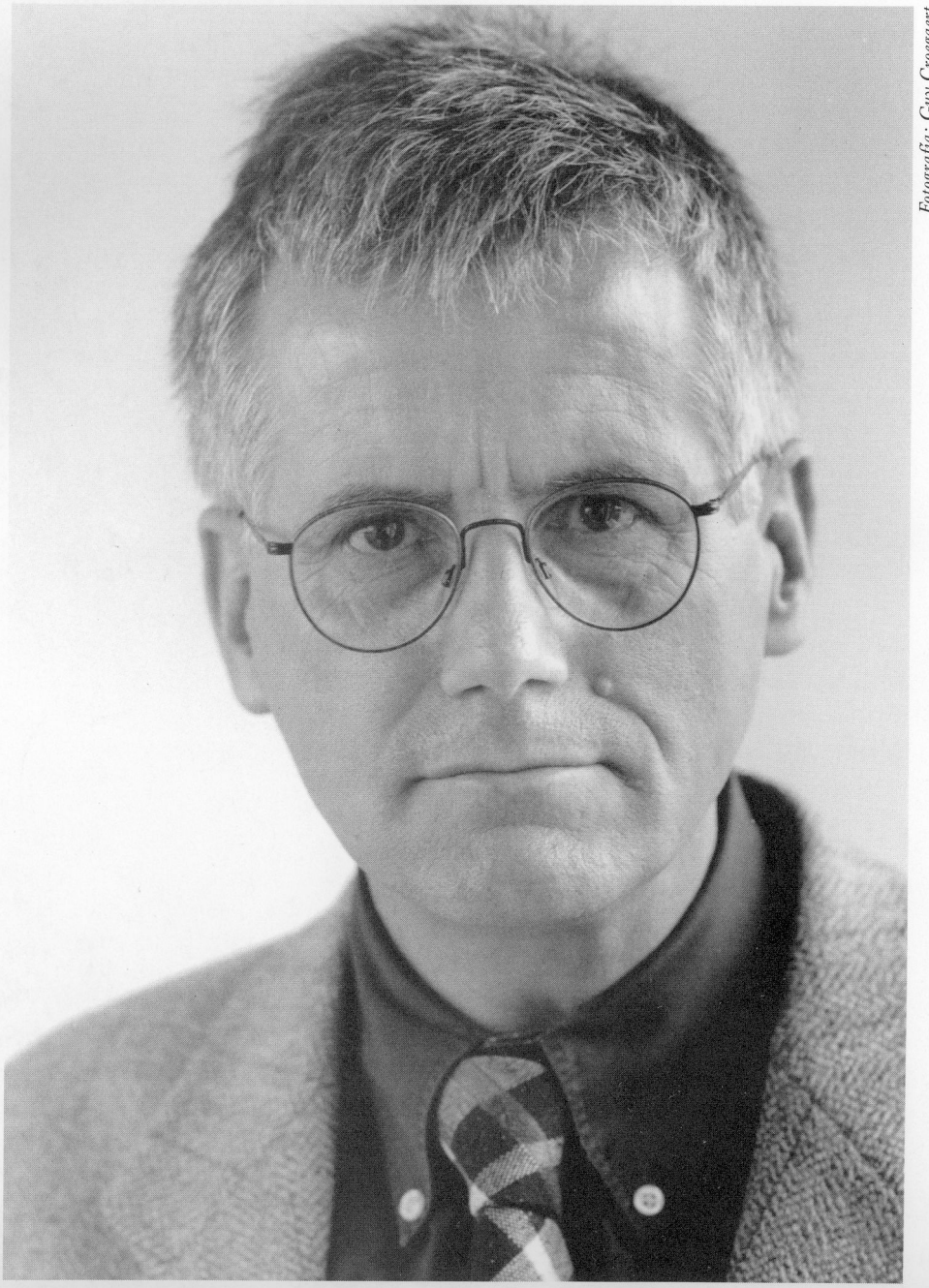
EL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL

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



EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Coordinador

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN FILOSOFÍA Y DERECHO



Fotografia: Guy Croegaert

Profesor Doctor Günther Jakobs

EDUARDO
MONTEALEGRE LYNETT
(COORDINADOR)

EL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR GÜNTHER JAKOBS

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
GÜNTHER JAKOBS
PILAR GONZÁLEZ-RIVERO
MANUEL CANCIO MELIÁ
ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
MARCELO A. SANCINETTI
JAIME BERNAL CUÉLLAR
JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES
JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES
TERESA MANSO PORTO
BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ
JAIME LOMBANA VILLALBA

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

ISBN 958-616-692-9

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

Primera edición: febrero de 2003.

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

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

CONTENIDO

INSTALACIÓN Y CLAUSURA 9

PALABRAS DEL DR. FERNANDO HINESTROSA, RECTOR DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA 9

PALABRAS DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN LUIS CAMILO OSORIO 11

DISCURSO DE CLAUSURA DE EDGARDO MAYA VILLAZÓN, PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN 16

Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs
Eduardo Montealegre Lynett 21

PRIMERA PARTE
ASPECTOS GENERALES 37

¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?
Günther Jakobs 39

El fundamento de las penas y las medidas de seguridad
Pilar González-Rivero 57

Personalidad y exclusión en derecho penal
Günther Jakobs 71

Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito
Manuel Cancio Meliá 91

El funcionalismo en la sociología actual
Álvaro Orlando Pérez Pinzón 117

Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales
Marcelo A. Sancinetti 133

Bloque de constitucionalidad y derecho penal
Jaime Bernal Cuéllar 187

SEGUNDA PARTE
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 209

Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva
Manuel Cancio Meliá 211

El concepto de deber jurídico
Jorge Fernando Perdomo Torres 229

Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión:
sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad
Jorge Fernando Perdomo Torres 251

Delito de infracción de deber
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles 271

TERCERA PARTE
IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD 289

Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto
Pilar González-Rivero 291

Efectos jurídico-penales del error de prohibición
en los sitemas colombiano, español y alemán
Teresa Manso Porto 307

CUARTA PARTE
PERSONAS JURÍDICAS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN 323

¿Punibilidad de las personas jurídicas?
Günther Jakobs 325

¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?
Bernardo Feijóo Sánchez 349

Medios de comunicación y derecho penal
Jaime Lombana Villalba 385

QUINTA PARTE
TEMAS DE PARTE ESPECIAL 423

Sobre el concepto de delito contra la persona
Günther Jakobs 425

La consumación en los delitos contra el medio ambiente:
comparación de los modelos colombiano, español y alemán
Teresa Manso Porto 445

Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles 463

INSTALACIÓN Y CLAUSURA DEL TERCER SEMINARIO DE FILOSOFÍA Y DERECHO CONTEMPORÁNEO

PALABRAS DEL DR. FERNANDO HINESTROSA, RECTOR DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Las discusiones del derecho penal actual giran en torno a un nuevo sistema de derecho penal, edificado sobre la base de criterios normativos: el funcionalismo. Este sistema se caracteriza por el abandono de las categorías ontológicas y prejurídicas sobre las cuales se había construido la teoría del delito en los cien años anteriores. Al plantear que las estructuras del delito dependen de los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad, empieza un giro copernicano en la concepción del delito y se abre el camino para una renormativización de sus elementos fundamentales. La aparición de la moderna teoría de la imputación objetiva –que entre otras cosas tuvo origen en el derecho civil, como lo demuestra el trabajo de KARL LARENZ sobre la imputación en HEGEL– se encuentra enmarcada en esta línea de pensamiento.

El profesor GÜNTHER JAKOBS constituye en la actualidad el pensador más representativo del funcionalismo en derecho penal. Con razón CLAUS ROXIN, en 1984, al escribir un comentario sobre la obra de JAKOBS, afirmaba que ella significaba la elaboración más audaz y original sobre el funcionalismo y, además de condensar el estado de la discusión de los últimos veinte años, marcaría la controversia intelectual en los próximos treinta. La historia le ha dado la razón a ROXIN. No hay en la actualidad ningún escrito, ninguna conferencia, ningún manual de derecho penal moderno que en uno u otro sentido no se refiera al pensamiento de JAKOBS.

JAKOBS es actualmente el director del "Seminario de Filosofía del Derecho" en la Universidad de Bonn. Posición que tradicionalmente ha sido ocupada por los grandes pensadores del derecho penal, como lo demuestra el hecho de que sus antecesores fueron ARMIN KAUFMANN y HANS WELZEL. Como discípulo de WELZEL, se le encargó la misión de actualizar su libro de parte general. Sin embargo, fue tal la originalidad del pensamiento de JAKOBS que esta tarea inicial se abandonó para presentar, de manera totalmente autónoma e independiente de la obra de su maestro, el primer libro de parte general escrito en Alemania sobre la base de un sistema funcionalista de la teoría del delito. Resulta una verdadera paradoja que el trabajo de demolición de ese gran edificio conceptual constituido por el finalismo lo hubiere iniciado y concluido precisamente el discípulo más brillante de WELZEL, y a quien precisamente se le había encargado la tarea de actualizar su manual.

JAKOBS se caracteriza por su creatividad y es el primer autor que lleva hasta sus últimas consecuencias los postulados del funcionalismo. A través de un replanteamiento de la filosofía de HEGEL, con base en la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN, entiende que la finalidad del derecho es la estabilización de expectativas sociales. Con base en esta idea rectora, construye una teoría de la pena que se conoce como la "prevención general positiva", y sobre ella fundamenta las categorías centrales de la teoría del delito. Este planteamiento trae como consecuencia la renormativización de la teoría del delito, porque ya no van a jugar papel las "estructuras lógico-jurídicas" que sirvieron de base al finalismo. Los elementos naturales del delito, como la causalidad y el conocimiento, se reemplazan por criterios normativos como la delimitación de ámbitos de competencia.

La exigencia de una posición de garante en los delitos de acción y la elaboración de una teoría del tipo unitaria, que explique bajo unos mismos postulados los delitos de acción y de omisión, son dos de sus grandes aportes a la teoría del delito. Lo mismo puede afirmarse de sus planteamientos sobre los fines de la pena, y las relaciones entre culpabilidad y prevención. JAKOBS construye su sistema con base en las estructuras sociales. Por esta razón, su teoría de las posiciones de garante y los fundamentos de la responsabilidad, según se trate de deberes negativos o positivos, se fundamenta en los roles que el sujeto juega en sociedad. Si bien era un antiguo anhelo de la ciencia del derecho penal, ningún sistema había logrado fundamentar las categorías dogmáticas con base en la realidad social. Esta búsqueda la concreta la obra de JAKOBS, quien con base en los planteamientos de LUHMANN sobre los sistemas sociales fundamenta toda su teoría de la imputación. Por ejemplo, en la exigencia de mirar al destinatario de la imputación como titular de un rol y la concepción del derecho en los sistemas complejos, que sirven para facilitar los contactos anónimos.

Invitado por la Universidad Externado de Colombia vino por primera vez a Bogotá y a Latinoamérica el profesor GÜNTHER JAKOBS. En aquella oportunidad, ya lejana en el tiempo, presentó a consideración de Hispanoamérica los lineamientos fundamentales de su teoría del delito. Con la publicación de un libro sobre la "imputación objetiva", que condensa los aspectos centrales de su pensamiento en la materia, nuestra Casa de Estudios inició desde 1994 una labor de divulgación de la obra de quien es considerado como el autor más representativo del funcionalismo en derecho penal. Las conferencias y artículos más relevantes de su trabajo han sido divulgados en América a través del Externado. JAKOBS se constituyó desde esa época en la brújula intelectual de nuestra universidad en materia penal, y con orgullo podemos decir que gracias a su influencia hemos podido abrir nuevas fronteras en la discusión de los mo-

dernos problemas del derecho penal. Nuestros profesores y estudiantes han sido aceptados en el seminario que dirige JAKOBS en la Universidad de Bonn, donde son acogidos con fraternidad.

Además de sus aportes intelectuales a la teoría del delito, debemos reconocer en JAKOBS su calidad humana, su inquebrantable sentido de la amistad y solidaridad. Son muchísimas las muestras de cariño y afecto que ha brindado no sólo a nuestra universidad, sino a los profesores y estudiantes de nuestra Casa de Estudios que han tenido el privilegio de ser sus discípulos. Siempre encontrará en nuestra universidad un lugar especial, y su presencia en este recinto de la juventud colombiana claramente nos señala que estamos recorriendo el camino que hace ocho años abriera en estas mismas aulas.

Gracias profesor JAKOBS, en nombre de la juventud colombiana.

PALABRAS DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN LUIS CAMILO OSORIO

Ocasión propicia constituye este tercer seminario sobre "Filosofía y derecho contemporáneo", promovido en la Universidad Externado de Colombia por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, para rendir homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS, quien honra a este claustro, a sus estudiantes y profesores, y también a la academia de nuestra Nación, donde se le rinde diario reconocimiento con el estudio y aplicación de sus profundas creaciones y reflexiones jurídicas, parte del acervo necesario de nuestras altas cortes en sus providencias y fundamentación de juristas y litigantes, en pro y en contra, para argumentar alegaciones o sentar doctrina.

El profesor JAKOBS, de quien Colombia tiene motivos abundantes para estar reconocida por la deferencia de ser su primer país visitado de este continente, por interesar e interesarse de nuestra problemática jurídica dando a conocer el trabajo científico y la divulgación de su profunda y extensa obra, tiene además en esta *alma mater* del Externado larga y meritoria lista de discípulos, incluido el actual magistrado de la Corte Constitucional EDUARDO MONTEALEGRE y otros destacados juristas que enriquecen la galería de autores que con buen suceso han sabido servir como sus intérpretes y promulgadores; alguno de ellos con audacia afirma: "mis propuestas van más allá de los planteamientos hechos por el profesor JAKOBS"[1].

---

1 YESID REYES. *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1996.

El hecho es que hoy, y aquí, estamos todos reunidos para enaltecer también la cátedra y el libre examen como corresponde a esta Casa de Estudios, con orgullo así denominada por el profesor FERNANDO HINESTROSA, por tradición la más liberal, desde la óptica filosófica del saber.

Mi presencia aquí, además del accidente de la función que cumplo y la generosidad de su anfitrión, puede obedecer al hecho de que por más de dos lustros he hecho parte del grupo docente de derecho público que oficia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y en los posgrados, o, más seguramente, a que hace cerca de 30 años estuve matriculado en la Friedrich Wilhelm Universität de Bonn donde el profesor JAKOBS ha sido catedrático en filosofía del derecho y de derecho penal durante varias generaciones, y, finalmente, a que soy admirador de su obra, sus logros y realizaciones académicas.

La filosofía del derecho "quiere saber qué es el derecho, mas no respecto de la vida jurídica, sino respecto de toda la vida, para comprender por qué aquel existe en ésta" (Pietro Piovani).

La filosofía del derecho es filosofía, como lo explica el autor citado: "no quiere saber qué es el derecho respecto del derecho, sino respecto de la vida".

Cuando se trata de la esencia humana, la filosofía renueva constantemente la vocación innata del hombre a reflexionar sobre sí mismo. Cuando la meditación filosófica vincula el pensamiento a sus postulados fundamentales es que, en realidad, el ser humano sabe conocer, sabe obrar y actuar. La proyección filosófica no es simplemente obrar, sino saber obrar; no es conocer, sino saber conocer. El problema del concepto universal del derecho es el cometido esencial de la jusfilosofía, aquel para cuya respuesta racional ésta nació. Situaciones como la de la validez y la vigencia jurídica y las consideraciones teleológicas y valorativas no tienen más sentido que el de rutas inequívocas para llegar a un concepto del derecho.

La fenomenología, la influencia de las corrientes sociológicas modernas y la filosofía de la existencia y de la vida condujeron a la filosofía del derecho a una nueva reflexión acerca del ser jurídico, inicialmente suscitada por aquellas direcciones neokantianas que enfrentaron el ser y el deber ser e insertaron al derecho en el ámbito puramente ideal de lo normativo, claro está, entendido ello como normatividad lógica. No obstante, lo fundamental concierne en la jusfilosofía al problema ontológico, pues lo que en definitiva hay que resolver es el cuestionamiento acerca de la realidad del derecho, lo que el derecho es en realidad.

Parece, no obstante, que esta época cibernética fuera poco propicia para la especulación filosófica, y, en cuanto se refiere a la filosofía del derecho, que los

avances de la ciencia y de la sociología, y el desgaje de nuevas ramas del saber, apuntaran hacia su inutilidad. Sin embargo, precisamente cuanto más progresa la racionalización más necesita el hombre constituirse en libertad para realizar su misión auténtica, cual es la comunicación con los demás acerca de las cuestiones fundamentales de la existencia, y en esta perspectiva la filosofía del derecho es hoy más vital que nunca. El derecho penal entonces logra sentido y explicación en la naturaleza filosófica de su entrañable esencia.

En esta hora el derecho penal busca explicación en contenidos valorativos que promueven la injerencia de criterios político-criminales en definiciones acerca de la entidad de la pena, del error relevante y de la propia función del mencionado derecho. Pero, además, encuentra justificación conceptual y pragmática en la urdimbre que logra con los principios y valores de la Carta Fundamental y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Incurriría en grave falta invadiendo campo que no me corresponde al pretender, en vano, penetrar la erudita tarea académica que acabamos de emprender sobre el examen del sistema penal creado por el invitado, bajo la denominación del funcionalismo, su teoría sobre la culpabilidad acudiendo a conceptos como el contexto social, el contenido de la imputación objetiva o los muy contemporáneos como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, del que se ocupará él mismo más tarde.

"El mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto" (GÜNTHER JAKOBS).

Sin embargo, una breve licencia para destacar la obra del profesor JAKOBS, en cuanto apunta a entender que el mundo de la cultura y de las clasificaciones axiológicas no opera regido por el principio de causalidad, sino impulsado por el orden normativo, que se desenvuelve en el ámbito de lo social. Es de este modo como dichas categorías no se causan, ya que únicamente se imputan a personas determinadas, según criterios objetivos de regulación de las conductas, como queda planteado en sede de imputación objetiva.

La naturaleza dialéctica del ser humano prolonga, incesantemente, la controversia intelectual, como la que hoy se suscita entre las tendencias subjetivistas y objetivistas del derecho penal. Por supuesto que la mencionada disputa difiere de la sostenida entre causalismo y finalismo, doctrinas de las que las conceptuaciones del profesor se apartan por considerar que no son –la una ni la otra– las que determinan la ilicitud de una conducta ya que el criterio lo establece el contexto social, el cual varía en cada sociedad. Lo fundamental gravita en torno del teleologismo material valorativo o, por otra vertiente, del

funcionalismo sistémico que finalmente ha replanteado JAKOBS con notorio éxito en el mundo científico y académico.

En este contexto, la relevancia de las teorías del profesor JAKOBS, nutridas por las variantes del funcionalismo sociológico, serán parte de las discusiones, previo análisis que deberán tener en consideración por la excepcional situación de nuestro país, en particular en aspectos tan esenciales como la denominada posición de garante.

> El moderno derecho penal de orientación normativista se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX –predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX– edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable o cognoscible.
>
> EDUARDO MONTEALEGRE, magistrado de la Corte Constitucional

EL CONFLICTO COLOMBIANO

No ha de resultar impertinente, ante tanta generosidad que su visita nos significa y el interés especial que ha mostrado por las instituciones jurídicas de nuestro país, que tenga en consideración, en tratándose del contenido sociológico en que edifica el soporte del sistema penal acuñado sobre la base del análisis de la sociedad actual con sus avances tecnológicos y técnicos que se plantean, la singular situación de esta atormentada nación, donde la coyuntura de dicha sociedad presenta uno de los cuadros más dramáticos para nuestra propia historia y no repetible en país alguno de los que nos rodean. Tenemos los más altos índices de criminalidad en materia de narcotráfico, terrorismo, violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en corrupción, secuestro y extorsión, y todas las modalidades de homicidio en las formas más crueles, de todo lo cual sentimos gran vergüenza como país, pero también pundonor de saber que la comunidad entera y sus autoridades tenemos la voluntad de combatirla con severidad y eficacia. Los colombianos sabemos de la inmensa responsabilidad para superar la impunidad, combatir la criminalidad, castigar a los responsables de conductas punibles y generar bases sólidas de convivencia

en paz. A ello apunta precisamente la preocupación que asiste, desde siempre, a quienes como operadores de justicia nos corresponde esta alta función de Estado.

Como es bien sabido, el sistema judicial penal en Colombia, al cual se referirá el magistrado FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL en este seminario, es único por cuanto al órgano de investigación, cuyo titular es la Fiscalía General, le son propias también otras funciones de carácter judicial que involucran medidas de aseguramiento, incluida la detención de personas y la muy controvertida de valorar y calificar el sumario acusando o precluyendo, dentro de la investigación. La contundencia de poderes acumulados en este organismo que dirijo mostró en sus primeros diez años que políticos y altos servidores del Estado corruptos, narcotraficantes pertenecientes a grandes mafias, cabecillas de grupos armados ilegales de distintos orígenes y autores de todos los delitos de lesa humanidad, y en general delincuentes de toda calaña, fueron objeto del peso de la justicia. Sin embargo, estos esfuerzos no han sido suficientes, a la par que para el resto de conductas punibles, de las que son víctimas más del 90% de los habitantes; las realizaciones han sido pocas, y tampoco se evidencia la fortaleza que justifique, en contraste, una fuerte crítica interna y del exterior sobre las limitadas garantías que ofrece.

En congruencia con lo anterior, me asiste una concepción política y jurídica que ha conducido a liderar un movimiento en virtud del cual se busca implantar un sistema judicial que realice los valores y los fines que se hallan en la médula de la filosofía penal contemporánea. En ese tipo de proceso, el acusador, mediante un conjunto de afirmaciones precisas y la aducción de pruebas que las demuestren, propone una tesis. El acusado, de la misma manera, propone una antítesis. El juez llega a la verdad y a la justicia por vía de síntesis. Es que el debate contradictorio es técnicamente el aparato psicológico más apropiado para garantizar la correcta aplicación de la ley y, por tanto, la satisfacción del interés público de justicia. Mediante la controversia, el juez puede reconstruir la verdad en tres dimensiones. Del mismo modo, si no existieran partes y controversia, el juez no podría ser imparcial. Este sistema, que se aproxima al acusatorio aplicable en la mayoría de países, incluida Alemania, debe resultar adecuado para una justicia más pronta y cumplida.

* * *

Con todo, ya para finalizar, profesor JAKOBS, no hay duda que el conflicto colombiano sólo divisa como fórmula de solución la paz jurídica, basada en la

aceptación del mundo normativo y de competencias por parte del Estado, los actores armados y la sociedad, escenario que obviamente no puede ser ajeno a la profundización de la democracia y la justicia social, en la medida en que quiera dignificar el compromiso.

La academia y los operadores jurídicos en Colombia nos sentimos estimulados en el pensamiento y en la acción por esta y otras teorías jurídicas, pero esperamos que sea la jurisprudencia de las altas cortes la que finalmente las ponga en su justa dimensión de servicio a la sociedad y al individuo.

Al acompañarlos en la inauguración de este seminario de acendrada connotación jusfilosófica, confío en las bondades que propiciará para el desarrollo jurídico penal de nuestro país, pues la eximia calidad de los conferenciantes así lo presagian. Bienvenido, profesor JAKOBS, y mil gracias, Maestro HINESTROSA.

DISCURSO DE CLAUSURA DE EDGARDO MAYA VILLAZÓN, PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Debo comenzar agradeciendo al Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, y en especial al profesor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, por la gentil invitación a la clausura de este evento, en el cual se han presentado intervenciones de notoria importancia científica para el desarrollo de nuestra política criminal, así como para el avance de la formulación dogmático-penal.

La reflexión sobre los sistemas penales ha cobrado una inusitada importancia en los países de lengua hispana y particularmente en Colombia, donde hemos tenido que diseñar la política punitiva para las más diversas formas de criminalidad, desde la delincuencia doméstica, pasando por la corrupción administrativa y el narcotráfico, hasta la delincuencia internacional. Se han realizado los más álgidos debates sobre cuál debe ser la forma más adecuada para preservar el Estado social en medio de una profunda crisis donde el único camino certero sigue y seguirá siendo la búsqueda incesante del derecho.

Por esas mismas razones, no cabe más que congratular las iniciativas académicas que permiten la discusión abierta sobre las condiciones teóricas y prácticas en las que se pueda desarrollar un derecho penal ajeno a las tentaciones de un poder punitivo desbordado y que no consulte el respeto por las garantías fundamentales sobre las cuales se levanta la libertad ciudadana.

La estrecha colaboración académica que existe entre la ciencia penal germana y los países de lengua hispana ha posibilitado la adecuación de nuestras instituciones penales a los desarrollos más importantes de esta disciplina en el último siglo, como quiera que el núcleo problemático desde el punto de vista teórico

resulta asimilable a muchos países. Además, las nuevas formas de delincuencia, particularmente la criminalidad organizada, han generado toda una serie de reflexiones sobre las fórmulas internacionales para combatir delitos como el lavado de activos, los daños ambientales, la manipulación genética, las transferencias financieras ilícitas o el tráfico de armas y materiales radioactivos, de tal manera que, como hoy se observa, la ciencia penal tiene más presupuestos de unidad que de diferencia, no obstante existir tradiciones y soluciones desde el punto de vista jurídico frente a los mismos problemas.

Como lo ha afirmado el ilustra profesor CLAUS ROXIN, el derecho penal del futuro se ocupará todavía de la interpretación y de la evolución del derecho nacional, pero su desarrollo en el siglo XXI corresponderá necesariamente a una dogmática internacional. Dentro de esta dogmática, seguramente prevalecerán los criterios de un derecho penal fundado sobre los criterios del daño social, el respeto del principio de la *ultima ratio* y la salvaguardia de los derechos individuales relativos a la libertad. Y en el mismo sentido, el plano internacional se proyectará a la búsqueda de soluciones doctrinales en donde necesariamente van a confluir las tradiciones del derecho anglosajón y el derecho continental, a propósito de lo que hoy se espera de la justicia penal internacional y de la puesta en marcha de una Corte Penal Internacional para la investigación y juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra que ofenden y vulneran los principios más caros sobre los cuales se edifica el moderno concepto de comunidad internacional.

Si hoy todavía recordamos a BECCARIA y su propuesta de un derecho penal liberal nos hace guardar una deuda especial con el iluminismo europeo, no es menos cierto que las sucesivas leyes de reforma del derecho penal europeo, y particularmente del derecho penal alemán, han dejado una estela académica reconocible en la alternatividad a las penas de prisión: la mínima utilización del derecho penal para solucionar problemas sociales y los límites de configuración de conductas penales por parte del legislador teniendo como referente la Constitución Política y los valores que ella protege. Seguramente los fenómenos de transmisión cultural también permiten apreciar en este contexto una deuda con España, si se tiene en cuenta la multiplicidad de intercambios que existen entre nuestros países y que hoy nos permiten hablar un lenguaje común en materia punitiva.

Ese lenguaje común ha partido de la discusión de la filosofía política contemporánea y la sociología del derecho, las cuales se proyectan a cumplir un papel decisivo en la construcción de una nueva cultura legal. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, en donde sólo existía una visión de la ciencia jurídica

informada por su racionalidad formal o por el deber ser, hoy asistimos a la probabilidad de que el derecho sirva como instrumento de transformación de los viejos principios que nos compadecen con la creación de sociedades pluralistas y democráticas. Lo que en la actualidad tenemos a la vista es un cambio profundo donde ciertos principios axiológicos condicionan los contenidos del derecho y de su producción, los cuales han pasado a ser principios positivos de derecho internacional.

Justamente, quien hoy homenajeamos, el profesor GÜNTHER JAKOBS, se ha dedicado a esta reflexión en dos ensayos relativos a la justificación de las muertes causadas en el otrora muro de Berlin por parte de los soldados de la antigua República Democrática Alemana. La recurrencia a la discusión de fórmulas filosóficas como aquella famosa de RADBRUCH y su proyección en el derecho internacional de los derechos humanos confirman esta nueva faceta en la construcción legal, especialmente para países que, como el nuestro, desean superar su pasado político sin dar paso a las amargas consecuencias de la nociva receta del perdón y el olvido.

La salvaguarda de los derechos fundamentales como principio irrenunciable ya nos ha puesto de presente que el mejor derecho penal no es aquel que se concibe como un sistema represivo perfecto, sino aquel que sea capaz de conciliar un eficiente control social con un grado máximo de libertad para los ciudadanos. De ahí la insistencia en la observación de los derechos humanos como principios propios de interpretación penal, que se muestran como diques contra la intromisión cada vez más intensa del Estado en la vida privada, no sólo de las personas sujetas a indagación sino también de las personas libres de indicios de comisión de hechos punibles que se convierten en medios para la investigación penal. Por esa razón creo que estos debates académicos seguirán siendo afortunados, pues la visión interdisciplinaria entre penalistas e internacionalistas no puede hacer menos que recobrar la crítica frente a las posiciones que justifican la necesidad de combatir la criminalidad a partir de medios estrictamente policiales, acotando que este no es sólo un problema propio de los países en vías de desarrollo sino también de los europeos, y que hoy se discute con particular significado en la República Federal Alemana.

Por otra parte, debo recalcar que nuestra legislación penal no se ha quedado rezagada con respecto a los desarrollos que se han expuesto en este seminario internacional. Hoy contamos con un Código Penal que ha incorporado figuras como la posición de garante, los novedosos modelos de imputación, así como las nociones de la parte especial que acogen las figuras del derecho internacional humanitario y la criminalidad financiera internacional. Sin una buena dosis

de derecho comparado y, por supuesto, sin una discusión profunda con las doctrinas del funcionalismo o de los límites político-criminales cifrados en la Constitución, la construcción dogmática sería poco posible. En todo caso, esta línea de trabajo será productiva en la medida en que la aplicación del derecho penal consulte las necesidades de lo que la sociedad colombiana espera del derecho penal. En este sentido no debemos olvidar que todavía estamos lejos de tener un sistema de sanciones adecuado a las exigencias del presente. La dimensión de las consecuencias jurídicas eficaces necesariamente será tema de debate con los códigos recientemente expedidos, pues todavía nos hace falta profundizar sobre la relación entre los autores, las necesidades de las víctimas y los principios de prevención general y especial atribuidos a la pena.

No puedo dejar pasar esta oportunidad sin recalcar que como Procurador General de la Nación he afirmado posiciones sobre las deficiencias de nuestro sistema procesal penal, sobre el cual he manifestado la necesidad de una concepción que permita controles judiciales más eficaces con respecto a las medidas restrictivas de la libertad que deben tomar los fiscales de la República. Este aspecto, aparece plenamente justificado desde la óptica de lo que ustedes como expertos han discutido en este seminario, a propósito de las categorías de un derecho penal de acto. Si el derecho penal y el derecho procesal penal confluyen irremediablemente en la práctica, no hay razón para predicar un divorcio entre la apreciación teórica del derecho punitivo liberal y un proceso penal que no se compadece con los mismos supuestos. Con seguridad una dogmática más elaborada del procedimiento penal nos llevaría a conclusiones similares a las del derecho sustantivo desde el punto de vista de una concepción integral de la política criminal.

En igual sentido, debo recalcar que la Procuraduría General se prepara para aplicar una nueva legislación disciplinaria que en buena parte de sus disposiciones se nutre del derecho penal, pero que al mismo tiempo pretende darle autonomía al derecho disciplinario en el intento de diferenciar las categorías y los conceptos teniendo en cuenta las finalidades y la constelación en la que se mueven estas dos ramas de la ciencia jurídica. En cualquier caso, la lucha contra la corrupción, contra las vulneraciones de los derechos humanos y la preservación de la función pública son tareas que cada organismo del Estado debe asumir sus funciones constitucionales con la conciencia de que el derecho penal es un instrumento que hace parte, junto con otros, del engranaje para salvaguardar nuestra institucionalidad.

Felicito a los ilustres profesores extranjeros y nacionales que han visitado esta Casa de Estudios, que se erige meritoriamente como la más excelsa escuela

del derecho de nuestro país, y agradezco a ustedes el haber iluminado con sus ponencias el buen éxito de este empeño: el discurso de la ciencia penal colombiana seguramente se alimentará de sus contribuciones; pero también permítanme felicitar a los asistentes, y en especial a los estudiantes que han honrado estas aulas ejemplo de libertad, pues mientras exista gente como ustedes, que en medio de la guerra tiene fe en el derecho, y en particular en el derecho penal, podemos decir que hay una luz de esperanza y una posibilidad de que construyamos una sociedad que aspira a moldearse sobre la imposición de la razón y no sobre la voluntad incondicional de la fuerza atroz.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT*

Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs

1. Después de la obra de HANS WELZEL no se había construido un nuevo sistema de derecho penal. Esta tarea la inicia el más importante de sus discípulos, GÜNTHER JAKOBS, quien en el año de 1983, en el prólogo a la primera edición de su tratado de parte general, señala los lineamientos de una obra que rompe definitivamente con la tradición finalista. Contrario a ella, JAKOBS encuentra que la elaboración de las categorías dogmáticas no puede hacerse con base en una fundamentación ontológica del derecho. El injusto y la culpabilidad no se infieren de estructuras lógico-objetivas, preexistentes, que vinculen la libertad de configuración del legislador. El contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Esto significa, entonces, que se trata de conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas[1].

2. Sobre la base de que la estructura social y la función de la pena son los instrumentos a partir de los cuales se le va a dar contenido a las categorías centrales de la teoría del delito, JAKOBS construye un nuevo sistema de derecho penal. La influencia de la estructura social se refleja principalmente en tres aspectos: 1. En los fundamentos de la responsabilidad a través de la competencia por organización y la competencia institucional; 2. En su teoría de la imputación objetiva, en especial en el entendimiento de la acción como un acto comunicativamente relevante; y 3. En una nueva concepción del bien jurídico. Su teoría de la pena influye en la determinación del contenido de la culpabilidad a partir de la prevención. Todo ello converge en un nuevo replanteamiento de las relaciones entre injusto y culpabilidad, porque sin culpabilidad no hay acción. Es decir, termina con la separación entre un suceso perturbador valorado negativamente (el injusto) y el sujeto responsable de tal hecho (culpabilidad), para concluir que la acción es una acción culpable.

I. EL FIN DE LA PENA ES MANTENER LA VIGENCIA DE LA NORMA COMO MODELO DEL CONTACTO SOCIAL. UNA LECTURA DE HEGEL DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

3. La teoría de la pena de JAKOBS se enmarca dentro de la llamada prevención general positiva. Sin embargo, los fundamentos de su concepción se encuentran estrechamente vinculados con la filosofía del derecho de HEGEL y algunos aspectos de la teoría de los sistemas. Podríamos afirmar que se trata de una nueva lectura de

---

* Abogado especializado en derecho penal en la Universidad Externado de Colombia, actualmente director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y presidente de la Corte Constitucional de Colombia.

1 Un interesante análisis sobre el funcionalismo en derecho penal, puede verse en MANUEL CANCIO MELIÁ, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS y otro. *Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

HEGEL a través de la concepción del derecho de NIKLAS LUHMANN. *La finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo del contacto social.* Con su comportamiento, el infractor quebranta unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de las mismas.

4. Con base en una de las leyes de la dialéctica, HEGEL desarrolló su teoría de la pena. El filósofo alemán entendió que hay una voluntad general que está constituida por el derecho abstracto, y frente a ella se contrapone una voluntad particular que, con su comportamiento, niega esa voluntad general. La finalidad de la pena es restablecer la voluntad general a través de una negación; es decir, de una negación de la negación. Quien comete un delito expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción del mismo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad particular (una negación). Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general (negación de la negación). De esta manera se restablece la vigencia del derecho (síntesis)[2]. A partir de este fundamento, JAKOBS aplica una teoría institucional del derecho, que entiende las normas como estructura de la sociedad. El derecho, en la concepción de NIKLAS LUHMANN, es una estructura a través de la cual se facilita la orientación social, y la norma una generalización de expectativas. La configuración fundamental de la sociedad se produce a través del derecho, y la misión del Derecho Penal es garantizar esa configuración[3]. Las expectativas sociales se estabilizan a través de las sanciones.

5. En la teoría de los sistemas, las sociedades modernas se caracterizan por su complejidad, porque se trata de un mundo donde todo es posible, donde todo puede suceder. Precisamente, para facilitar la orientación del hombre en el mundo hay que crear mecanismos que permitan la reducción de la complejidad, y uno de ellos, es la creación de sistemas sociales, dentro de los cuales el derecho marca los límites de la configuración que se da a sí misma la sociedad y que la caracteriza de una determinada manera (*v. gr.*, como un Estado de Derecho)[4]. En esa tarea de reducción de la complejidad hay una estructura muy importante que es la expectativa. Para favorecer la orientación social se crean expectativas, en el sentido de que yo puedo esperar algo de alguien y, a su vez, esa persona puede esperar algo de mí. Sin embargo, como su nombre lo indica, es un concepto contingente, porque si se trata de "un esperar algo de alguien" esto puede acontecer o no. Es decir que la expectativa puede ser defraudada y por ende el sistema debe crear mecanismos para reaccionar frente a esas defraudaciones.

---

2 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Studienausgabe, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1993, pp. 6 y ss.

3 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 10 y ss.

4 Cfr. BERND MÜSSIG. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001

6. A través de la generalización temporal de las expectativas el sistema social crea ciertos mecanismos para que los ciudadanos puedan seguir confiando en ellas a pesar de su defraudación. De acuerdo, entonces, a la forma como se reacciona frente a un suceso que se presenta de una manera distinta a la esperada se habla de expectativas cognitivas y normativas. Las primeras hacen referencia a las relaciones del hombre con los sucesos de la naturaleza. Las segundas, a las relaciones del hombre con los demás miembros de la interacción social. Las diferencias tienen como fundamento que es muy distinta la respuesta que se da cuando una regularidad de la naturaleza cambia a la forma de reaccionar ante un hecho social.

Frente al incumplimiento de una expectativa cognitiva, ¿cómo debe reaccionar el hombre? ¿Mantiene la expectativa frente a la naturaleza o debe cambiar su comportamiento? Si alguien que durante años ha construido su casa de madera a una determinada distancia de una fuente de agua, sobre la base de que aun en caso de que el río se desborde el torrente no alcanzará la construcción, observa que debido a los cambios atmosféricos la corriente amenaza continuamente la vivienda y termina por arrasarla, cuál debe ser su comportamiento: ¿vuelve a construir la casa en el mismo lugar, o cambia de sitio calculando que el agua no lo alcanzará en caso de desbordamiento? En estas situaciones, la persona no puede mantener la expectativa y el conflicto se resuelve cambiando la propia conducta.

La respuesta a la defraudación de una expectativa normativa es distinta. Cuando otro miembro de la interacción social se comporta en forma diversa a lo esperado, el hombre puede seguir confiando en esa expectativa a pesar de su incumplimiento, porque el sistema social tiene un mecanismo para que se mantenga como modelo de la orientación social: la sanción. A través de esta el Estado pone de presente que, a pesar de que se ha quebrantado una norma de conducta (hay una negación), el ciudadano puede seguir confiando en ella, porque con la imposición de la pena se afirma que no rige la especial concepción del mundo que tiene el sujeto (hay una negación de la negación), y por ende que la persona puede seguir orientando su conducta con base en las expectativas generales. Es decir, con la imposición de la pena se mantiene la vigencia de la norma como modelo del contacto social. Ejemplo: una persona transita por la calle en su vehículo y tiene en un semáforo derecho de prelación. No obstante, otro ciudadano quebranta la norma de tránsito y le produce una lesión. En esta hipótesis, a pesar de la defraudación de la expectativa (el respeto al derecho de prelación) las personas pueden seguir orientándose sobre la base de que los demás cumplirán en el futuro las normas del tráfico automotor, porque con la imposición de una pena el sistema reafirma que siguen vigentes unas determinadas expectativas. La sanción sirve, entonces, para la estabilización de las expectativas sociales[5].

---

5 Cfr. PILAR GIMÉNEZ ALCOVER. *El derecho en la teoría de la sociedad de NIKLAS LUHMANN*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 189 y ss.

II. LA VIGENCIA DE LA NORMA COMO BIEN JURÍDICO PENAL

7. Si aceptamos que los elementos del delito se construyen a partir de los fines del derecho penal y entendemos que la función de la pena es mantener las estructuras básicas de una sociedad, debe existir también una reformulación del concepto tradicional de bien jurídico: *lo que protege el derecho penal son los mecanismos que permiten mantener la identidad de una sociedad, es decir, las expectativas fundamentales para su constitución*. Para una sociedad, por ejemplo, es básico contar con la expectativa de que se respetará la vida de sus miembros, y en general sus derechos constitucionales, porque de lo contrario se correría el riesgo de su desintegración. Así las cosas, cuando se comete un homicidio, además de que se atenta contra la vida de una persona (bien jurídico en sentido estricto), también se está afectando un elemento esencial para la estructura básica de una sociedad, como es la expectativa de que no se atentará contra la integridad de sus miembros (bien jurídico en sentido penal).

8. JAKOBS distingue entre un concepto de bien jurídico en sentido estricto, entendido como una relación funcional entre el sujeto y una situación valiosa (V.g.r el bien jurídico en los delitos contra el patrimonio no es la cosa lesionada, sino las posibilidades de disfrute que se tienen sobre ella), y un concepto de bien jurídico propio del derecho penal, consistente *en la prohibición* de matar, de dañar, de agredir sexualmente, etc. El bien jurídico no es el daño naturalmente perceptible de cegarle la vida a una persona o destruir su patrimonio, sino que es un concepto normativo: la vigencia de la norma. Si la sociedad se estructura a través de normas, entendidas como "esquemas simbólicos de orientación", y a través de las cuales una sociedad señala los aspectos fundamentales de su configuración, lo relevante no es una lesión externa de una situación valiosa (v. gr. la vida, la propiedad, etc.), sino *el significado de la conducta*: con su comportamiento el infractor expresa (comunica) que para él no rigen las expectativas fundamentales, sino su propia concepción del mundo[6].

III. EL FIN DE LA PENA DETERMINA EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD. LA INTEGRACIÓN DE PREVENCIÓN Y CULPABILIDAD

9. A principios del siglo XX se empieza a gestar el concepto normativo de culpabilidad. Sin embargo, fue HANS WELZEL quien al trasladar el dolo natural al tipo penal, bajo el entendimiento de que el conocimiento de los hechos no juega ningún papel en el juicio de reproche, lleva hasta sus últimas consecuencias la concepción normativa. WELZEL encontró que el *no poder actuar de otra manera* era la estructura lógico-objetiva sobre la cual se edificaba la culpabilidad. Sobre esta base, este elemento se convierte en un límite material a la intervención punitiva del Estado y a las necesidades de prevención.

---

6 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 34 y ss.

10. Si la función de la pena determina el contenido de las categorías dogmáticas, y por ende el de la culpabilidad, esta perspectiva rompe con ese límite material, porque a pesar de que un sujeto no pueda actuar de otra manera puede ser culpable, cuando las necesidades de prevención general así lo indiquen. El eje central *deja de ser el poder* comportarse conforme a la norma, y *lo constituye el deber* hacerlo, que es una perspectiva distinta. *Ese deber se estructura de acuerdo a las necesidades de prevención general.*

Con un ejemplo, tomado en lo básico de ROXIN, quien fue el primero en replantear las relaciones entre culpabilidad y prevención, podemos entender más claramente esas conexiones. Dos personas se encuentran en una granja y un incendio en el bosque, de inmensas proporciones, rodea el lugar. La única forma de poner a salvo la vida, es huir en un caballo que se encuentra en el establo. Sin embargo, esta alternativa sólo permite que una persona escape. Una de ellas huye a galope y la otra muere por asfixia cuando el fuego recrudece. ¿Por qué esa persona no es culpable? La concepción finalista diría: porque no podía actuar de otra manera, porque se han disminuido considerablemente sus posibilidades de elección. Pero, ¿qué acontece en el mismo ejemplo, si la persona que abandonó apresuradamente la granja es un miembro del cuerpo de bomberos? Aquí la persona, en virtud de una cláusula de exigibilidad, tenía el deber de asumir un peligro mayor que el de la generalidad de las personas, salvo que fuera segura la pérdida de su vida. ¿Por que entonces, si no podía actuar de otra manera, es culpable? Porque las necesidades de prevención le imponen el deber de asumir una conducta distinta. En efecto, se impone una pena para que la sociedad pueda seguir confiando en ciertas instituciones, pues la persona no toma precauciones especiales para controlar un incendio sobre la base de una confianza legítima de que en caso de fuego contará con el apoyo de determinados organismos[7].

JAKOBS lleva hasta sus últimas consecuencias el planteamiento de ROXIN, quien consideró que la prevención general explicaba el fundamento de ciertas causales de exculpación. La necesidad o no de pena servía para señalar la razón por la cual una persona no era culpable. Sin embargo, ROXIN no integra completamente culpabilidad y prevención, porque existen unas limitaciones mutuas entre ambos conceptos. JAKOBS, por el contrario, funde integralmente la prevención en la culpabilidad, a tal punto que *el fin de la pena determina el contenido de la culpabilidad*[8]. En esta concepción funcional, la falta de culpabilidad del inimputable por ejemplo, no se funda-

---

7 Cfr. CLAUS ROXIN. "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, DIEGO M. LUZÓN PEÑA (trad.), Madrid, Reus, 1981, pp. 57 y ss.

8 GÜNTHER JAKOBS. "Culpabilidad y prevención", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM y Civitas, 1997, pp. 73 y ss.

menta en el hecho de que éste no podía actuar de otra manera. Se fundamenta en que la sociedad no requiere estabilizar con una pena la "defraudación de una expectativa" ocasionada por el inimputable, por la sencilla razón que con su conducta no expresa un acto comunicativamente relevante que la desautorice.

IV. TRES ASPECTOS DEL CONCEPTO DE ACCIÓN: LA ACCIÓN COMO ACTO COMUNICATIVAMENTE RELEVANTE; LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO CONCRECIÓN DE LA ACCIÓN; NO HAY ACCIÓN SIN CULPABILIDAD

11. La vida en sociedad, con todas sus interacciones, se desarrolla con base en expectativas, y las normas son "estructuras sociales transmitidas por comunicación". La comunicación, entonces, es un instrumento básico de la interacción, en el cual cuenta no solamente la perspectiva de quien actúa, sino también la de los demás miembros de la sociedad. Este concepto juega un papel importante en el sistema de GÜNTHER JAKOBS, porque *concibe la acción como un acto comunicativamente relevante.* Ello significa que el suceso no puede interpretarse como una relación individual entre el sujeto y el quebranto de una norma (como lo hizo la escuela de ARMIN KAUFMANN, con base en una teoría imperativa de la norma)[9]. El sentido de un comportamiento no se determina por la particular concepción que el sujeto tenga sobre él mismo, ni tampoco con base en estructuras prejurídicas. La acción debe buscarse dentro de la sociedad y no antes de ella.

12. La elaboración del concepto de acción con base en la comunicación implica que es relevante *el esquema social de interpretación del suceso,* porque, si las normas son "estructuras reflexivas de expectativas", la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que los otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del sujeto, que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a la misma, esta no es objeto de imputación objetiva. Un ejemplo –de la vida real colombiana– nos ilustra sobre el punto: en una población cercana a Bogotá, un esposo quería dar muerte a su señora, y para ello contrató los servicios del brujo del pueblo, con el fin de que le ocasionara daño a través de la hechicería. El brujo acepta, pero, en lugar de utilizar sus "poderes mágicos", contrata dos personas para que le den muerte con arma de fuego. Si partimos de una concepción del dolo que prescinda del curso causal de la conducta como objeto de la representación, el esposo podría ser condenado como

---

9 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Tetervorstellung und objektive Zurechnung", en *Gedechtnisschrift für ARMIN KAUFMANN*, Berlin, Bonn y München, Heymanns y K. Keln, 1989, pp. 273 y ss.

determinador pues se darían los elementos de esta forma de participación delictiva. Sin embargo, no hay una acción de matar, porque la representación que tuvo sobre el hecho (muerte con base en brujería) no coincide con un esquema social de interpretación. En efecto, desde los comienzos de la modernidad se empieza a desencantar el mundo, y los sucesos se interpretan con base en criterios de racionalidad. No es posible producir una muerte invocando fenómenos sobrenaturales, productos de una concepción mágica de la realidad[10].

Pero la pregunta que surge en forma inmediata, es la siguiente: ¿Cómo se determina ese esquema social de interpretación? Esa tarea le corresponde a la teoría de la imputación objetiva. Con base en un sistema coherente, la imputación objetiva nos suministra el esquema de interpretación del suceso, a través del riesgo permitido, el principio de confianza, de las acciones a propio riesgo y de la prohibición de regreso. Es decir, con fundamento en los criterios que determinan la conducta prohibida. Lo anterior significa que acción e imputación objetiva no son dos elementos del tipo totalmente separados e independientes. Por el contrario: la imputación objetiva complementa y realiza la acción. Se funde así, en una sola entidad, el concepto de acción, como acto comunicativamente relevante, con el sistema de la imputación objetiva[11].

13. La teoría de JAKOBS sobre la acción y la pena también conduce a entender que la acción es una acción culpable. En efecto, si la acción es un acto comunicativamente relevante, en el cual el sujeto expresa con su comportamiento que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, y por ende manifiesta un esbozo del mundo en el cual desautoriza la vigencia de la norma como modelo del contacto social, es lógico entender que sólo hay acción cuando actúa culpablemente. Si la persona, por ejemplo, incurre en un error de prohibición, su actuación no expresa un acto comunicativamente relevante en el cual se desconoce la vigencia de la norma[12].

V. UNA CONCEPCIÓN DUALISTA DE LA RESPONSABILIDAD: COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL[13]

14. El moderno derecho penal de orientación normativista se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX

---

10 Cfr. JAKOBS. "Tetervorstellung und objektive Zurechnung", cit., pp. 271 y ss.

11 Cfr. JAKOBS. "Der Strafrechtliche Handlungsbegriff", en *Schriften der juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, vol. 10, München, Beck, 1992.

12 Cfr. HEIKO H. LESCH. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

13 En este punto, transcribo apartes de una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, donde se

–predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX– edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, *el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia*: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás ñsalvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia[14].

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar *si el sujeto era competente* para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible[15]. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente este fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable al transeúnte a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante, porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro, y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

15. La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación: a. El riesgo permitido que autoriza la

---

acogieron los fundamentos de JAKOBS sobre la imputación objetiva. Cfr. sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

14 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tetung auf Verlangen). Medizinrecht-Psychopathologie-Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin", en *Festschrift für GÜNTHER SCHEWE*, Berlin, Springer, 1991, pp. 72 y ss.; GÜNTHER JAKOBS. "La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte", en *Estudios de derecho penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS y CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ (trads.), Madrid, UAM y Civitas, 1997; CLAUS ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, "Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 2.ª ed., München, Beck, 1994, pp. 332 y ss.; YESID REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 49 y ss.

15 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en *ZStW*, 89, 1977, pp. 1 y ss.

creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo; b. El principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función; c. Las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección, y d. La prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero no le es imputable a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado por el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuando se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado[16].

16. En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: JAKOBS, LESCH, PAWLIK, MÜSSIG, VEHLING) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de ARMIN KAUFMANN: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

a. En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor, etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de *deberes de seguridad en el tráfico*, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. *V. gr.*, si alguien abre una zanja frente a su casa tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros, o el daño se produce –un peatón cae en la zanja–, surgen los llamados *deberes de salvamento*, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos debe revocar el riesgo –prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario– (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico también pueden surgir por *asunción* de una función se seguridad

16 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 24 y ss.

o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son *deberes negativos* porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

b. Pero frente a la libertad de configuración hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestos al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos, y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y *protegerlo contra los peligros que lo amenacen*, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. *V. gr.*, el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor, y si no lo hace se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de *deberes positivos*, porque, contrario a los negativos, en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos[17].

Esta dualidad en la fundamentación de la responsabilidad tiene incidencias muy importantes en la estructura del delito, porque, contrario al finalismo, las diferencias entre las diversas categorías del delito (*v. gr.*, autoría y participación, formas de imputación objetiva) no se encuentran en el hecho de que se trate de una conducta dolosa o culposa, de acción o de omisión. Dependen de que ubiquemos la conducta en el campo de la competencia institucional o en la competencia por organización. Por ejemplo, el concepto de autor y participe es distinto según se trate de deberes positivos o negativos. Lo mismo sucede con el comienzo de la tentativa y con la determinación de algunos aspectos del riesgo permitido y la prohibición de regreso, entre otros.

VI. UNA TEORÍA UNITARIA DEL TIPO (ACCIÓN Y OMISIÓN, DOLO E IMPRUDENCIA) A TRAVÉS DE LAS POSICIONES DE GARANTE Y EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

17. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de

---

17 Cfr. GUNTHER JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (Studienausgabe)*, 2.ª ed., Berlin y New York, de Gruyter, 1993, pp. 796 y ss.

realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. *V.gr.*, si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece cuando, en virtud de relaciones institucionales, se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo no sólo cuando entrega el arma homicida: también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social hacen intercambiables la acción y la omisión[18]. GÜNTHER JAKOBS ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón tropiece en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario está realizando una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella[19].

18. Esta fundamentación unitaria del tipo trae, entre otras, las siguientes consecuencias: a. Si se introduce una nueva concepción que exija la creación de un riego desaprobado y la realización del mismo como elementos del tipo, el dolo y la imprudencia deben abarcar estos elementos[20]; b. Como el riesgo permitido es un

---

18 Cfr. JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 51 y ss.; KURT SEELMANN. *Grundlagen der Strafbarkeit. Komentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, "Reihe. Alternativkommentare", Neuwied, Luchterhand, 1990, p. 389.

19 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *La competencia por organización en el delito omisivo*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 11 y ss.

20 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 285 y 286.

elemento común para el dolo y la imprudencia, y el esquema social de interpretación de un suceso es igual en ambas modalidades, la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en el tipo objetivo (como lo hizo el finalismo), sino en el plano subjetivo: el dolo es conocimiento del riesgo; la imprudencia, cognoscibilidad del mismo[21]. Las diferencias no están en la imputación objetiva; c. El autor y el participe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa[22]; d. En la tentativa, el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente ñpor el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo[23].

VII. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN GIRA EN TORNO A LAS POSICIONES DE GARANTE Y A LA PROHIBICIÓN DE REGRESO[24]

19. La accesoriedad de la participación venía girando básicamente en torno a dos conceptos: al dolo y a la existencia de un acuerdo entre los intervinientes. Estos elementos requieren también un replanteamiento, porque los nuevos ejes de la accesoriedad están subordinados a dos aspectos totalmente diversos: a los alcances de la posición de garante y a la prohibición de regreso. En otros términos, la accesoriedad de la participación es un problema de la imputación objetiva.

La accesoriedad de dos comportamientos puede imponerse normativamente, con independencia del acuerdo de voluntades, porque el destinatario de la imputación es un colectivo (integrado por autores y partícipes) a quien se le aplican las mismas reglas de imputación del autor único. Por ende, la interpretación individual que los sujetos dan al suceso a través de su dolo no es determinante, sino la valoración que la sociedad da al suceso. La división de trabajo hacia un objetivo

---

21 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 318 y ss.

22 Cfr. HEIKO H. LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt, Peter Lang, 1992, pp. 284 y ss. ; HEIKO H. LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 39 y ss.

23 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für ARMIN KAUFMANN*, Koln, Berlin, Bonn y München, Heymanns, 1989, pp. 271 y ss.; GÜNTHER JAKOBS. "Rücktritt als Taténderung versus allgemeines Nachtatverhalten", en *ZStW*, 104, 1992, pp. 82 y ss.

24 Cfr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. "Gewicht der heutigen strafrechtsdogmatischen Diskussion in der Praxis aus kolumbianischer Sicht. Zur Frage des Einflusses der Lehre von der objektiven Zurechnung auf das neue kolumbianische Strafgesetzbuch", en *Schriften zum Strafrecht*, vol. 129, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 202 a 204.

común, que socialmente se interprete como partes recíprocas de una misma conducta delictiva, es suficiente para la coautoría, aunque no haya acuerdo o decisión común al hecho.

20. En muchos casos es la posición de garante la que determina la imputación recíproca de dos conductas, y si la actuación realizada le es extensible a quien ha favorecido la conducta punible de un tercero. Por ejemplo, cuando hay posición de garante por el control de una fuente de peligro, como la tenencia de un arma[25]. Si se trata de elementos extremadamente peligrosos que no son de libre circulación (su tenencia sin autorización es un riesgo no permitido), como explosivos, armas de fuego, etc., el garante está en la obligación de desplegar medidas de cuidado para evitar que un tercero dolosamente las utilice en la comisión de un delito. Por consiguiente, si el titular de la custodia, infringiendo los deberes de seguridad que le impone la tenencia de un objeto peligroso, imprudentemente deja la dinamita al alcance de un terrorista, quien la utiliza para la comisión de un atentado, el garante responderá como autor o cómplice culposo (si el riesgo típico le era concretamente previsible) del homicidio doloso realizado por el tercero. En este caso no hay acuerdo de voluntades entre las dos personas para la realización del tipo de homicidio. No obstante, los alcances de la posición de garante en virtud de la tenencia de un objeto peligroso señalan la accesoriedad de los dos comportamientos[26].

Ahora bien: la conducta de quien imprudentemente deja el explosivo que luego es utilizado por otro en una actividad delictiva puede ser catalogada como complicidad o coautoría culposa en un hecho doloso, de acuerdo con la magnitud del aporte al hecho. Si se trata de un bien escaso, es decir, de difícil adquisición para la comisión de un hecho como el realizado por el autor doloso, su aporte será de coautoría. Si se trataba de un bien de fácil consecución, su aporte será de complicidad[27]. En todo caso, aún sin acuerdo de voluntades el hecho del autor o cómplice culposo es el mismo del autor doloso, porque el destinatario de la imputación es el colectivo. La accesoriedad se impone normativamente.

21. La accesoriedad también puede ser definida negativamente. Es decir, podemos encontrar criterios para determinar en qué situaciones no existe accesoriedad entre dos comportamientos, a pesar de que uno de ellos favorezca dolosa o culposamente la realización del tipo. El instrumento que ofrece la obra de GÜNTHER JAKOBS es el de la prohibición de regreso. Se trata de casos en los que alguien, sin

---

25 Cfr. BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 89 y ss.

26 Cfr. HEIKO H LESCH. "Die Begründung mittéterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 105, 1993, pp. 271 y ss.

27 La teoría de los bienes escasos de ENRIQUE GIMBERNAT ("Autor y cómplice en derecho penal") puede ser utilizada para delimitar autoría y participación con base en criterios normativos.

defraudar las expectativas que genera su rol, crea una situación en la que otro puede realizar una conducta delictiva. Son fenómenos en los cuales una persona administra correctamente el riesgo que genera una determinada actividad, y otra desvía unilateralmente el peligro creado hacia la comisión de un hecho punible. En estas situaciones existe una prohibición de regreso, en el sentido de que la creación de una situación que otro utiliza para la comisión de un delito no puede serle imputada a quien favorece el hecho dentro del riesgo permitido. La prohibición de regreso excluye la accesoriedad.

22. Las conferencias que aparecen publicadas en este libro corresponden a las ponencias presentadas en el Tercer Seminario de "Filosofía y Derecho contemporáneo" que organizó la Universidad Externado de Colombia, en homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS. El Centro de Investigación en Filosofía y Derecho invitó algunos de sus discípulos a que presentaran aspectos de su obra, y a profesores colombianos para que trataran otros temas de interés general[28].

JAKOBS fue mi profesor en el "Seminario de Filosofía del Derecho" de la Universidad de Bonn, donde tuve la oportunidad de estudiar durante tres años (1992-1994) gracias a una beca de la Fundación Alexander Von Humboldt. Durante esa estancia, coincidimos en Bonn muchos de los que participamos en este homenaje: MANUEL CANCIO MELIA, BERNARDO FEIJOÓ, PILAR GONZÁLEZ, JAVIER SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ TRELLEZ y MARCELO SANCINETTI. Posteriormente estuvieron TERESA MANSO PORTO y FERNANDO PERDOMO. Antes de nosotros, el profesor YESID REYES ALVARADO también recibió las enseñanzas de JAKOBS, y escribió un excelente libro sobre imputación objetiva en desarrollo de los fundamentos de su obra. Nos une, pues, una confraternidad personal y espiritual en torno a un maestro común, GÜNTHER JAKOBS. Por esta razón, sus discípulos nos reunimos para rendirle un sentido homenaje a la labor fecunda de una vida al servicio de la ciencia. En este seminario se le otorgó a JAKOBS el titulo de "Profesor honorario" de la Universidad Externado de Colombia.

Este libro homenaje está así mismo dedicado a GÜNTHER JAKOBS: un amigo, un Maestro.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Director
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho
Universidad Externado de Colombia

---

28 Las conferencias de los profesores CARLOS GÁLVEZ ARGOTE sobre "Finalismo e imputación objetiva", FERNANDO ARBOLEDA sobre "Derecho penal y política criminal", y el diálogo de los profesores JAKOBS y RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, aparecerán publicados posteriormente.

PRIMERA PARTE
LOS FUNDAMENTOS

GÜNTHER JAKOBS

*¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?**

I. LA DOCTRINA DOMINANTE: LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO VERSUS INFRACCIÓN MORAL

De acuerdo con una extendida opinión, que incluso es doctrina dominante, el derecho penal sirve para la protección de bienes jurídicos. Con ello se quiere decir más o menos –más adelante se mostrarán algunas especificaciones– que existen bienes previos al derecho penal como, por ejemplo, la vida, la salud, la propiedad, y, según la opinión de la mayoría de los autores –aunque no de todos–, además el funcionamiento de los órganos del Estado, y que el derecho penal debe garantizar la intangibilidad de esos bienes; dependiendo de la teoría de la pena que se siga, esta garantía puede ser de muy diversa índole: los defensores de la prevención especial quieren evitar que el autor lleve a cabo ulteriores hechos; los representantes de la prevención negativa persiguen la intimidación de otros autores potenciales, y la versión que es hoy la habitual, la prevención general positiva, considera que lo decisivo es que una constante punición de los hechos en cuestión produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes son intangibles o, al menos, el efecto de que esta convicción no se erosione. Sea como fuere, en todo caso, partiendo de esta perspectiva el derecho penal está al servicio de la protección de bienes, que por ello se convierten en bienes jurídicos.

A la afirmación positiva de que el derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos se suele vincular una afirmación negativa: las meras infracciones morales, se dice, no lesionan bien alguno y por ello no deben ser penadas, y por esta misma razón se afirma que la moral en sí misma –ya que una vulneración de ésta no afecta a nadie– debe quedar excluida como bien. El ejemplo principal en este contexto suele ser el de la actividad homosexual entre personas adultas; *volenti non fit iniuria*, y, por lo demás, nadie queda lesionado.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE BIENES JURÍDICOS

Si se examina esta concepción –que con lo dicho hasta ahora sólo ha quedado esbozada a grandes trazos– con algo más de detalle, pronto aparecen algunas peculiaridades que necesitan de explicación. Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado, es decir, sin límite alguno, entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones

---

* Título original: "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?" (manuscrito), MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Universidad Autónoma de Madrid.

perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al derecho penal, en lo más mínimo. Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a graves enfermedades; hay máquinas que el uso ha deteriorado y por ello ya son inútiles; un campo sembrado es devastado por una tormenta o anegado por el mar, etc. ¿Son todos estos sucesos supuestos de lesiones de bienes jurídicos, de modo que el pasado aparece como un arsenal gigantesco de bienes jurídicos lesionados, y el presente como una permanente lesión de esos bienes?

Resulta evidente que tal discurso no es precisamente adecuado a la materia, y por ello se objetará que el carácter perecedero de todos los bienes sólo tiene algo que ver con el derecho en la medida en que las personas deben respetarlos; se dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. Visto de este modo, el derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes *jurídicos*, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. Esto nos conduce a una concepción más coherente: la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico; el automóvil carcomido por la corrosión es un bien que desaparece, su destrucción intencionada es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán, por consiguiente, bienes jurídicos.

Partiendo de *esta* perspectiva, también se obtiene una concepción coherente del ordenamiento jurídico: el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre *personas*. Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona.

III. BIEN JURÍDICO Y NORMA

Si se considera esta primera pequeña conclusión provisional con más detalle –una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona a esos bienes–, se percibe que, en lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede plantearse –con mayor corrección, como se verá– que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes.

¿Es ésta una mera reformulación? A primera vista, parecería no haber nada más que eso; pues ya que la expectativa se dirige hacia la circunstancia de que no se atacarán los *bienes* parecería que en última instancia, todo acaba en la protección de bienes jurídicos. Hagamos un examen más exacto: hay un bien, por ejemplo, la propiedad, y éste no debe ser lesionado. El titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado; dicho de otro modo, desde el punto de vista del derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada; y es que cualquier otra cosa sería muy extraña: ¿cómo podría representarse el derecho en cuanto *estructura* de la relación entre personas, es decir, el derecho como espíritu normativo, en un objeto físico?

IV. DEBERES EN INSTITUCIONES ESPECIALES

El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos. En este punto, los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos objetarán que ello de ningún modo debe ser una contraposición; por el contrario, dirán, lo decisivo es limitar el derecho penal a la protección de la vigencia de aquellas normas que prohíben afectar a un bien, y deslegitimar las demás normas, especialmente, aquellas que se caracterizan por proteger determinadas convicciones morales. Sin embargo, no es posible ordenar al derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien *versus* moral; pues los bienes –ya que hablamos de ellos– presentan determinadas condiciones de supervivencia sin las cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia. Dicho con un ejemplo: sólo en un Estado con una administración de justicia segura podrá haber propiedad segura; precisamente por ello, KANT sostuvo que es lícito obligar a cualquiera a integrarse en una sociedad con una constitución de libertades. Por ello, es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cohechos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación "correcta administración de justicia", sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir.

Si se quiere, esto aún puede ser relacionado con la teoría de los bienes jurídicos, diciendo que el juez habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico "correcta administración de justicia"; sin

embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas que existían frente a él en cuanto titular de un determinado rol.

El ejemplo mencionado de ningún modo se refiere a una situación excepcional. Siempre que el autor no actúa en el papel de "cualquiera", que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, es decir, con el contenido de configurar al menos en un determinado campo con otro un mundo común, ocuparse de él, no sólo no empeora su situación, sino también mejorarla, esto es, como funcionario, padre, madre, tutor, administrador de bienes, etc., tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber. Un policía que da una paliza a un ciudadano lesiona la salud de su víctima; esto se puede denominar, ciertamente, lesión de un bien jurídico. Pero la infracción de su rol específicamente como policía no queda desigando de este modo, en todo caso, no de manera adecuada; materialmente se trata de una infracción del deber especial de participar en la realización de una policía íntegra.

Lo que sucede es que la imagen de la sociedad como acumulación de sujetos poseedores de bienes es gravemente incompleta. Si bien es cierto que la sociedad puede mostrarse en una determinada atribución de los bienes –no pretendo ponerlo en duda–, ello sólo sucede en determinados sectores. Junto con el ordenamiento en función de la posesión de bienes, que implica para los demás el deber negativo de no lesionarlos, existe aquel de las instituciones positivas, es decir, que los padres han de ocuparse de sus hijos, que los jueces deben pronunciar sentencias justas, y no injustas, que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes, que una confianza especial, como la que existe cuando se asume la administración de un patrimonio ajeno, no sea defraudada, que el servicio estatal de emergencias esté en condiciones de operar en caso de necesidad, etc. La lista de instituciones positivas de una sociedad más o menos desarrollada probablemente no sea más corta que la de los bienes que en ella se protegen, y la suposición de que, como en un *sector parcial* del derecho penal de hecho aparecen bienes, *todo* el derecho penal ha de estar en el contexto de la protección de bienes no puede justificarse de ninguna de las maneras.

V. EL ROL GENERAL DE LA PERSONA

Más aún: incluso en aquella medida en que la sociedad es susceptible de ser representada a través de la posesión de bienes es poco adecuado desde el punto de vista del derecho penal tomar como punto de referencia primario la lesión

del bien; por el contrario, también aquí resulta más adecuado buscar la referencia en la infracción de un rol. Ello por la siguiente razón: la moderna teoría del comportamiento no permitido, como parte de la teoría de la así llamada imputación objetiva, ha mostrado que no existen prohibiciones genéricas de lesión, del mismo modo que no hay mandatos genéricos de salvación; sino que, por el contrario, tales normas siempre afectan a personas *competentes*, siendo competente, precisamente, aquel de cuyo rol forma parte el no lesionar (o el salvamento). Cuando se pierde un bien y son varias las personas que han causado la pérdida (o hubieran podido evitarla), ella puede ser atribuida de distintos modos, dependiendo del contexto social, a las personas: si la competencia correspondía a la propia víctima, en tal caso, ha actuado a riesgo propio, y cuando la víctima es la única persona competente los demás han desempeñado correctamente su papel como personas fieles al ordenamiento jurídico. Si la competencia correspondía a otra persona, esto significa, en la medida en que era la única competente, de nuevo, que la víctima no ha abandonado el rol de una persona cuidadosa con sus propios bienes y que las terceras personas no han quebrantado su papel de ciudadanos respetuosos con el derecho. También puede suceder que sea competente un tercero, y esto no lo tenían que tener en cuenta ni los demás ni la víctima. Finalmente, puede ocurrir que nadie haya cometido un error; en tal caso, se trata de una desgracia, *casum sentit dominus*, y no quedan afectadas expectativas de carácter normativo. Responsabilidad de la víctima, de otro sujeto, de un tercero, desgracia: éste es el *numerus clausus* (prescindiendo de la competencia conjunta) de las modalidades de procesamiento de la pérdida de un bien.

Por consiguiente, la causación de la pérdida (o la posibilidad de su evitación) *per se* nada significa respecto de la competencia por esa pérdida. Dicho con un ejemplo: el conductor de un taxi que lleva a un cliente, bajo condiciones normales, de un sitio a otro, no responderá por los hechos que cometa éste en el lugar de destino, incluso aunque por cualesquiera razones conociera los planes delictivos de su cliente (que en caso de producirse una catástrofe puede responder por omisión de socorro o por omisión de denunciar un hecho delictivo, es cuestión distinta). Quien no hace nada que contradiga su rol (legal) tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien.

Para ello, el contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva –dicho con mayor exactitud, de la teoría de la conducta no permitida–, que entretanto han sido objeto de un desarrollo que ha quedado condensado del siguiente modo: quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a

quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas no participa criminalmente en la ejecución de esos planes: existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito viario, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza. En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de los distintos institutos –que se superponen con frecuencia– como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, *con igual carácter originario*, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que se evite toda lesión de un bien, sino, precisamente, sólo de aquel al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete. Si se formula la conclusión alcanzada de modo tradicional conforme a una teoría de los imperativos, el mandato no puede rezar "no causes la lesión de un bien", sino debe decir "no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho", y, en el caso de los deberes que corresponden a todos, "no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona".

Y es que "no lesionar" no significa jurídico-penalmente "no adquirir relevancia causal para una lesión", sino "no ser competente por una lesión". Añadiré a esto de nuevo un ejemplo: mi vecino desea que le preste mi hacha, muy pesada y afilada, para, como dice, cortar algunas ramas inferiores de unos pequeños árboles. Le advierto que el utensilio es inadecuado a tal efecto, que existe el riesgo que se golpee el pie con el hacha. Mi vecino rechaza toda curatela; le entrego el hacha y contemplo cómo se mutila de acuerdo con mis previsiones. La lesión no me incumbe, ya que mi vecino ha actuado a riesgo propio, o, dicho de otro modo, porque no forma parte de mi rol someter a tutela a una persona responsable.

Ahora bien, los partidarios de la teoría de la protección de bienes jurídicos probablemente no pondrán en duda, en su mayoría, la conclusión alcanzada; incluso reconocerán los mencionados institutos para la determinación del comportamiento no permitido; pero argüirán que el principio de autorresponsabilidad es necesario para no recortar en demasía la libertad general de acción, ya que ésta, a su vez, es un bien de gran valor, para cuya optimización habría que asumir algunas puestas en peligro y lesiones de la integridad corporal, de la vida, de la propiedad, etc. No pretendo entrar aquí en la discusión acerca de si estas suposiciones son correctas; al menos hay algunos elementos que indican que los ordenamientos edificados sobre la autorresponsabilidad producen en algunos sectores –por ejemplo, en lo que se refiere a las personas más débiles– considerables pérdidas de bienes. Sea como fuere, el reconocimiento de la atri-

bución de responsabilidades en función de la teoría de la imputación objetiva es, se quiera o no, el reconocimiento de un orden establecido en función de roles, esto es, en función de las relaciones entre personas, y esto significa, a su vez, en función de determinadas expectativas normativas, es decir, de normas que no son a su turno bienes de personas determinadas.

VI. CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Las conclusiones alcanzadas hasta el momento son las siguientes: los bienes en todo caso son bienes jurídicos de modo relativo, es decir, en relación con una determinada conducta de otra persona, espiritualizándose, como ha quedado mostrado, con ello ya el bien en norma; además, en esta medida la otra persona no puede caracterizarse exclusivamente como no-titular de un determinado bien, sino, dependiendo del contexto social, como una persona a la que le compete o no compete la evitación de la lesión de un bien. Y es que el orden social no puede definirse exclusivamente a través de bienes; junto a ello, con igual carácter originario, han de considerarse los roles de las personas. Ello adquiere aún mayor claridad en las personas que están obligadas por una institución a prestar un apoyo positivo. Si quebrantan su rol, ello no puede ser aprehendido correctamente en cuanto lesión de un bien; en todo caso cabe formular que han obviado la creación de un bien.

Así las cosas, parece poco fructífero seguir intentando encontrar lo específico del derecho penal en la protección de bienes, con lo que, sin embargo, no se pretende afirmar que el concepto del bien jurídico carezca de sentido jurídico-penal: tiene su justificación parcial, pues una relación personal *puede* obtener su caracterización esencial por el hecho de que contiene una relación hacia el titular de un bien o una relación entre titulares de bienes. Pero es que esto no es todo, y sólo adquiere una configuración operativa mediante las normas que fijan los roles de las personas intervinientes.

VII. ¿LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO VERSUS INFRACCIÓN MORAL?

Queda por analizar qué significa la afirmación de que la vinculación del derecho penal supone la garantía de un doble contenido liberal: por un lado, se dice que el derecho penal se limita al castigo de lesiones de *bienes*, éstas entendidas como contraposición a las meras infracciones morales, y, por otro lado, que se limita a la *lesión* de bienes, o al menos a comportamientos próximos a la lesión, eliminando de este modo las meras puestas en peligro abstractas.

En lo que se refiere a la contraposición entre lesión de un bien e infracción moral, una breve consideración de las condiciones históricas del orden social enseña que los límites abstractos poco aclaran, como se muestra a continuación con un ejemplo: que el legislador histórico en Alemania castigara el adulterio, mientras que el legislador de la actualidad lo deja impune, no se debe a que el legislador histórico pensara que debía castigar meras infracciones morales, es decir, tales infracciones por sí mismas. La canalización de la sexualidad y la vinculación de la sexualidad con una reproducción ordenada genera problemas para toda sociedad, problemas que en cada caso sólo pueden ser resueltos en función del estado de cosas. Cuando las condiciones de producción –de la pequeña burguesía, de los artesanos, de los campesinos, en parte también de los obreros– están configuradas de tal modo que una persona sola difícilmente puede participar de ellas, y además la crianza de los hijos por personas solas es difícil o imposible, una sexualidad libre y sin vínculos necesariamente es indeseada, y el matrimonio *es* un bien. Que bajo las actuales condiciones de la sociedad occidental postindustrial –producción en abundancia, contracepción segura, etc.– este bien necesariamente hubo de degenerar desde un bien a reconocer *jurídicamente* hasta convertirse en un residuo valorativo de carácter moral era tan inevitable como era obligada su antigua posición en cuanto bien jurídico. La situación no es distinta en lo que se refiere a la homosexualidad. Una sociedad configurada por la jerarquía de hombres, como, por ejemplo, el ejército prusiano, no puede permitirse que se reconozca una relación que por principio tiene el carácter de quebrar las jerarquías –y ésta es la relación sexual– sea reconocida generalmente, y ello menos en una época que canaliza incluso las actividades heterosexuales hacia el matrimonio. Además, una sociedad en la que el rey aún reina por la gracia de Dios y la bendición de Dios es considerada por amplios sectores como poderosa ha de declarar un bien a su vez la moral impuesta por la religión; pues de acuerdo con *esta* concepción su infracción puede comportar desventajas sociales concretas.

Dicho de otro modo: un legislador que no esté persiguiendo la opresión de los ciudadanos –y con otros de todos modos no se puede hablar– nunca protegerá la moral *per se*, sino, en todo caso, determinados contenidos cuando la sociedad los necesite para su mantenimiento o los crea necesitar, pudiéndose decir, sin que ello sea forzado –por razón de esa necesidad–, que esos contenidos son un bien.

Esto no es todo; el asunto de la protección de la moral es aún más complicado. Aquello que es moralmente divergente puede ser lo inquietante, lo que choca. Toda sociedad necesita para su evolución empujones, incluso choques, lo que, sin embargo, no significa que pueda tolerar una cantidad infinita en

todo momento. Quien así lo desee puede decir que la sociedad necesita un bien que consiste en no ser confrontada con lo que se considera incorrecto. En este sentido, también el moderno derecho penal alemán, si se procura tener una visión sin prejuicios, conoce una serie de delitos en los cuales es la irritante incorrección de la conducta la que constituye la razón de la prohibición, sin que pudiera identificarse otro bien fijo; así, por ejemplo, en las prohibiciones del maltrato de animales (§ 17 Ley de Protección de Animales), las injurias a confesiones religiosas (§ 166 StGB = Strafgesetzbuch, Código Penal), el incesto (§ 173 StGB), el exhibicionismo (§ 183 StGB) o el escándalo público (§ 183ª StGB). Entre las infracciones mencionadas, próximamente desaparecerá el delito de incesto; la justificación será que no concurre una lesión de un bien, y habrá quien se preguntará extrañado cómo esto pudo dejar de reconocerse en el pasado; sin embargo, mientras la sociedad aún necesitaba una familia estructurada, la confusión del rol familiar –más allá del matrimonio– con el de un compañero sexual lesionaba un bien, precisamente, la clara estructuración de la familia.

En conclusión, la contraposición de lesión de un bien y mera infracción moral da lugar a espigar de vez en cuando el derecho penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado. Por lo demás, esta contraposición, en su abstracción, no aporta nada, especialmente, carece de un contenido genuinamente liberal.

VIII. LA SEGURIDAD COMO BIEN

Pasemos ahora a los requisitos de la *lesión* del bien. En lo principal, se trata de evitar que el legislador vaya amenazando con pena criminal cada vez más puestas en peligro abstractas, y de obligarle a contentarse con la penalización de consumaciones *materiales* y sus correspondientes tentativas. De hecho la manía de la anticipación del delito es en el derecho penal moderno un problema, a cuya génesis, sin embargo, no es ajena la tesis del derecho penal como protección de bienes jurídicos: si de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos, entonces esta protección se querrá efectiva, y desde esta perspectiva no se entendería la renuncia a penalizar las conductas generadoras de un peligro abstracto. Si en el contexto de la lesión de un bien en cuanto presupuesto de la pena se coloca el centro de gravedad en el bien, queda abierta la cuestión de por qué razón ha de esperarse hasta que se produzca la lesión. Esta cuestión se cierra, sin embargo, si los titulares de los bienes son relacionados entre ellos en cuanto personas (y no sólo a sus bienes): entonces, se trata de las normas que les atribuyen el rol de no-lesionantes, pero se trata de normas, y ya no, al menos exclusivamente, de bienes.

En lo que se refiere a las normas, ciertamente que el deber de no adquirir competencia por una lesión ocupa el primer lugar. Pero en una sociedad que sea a la vez una sociedad de libertades y que haga posibles los contactos anónimos esto no puede ser suficiente, y ello por la siguiente razón: si se pretende que la sociedad tenga una configuración de libertades no se puede prescribir todo acto a realizar, sino que el legislador ha de contentarse con la indicación de unos objetivos y confiar por lo demás en la autodirección de las personas; en otros téminos, ha de permitir que la consecución de los objetivos se administre de modo descentralizado, por parte de la persona. Dicho con un ejemplo: el legislador determina que todos han de desempeñar el papel de una persona que no mata, pero la ejecución del programa se deja a cargo de las personas. Sin embargo, éstas –también a causa de las libertades– tienen ideas muy divergentes acerca de cuál es el contenido del rol; así, por ejemplo, muchos consideran que conducir un automóvil en estado de ebriedad es inocuo, mientras que otros lo consideran un homicidio en potencia; más de un constructor de edificios pensará que las normas dictadas por las autoridades urbanísticas son superfluas, mientras que un especialista en estática pensará que su infracción es un homicidio potencial; dicho de otro modo, existen muy diversas valoraciones del riesgo, y ello tanto en lo que se refiere a la dimensión de ese riesgo como a la relevancia de una determinada dimensión de riesgo una vez reconocida. Brevemente: hay gente consciente del riesgo y gente arrojada.

En una sociedad que hace posibles contactos anónimos –piénsese sólo en el tráfico rodado con su alto grado de anonimato y con su igualmente elevado nivel de errores– es imposible tomar en consideración la visión del riesgo de la persona con la que uno se encuentra en cada caso, pues ésta es, precisamente, anónima. Dentro de una familia se puede conocer cómo administran los demás los riesgos, y, en caso de necesidad, "ponerse a cubierto"; en una sociedad anónima esto queda excluido. Por ello, el legislador ha de ocuparse de que el comportamiento, a pesar de las valoraciones individuales divergentes, se conforme de acuerdo con máximas iguales para todos, lo que significa que el legislador ha de asumir finalmente, aquí sí, la administración centralizada de los objetivos, es decir, establecer en qué modalidades de conducta alguien ya está desempeñando el papel de un homicida, aunque ese alguien individualmente tenga otra opinión. Por ello, el legislador dispone que está prohibido conducir un automóvil en estado de ebriedad, incendiar edificios que sirven de vivienda, etc., todo ello prohibiciones de riesgos abstractos.

De hecho, los representantes de la teoría de la protección de bienes jurídicos no abominan por principio de tales prohibiciones, sino sólo en cuanto estén provistas de penas criminales; a causa del carácter abstracto del peligro, se dice,

la modalidad de reacción ha de ser de menor intensidad que la pena criminal. Esta argumentación puede ser combatida con éxito. Una suficiente seguridad cognitiva es una condición necesaria para poder disfrutar los bienes. Sin tal seguridad los bienes no son "buenos", y por ello se ha formulado que la seguridad es, a su vez, un bien jurídico. Por lo tanto, entre la existencia de la seguridad y la del bien no existe ni en el plano lógico ni en el valorativo una diferencia. Con ello, sin embargo, no se mantiene que cualquier pequeña perturbación de la seguridad cognitiva sea un delito, de igual modo que tampoco cualquier lesión de un bien mínimo debe ser convertida artificiosamente en delito.

Aquí sólo se ha esbozado una justificación de los delitos de peligro abstracto respecto de *una* clase de tipos, aquellos mediante los cuales se estandariza el contenido del rol de la persona que no lesiona. No entraré en otras clases de tipos por razones de espacio, pero parece claro que hay otras clases susceptibles de ser legitimadas, como, por ejemplo, la prohibición de la producción de material delictivo prototípico, es decir, de moneda falsa, armas, pasaportes falsos, estupefacientes, etc. En todo caso, no puede mantenerse la afirmación de que en el ámbito de lo criminal sólo entran la lesión de un bien y la tentativa de lesión. Respecto de estas cuestiones ha de volver a destacarse que la legitimación de los delitos de peligro abstracto en cuanto infracciones criminales acabada de esbozar no significa que todo lo que aparece en el Código Penal siempre sea legítimo.

IX. EL MEDIO AMBIENTE INTACTO COMO BIEN

La teoría de la lesión de bienes jurídicos también plantea objeciones frente a bienes jurídicos modernos, llamados de amplia superficie, especialmente en el caso de los delitos para la protección del medio ambiente. Sin que aquí sea posible entrar en los detalles, acotaré al menos lo siguiente.

La sociedad es una sociedad económica, lo que no significa que *también* sea una sociedad económica, sino que lo es *principalmente*. En caso de duda, el sistema "economía" se impone frente a todos los demás; poner en peligro el crecimiento económico se considera un grave desafuero, comparable a una conducta que provoque la ira de los dioses, y la competencia económica sustituye la de las naciones: quien es derrotado no sólo es considerado incapaz en un determinado sector, sino que es marginado por completo.

El éxito de la conducta económica se decide en el mercado, es decir, en competencia, siendo aquel que obtiene el mejor resultado el que aprovecha todas las posibilidades existentes de configurar su oferta de modo ventajoso; más aún, cualquier infracción de reglas cuyo respeto cueste algo proporciona una ventaja competitiva. Mientras el aprovechamiento de todas las posibilidades, o incluso

de la infracción de reglas, no sea recompensado a la larga por el mercado no se generan diferencias de principio. Dicho con un ejemplo: los productos que están justo por encima del estándar que todavía se considera admisible sólo pueden venderse, a la larga, como productos de baja calidad y baratos, y los productos con defectos de seguridad a la larga desaparecerían del mercado aunque no hubiera responsabilidad por el producto. Pero si el aprovechar al máximo de los límites existentes, o incluso rebasarlos, no afecta negativamente al potencial adquirente, porque las desventajas –de modo real o imaginario– recaen en la colectividad o al menos en personas distintas de los adquirentes, el mercado favorece una oferta especialmente ventajosa, y por ello en estos casos existe una necesidad permanente de hacer uso de los límites máximos de lo permitido y de asumir aquellas infracciones que pueden ser ocultadas.

Así las cosas, el desarrollo de estándares de respeto llamados bienes colectivos –al contrario, por ejemplo, de lo que sucede con los estándares denominados "reglas de la técnica"– no puede ser dejado a disposición del mercado mismo; pues el titular de esos bienes, a diferencia del sujeto afectado por las reglas de la técnica, no está presente en el mercado. Por consiguiente, los estándares deben ser impuestos al mercado desde fuera, lo que por una doble razón no puede suceder por medio de claúsulas generales. En primer lugar, los tribunales carecerían de los conocimientos técnicos necesarios para su concreción, y, en segundo lugar, todo autor aduciría en cada concreción que no podía prever tal determinación. Por el contrario, los estándares deben ser establecidos de modo no elástico como permiso individual exactamente delimitado o como valor límite exacto con vigencia general.

Por lo tanto, es imposible evitar los preceptos accesorios del ordenamiento administrativo tal y como aparecen principalmente en los delitos contra el medio ambiente, y queda el problema de si la infracción de las instrucciones jurídico-administrativas cumple un tipo *penal*. Con carácter general es seguro que esta cuestión no puede contestarse afirmativamente, pero es igualmente seguro que en el presente contexto sí: se trata del reparto de recursos escasos, es decir, de la pureza del agua, el aire, el suelo, etc., y quien actúa contra el ordenamiento de reparto no sólo contradice la administración, sino que toma lo que no le corresponde, roba a la generalidad la –relativa– pureza del medio ambiente. Sólo en aquellos casos en los que exista, sin discrecionalidad de la administración, un derecho a la asignación, puede hablarse de un delito contra la administración pública; por lo demás se trata de delitos contra recursos que, si bien son administrados precisamente por la administración, no se agotan en intereses de ésta, incluso no pueden ser representados razonablemente como tales. Dicho con una formulación extrema: quien contamina las aguas sin autorización o deposita resi-

duos o lleva a cabo conductas de esta índole se conduce como quien tala, sin tener derecho a ello, árboles en el bosque comunal: es un ladrón de propiedad común. Las extendidas dudas sobre la legitimidad de los delitos contra el medio ambiente, por tanto, así cabe esperar, no deberían imponerse.

X. BIEN JURÍDICO Y POLÍTICA LEGISLATIVA

Si lo decisivo es la protección de normas, y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse *cualquier* orden normativo, sin consideración de su contenido, por medio del derecho penal; el derecho penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico. Esta objeción es errónea porque tampoco la teoría de la protección de bienes jurídicos conoce potencial crítico alguno: lo que no existe no puede perderse. Ciertamente, algunos de los representantes de esta doctrina creen disponer de un punto de partida para la crítica del legislador porque la protección del derecho penal –de modo mediato o inmediato– habría de servir a los bienes jurídicos *de la persona*, y especialmente a su libertad. Se dice, por tanto, que sería imposible convertir en bien jurídico la protección del Estado *per se*, la existencia de un determinado partido o incluso la pureza de una raza humana. Por muy simpáticas que puedan resultar estas opciones políticas, no mantienen relación más intensa con la teoría del bien jurídico que con la de la protección de normas: también desde esta perspectiva se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas, teniendo entonces el mismo punto de partida crítico del cual se vanagloria la teoría de la protección de bienes jurídicos, pero se trata de un punto de partida *político*, no científico. No hay nada más que decir al respecto.

XI. LESIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA Y PENA

En esta última parte intentaré esbozar la relación entre protección de la norma y pena. Comienzo con la trivial constatación de que la pena nunca ha recompuesto un bien jurídico lesionado. Seguro que nadie tiene una opinión distinta al respecto, y por ello la pena es vinculada a eventuales *futuras* lesiones de bienes: *ne peccetur*. Pero, ¿y si se utilizara la pena para reparar aquel daño que sí es susceptible de eliminar?

Las normas son la estructura de la sociedad; dicho de otro modo, son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar. Puesto que se trata de las relaciones entre personas, y no sólo de un individuo y su situación individual, las normas son un asunto social, y su estabilización *es* estabilización de la sociedad. Esto no significa en absoluto que los sujetos se sacrifiquen a la sociedad, pero sí que no

son ellos en cuanto peculiaridades lo que resulta decisivo, sino ellos con su posición en el edificio de la sociedad, esto es, en cuanto personas. Quien quiere vivir como personaje privado y aislado, pero pretende disfrutar de una protección jurídico-penal socialmente organizada, no sabe lo que quiere.

Para que la sociedad no sólo exista de modo imaginario, sino realmente, sus normas han de tener vigencia. Esto no significa que todo quebrantamiento de la norma lleve a la sociedad violentamente de la realidad hacia lo meramente imaginario; por el contrario, una norma puede tener vigencia cuando es infringida; más aún, que el quebrantamiento de la norma sea entendido como *quebrantamiento de la norma* y no como algo indiferente demuestra a su vez ya la vigencia de la norma. Una norma rige mientras a grandes rasgos pueda seguirse como válida y el quebrantamiento de la norma *no*; dicho de otro modo, mientras *ella*, y no el *quebrantamiento* de la norma, configure la estructura de la sociedad.

De acuerdo con el entendimiento de la teoría de los sistemas, al que sigo en este punto, la sociedad es comunicación. Desde esta perspectiva, por ejemplo, lo social en un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho punible de no deber respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una persona, sino de poder tratarlos como un entorno indiferente. Mediante esta afirmación se cuestiona la norma, es decir, la regulación entre personas; por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o, vuelto a referir a la persona delincuente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada.

Esta falta de fidelidad al ordenamiento objetivada en el hecho es la circunstancia, o, dicho con mayor exactitud, el déficit objetivado frente al cual se reacciona mediante la pena, en todo caso, en un derecho penal que integre un principio de culpabilidad. Pues el "principio de culpabilidad" significa que sólo ha de penarse cuando se produce un hecho culpable, y no después de la realización de un injusto inculpable: la culpabilidad, la falta de fidelidad al derecho actuada en cuanto desautorización de la norma, a su vez, es un asunto social y no es susceptible de ser descrita como suceso en la psique del autor. Esto debería estar claro desde la sustitución del concepto sicológico de culpabilidad –como *dolus malus*– por el concepto normativo de culpabilidad –como reproche–, y de hecho está claro para aquellos autores que a su vez han visto con claridad la constitución social de la persona. A este respecto, un pequeño ejemplo: cuando un ladrón hurta una cosa que no se encuentra a buen recaudo y diferenciamos en función de que la falta de seguridad derive de una falta de previsión del propietario –entonces, culpabilidad disminuida– o, por ejemplo, de su desamparo producido por un accidente –entonces, mayor culpabilidad–,

ello nada tiene que ver con la psique del autor, sino que deriva del contexto social del hecho. Ciertamente, el autor debía conocer el contexto, o éste al menos le debe haber sido cognoscible; pues las normas son administradas, como ya se expuso en relación con los delitos de peligro abstracto, de modo descentralizado. Pero es completamente irrelevante que el autor haya llevado a cabo algún tipo de deducción de su conocimiento o que haya vinculado a sus conocimientos algún tipo de consecuencia de motivación: no son sus procesos síquicos los que fundamentan la culpabilidad, sino el juicio social la fundamenta.

La culpabilidad es falta de fidelidad al ordenamiento jurídico de acuerdo con un juicio objetivo, social; dicho de otro modo, la culpabilidad es la constatación social de que la contribución del autor a la sociedad, es decir, a la comunicación, es errónea, destructora de las estructuras, y que por ello no es susceptible de ser seguida. Dicho en una imagen, en la red de la comunicación hay un nudo en un lugar equivocado, de modo que anudar a esa ubicación conducirá a ulteriores nudos mal ubicados.

Ahora bien, el autor no sólo ha *afirmado* algo erróneo acerca del alcance de su libertad, sino que lo ha hecho *mediante la usurpación* de derechos ajenos, es decir, no sólo ha postulado una sociedad de estructura diversa, sino que ha emprendido su ejecución. Por razón de esa objetivación de la comunicación en un hecho también la condena, el establecimiento de la culpabilidad, ha de objetivarse, y esa objetivación tiene lugar mediante la pena. Priva al autor de libertad, en caso de necesidad, como, por ejemplo, en la privación de libertad, sin hacer uso de ella, y objetiva de ese modo que el uso de la libertad hecho por el autor no puede ser una conducta rectora.

Por lo tanto, la secuencia es la siguiente: el autor que desempeña el rol de una persona libre configura el mundo sin tomar en consideración la norma; configura, por tanto, una sociedad de estructura distinta. Mediante el pronunciamiento de culpabilidad el hecho se atribuye no a la libertad personal, sino a la voluntad particular del autor, y esta atribución es configurada privando al autor de los medios de desarrollo en cuanto instrumentos de mero arbitrio (se le encierra, ha de pagar dinero, etc.).

El hecho y la pena, por consiguiente, se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad; la pena, la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura. Desde este punto de vista, con la ejecución siempre se ha alcanzado el fin de la pena: queda confirmada la configuración de la sociedad. Que además de ello se produzcan efectos síquicos individuales o colectivos –intimidación, ejercicio de fidelidad al derecho u otros– no es esencial al fin de la pena, aunque tales efectos seguramente no sean secundarios en cuanto función latente de la pena. Esto queda fuera de

consideración. Aquí tan sólo se trataba de vincular en *un* concepto los quebrantamientos de la norma y la pena en un orden personal, y de mostrar que la pena verdaderamente restaña el quebrantamiento de la norma.

XII. RESUMEN

Puede intentarse presentar al derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado. El derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva –actualmente ampliamente reconocida– obliga, al tener en cuenta el contexto social, a determinar un rol social incluso para los deberes negativos. Los deberes positivos (aquellos que se derivan de instituciones especiales) son deberes en roles especiales y no son susceptibles de ser formulados como deberes de respetar bienes existentes. – No existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral. – La doctrina del derecho penal como protección de bienes jurídicos tampoco realiza contribución alguna en la limitación de la anticipación de la punibilidad; en los delitos contra el medio ambiente conduce a tesis extrañas. – Un contenido genuinamente liberal de esta teoría es mera opción política. – La teoría del derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho *es* una lesión de la vigencia de la norma, la pena *es* su eliminación.

INDICACIONES BIBLIOGRÁFICAS

Respecto de la teoría de la protección de bienes jurídicos, HASSEMER. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973; respecto de la separación de lesión de un bien jurídico y mera infracción moral, JÄGER. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1975; sobre el estado actual de la cuestión, ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1997, § 2 nn. mm. 2 y ss.; respecto de la doctrina de la protección de la configuración social, AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972; con una posición crítica tanto respecto de la teoría de la protección de bienes jurídicos como de la teoría de la lesión social, STRATENWERTH. *Strafrecht AT* I, 4.ª ed., 2000, 2/4 y ss.; respecto de la relatividad de la protección de bienes jurídicos, ya WELZEL, en *ZStW* 58, pp. 491 y ss., 509 y ss.; cfr. también JESCHECK y WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5,ª ed., 1996, pp. 7 y s.; sobre la relación entre bien jurídico y existencia en libertad, KÖHLER. *Strafrecht AT*, 1997, pp. 24 y s.; respecto del bien jurídico como bien intelectual, SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, 2/30 y ss.; sobre los deberes en instituciones especiales, JAKOBS. *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 2/16 y ss.; sobre la seguridad como bien jurídico, KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat*, 1989; rechazando los delitos de peligro, HERZOG. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991; con una posición diferenciadora, JAKOBS, en *ZStW* 97, pp. 751 y ss., 767 y ss.; ID., en *ZStW* 107, pp. 843 y ss., 855 y ss.; respecto de los delitos contra el medio ambiente, STRATENWERTH. en *ZStW* 105, pp. 679 y ss.; sobre la vinculación entre lesión de la vigencia de la norma y pena, JAKOBS, en KODALLE (ed.). *Strafe mu sein! Mu Strafe sein?*, 1998, pp. 29 y ss. Ulteriores referencias en ROXIN. Ob. cit.; JAKOBS. *AT* 2 previo a 1 y 1 y ss.

PILAR GONZÁLEZ-RIVERO*

El fundamento de las penas y las medidas de seguridad

I. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO Y SU FUNDAMENTACIÓN

El sistema de las consecuencias jurídicas del delito se encuentra constituido por las penas, las medidas de seguridad y reinserción social, las denominadas consecuencias accesorias, la responsabilidad civil derivada del delito, y por la reparación[1].

El delito, de acuerdo con la opinión de GRACIA MARTÍN[2], "puede dar lugar a la aplicación de una pluralidad de consecuencias jurídicas, cada una de las cuales estará vinculada a aquellos datos o circunstancias fácticas y normativas que perteneciendo al sustrato fáctico unitario del suceso configuren, dentro de él, una unidad parcial del suceso susceptible de ser entendida como una unidad autónoma de sentido y, por tanto, de valoración jurídica *específica*"[3].

La valoración jurídica de un conflicto social puede, entonces, realizarse desde la perspectiva de diversos órdenes jurídicos. Así, puede analizarse desde la perspectiva del orden civil, del orden administrativo y del orden penal[4].

En el supuesto de la valoración civil, se hace hincapié en el resarcimiento de la víctima, en la compensación material por el mal palpable empíricamente, por la lesión externa de la víctima, del perjudicado[5].

Por otra parte, también se podría realizar una valoración desde el derecho administrativo, en cuanto éste en su faceta sancionadora tiene como meta la eliminación preventiva de una fuente de peligros, a saber, tiene como meta proteger a los demás integrantes de la comunidad social de los peligros que puedan derivarse de una persona que ya ha demostrado que no es completamente apta para participar en dicha comunidad[6].

Una regulación de orden público que persigue la defensa ante peligros no se encuentra tan sólo en las correspondientes normas de derecho administrativo sancionador, sino que se halla también en el Código Penal, por ejemplo, en los artículos 95 y siguientes.

---

* Doctora en Derecho por la Universidad de Bonn, profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Europea-CEES.

1 Cfr., entre otros, GRACIA MARTÍN (coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 29 y ss.

2 Ibíd., p. 33.

3 Idem. Cfr. así mismo LESCH. *La función de la pena*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES (trad.), Dykinson, 1999, pp. 1 y ss.

4 Cfr. ibíd., p. 1.

5 Idem.

6 Idem.

LESCH[7] es de la opinión de que existen varios motivos por los que tales medidas, que en realidad son de orden público, se encuentran también en el derecho penal y por ello reguladas en el Código Penal. En especial se trata de motivos de economía procesal. Por otra parte, sigue diciendo este autor, se ahorra a la víctima, además del proceso penal, tener que verse envuelta después en otro proceso administrativo. Por último el juez penal, puesto que ya ha conocido a través del proceso penal al autor así como su personalidad, se encuentra en mejores condiciones de poder juzgarlo que un funcionario de la administración. Es conveniente no olvidar, como apunta LESCH, que el juez que aplica una medida de seguridad actúa *quasi* como representante del poder ejecutivo[8].

Al lado de la investigación de las consecuencias del orden civil y de las del derecho administrativo sancionador queda, por lo tanto, una investigación jurídico-penal.

La pena no compensa el mal de la víctima sino que, al menos *prima facie*, produce un nuevo mal. La pena es desde la perspectiva de LESCH, que también en este aspecto se comparte, lo contrario de la indemnización compensatoria civil, es la atribución querida de un mal[9]. Pero lo que convierte en pena a un mal querido es que está relacionado con el delito. Mediante la pena se causa un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica. El punto de vista jurídico-penal es pues primeramente, como el civil, y a diferencia del derecho administrativo o de orden público, un punto de vista retrospectivo y no prospectivo[10].

Habiéndose, en su caso, resuelto un conflicto social desde la perspectiva civil y desde la perspectiva del derecho administrativo, la imposición de la pena se explica como respuesta a la culpabilidad del autor y a la necesidad del mantenimiento de las condiciones fundamentales, de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. En este punto, se comparte con LESCH una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad[11].

II. FUNCIÓN ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN PARA LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En la normativa constitucional, desde la perspectiva de la finalidad, no se podrían encontrar diferencias entre las penas y las medidas de seguridad. Esta

---

7 Ibíd., p. 2.

8 Idem.

9 Cfr. ARTHUR KAUFMANN. *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 206; SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, 1963, pp. 14 y s, 30, 33 y s.; KÖHLER. *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 15 y ss.; JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1/2 y 3.

10 LESCH. *La función de la pena*, cit., p. 3.

11 Ibíd., p. 50.

postura resulta, sin embargo, controvertida, pues, como ya he dicho con anterioridad, la fundamentación y finalidad de la pena se unifican en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad[12]. Por el contrario, las medidas de seguridad atenderían a finalidades de tipo preventivo –general o especial– una vez comprobada, a través de la realización del delito, la peligrosidad criminal de su autor.

Partiendo de lo dicho, la cuestión que debe plantearse en este momento es si la pena cumple o puede cumplir con las expectativas que le han sido otorgadas en la Constitución y que a su vez son recogidas por la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995. Así la exposición de motivos recoge que "se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna". Ello tendrá que plantearse en su globalidad, esto es, en la posibilidad o necesidad de que las penas en su conjunto deban cumplir con las finalidades constitucionales.

Si partimos de que el Código Penal español, en el artículo 35, recoge que las penas privativas de libertad serían la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y de que la función asignada constitucionalmente tanto a las penas como a las medidas de seguridad es la de reinserción social, tendrían, entonces, que cumplir todas y cada una de las penas la finalidad de reinserción social, pues la Constitución en el artículo 25 establece que "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".

Ahora bien, según gran parte de la doctrina[13] e incluso el Tribunal Constitucional[14], ese fin resocializador recogido en la Constitución supondría, únicamente, uno de los fines de la pena.

Según GRACIA MARTÍN el aspecto resocializador de la pena, a que hace referencia la Constitución, debe entenderse sólo en el sentido de que ése es el fin a

---

12 JAKOBS, en *ZStW* 107, 1995, p. 844; LESCH en *JA*, 1994, p. 596; ID. *La función de la pena*, cit., p 50.

13 LUZÓN PEÑA. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Instituto de Criminología, 1979, pp. 47 y s.; MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 56 y ss., 60. Cfr. así mismo GRACIA MARTÍN. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 62.

14 El Tribunal Constitucional español, en la sentencia del 21 de enero de 1987, dijo con respecto a la orientación de la pena a la resocialización, que la Constitución impone que "el artículo 2.° de la Constitución no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación". Cfr., además, STC 150 del 4 de julio de 1991.

que debe atender la *ejecución* de la pena[15]. El precepto constitucional no impediría que la pena pudiera perseguir además fines de prevención general o de retribución. Lo único que proscribiría el precepto constitucional sería una teoría absoluta de la pena en su sentido más estricto, permitiendo también una teoría relativa, orientada a los fines de la prevención general.

También PÉREZ DEL MANZANO es de la opinión de que lo único que prohíbe la Constitución es olvidar la reeducación y reinserción social del condenado a la hora de orientar la pena[16].

Según cierto sector de la doctrina, cuando se parte de que la finalidad de la pena es de tipo preventivo se confunden entonces las finalidades de las penas y de las medidas de seguridad, en cuanto estas tienden a evitar la comisión de un hecho delictivo[17].

Si se entiende que la finalidad de la pena es la prevención, ya sea esta general o especial, positiva o negativa, no habría distinción alguna entre las penas y las medidas de seguridad.

Ambas entonces tenderían a la prevención, si bien las penas tratarían de evitar la comisión de delitos por la generalidad y las medidas de seguridad tendrían una finalidad de prevención de delitos por el mismo autor.

El proyecto alternativo de Código Penal alemán de 1966 ha llegado a equiparar expresamente los fines que persiguen penas y medidas de seguridad.

También lo hizo la "propuesta alternativa de parte general del Código Penal" que opuso el grupo parlamentario comunista al proyecto español de 1980.

El artículo III de dicha propuesta alternativa establecía: "Las leyes penales, tanto si establecen penas como medidas de seguridad, persiguen la prevención de los delitos como medio de protección de la sociedad"[18].

¿Qué diferencia habría entonces entre una pena y una medida de seguridad, cuando además las medidas de seguridad pueden imponerse al autor a la vez que una pena, aunque aquélla se ejecutase con posterioridad a la ejecución de la medida de seguridad? Si ambas tienden hacia la prevención también podrían entenderse las medidas de seguridad como tipos de penas, sobre todo teniendo en cuenta que las medidas de seguridad también requieren la comisión de un hecho delictivo.

---

15 GRACIA MARTÍN. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 62.

16 PÉREZ DEL MANZANO. *Culpabilidad y prevención*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 242.

17 MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., p. 61. "Las dificultades se extreman cuando se defiende que la pena, como la medida de seguridad, posee la función de prevención especial". Cita a RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal español, Parte general*, 8.ª ed., 1981. Sobre las dificultades de distinguir los fines de penas y medidas, p. 931.

18 En *CPC* 18, 1982, pp. 611 y 616.

Desde mi punto de vista se olvida, al tratar el tema, la diferencia esencial entre penas y medidas, esto es, la existencia en la primera de ellas de culpabilidad en el sujeto, y la inexistencia de capacidad de culpabilidad en el autor del hecho cuando sean de aplicación las medidas de seguridad. Aquí el fundamento radica en su peligrosidad; en consecuencia, las finalidades establecidas en la Constitución tendrán que ser matizadas en cada una de ellas.

Ante ello, MIR PUIG[19] intenta relativizar la confusión constitucional referida a las funciones de las penas y medidas de seguridad diciendo que "no significa que penas y medidas de seguridad dejen entonces de poder ser diferenciadas en cuanto a su concepto, que debe distinguirse de su función. Las medidas son la respuesta a la peligrosidad del sujeto; las penas, al delito cometido. A diferencia de las penas, las medidas no se imponen como realización de una amenaza legal prevista para reforzar un mandato o prohibición dirigidos a los ciudadanos. La medida es un tratamiento que no responde a los mecanismos de conminación legal, norma imperativa e infracción".

Pero es el propio MIR PUIG quien, aun intentando salvar la distinción entre concepto y finalidades de las penas y medidas de seguridad, afirma que, al ser la pena una exigencia de justicia y las medidas de seguridad servir a la prevención, es difícil aceptar que el cumplimiento de la medida de seguridad pueda servir para acortar o incluso sustituir por completo a la pena, porque aquel cumplimiento no puede asumir la misión de retribuir el mal causado[20].

Las penas y las medidas de seguridad no pueden estar orientadas a la misma finalidad. La pena se impone para compensar la culpabilidad del hecho, con una perspectiva retrospectiva y de pasado, y la medida de seguridad se impone con finalidades de prevención, esto es, con una perspectiva de futuro.

III. FUNDAMENTO DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. FINALIDAD RETRIBUTIVA DE LA PENA

La pena sirve para la estabilización de las expectativas que se tienen en la vida en sociedad; éstas en caso de defraudación no deben decaer, sino que pueden y deben mantenerse contrafácticamente, esto es, frente a la realidad fáctica. El delito, el hecho del autor, es un concepto del mundo que se contrapone, contradiciéndolo, al concepto del mundo que por su parte tuvo y tiene no sólo la

---

19 MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., p. 62.
20 Idem.

víctima, sino también la sociedad. Pero, es más, puesto que la idea del mundo de la víctima se corresponde con una expectativa normativa, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto no es de tipo privado, sino que se convierte en público, y la concepción del mundo de la víctima se reafirma ante todos, ante la sociedad en su conjunto; todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma[21].

"El contenido de una pena así entendida no es", afirma JAKOBS, "que el autor en el futuro no delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de las normas"[22].

Esto no debe ser entendido en el sentido de que la finalidad del derecho penal sea "un ejercicio en la confianza normativa" en un sentido real-sicológico, demostrable empíricamente[23], algo así como un querer y un poder de que la pena despliegue sus efectos realmente de forma contrafáctica, que se confíe en la vigencia de la norma. Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también cualquier persona puede continuar actuando orientándose según la norma; que cualquiera se encuentra en consonancia con el derecho cuando confía en la vigencia de la norma[24].

No se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento[25].

Se trata, por el contrario, de asumir una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa en la que fundamento y fin de la pena se unifican[26].

Siguiendo en este punto también a LESCH[27], se puede afirmar que la pena pública cumple, además, otra función. La pena pública y la canalización del conflicto hacia el proceso formalizado que ésta implica representa una importante aportación a la pacificación de la sociedad[28].

---

21 Cfr. JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 98 y ss.

22 JAKOBS, en *ZStW* 101, 1989, p. 517.

23 Cfr. por el contrario KINDHÄUSER, en *GA*, 1989, p. 497.

24 Cfr. LESCH. *Das Problem der sukzessive Beihilfe*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1992, pp. 248 y s.; ID. *La función de la pena*, cit., p. 50.

25 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 104.

26 LESCH. *La función de la pena*, cit., p. 50.

27 Ibíd., p. 51.

28 JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 1988, 4.ª ed., nn. mm. 16 y 30; *AK-Hassemer*, previo al § 1, nn. mm. 301 y ss., y ACHENBACH. "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld", en SCHÜNEMANN (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin y New York, 1984, pp. 142 y s.

La función retributiva y compensadora de la culpabilidad del hecho no sólo afecta al momento de atribución de responsabilidad, sino que también se ve reflejada en un segundo momento, en el de la determinación y aplicación de la pena.

Ya en su momento HEGEL concibió la pena como idea[29], esto es, no sólo como concepto, sino también como su realización. Por tanto, el intento de fundamentación de la pena en uno sólo de dichos momentos resultaría equivocado.

Así, si el criterio determinante resultara el *concepto* de delito "en el cual lo indefinido del hecho resultara lo determinante, desaparecería lo específicamente exteriorizable" y se tendería a reaccionar ante el quebrantamiento absoluto del derecho con una lesión absoluta de la voluntad personal. Pero si, por otro lado, la determinación de la pena se refiriera únicamente a la *existencia real* del delito, resultaría "muy sencillo presentar como un absurdo la imposición de una pena, que no tiene nada que ver con el concepto de pena, sino que únicamente se debe a la específica compensación del delito". Esa compensación específica no aportaría nada, pues, desde una perspectiva naturalística, "el hurto y el robo", por un lado, y "las penas de multa y de prisión", por otro lado, siguen siendo y seguirán siendo "desiguales"[30].

La identidad entre el hecho y la imposición de la pena, de la que habla HEGEL, es "la identidad en la constitución de la lesión de acuerdo con el valor de la misma"[31]. En dicha determinación se superan las carencias de la unilateralidad de los extremos anteriormente expuestos.

La pena no es ni lo formal del todo o nada del derecho abstracto, ni la específica igualdad de la pena reflejada[32]. El *tertium comparaciones* del delito y la pena lo constituiría la libertad. La medida de la libertad lesionada a través del hecho delictivo debe reflejarse en la pena justa. Sólo en dicha medida el autor es subsumido bajo su propia ley. La pena tiene que retirar al autor del hecho delictivo la libertad y nada más.

Únicamente la pérdida de la libertad resulta, de acuerdo con las valoraciones, comparable con la realización de su expresión de sentido quebrantadora de la libertad. Cualquier otra reacción al hecho delictivo degrada al autor convirtiéndolo en sujeto peligroso para su entorno, esto es, para la comunidad.

---

29 HEGEL. *Rechtsphilosophie*, § 101.

30 Así la interpretación de KAISER. *Widerspruch und harte Behandlung, Zur Rechtfertigung der Strafe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 127, sobre la concepción de HEGEL en su obra *Rechtsphilosophie*.

31 HEGEL. *Rechtsphilosophie*, § 101 y 101 anotación.

32 Ibíd., § 101 Anotación.

Por lo tanto, la pena no puede reducirse a una declaración pública de la reprochabilidad, ya que ello no supone una limitación de la libertad del autor. El autor con su comportamiento no sólo ha significado algo, sino que además ha realizado algo. Éste no sólo ha objetivado simbólicamente el significado de su comportamiento, sino que además ha organizado el esquema del mundo ajeno. Por ello, la reacción ante el hecho delictivo debe objetivarse al mismo nivel que el propio hecho del autor, retirándole los medios de interacción a través de la pena[33]. La pena debe consistir en la limitación de la libertad ejercitada, ya que sólo ésta es equiparable a la lesión de la libertad reflejada en la exteriorización de la perspectiva del mundo del autor del hecho delictivo[34].

El tercer principio es el relativo a la proporcionalidad. Quien hurta quebranta, mediante la realización de su perspectiva del mundo, la libertad de la víctima y también el derecho como derecho, en relación con el reconocimiento de la propiedad. Quien roba, por el contrario, quebranta también la integridad corporal. El robo debe ser valorado como más grave que el hurto, y ello debe reflejarse también en la pena a imponer. "Cómo debe ser penado cada delito no puede precisarse con el pensamiento, sino que son necesarias determinadas consideraciones positivas"[35]. La medida de la pena, sin embargo, no puede determinarse de acuerdo con criterios educativos o de aseguramiento, sino que será acorde al intento de negación de la personalidad que haya exteriorizado el autor con su hecho[36].

Se trata de plantear y resolver la cuestión de si la libertad como tal, y en consecuencia la privación de la libertad, constituye un concepto histórico contingente, o si por el contrario resulta invariable.

En cierta medida ambas cosas son ciertas. La libertad es un derecho y el derecho se basa en el reconocimiento del otro como libre. En dicho sentido la libertad está estructurada de manera determinada.

Debido a que la pena además tiene que ser realizada, constituye ésta, siempre, la retirada de medios de interacción. Para ello no hay otra alternativa. La retirada de los medios de interacción significa la retirada de la propiedad, esto es, dinero, pertenencias, integridad corporal, libertad de movimientos, etc. Ello no quiere decir que a lo largo de la historia no puedan desarrollarse distintas formas de libertad y de penas[37].

---

33 JAKOBS. *Norm, Person; Gesellschaft*, cit., p. 105.

34 Cfr. ibíd., cit., p. 104.

35 HEGEL. *Rechtsphilosophie*, § 96 Anexo.

36 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 105.

37 El paso de la pena corporal a la pena privativa de libertad corresponde a un cambio en la concepción de

Partiendo entonces de la fundamentación de la pena como estabilizadora de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, y, con ello, de la propia subjetividad[38]; partiendo, además, de que la pena no puede quedarse en su concepto, esto es, en la atribución de responsabilidad, sino que, también debe ser realizada, es decir, impuesta como compensación de la culpabilidad del sujeto, y ello como propio derecho del autor, hay que concluir que dicha función retributiva compensadora de la culpabilidad no sólo debe hacer referencia al momento de la atribución de la responsabilidad, sino que, además, es inherente al momento de la determinación de la pena impuesta por el juez al autor del hecho delictivo.

Los artículos recogidos en el capítulo II del título III de las penas del Código Penal de 1995, referidos a la determinación y aplicación de la pena, hacen referencia a la responsabilidad del sujeto por el hecho, imponiendo, como dice HEGEL, al autor una restricción de su libertad. El concepto de libertad aquí debe entenderse, como así lo hace HEGEL, en un sentido amplio, y no refiriéndonos únicamente a la restricción de libertad de movimiento. El ámbito de libertad que el autor a través del hecho delictivo se arrogó y restringió a la víctima se ve compensado con la imposición de una pena proporcional a la medida de la arrogación de la libertad del autor a la víctima. Las reglas utilizadas en ese momento por el juez para la determinación de la restricción de libertad que hay que imponerle al autor, entendida, repito, aquí también en sentido abstracto, se apoyan pues en la gravedad de la restricción de la libertad que el autor a su vez infligió a la víctima.

Habiendo, pues, analizado el momento de atribución de responsabilidad al autor capaz de culpabilidad, y el momento de la determinación y aplicación de la pena para dicho autor, deberíamos pasar a analizar la función de la pena en el momento de su ejecución.

Y es en este momento concreto en el que cobra sentido el precepto constitucional cuando hace referencia al fin resocializador de la pena. La ejecución de la pena recogida en el capítulo III del título III sobre las penas sí que debe estar encaminada a fines resocializadores, como nos recuerda el artículo 25 de la Constitución, y como, además, ya han apuntado algunos autores[39]. Y ello debido, como apunta BACIGALUPO[40], a que la exigencia del respeto de la dignidad de la persona es consustancial con la idea del Estado democrático de derecho.

---

la persona. La pena corporal era aplicada a un individuo, creando pánico en el público, mientras que la pena privativa de libertad afecta a su realización como persona e imposibilita su desarrollo. KAISER. *Widerspruch*, p. 131.

38 Cfr. GONZÁLEZ-RIVERO. *Strafrechtliche Zurechnung bei Defekzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnunglehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 108 y ss.

39 GRACIA MARTÍN. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 62; cfr. ROXIN. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 16 y 28.

40 BACIGALUPO. *Principios de derecho penal, Parte general*, 4.ª ed., Madrid, Akal, 1997, pp. 52 y s.

También así podría entenderse la cuestión de que la Constitución en dicho precepto quiera equiparar a las penas y a las medidas de seguridad, a los efectos de que ambas tengan una función resocializadora.

En la medida, entonces, en que la pena constituye una privación de la libertad, entendida ésta tanto en sentido abstracto como en sentido concreto, pues supone así mismo la restricción de la libertad de movimiento del autor, puede ser legitimada como pena, siempre y cuando sea entendida como compensatoria de la culpabilidad del autor por el hecho delictivo cometido. Todo lo demás constituiría violencia sin consentimiento realizada sobre el autor, lo que tendría como consecuencia la ilegitimidad de la pena de arresto de fin de semana.

B. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Partiendo de las premisas enunciadas supra, las penas se verían fundamentadas en la culpabilidad del autor y las medidas de seguridad en su peligrosidad criminal, como además recoge el artículo 6.º del Código Penal español. "1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

"2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".

El sistema penal del ordenamiento jurídico español responde ante la comisión de un hecho delictivo tanto con penas como con medidas de seguridad, siendo la finalidad de las medidas de seguridad no la validez de la norma, sino la eliminación del peligro. Ahora bien, en contra de lo que entiende la mayoría de la doctrina[41], y que, además, se vería reflejado en el segundo párrafo del artículo 6.º del Código Penal de 1995, la consecuencia jurídica de la medida de seguridad no resultaría una consecuencia jurídico-penal al delito sino, antes bien, una respuesta de tipo administrativo o de seguridad pública[42], ya que su fundamento no reside en la culpabilidad del sujeto, sino en su peligrosidad.

Resulta necesario analizar los distintos momentos fundamentadores de las medidas de seguridad.

Al igual que ocurría en relación con las penas privativas de libertad, en las que se hacía una distinción entre los distintos momentos fundamentadores de

---

41 Cfr. GRACIA MARTÍN. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 34.

42 De la misma opinión es LESCH. *La función de la pena*, cit., pp. 2 y ss.

la pena, ocurre también en relación con las medidas de seguridad. Así, una vez que se haya determinado la falta de responsabilidad jurídico-penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, inimputabilidad, en el sujeto, pasaríamos al momento de determinación de la medida de seguridad aplicable y posteriormente a su ejecución.

Como se ha concebido anteriormente en relación con las penas, en cada uno de estos momentos tendrían que atribuirse a las medidas de seguridad diferentes finalidades. Así, una vez dictaminada por el juez la inimputabilidad del sujeto, y debido a la peligrosidad criminal que el autor ha reflejado con la comisión del hecho delictivo, se impondría dentro del elenco de medidas que recoge el Código Penal de 1995 una medida de seguridad, medida de seguridad que debe ser ejecutada.

El momento relativo al reconocimiento de la inimputabilidad del sujeto y consecutiva valoración de la peligrosidad del sujeto estaría caracterizado por la finalidad de protección de la generalidad; esto es, al sujeto se le va a imponer una determinada medida de seguridad por el hecho de que resulta peligroso para la sociedad[43].

Pero, una vez que se ha determinado dicha peligrosidad y se ha impuesto la medida de seguridad apropiada, la finalidad de la ejecución de la medida de seguridad es, al igual que en la ejecución de la pena, de prevención especial. A través de la medida de seguridad se intentará, pues, de acuerdo con el texto constitucional, la reinserción social del autor del hecho y sujeto pasivo de dicha medida de seguridad.

Dicho esto, queda claro que efectivamente en su ejecución –y únicamente en este momento– penas y medidas de seguridad responden a una misma finalidad, que no es otra que la de reinserción social del sujeto.

De ello, sin embargo, no es posible deducir que penas y medidas de seguridad sean respuestas, ambas, del derecho penal. También los internamientos civiles de incapaces deben tender a su reinserción social y no por ello se intenta concebir el internamiento de incapacitados como una respuesta penal. Y se podría decir aquí que el internamiento de un incapaz no se deriva de la comisión de un hecho delictivo, y ello es cierto. Pero no es menos cierto que la responsabilidad civil derivada del hecho constitutivo del delito sí es consecuencia directa de la comisión de un hecho delictivo y no por ello se la concibe como una respuesta jurídico-penal del hecho.

---

43 Ibíd., pp. 1 y s.

GÜNTHER JAKOBS

*Personalidad y exclusión en derecho penal**

I. LA PERSONA COMO PERSONA EN DERECHO

"Al ser humano se le denomina persona, en tanto que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil" (§ 1, tít. 1, parte II, derecho común prusiano de 1794), a lo que se añade también: en tanto que tiene que soportar deberes; en otras palabras, personas son los destinatarios de derechos y deberes, y viceversa[1]. Como derecho original y deber original se puede contemplar la facultad abstracta de adquirir derechos y deberes concretos: es persona quien es capaz jurídicamente. Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede "disfrutar" de ningún derecho ni soportar ningún deber; está parcialmente excluido quien no participa de determinados derechos y deberes. Es evidente que la exclusión no ha de entenderse como mero no tener, pues en la gran mayoría de los casos un mero no tener no resultará de una capacidad jurídica deficiente, sino de un determinado modo de existencia personal, o de un determinado uso por la persona de sus derechos y deberes, o puede tratarse, por otra parte, de la consecuencia de impedimentos fácticos. Por ejemplo, quien ha pagado su deuda no está excluido del deber, sino que lo ha apartado de su organización; quien tiene que hacer regresar a su perro con un silbido no está excluido de la libertad de comportarse silenciosamente, sino que ha de asumir las consecuencias de su organización; y quien no tiene dinero para comprarse una casa está impedido sólo fácticamente (a no ser que no le esté *permitido* disponer de dinero, en cuyo caso estaría excluido). Una exclusión existe cuando *el propio derecho*[2] no deja que el individuo avance hasta ser persona en derecho, quedando limitado aquí el enfoque a individuos humanos. Así, por ejemplo, los niños están excluidos del derecho al voto, no son personas con derecho a voto.

El concepto moderno de exclusión tiene su origen en la teoría de los sistemas, aunque allí no se opone al concepto de personalidad, sino al de inclusión[3].

---

* Ponencia leída el 31 de agosto de 2001 en la Corte Suprema de Justicia de Perú y en la Universidad Externado de Colombia, en marzo de 2002; título del texto original: *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, TERESA MANSO PORTO (trad.), colaboradora científica en el Instituto Max Planck y en la Facultad de Derecho de Friburgo.

1 Ese es el concepto jurídico de persona; cfr. SCHILD. *Person* IV, en RITTER *et al.* (eds.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 7, 1989; sobre el concepto filosófico VON KOBUSCH. *Die Entdeckung der Person*, 2.ª ed., 1997, FUHRMANN. "*Person* I", KIBLE. "*Person* II", SCHERER. "*Person* III", en RITTER. Cit.; cfr. así mismo RHEINFELDER. *Das Wort "persona"*, 1928; sobre la propia postura cfr. JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.ª ed., 1999, pp. 29 y ss.

2 El problema de las decisiones erróneas por parte de los órganos de justicia (me privan de mi propiedad por un error jurídico: ¿exclusión?) queda aquí fuera de consideración.

3 LUHMANN. "Exklusion und Inklusion", en ID. *Soziologische Aufklärung 6*, 1985, pp. 237 y ss.; ID. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. 2, 1997, pp. 618 y ss.; conciso e instructivo BARALDI, en BARALDI,

Dado que la persona ha de ser entendida como "restricción de posibilidades de comportamiento atribuida individualmente"[4], es decir, como una construcción comunicativa relativa a expectativas sociales, con la exclusión también debería producirse siempre como resultado una despersonalización. Sin embargo, LUHMANN habla también de "personas no integrables"[5], eso sí, utilizando un concepto de persona normativamente decolorido: persona "como señas de identidad que se toman como referencia en el proceso de comunicación"[6]; parece que para él no se trata tanto de la dotación normativa de la persona como de su delimitación con el sistema de la conciencia. Es por esto que en LUHMANN las personas pueden ser excluidas sin que pierdan el ser-personas, como, por ejemplo, cuando en sociedades estratificadas pierden el estatus de pertenencia a una determinada capa social[7], aunque no puede excluirse, al menos como supuesto límite, la pérdida de la personalidad[8], como en el caso del condenado a perder la paz*[9]. En las sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente, cualquiera puede en principio elegir sus inclusiones[10] (formación, economía, religión, etc.), lo cual, por razón de las mezclas –nadie puede estar siempre incluido en todas partes–, conduce a perfiles de personalidad no asegurados, faltos de esclarecimiento[11]. Un mínimo de inclusión es indispensable para poder seguir incluyéndose[12] (al que teniendo escasa formación carezca de vivienda y dinero le resultará difícil imponer su derecho); los que están fuertemente excluidos pierden su rol de personas y son devueltos a su corporalidad[13].

En el esquema presentado aquí, el concepto de persona se limita al de persona *en derecho*. A quien no es persona se le denomina "individuo". Es más, el concepto de sociedad se refiere aquí solamente a comprensión normativa, es decir, a la comunicación social orientada estructuralmente[14]. Todo lo demás es "es-

---

4 LUHMANN. "Die Form Person", en ID. *Soziologische Aufklärung 6*, 1985, pp. 142 y ss., 148.

5 *Gesellschaft*, cit., pp. 620 y s.

6 Ibíd., p. 620, n.° 42, si bien amparándose nuevamente en el ya mencionado (cfr. nota 4) concepto de persona, cargado normativamente.

7 LUHMANN. "Exklusion", cit., pp. 243 y s.; ID. *Gesellschaft*, cit., p. 622.

8 Ibíd., p. 623.

* El condenado a la pérdida de la paz (*Friedlosigkeit*) en el derecho germano era expulsado de la comunidad, y quien lo encontrase podía golpearlo hasta la muerte como si se tratara de un "lobo salvaje" [n. del trad.].

9 Acerca de los efectos excluyentes de la condena a pérdida de paz cfr. HIS. *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, 1.ª parte, 1920, pp. 414 y ss.

10 LUHMANN. *Gesellschaft*, cit., p. 625.

11 Ibíd., p. 627; ID. *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichbare Normen?*, 1993, p. 16.

12 LUHMANN. "Exklusion", cit., pp. 259 y s.; ID. *Gesellschaft*, cit., pp. 630 y s.

13 LUHMANN. "Exklusion", cit., p. 262; ID. *Gesellschaft*, cit., pp. 632 y s.

14 Más detalladamente JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 44 y ss., 51 y ss., 63 y ss.

pacio libre". Podrá ordenarse seguramente con criterios diversos –por intereses coincidentes de los individuos, de acuerdo con la sicología de masas, bajo la suposición de una mano invisible o con muchos otros–, pero estos criterios, o bien contienen a su vez una comprensión normativa de manera encubierta, o bien no conducen más que a una comunicación instrumental, y esto último denota únicamente una suma de individuos, es decir, no alcanza el nivel de una sociedad estructurada. Por ejemplo, el intercambio meramente instrumental de objetos asegurado sólo cognitivamente y no acompañado de expectativas normativas[15] es a lo sumo, a falta de una estructura normativa, una estructura social previa de carácter amorfo que, al menos en el contexto *jurídico*, no interesa. El mundo "social" instrumental se podrá explicar de manera reduccionista, es decir, a través del código apetencia-inapetencia correspondiente a los individuos o, dicho más amablemente, a través de sus intereses. El mundo social personal, por propia definición, no se puede explicar de este modo: la persona se define a través de sus derechos y deberes, ello sin atender a la consensualidad individual de las normas[16], bien en el caso concreto, bien de manera general.

II. PRIVACIÓN DE DERECHOS SIN EXCLUSIÓN

A. PENA

¿Es excluido el *autor penal*, en caso de pena de muerte, de manera total, en caso de pena privativa de libertad, como persona que dispone de libertad corporal y, en caso de pena de multa, como propietario en un ámbito concreto? Existen dos concepciones según las cuales se puede hablar de una exclusión, que son la concepción idealista-subjetiva de FICHTE y la instrumental, de la que se considera representante a VON LISZT.

En FICHTE se genera "el Estado para cada individuo a través del contrato"[17], el cual el autor penal quebranta y el Estado declara, por tal motivo, rescindido, de manera que el Estado y el individuo, a falta de relación jurídica, ya no son "absolutamente nada el uno para el otro"[18]. El derecho se ha suprimido,

---

15 Más exactamente, el intercambio no acompañado de expectativas normativas *aseguradas socialmente*; cfr. a este respecto JAKOBS, en HÖVER (ed.). *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, pp. 5 y ss., 7 y ss., 27 y ss.

16 Cfr. a este respecto JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 44 y ss.; sobre las explicaciones reduccionistas frente a las orientadas al sistema social cfr. BOHNEN. *Handlungsprinzipien oder Systemgesetze*, 2000, con referencias de algunos clásicos de la modernidad.

17 J. H. FICHTE (ed.). *Grundlage des Naturrechts nach den Principien der Wissenschaftslehre*, Obras completas, vol. 1, sec. 2.ª, s. a., p. 278.

18 Idem.

de modo que el autor penal es tratado "de manera totalmente arbitraria", no con derecho, pero tampoco contra el derecho[19]. "... el condenado es declarado como cosa, como una bestia"[20]. La condena del Estado es declarativa; propiamente se trata de una autoexclusión del autor penal[21], y éste es el mochuelo de dicha teoría: cuando el quebrantador de la norma puede decidir sobre los límites personales de la sociedad (lo que obviamente no es sino una consecuencia del pensamiento contractualista[22]), el hecho penal ni siquiera puede definirse como conflicto social, pues, efectivamente, la sociedad es empequeñecida por el hecho penal, pero no perturbada. En definitiva, el conflicto afecta al tamaño, pero no al contenido normativo, a la estructura de la sociedad[23].

VON LISZT –siguiendo a VON IHERING, para quien el derecho penal jugaba sólo un papel marginal– desencadena la "idea de fin en derecho penal"[24], lo que fundamentalmente significa que la pena no tiene un sentido para el autor penal, sino que únicamente le coerce: "la pena es coerción" en forma de "corrección", "intimidación" o "inocuización"[25]; lo último se aplica a los "incorregibles", y éstos son considerados como "males cancerígenos", como "fenómeno social patológico", como "el estado mayor de los principales adversarios del orden social"[26], etc., es decir, como *–sit venia verbo–* bestias inteligentes. La exclusión no resulta más débil que en FICHTE, pero, analizada más detenidamente, se trata de la exclusión de una "sociedad" segmentada en individuos poseedores de bienes[27]: el hecho penal perturba a la "sociedad" porque perturba el orden de distribución de bienes, mientras que la estructura normativa de la "sociedad" y de la "persona" es un simple derivado de la estructura de relaciones de posesión de bienes. –Al problema del autor penal como adversario se volverá a hacer referencia (*infra* IV)–.

Ocurre de manera distinta cuando el *autor penal* es concebido *como persona*. Aquí, el autor ha creado un mundo paradójico: como persona, es definido a través de la expectativa de que ha de atender al seguimiento de la norma, pero

---

19 Idem.

20 Ibíd., pp. 278 y s.; inmanentemente crítico al respecto, desde una postura por lo demás afirmativa, ZACZYK. *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, 1981, pp. 104 y ss., 108 y ss.

21 Esta autoexclusión la aminora FICHTE a través de un pacto expiatorio: *Grundlage*, cit., pp. 261 y ss.

22 En contra de su idoneidad como fundamento de una norma, JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., ID. pp. 63 y ss. y *passim*.

23 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 101 y s.

24 En *ZStW* 3, pp. 1 y ss.

25 Ibíd., pp. 33 y 35.

26 Ibíd., pp. 36 y s.

27 Ibíd., p. 21.

se comporta como si la norma no le atañera –sólo persona formal–. De la paradoja sólo se libra el autor mediante una paradoja más: como persona y, con ello, como quien decide competentemente sobre la validez de la norma, tiene que hacer constar que su hecho era incompetente. En la pena estatal, esto lo asume el Estado: él (es quien) disminuye los medios de libertad de la persona, lo cual solamente puede tener algún sentido si se trata de medios en manos de instancia competente, es decir, de medios de una persona y no de una bestia inteligente, y con ello demuestra la incompetencia del empleo de dichos medios. En cualquier caso, y eso es lo relevante aquí, el autor penal no resulta excluido, es más, la pena sólo tiene un significado *porque* él es persona[28].

B. LEGÍTIMA DEFENSA, ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO, RIESGO PERMITIDO

¿Se excluye a sí mismo *el agresor* contra quien se puede actuar dentro de los límites de la legítima defensa con todos los medios necesarios? La limitación a lo necesario no prueba, de por sí, que el agresor siga siendo persona; podría haber sido degradado a un mero bien que pueda ser destruido, pero no de forma inútil, sino sólo en la medida de lo necesario. La agresión es un acto de organización de una persona, la cual, como sinalagma de su libertad de organización, debe cargar con los "costes" de un abuso de dicha libertad. Una exoneración de este deber no entra en consideración, ni siquiera tratándose de crasas desproporciones, si por agresión se entiende un comportamiento *culpable* –así la postura moderna[29]–. Que el agresor retire él mismo su agresión (lo cual a menudo no "costará" mucho) o que otro disponga una defensa que implique una intervención intensiva es, para los efectos que aquí importan, idéntico fenómeno por cuanto él mismo es el competente por los costes: el agresor, quien, por lo tanto, no es excluido, sino precisamente requerido como persona obligada a soportar los costes.

De modo equivalente sucede en el estado de necesidad defensivo. El titular del ámbito de organización desde el cual amenaza un peligro debe eliminarlo o hacer que lo eliminen. Esto no es sino, una vez más, el sinalagma de su libertad

---

28 Más detalladamente JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 103 y ss.; ID., en KODALLE (ed.). *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, pp. 29 y ss., 31 y ss.

29 JAKOBS. *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., 1991, pp. 465 y s., con referencias; acerca de las inaceptables desproporciones, ibíd., p. 481 *in fine* y ss. La idea de que el agresor se lesiona a sí mismo ya se encuentra en la doctrina canónica de la culpabilidad; al respecto cfr. KUTTER. *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors* IX, 1935, p. 366.

de organización. Como ciertamente no ha abusado de esa libertad antijurídica y culpablemente (si no, se trataría de legítima defensa), él mismo está igualmente necesitado y puede exigir solidaridad según las reglas generales, lo que significa que puede liberarse de la necesidad mediante omisión de la eliminación del peligro (liberación por omisión en estado de necesidad ofensivo[30]) si para mitigar el peligro tuviera que emplear desproporcionadamente mucho más de lo que valen los bienes amenazados por el peligro.

Tampoco es excluida una persona cuando ha de soportar su destrucción como consecuencia de un comportamiento de riesgo permitido, pues no se le reclama una víctima para una libertad *ajena*, sino por la suya propia; y es que la posibilidad de elección del comportamiento de riesgo permitido pertenece también (al menos en abstracto) a la libertad de la víctima. Por ejemplo, todos pueden intervenir de forma permitida en el tráfico rodado y endosarse con ello otras consecuencias (o ejecutar justamente otro comportamiento arriesgado equivalente), y por eso cada uno ha de soportar el verse afectado por las consecuencias del uso de dicha libertad por parte de otros. El hecho de que se trata también de los costes de la propia libertad se hace evidente cuando éstos son tan altos que la libertad por el contrario carece prácticamente de peso. De nuevo con un ejemplo, si las víctimas del tráfico vacacional en época de veraneo estuviesen determinadas *ex ante*, es decir, no sólo según la cifra sino también en su identidad, y el tráfico rodado tuviera lugar a pesar de ello, entonces serían excluidas, lo que significa que con respecto a ellas el tráfico no podría tener lugar como algo *jurídico*.

III. ¿PRIVACIÓN DE DERECHOS POR VÍA DE EXCLUSIÓN?

A. LÍMITES DEL ESTADO DE NECESIDAD OFENSIVO

Cabe pensar que el derecho exija de una *persona* (es decir, sin exclusión) el sacrificio de su propia vida. El sacrificio de la propia vida se podría considerar parte del rol de un guerrero[31] o, en épocas de fervor nacional, del rol de todo hombre apto para el servicio cuando la patria está en peligro, o bien del rol de todo *citoyen* cuando la comunidad lo exige. Así, en ROUSSEAU[32]: "El que quiera

---

30 JAKOBS. *Derecho penal*, cit., pp. 520 y ss.

31 No lo considera como parte del rol, HOBBES. *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, introducción de FETSCHER (ed.), EUCHNER (trad.), 1984, pp. 163 y ss., 170, 171 (cap. 21) *passim*; sobre esto cfr. DIX. *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes*, 1994.

32 *Staat und Gesellschaft (Du contrat social...)*, K. WEIGAND (trad. y comp.), 1959, p. 33 (l. 2, cap. 5).

conservar su vida a costa de los otros, tiene que entregarla también por ellos en caso de que sea necesario [...] Cuando el gobernante le ha dicho: al Estado le es urgente que mueras, entonces debe morir, pues hasta entonces solamente ha vivido con seguridad bajo esa condición y su vida ya no es únicamente un favor de la naturaleza sino una dádiva del Estado sujeta a condición". Quien ha comprendido la *volonté générale* le da lo que ésta exige.

Si no ha de tratarse de una exclusión, entonces la exigencia del sacrificio de la propia vida debe dirigirse, como se dijo, a la *persona*, es decir, al portador de un rol que comprenda el sacrificio de la vida. Pues bien, en *abstracto* se pueden construir los roles más propensos al sacrificio –uno nace sólo para entregarse a los demás–. Pero no basta con idear un rol de esta clase y colocárselo a alguien; sino que el rol tiene que describir el verdadero estatus *jurídico* del otro, si es que éste ha de tener como persona el deber de sacrificarse; y ello implica que el rol de víctima encaje en el resto del sistema de determinación de personas practicado usualmente, es decir, que no aparezca como una carga arbitraria, sino como engarce consecuente de la situación encontrable por doquier. Llevando esto al extremo, un ordenamiento que por lo general le garantice a cada persona el derecho a la vida no puede obligar al mismo tiempo a que determinadas personas donen órganos vitales para otras. Si, en cambio, actúa de este modo, entonces ha excluido a esas determinadas; ya no son –al menos en esa medida– personas, sino bienes, meros proveedores de órganos. Esta necesidad de sistema hace difícil en las sociedades liberales incrementar los deberes de sacrificio, ya que el caso general lo constituye en tales circunstancias la relación negativa –¡No perturbes a los demás!–, mientras que la prestación positiva –¡Dale al otro de tu patrimonio!– no se puede fundamentar de manera inmediata, y de manera mediata sólo con bastante esfuerzo, esto es, con la carga de demostrar el beneficio para el propio prestatario[33]. Por otra parte, nada obliga a que las sociedades estén configuradas de forma liberal. También pueden estar orientadas, por ejemplo, al bien común; ROUSSEAU[34] ya se expuso anteriormente.

ROUSSEAU lo refiere también a la pena de muerte (ibídem): "... para no ser la víctima de un asesino, uno está dispuesto a morir, en caso de convertirse en uno".

33 RAWLS logró este tipo de fundamentación sólo bajo la suposición radicalmente abstrayente de un "velo del no saber": *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, pp. 159 y ss. Pero el planteamiento liberal puede no ser menos abstracto. Fundamentalmente sobre la distinción entre deberes positivos y negativos cfr. SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 67 y ss.

34 Es dudoso que tales sociedades puedan crearse como sociedades parciales mediante acuerdo. Por ejemplo, en una expedición de cinco miembros se reparte entre todos ellos el aprovisionamiento, calculado escasamente por razones de peso, y se acuerda que los dos primeros que amenacen con quedarse atrás le cedan su parte a los de mejor condición. Para el planteamiento basado en la autonomía, los débiles

Así pues, es inadmisible que en un conflicto se mate a una persona no interviniente por la vía del estado de necesidad ofensivo para mantener con vida a varias. En el ejemplo más conocido sobre esto[35], un tren que ya no puede ser detenido y que amenaza con estrellarse contra un tren de pasajeros es desviado a un carril secundario, en el que, en cambio, arrolla a un obrero ferroviario –el desvío se produce antijurídicamente, pues al trabajador no se le puede caracterizar como persona a cuyo rol pertenece la renuncia a la propia vida–. Sin duda, se podría construir una persona que se tenga que subordinar a la supervivencia de otras, pero esto sólo se logra en un contexto en el que la solidaridad esté tan implantada que se hace elemento obvio de definición de una persona. En cambio, esto no tiene cabida en una sociedad liberal, aunque sea sólo en cierta medida. Disponer que alguien haya de servir como medio de salvamento para otros sería en dicha sociedad incompatible con la personalidad del que ha de sacrificarse –exclusión–.

En las comunidades de peligro[36] surgidas casualmente, se añade la particularidad de que sin el sacrificio de *una* vida se pierden *todas*, incluida la de la persona a través de cuya muerte se podría solucionar el conflicto. En la época del nacionalsocialismo en Alemania, médicos de establecimientos para enfermos mentales encomendaban a *algunos* de sus pacientes a la campaña homicida organizada estatalmente para, de este modo, no ser relevados ellos de su posición y sustituidos por simpatizantes totalmente complacientes del partido, y así habrían podido al menos rescatar, como resultado, a *algunos otros* pacientes[37]. Se podría argumentar que a las personas a quienes se matase no se les quitaría una oportunidad de sobrevivir, ya que de todos modos su muerte no se habría podido evitar. Puede que esto sea cierto (apartando la cuestión de si no se debió lograr un retardamiento para *todos*), pero la regla utilizada aquí, de que lo que de todas formas está perdido puede ser destruido para utilidad de otros, no existe como regla *jurídica*, de tal modo que no se puede presentar la destrucción como consecuencia del comportamiento personal de las víctimas o

---

son garantes del abastecimiento de los fuertes, ya que ellos mismos lo han puesto en juego. Para el planteamiento proteccionista, el acuerdo es nulo (a menos que sirva a fines superiores a todo lo demás).

35 WELZEL, en *ZStW* 63 pp. 47 y ss., 51. Acertadamente, KÖHLER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 283: "Pero el principio jurídico no tolera de ningún modo el empleo ni siquiera de una sola persona en derecho como objeto para otras".

36 Acerca de las comunidades de peligro surgidas por "acuerdo" cfr. *supra* nota 34.

37 BGH, en NJW 1953 pp. 513 y s.; OGH, 1, pp. 321 y ss.; 2 pp. 117 y ss., 122 y ss.; referencias bibliográficas en JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 507, n. 46, p. 712 n. 64; en *LK-HIRSCH* (*Leipziger Kommentar*, JÄHNKE *et al.* [eds.], 11.ª ed., 13.ª actualiz., 1994), § 34 n. m. 65; así mismo (ob. cit., 16.ª actualiz., 1994) § 32 n. m. 212.

como su prestación personal. La conservación del mundo concebida como tarea de las personas que lo deben abandonar presupone un entendimiento de la sociedad saciado de solidaridad. De ello no sólo se carece hoy, sino que –y eso es lo decisivo– también se careció en su momento. La *liberalidad* impide *hoy* el reclamo de una víctima personal; *en aquel entonces* no se podía hablar de liberalidad, pero tampoco de un heroísmo de los oprimidos como práctica *jurídica*. Por ello, el referido caso de homicidio de seres humanos enfermos mentales para salvación de algunos compadecientes se trata de una exclusión[38].

B. ¿EXCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA DE UN HECHO NO CULPABLE?

Urge abordar la cuestión de si la extendida postura de admitir en el referido supuesto un estado de necesidad suprapositivo[39] no conduce al mismo tiempo a una exclusión de la víctima, al menos a una exclusión jurídico-penal, pues la víctima sí pierde la garantía de que nadie la mate, *bajo apercibimiento de pena* para quien incumpla. La pregunta se puede ampliar: ¿acaso no constituye cualquier supuesto de inculpabilidad una exclusión de la víctima, puesto que se le quitaría la protección jurídico-penal? ¡De ningún modo!

Por un lado, el derecho penal alemán contempla causas de exclusión o de aminoración de la culpabilidad que la propia víctima debe asumir por ser consecuencias de su organización personal. Aquí, la víctima no puede ser nunca una elegida por el autor por circunstancias aleatorias, sino sólo aquella persona por quien ha sido organizada la situación conflictiva. Así ocurre en el exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB, Código Penal alemán): la culpabilidad sicológicamente fundamentable de quien se defiende de manera desmesurada[40] no se fundamenta únicamente en que al agresor se le pueda definir *como persona* pre-

---

38 A favor de la justificación Braunеck, en *GA*, 1959, pp. 261 y ss., 271; Otto. *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965, p. 109; Rödig en Warda *et al.* (eds.). *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 39 y ss., 59 n. 44 (Rödig opina que el injusto del resultado no habría podido evitarse; correcto, pero como *injusto de los médicos* claro que sí); Mangakis, en *ZStW*, 84, pp. 447 y ss., 476 y s., con referencias n. 70 (el "respeto al ser humano" entraría "en contradicción consigo mismo" –pero en realidad sólo si uno se ciñe a lo cuantitativo–); cfr. así mismo Günther. *Strafrechtswissenschaft und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 333 y ss. (el valor del resultado compensaría el desvalor en parte, mientras que también se reduciría el desvalor de la acción –una solución basada igualmente en lo cuantitativo–).

39 Jakobs. *Derecho penal*, cit., 712 y ss., con otras referencias bibliográficas n. 64; en *LK-Hirsch*, cit., § 32 n. m. 212.

40 Su existencia se muestra en el exceso putativo (inevitable) en la legítima defensa, donde a pesar de la situación síquica completamente similar –pero que, precisamente, es distinta sociocontextualmente– no se disculpa; cfr. Jakobs. *Derecho penal*, cit., p. 708 con referencias.

dominantemente responsable por el conflicto. El hecho de que quien se defiende no sea culpable significa que para el derecho es naturaleza; *su* personalidad, por lo tanto, no se articula dentro del sistema, sino que *el no culpable* regresa al entorno del derecho. De forma totalmente paralela, pero limitado a una exculpación sólo parcial, sucede con la forma atenuada del homicidio, cuando éste es cometido tras una provocación de arrebato por parte de la víctima, de la que el propio homicida no tiene que responder (§ 213 StGB): el homicida provocado sin intervención propia puede ampararse en su naturalidad –si bien sólo parcialmente–, pues de ésta es predominantemente responsable la víctima que le ha provocado a cometer el hecho.

Por otro lado, en otras causas de exculpación, más exactamente, en otros comportamientos no culpables, la víctima no participa, o al menos no necesariamente, en la génesis del conflicto, como en el caso de la incapacidad de culpabilidad (§ 20 StGB) o el estado de necesidad disculpante (§ 35 StGB). Por consiguiente, aquí la víctima puede haber sido elegida por el autor por circunstancias aleatorias. El derecho penal trata a quien actúa sin culpabilidad como no responsable y, en cuanto tal, como naturaleza, es decir, no como persona. Con ello el conflicto se interpreta fuera del ámbito del derecho penal (puede que entonces se trate de un conflicto jurídico en el sentido del derecho policial) y se define como conflicto con el entorno, lo que a su vez significa que *a la víctima* no se le quita su personalidad, pues el entorno no puede constituir personas y, del mismo modo, tampoco puede excluirlas. Excluido está, en cambio, *el incapaz de culpabilidad* o *el exculpado*.

C. EL FETO, ¿PERSONA O MERO BIEN?

Excluido está *el feto*, al menos en el supuesto de interrupción del embarazo; en otras palabras, no es persona. Y no lo es, no sólo dentro del marco de una "solución" de plazos o de una interrupción posterior a una consulta, sino tampoco en el caso de interrupción con indicación médica en sentido estricto, tal y como ya fue formulado en el siglo XIX con la mayor claridad que se pueda desear. Así, HELSCHNER llama feto al que sólo "se está haciendo persona", pero lo trata como "sujeto de derecho"[41], aunque sólo de manera relativa, pues no sucede así en caso de indicación médica: "Uno puede [...] ampararse en que la ley considera al feto como sujeto de derecho protegido en el sentido de que su natural desarrollo hacia una vida independiente no debe ser obstaculizado y en

41 *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. 2, sec. 1, 1884, pp. 64 y s.

que, por tanto, dicha protección finaliza cuando la obtención de vida independiente es imposible mediante un parto que se produzca de forma natural"[42]. *Nota bene*, la protección que consiste en ser sujeto de derecho finaliza; es decir, el feto es excluido, destruido *jurídicamente*, y no se trata acaso de que un sujeto de derecho aún existente deba de tolerar su destrucción física: esto último sería totalmente descartable como deber jurídico de tolerar, ya que la destrucción física no puede ser expresada como una consecuencia de la personalidad en desarrollo del feto.

En época más reciente, la relación entre personalidad e indisponibilidad (lo que significa resistencia frente a ponderaciones) se enjuicia de distintos modos. Mientras que en parte se la considera aún como algo totalmente evidente[43] (que, además, lo es), otros autores intentan relativizarla con el argumento de que tampoco la vida después del nacimiento está libre de toda ponderación[44]. Pues bien, aquí se pone en duda precisamente esto. El ser persona puede conducir, como ya se mostró anteriormente con respecto a la pena, a la legítima defensa y al estado de necesidad defensivo, así como al riesgo permitido, al deber de tolerar perjuicios, en caso necesario la muerte, pero este deber de tolerancia ha de poder explicarse como sinalagma de la libertad personal; el ser persona no es ponderable. Quien pondera más bien ha optado ya por el tratamiento del feto como un mero bien, en detrimento de la personalidad[45].

A lo dicho no hay nada que añadir para el caso de interrupción del embarazo dentro de un plazo sin consulta o tras previa consulta. Sí es necesaria, en cambio, una precisión en el caso de indicación médica, y es que se ha defendido la opinión de que ningún sujeto, tampoco el feto, puede "pretender para sí una existencia de su libertad que no le corresponda de manera objetiva-normativa", y este tipo de pretensión injustificada se elevaría cuando "el potencial de comportamiento externo del sujeto" perturba[46]. Por tanto, si se interrumpe un embarazo en el que,

---

42 Ibíd., p. 68.

43 Especialmente DWORKIN. *Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit*, 1994, pp. 49 y s., 93 y ss., 156 y ss. y *passim*.

44 ESER, en ESER y KOCH. *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, t. 3, 1999, pp. 513 y ss., 576 y ss. Críticamente JAKOBS, en *Schriftenreihe der Juristenvereinigung Lebensrecht e.*, V. zu Köln, n.º 17, 2000, pp. 17 y ss., 25 y ss.

45 En este sentido, acertadamente KÖHLER. *Strafrecht*, cit., pp. 290 y s.: si el feto tiene un derecho a la vida propio, se excluye que se le pueda matar en estado de necesidad ofensivo (cfr. sin embargo, acerca de KÖHLER, lo que sigue en el texto). Frente a KÖHLER, en *RG* 61, pp. 242 y ss., no se admitió tal derecho, sino que se trató al feto como mero bien.

46 KÖHLER, en *GA*, 1988 pp. 435 y ss., 444 y s.; cfr. así mismo en *SK-SAMSON* (RUDOLPHI *et al. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.ª ed., 32.ª actualiz., 2000), § 34 n.º m. 45.

con las palabras ya mencionadas de HÄLSCHNER[47], "un parto que siga su proceso natural" produciría daños a la embarazada de relevancia existencial, la existencia del feto no le correspondería a este "objetivo-normativamente", y *como persona* tendría que desistir de dicha existencia. Por lo tanto, si le matan, pierde solamente lo que como persona tendría que sacrificar.

Esta postura no es defendible. Cuando la salud de la embarazada colisiona con la vida del feto, entonces se podría imputar la colisión a la circunstancia de que el feto usurpa de modo fáctico lo que no le corresponde, pero igualmente se podría atribuir el conflicto a una constitución de la mujer embarazada, la cual en su insuficiencia se ha de enjuiciar "objetivo-normativamente" como aquejada de un defecto, y si para la decisión de imputación al feto o a la madre se atiende a la "situación normal" esto no sirve de ayuda, ya que no se puede fundamentar la relevancia jurídica de la normalidad. ¿Por qué el feto que le supone una carga excepcional a una embarazada normal no habría de tener derecho a una prestación excepcional? Al fin y al cabo, con los seres humanos nacidos tampoco se emplean razonamientos similares acerca de la normalidad.

Pero el punto débil de esta postura radica no sólo en la arbitrariedad con la que se le imputa exclusivamente al feto la razón del conflicto, sino en algo más profundo: el deber de tolerar en el estado de necesidad defensivo tiene su razón de ser en que se trata del sinalagma del derecho de organización de la persona desde cuyo ámbito de organización amenaza el conflicto. Pero si no se trata ni siquiera de manera abstracta de consecuencias de una conducta de organizar, sino de la configuración de su organización impuesta a la persona *por la fuerza*, entonces no cabe el estado de necesidad defensivo. Con un ejemplo craso, si una persona es empujada por otros violentamente contra un tercero sin haber dado motivo para ello, evidentemente resultaría desproporcionado concederle al tercero derechos derivados del estado de necesidad defensivo contra la persona empujada; está claro, pues, que la persona empujada es por su parte víctima de una *vis absoluta*. Lo mismo sucede con el feto en el caso de indicación médica: en lo relativo a su dotación básica, el feto no tiene capacidad de organización ni siquiera en abstracto; por tanto, tampoco tiene ningún deber de tolerancia incrementado. Con ello se llega de nuevo a la conclusión de que el feto, en caso de interrupción del embarazo, tampoco es considerado como persona cuando dicha interrupción está indicada desde el punto de vista médico, sino que es excluido del derecho.

---

47 Cfr. *Das gemeine*, cit., p. 68.

IV. AUTOEXCLUSIÓN

Las personas son, como ya se ha dicho "restricción(es) de posibilidades de comportamiento atribuida(s) individualmente"[48]. Dado que aquí se trata sólo de personalidad jurídica, las personas son titulares de derechos y deberes. Pues bien, por un lado, uno puede inventarse ordenamientos jurídicos de contenido prácticamente aleatorio para luego tener que comprobar que en la vida social que está teniendo lugar nadie hace valer sus derechos y nadie satisface sus deberes. Se trata, pues, de ordenamientos inventados. Por otro lado, la gracia de un ordenamiento normativo está precisamente en que también tiene validez cuando los derechos no se reclaman y los deberes no se cumplen. Las expectativas normativas se mantienen contrafácticamente, en cuanto que es el fallo del quebrantador de la norma y no la expectativa lo que se define como razón del conflicto. Mientras que un fallo se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es válido. Sin embargo, este aspecto contrafáctico no se puede extender a placer, sino que las personas necesitan también de una cierta seguridad cognitiva para poder vincular su bienestar con el derecho. Llevando esto al extremo, el que sabe que con bastante probabilidad va ser robado, lesionado o incluso matado no puede hallar su bienestar en la sociedad, incluso cuando es seguro que los hechos cometidos contra él no están permitidos y se tratan como injusto. En otras palabras, un ordenamiento tiene que estar, en general, revestido cognitivamente.

Pero no sólo el derecho precisa de este aseguramiento cognitivo, sino que igualmente una persona sólo puede ser tratada de manera constante como persona si, en general, se comporta como tal. Por ejemplo, un autor que delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento se convierte en objeto de internamiento preventivo (§ 66 StGB)*, y éste significa, a diferencia de la pena, no que se le toma en serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona. En este sentido es, por tanto, excluido, o más exactamente, presentado como alguien que a través de su comportamiento se ha excluido a sí mismo. Dicho en sentido kantiano, la pena tiene lugar frente al *homo noumenon*; el internamiento preventivo, frente al *homo phaenomenon*.

---

48 LUHMANN. "Die Form Person", cit.

* El internamiento preventivo es una medida de seguridad que se aplica contra determinados autores de varios hechos penales graves cuando existe peligro de reincidencia [n. del trad.].

Obviamente, esta exclusión abierta no constituye el tema a tratar aquí; también es necesaria en un derecho penal cuya función primaria no es el mantenimiento de la seguridad cognitiva de los bienes, sino la garantía de la validez de las normas. Todo derecho penal de este tipo tendrá que atender en ciertos ámbitos a su función latente, esto es, a la garantía de la seguridad cognitiva, y en cuanto que esto sucede abiertamente puede resultar vergonzoso el tener que cargar con este rescoldo de personalidad no llevable a la práctica, pero los partícipes, tanto el Estado como el delincuente y también terceros, saben de lo que aquí se trata.

Más peligrosa para el derecho penal de un Estado de derecho es la exclusión encubierta tras un derecho penal preventivo. La pluralización de los posibles modos de vida y la internacionalización de los espacios vitales posibilitan la creación de identidades al margen del derecho: el derecho se convierte en la estructura *externa* del sujeto o, más exactamente, en un elemento de la base de cálculo del individuo, y el individuo se despoja del lastre externo en cuanto le sea posible sin sufrir perjuicio. Un ejemplo claro de este desarrollo lo ofrece el contenido de los medios de comunicación de masas: lo marginal de antaño se ha vuelto capaz de ser central en los medios. Una confirmación de la configuración social a través de la pena –esto es, de su función abierta– evidentemente aporta menos cuanto más se ofrezca día a día como alternativa a dicha configuración. Esto obliga ya a garantizar la configuración cognitivamente. Y hay que añadir que el sistema económico –un sistema director al igual que los medios de masas– exige una seguridad efectiva de los bienes, es decir, nuevamente una garantía cognitiva de la configuración social. Esto –se podrían añadir fácilmente otros condicionamientos– conduce a un derecho penal que no se dirige a *personas*, sino a *individuos*, los cuales en relación con un determinado comportamiento han de ser estimulados, en caso necesario desconectados y, ya en casos extremos, combatidos: derecho penal de enemigos[49].

El legislador alemán denomina abiertamente a algunos de sus productos de los últimos 25 años "leyes de combate"[50], si bien obviamente lo que aquel presenta como objetivo de combate es la delincuencia, no el delincuente. Cuando es evidente que el delincuente ya no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delin-

---

49 A este respecto JAKOBS, en *ZStW* 97 pp. 751 y ss, 783 y s.; ID., en ESER *et al.* (eds.). *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 47 y ss., 51 y ss.

50 Enumeración por JAKOBS, en *Strafrechtswissenschaft*, cit., pp. 48 y ss.; cfr. notas 10 a 14.

cuencia, un enemigo. Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes), o bien a través de su vinculación a una organización (terrorismo, de nuevo el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes[51]), se ha consagrado de modo tácito y duradero a la delincuencia. Este derecho penal de combate se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad[52], sin que dicha ampliación se vea correspondida con una rebaja de la pena, y por una pérdida de garantías procesales. *Pars pro toto*: creación de una asociación delictiva o terrorista (§§ 129 y 129 a StGB); incomunicación (§§ 31 y ss. Ley de Introducción a la Ley sobre la Organización Judicial) –se trata aquí de la interdicción del tráfico entre el preso preventivo y el defensor para evitar peligros *ajenos* al proceso–.

El desarrollo esbozado aquí no debe dar motivo alguno a increpaciones, ni tampoco ser visto únicamente como problema nuevo –baste recordar aquí la vieja configuración del delincuente habitual peligroso[53]–. Yendo más atrás, las bandas de ladrones[54] que desde la Guerra de los Treinta Años y hasta comienzos del siglo XIX creaban inseguridad en Alemania fueron combatidos, sin duda, *como enemigos*. Por lo general, resulta posible explicar por vez primera la personalidad del delincuente a partir de los sistemas filosóficos de KANT y HEGEL. Si se pretende increpar el derecho penal excluyente –abolirlo no va a ser posible– primero hay que reconocerlo algún día y llamarlo por su nombre, y en esto hasta el momento se ha hecho poco.

V. EXCLUSIÓN MEDIANTE PÉRDIDA DE UN DEBER

Que a una persona dejen de imponérsele *deberes* en contra de su voluntad ocurrirá muy rara vez, pero es algo posible y por ello se debe abordar de nuevo, al menos brevemente. Al tratar la falta de culpabilidad del autor de un hecho ya se apuntó que la falta de culpabilidad excluye, pues quien carece de culpabilidad no es tratado precisamente como persona. Por consiguiente, se trataría de una exclusión si se dispusiese legalmente que todos los mayores de 80 años son incapaces de culpabilidad y no tienen que responder ante los tribunales.

---

51 Antiguo es el problema del complot de asesinato.

52 JAKOBS, en *ZStW* 97, pp. 751 y ss.

53 § 20 a StGB, versión anterior, derogada por la primera ley de Reforma Penal del 25 de junio de 1969 (*Boletín Oficial Alemán* I, p. 645).

54 A este respecto RADBRUCH y GWINNER. *Geschichte des Verbrechens*, reed. 1991, pp. 347 y ss. y passim.

Una persona que desempeña un papel en la vida social no sólo es capaz jurídicamente, sino que *tiene* también derechos y deberes. La amplitud del círculo de deberes es, por regla general, un indicador del rango social: cuanto más importantes son los deberes, más elevado es el rango. De ahí se desprende que una persona puede ser excluida en contra de su voluntad en cuanto que no se le impone un deber que tienen que soportar otros. Si, poniendo por caso, en una comunidad pequeña todos los hombres mayores de 60 años tienen el deber de formar parte del consejo de administración durante medio año, sin ningún tipo de remuneración y sin ninguna perspectiva de beneficios de otra clase, entonces están excluidas en tal medida las mujeres: no son personas de dirección. Por esta razón, precisamente, podría verse una exclusión de las mujeres en la limitación del deber de prestación del servicio militar a los varones (con lo que no se pretende afirmar que esto no pueda estar justificado materialmente). Y el que gana tan poco que no está dotado para ser contribuyente puede ser que, si se concibe como persona, se empeñase en que tiene que aportar al menos un óbolo para estar afecto a todos los deberes personales, y en tanto diferenciarse más de los beneficiarios de una ayuda pública. Esto, como se ha dicho, no ha de profundizarse aquí.

VI. PERSONALIDAD POR LA FUERZA

También brevemente, se ha de hacer referencia, para terminar al reverso de la exclusión: a la estilización del enemigo como persona. Algo así ocurre frente a gobernantes y militares de Estados cuyos funcionarios lesionan derechos humanos, siendo así que últimamente los procesos penales se llevan principalmente ante tribunales internacionales. El avance de este desarrollo en el momento actual es tan impetuoso como poco asegurado en la teoría, es decir, poco conceptuado. Por una parte, se puede entender como una forma del derecho penal de enemigos, tal y como se esbozó anteriormente (IV). La pena estaría entonces al servicio del aseguramiento cognitivo de los derechos humanos. Más plausible resultaría probablemente una concepción en la que el autor de lesiones de derechos humanos no sea excluido personalmente, esto es, presentado según el tipo de entorno perturbador. Sucede más bien que la inseguridad cognitiva, existente en buena medida, no se articula[55], ignorándose

55 Esta también estaba ya resuelta, p. ej., después de la reunificación alemana, por lo que respecta al supuesto principal: los disparos en el muro. A este respecto cfr. JAKOBS, en *GA*, 1994, p. 1, con referen-

especialmente que el autor no ofrece la garantía cognitiva mínima necesaria para poder tratarle como persona. En su lugar, se resalta con énfasis la fuerza vinculante de los derechos humanos y con ello sí se presenta al autor, en tal medida, como persona. La pena no ha de garantizar en su función abierta la futura observancia de los derechos humanos, sino confirmar su validez; está por lo tanto al servicio del aseguramiento de qué es derecho y no se practica para contribuir al bienestar.

Sin embargo, un enfoque más preciso revela una discrepancia importante con la pena entendida de modo personal dentro del Estado. En ésta, el autor arranca de un ordenamiento *establecido*, en aquélla –por lo general– no ha puesto en práctica un ordenamiento *postulado*; en ésta, debe preservarse el estado normativo actual, la validez del derecho, en aquélla, primero ha de ser implantado algún día. En otras palabras, en ésta, la sociedad preserva su estructura *real*, su existencia normativa; en aquella, lucha precisamente por su estructura todavía *irreal*, que se postula únicamente desde fuera. Con este panorama no se puede hablar de observancia del principio *nulla poena*: en el lugar y en el momento del hecho todavía no es punible la lesión de derechos humanos. La punibilidad es exigida desde fuera, ya sea a través de regulaciones internacionales, que, sin embargo, han permanecido irreales en el lugar del hecho, ya sea a través del derecho natural, al que realmente no se le atribuye mayor efectividad y el cual, además, no satisface el principio *nulla poena*[56].

Si se entiende el principio *nulla poena* no como perturbación de un derecho penal efectivo procedente del exterior[57], sino como una regla de derecho penal *interna*, entonces un hecho punible sólo puede ser concebido como emanación de un orden establecido o, formulado de otro modo, la pena sirve al aseguramiento de la estructura de una sociedad dada. La pena por lesión de derechos humanos es –a falta de una sociedad *realizada*– pena en estado de naturaleza. Puede que haya buenas razones para ella o incluso puede que uno crea posible fundamentar que cualquiera pueda estar obligado a pertenecer a una sociedad civil[58], pero, *antes* de que eso haya sucedido, quien todavía ha de ser obligado no actúa precisamente bajo el derecho de dicha constitución civil[59]. Con estas

---

cias; una visión acerca del estado total de la discusión ofrecen las aportaciones en LAMPE (ed.). *Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, 1993.

56 JAKOBS, en *GA*, cit., pp. 11 y ss.

57 Así, p. ej., VON LISZT con el conocido *dictum*: "el derecho penal positivo constituye la frontera insalvable de la política criminal"; a este respecto cfr. SCHREIBER. *Gesetz und Richter*, 1976, pp. 178 y s.

58 KANT. *Die Metaphysik der Sitten, Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlín, edic. de la Academia, vol. VI, 1907, pp. 203 y ss., 256.

puntualizaciones no se trata de rechazar –finalmente– la punición a través de tribunales internacionales[60] como algo demostrado como ilegítimo, sino de poner de manifiesto que, al menos hasta ahora, falta una teoría consistente.

VII. RESUMEN

1. Quien no puede adquirir derechos ni soportar la carga de deberes no es persona, sino que está excluido.

2. No toda privación de derechos es una exclusión, sino que puede darse precisamente como consecuencia de la propia existencia personal, como, por ejemplo, en la pena, en el acto de repeler al agresor en estado de legítima defensa o a un curso causal dañino en estado de necesidad defensivo.

3. El sacrificio de la propia vida no se puede exigir en una sociedad medianamente liberal. Posturas contrarias apuntan materialmente a una exclusión. En consecuencia, el feto es excluido incluso en el supuesto de interrupción bajo indicación médica.

4. Quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al derecho se excluye a sí mismo.

5. La exclusión mediante negación de deberes es posible, y además no sólo en teoría.

6. El proceso inverso a la exclusión es la personalización forzosa. Entre tanto, ésta es –en el derecho penal supraestatal– la práctica común, pero sufre un grave infradesarrollo en la teoría.

---

59 Precisamente cuando se sostiene, p. ej., que el derecho penal internacional obtiene "su legitimación a partir de la elemental justicia de un derecho penal nuclear protector de los derechos humanos" (WERLE, en *ZStW* 109, pp. 808 y ss., 821), queda totalmente fuera de consideración la distinción entre *previo a* la constitución civil y *bajo* la constitución civil.

60 Sobre el estado actual cfr. las informaciones de WEIGEND, en *ZStW* 105, pp. 774 y ss., n. 90 a 95; WERLE. Ob. cit., pp. 808 y ss.; AMBOS, en *ZStW* 111, pp. 175 y ss. (sobre el Estatuto de Roma); cfr. además las aportaciones de JÄGER (pp. 121 y ss.), MARXEN (pp. 220 y ss.), MERKEL (pp. 237 y ss.), TRIFFTERER (pp. 272 y ss.) y AMBOS (pp. 377 y ss.), en LÜDERSSEN (ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, vol. III, "Makrodelinquenz", 1998.

MANUEL CANCIO MELIÁ*

Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito

GÜNTHER JAKOBS ha elaborado una teoría del derecho penal cuyo rasgo quizá más sobresaliente es –en una época de variados eclecticismos– su pretensión sistemática, es decir, la idea de que la construcción teórica en materia penal configure un todo dotado de sentido e internamente coherente. Uno de los debates más intensos que ha generado JAKOBS con sus contribuciones se refiere a si ese sistema es sólo un sistema de derecho penal *real* o, por el contrario, es un sistema de derecho penal *legítimo*. Dicho de otro modo: al hacer teoría del derecho penal, ¿sólo se debe explicar ordenadamente cómo funciona un sistema penal (solo dogmática), o debe plantearse también cuál es el sistema penal deseable (dogmática y política criminal)?

Dentro de las reflexiones político-criminales de los últimos años, el fenómeno que sin duda alguna merece la calificación de la cuestión central es la evolución en la legislación penal conocida desde una perspectiva crítica como *expansión del derecho penal*[1], un término que ha utilizado recientemente SILVA SÁNCHEZ en una monografía dedicada a caracterizar la política criminal de las sociedades postindustriales. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

En estas páginas se persigue un doble objetivo: por un lado (I) se tratará de esbozar muy brevemente los elementos más destacados de las características esenciales de esta evolución expansiva, mostrando tanto alguna de sus manifestaciones más sobresalientes como alguna de las causas que la motivan. Por otro

---

* Profesor titular de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

1 Cfr. de momento sólo la sintética exposición de SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999, pássim –en un trabajo en el que resulta muy atractiva la síntesis de los distintos problemas actuales de la política criminal y algo descorazonadora la resignación con la que el autor asume la existencia de un derecho penal de dos velocidades en el futuro (un derecho penal clásico, con todas las garantías, cuando se prevea pena privativa de libertad, y un derecho penal "moderno" menos garantista, sin penas privativas de libertad): pp. 115 y ss., 128 y ss.–; o la de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pássim, o MENDOZA BUERGO. *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, 2001; y, desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, pp. 178 y ss., 345.

lado (II), partiendo del panorama un tanto desolador que se obtendrá, como se verá, en el punto anterior, se pretende llevar a cabo una reflexión acerca de qué es lo que la ciencia del derecho penal puede aportar al análisis de este fenómeno y en qué términos metodológicos: es decir, ofrecer un breve apunte acerca de cuáles son las relaciones entre dogmática jurídica y política criminal. En estas consideraciones sobre este problema –como es evidente, aún más importante en la ciencia del derecho penal hecha en América Latina– se prestará especial atención, como es lógico, a la disyuntiva legitimidad-descripción en el marco del sistema de derecho penal construido por GÜNTHER JAKOBS.

I. EL ESTADO ACTUAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL. DIAGNÓSTICO: EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO

A. INTRODUCCIÓN

El punto de partida del análisis del fenómeno que puede denominarse la "expansión" del ordenamiento penal ha de estar en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco de normas penales que desde el punto de vista actual pueden parecer "clásicas" un conjunto de tipos penales para cuya legitimación únicamente cabe hacer referencia a bienes jurídicos –si es que siquiera quiere acudirse a éstos con este propósito– de carácter vago y sólo susceptibles de una descripción a grandes trazos[2]. Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de "criminalización en el estadio previo" a lesiones de bienes jurídicos[3], cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el "ámbito nuclear" del derecho penal.

Entre quienes cuestionan la legitimidad de tales preceptos penales se encuentran, en una posición destacada, los representantes de una teoría "personal" del bien jurídico[4]; autores que son los que –como grupo– quizás más atención han dedicado al análisis del fenómeno de expansión del ordenamiento penal. Desde

---

2 Cfr. sobre esto, por todos, HASSEMER. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., 1990, pp. 247 y ss.

3 Cfr. JAKOBS, en *ZStW* 97, 1985, p. 751.

4 Cfr. HASSEMER, en *FS Arthur Kaufmann*, pp. 88 y ss., 92 y ss.; le siguen HERZOG. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, 1991, pp. 116 y ss., y HOHMANN. *Das Rechtsgut der Umwel-*

el punto de vista de estos autores, en la evolución actual tanto del derecho penal material como del derecho penal procesal cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un "derecho penal de la puesta en riesgo"[5] de características antiliberales[6]. A través de una cada vez más densa gama de delitos de manifestación y de organización, el derecho penal se convierte en un "derecho penal del enemigo"[7].

En el contexto de tal panorama preocupante de la política criminal actual –es decir, en la consideración crítica de cuáles son las conveniencias de la legislación penal– es cada vez más frecuente oír y leer, especialmente en manifestaciones emitidas desde el mundo de la universidad[8], el reproche frente a ciertas normas penales de nueva aprobación de que son inadecuadas o excesivas.

---

tdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 1991, pp. 58 y ss. Próximos son los puntos de partida de KARGL. *Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz (Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts)*, Frankfurt a. M., Institut für Kriminalwissenschaften, 1995 (obra colectiva recientemente traducida al español por un grupo de profesores de derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra –Barcelona– bajo el título *La insostenible situación del derecho penal*, 2000), p. 53 (pp. 58 y ss.); NESTLER. *Rechtsgüterschutz und die Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmittl*, en ibíd., pp. 65 y ss.; STAECHELIN. *Läßt sich das "Untermaßverbot" mit einem liberalen Strafrecht vereinbaren?*, en ibíd., p. 267 (pp. 277 y ss.); cfr., de momento, por todos, el análisis crítico del potencial de esta aproximación a la teoría del bien jurídico desarrollado por MÜSSIG. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, 2001, pássim.

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

6 Cfr. HASSEMER, en *FS* Arthur Kaufmann, pp. 85 y ss. (p. 88); ID. "Sozialtechnologie und Moral; Symbolik und Rechtsgüter", en *Recht und Moral. Beiträge zu einer Stadorthestimmung*, JUNG, MÜLLER-DIETZ y NEUMANN (eds.), pp. 329 y ss.; HERZOG. *Unsicherheit*, pp. 65 y ss.; ALBRECHT. "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", en *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, cit., pp. 429 y ss.

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

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

B. LOS FENÓMENOS EXPANSIVOS

Como antes se ha indicado, en primer lugar se trata de exponer muy brevemente algunas características y causas del fenómeno de la "expansión" del derecho penal de la actualidad. En el lado de las manifestaciones de la expansión del ordenamiento jurídico-penal, parece que lo más esencial de esta evolución puede quedar abarcado por dos fenómenos: el llamado "derecho penal simbólico" (1) y lo que puede denominarse "resurgir del punitivismo" (2). En todo caso, debe quedar claro que sólo se trata de aproximaciones fenotípicas parciales de una evolución que mezcla ambos aspectos, que no aparecen de modo clínicamente "limpio" en la realidad legislativa (3).

1. EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

a. Particular relevancia corresponde en este contexto, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neocriminalización respecto de los cuales se afirma que tan sólo cumplen efectos "simbólicos"[9]. Como ha señalado HASSEMER, quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos "simbólicos" puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado[10]. En este sentido, hay que subrayar que la idea que ronda la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas, es que el derecho penal "sirve" para algo, es decir que, cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado, aunque sólo sea –en el caso de las teorías retributivas– la realización de la justicia. Sin embargo, a pesar de esa imagen de un "fin" del ordenamiento penal en el sentido de que se persigue y alcanza un objetivo concreto con la legislación y aplicación de penas en el ámbito penal, los fenómenos de carácter simbólico[11] forman

---

9 Cfr. sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y clasificaciones de VOSS. *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, pássim; cfr. también, más sucintamente, PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, pp. 253 y ss.

10 En *NStZ*, 1989, pp. 553 y s.

11 Tuvo una repercusión muy destacada en el desarrollo de la discusión doctrinal en el ámbito jurídico-penal el artículo acabado de citar de HASSEMER en *NStZ*, 1989, pp. 553 y ss.; cfr., con carácter general, también en lo que se refiere a la doctrina de habla española, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 304 y ss., con ulteriores referencias.

parte de modo necesario del entramado del derecho penal, de modo que en realidad es incorrecto el discurso del "derecho penal simbólico" como fenómeno de algún modo negativo, y que habría que referirse, en todo caso, a normas con función *meramente* simbólica, es decir, dirigidas únicamente a "la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"[12]. En efecto: desde una perspectiva de valoración del sistema, por ejemplo, concretamente, desde la "criminología crítica", crítica precisamente hacia toda existencia de un sistema penal, y, en particular, desde el así llamado enfoque del *labelling approach*, se han subrayado los elementos simbólicos presentes en el ordenamiento penal: la tesis central de esta aproximación es precisamente que el crimen no es una realidad preexistente, sino que se crea en un proceso de "interacción simbólica", se atribuye socialmente la etiqueta de "crimen"[13]. Pero también ciertas explicaciones más tradicionales, más "jurídicas" del fenómeno penal no pueden concebirse, en realidad, sin componentes de carácter que podemos denominar "simbólico"[14]. Entonces, ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que podemos denominar simbólicas?

Para entender esta calificación es necesario tener en cuenta el trasfondo histórico de las legislaciones actuales, al menos en lo que es la idiosincrasia de los ideólogos (académico-críticos) de la disciplina: valgan aquí algunas palabras claves: derecho penal mínimo, que aún hoy se enseña como paradigma esencial del derecho penal moderno[15], origen de éste en el Estado abstencionista-liberal... En suma, una imagen ideal: protección de la vida, de la integridad física, del patrimonio como "bienes jurídicos". Son pocos y marginales los supuestos de delitos que no protegen intereses "tangibles" (traición, determinados intereses comunes como la seguridad del tráfico jurídico en las infracciones de falsedades).

Sin embargo, a cualquier observador mínimamente avisado no se le escapa que el fenómeno de nuestros tiempos es la inflación penal[16]. El Código Penal

---

12 SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, cit., p. 305; cfr. también el texto que sigue, e ibíd., pp. 305 y ss.

13 Cfr. por todos las referencias en VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, cit., pp. 79 y ss.

14 En particular, un entendimiento de la función de la pena que subraya los efectos "expresivos" de ésta como elemento esencial como es la prevención general positiva (cfr. infra II.A.3).

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

16 Muchas "neocriminalizaciones", pocas descriminalizaciones; PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko*, pp. 174 y s.; SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 17 y s.

español de 1995 es un ejemplo paradigmático[17]. Cada vez aparecen más intereses difusos, menos tangibles. Estos "intereses" se siguen denominando bienes jurídicos (por ejemplo y de modo destacado: medio ambiente), pero evidentemente están muy alejados de lo que era la imagen original de un "bien" incluso físico. Son –valga la expresión– complicaciones derivadas de sociedades mucho más complejas, de un Estado que ya no se puede entender como mero guardián de los procesos sociales, sino que interviene en éstos. En este sentido, la norma penal no es un medio para constituir la identidad de la sociedad –es decir, para marcar los mínimos de convivencia– o para resolver un determinado problema social en términos de prevención (instrumental) del delito, sino que la aprobación de la norma en sí y su publicitación *son* la solución, evidentemente, aparente. Y aquí se muestran los supuestos de derecho penal "meramente simbólicos" como verdadera manifestación del *esprit du temps*[18].

b. A continuación, conviene considerar brevemente un ejemplo –el de determinadas infracciones destinadas a combatir "la discriminación"– del reciente Código Penal español que puede resultar una buena muestra, reveladora de alguna de las características de la "legislación simbólica". En el ámbito del capítulo IV del título XXI –"delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber dar cumplimiento de la prestación social sustitutoria"– del Código Penal español de 1995, el objetivo aparente del legislador es el de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos como elementos esenciales en el funcionamiento del sistema social diseñado por la Constitución. En este sentido, cabe señalar dos vertientes de la regulación: por un lado, se trata de combatir ciertos supuestos de uso abusivo de tales derechos y libertades (sobre todo, en la sección primera del mencionado capítulo IV, en la que están situadas las infracciones que se van a considerar aquí a continuación). Pues el uso abusivo de estos derechos puede tener efectos perturbadores de gran intensidad, ya que los derechos y libertades constitucionales no sólo están destinados a garantizar una esfera de actuación del ciudadano, sino también tienen una vertiente institucional, o, dicho de otro modo, de configuración social; es decir que están destinados a "institucionalizar un espacio de

---

17 Cfr. respecto del C. P. español sólo el diagnóstico de RODRÍGUEZ MOURULLO en su prólogo a los *Comentarios al Código Penal* (1997) por él dirigidos (p. 18): el aumento cuantitativo de figuras delictivas en el nuevo Código Penal "no obedece a ninguna línea coherente de política criminal"; y el más contundente de GIMBERNAT ORDEIG, en su prólogo a la edición del C. P. (Tecnos): el C. P. de 1995 está "influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la 'ley y el orden', por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo".

18 En el mismo sentido HASSEMER, en *NStZ*, 1989, p. 556.

interrelación"[19]. Por otra parte, el capítulo recoge también infracciones en las que se protegen estos derechos frente a determinados ataques; ocupan aquí una posición destacada los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (sección segunda)[20]. Concretamente, como se acaba de decir, en la sección primera del capítulo IV –"de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución"– se recogen sobre todo determinados comportamientos que suponen un uso abusivo de los derechos reconocidos por la Constitución.

Por un lado, se incluyen aquí las infracciones en las que determinadas conductas de los ciudadanos suponen un ejercicio abusivo de sus libertades (en este caso, de la general de obrar y de expresión, sobre todo) por ser de carácter *discriminatorio*. La vertiente institucional –es decir, la configuración del sistema que aquí se trata de proteger– es en este caso, como es claro, el principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución española. Por otro lado, quedan recogidas en esta sección las clásicas infracciones relacionadas con (el ejercicio abusivo de) las libertades de reunión, manifestación y asociación. Las novedades del nuevo código son especialmente notables en lo que se refiere al primer grupo de infracciones. En este sentido, se produce, por un lado, una notable ampliación de las conductas incriminadas[21]. Por otro lado, se amplía el catálogo de elementos protegidos frente a la discriminación.

Se trata de tres infracciones[22] que abarcan distintos aspectos del fenómeno de la discriminación: en el artículo 510 C. P. se reprime la incitación a la violen-

---

19 BUSTOS RAMÍREZ. *Derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 311.

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

21 Cfr. a continuación en el texto. Entre los elementos que han llevado a la ampliación sin duda alguna tienen particular relevancia las tendencias presentes en los países de nuestro entorno: cfr. sólo LAURENZO COPELLO, en *EPCr* XIX, 1996, pp. 223 y ss., y la completa información contenida en BORJA JIMÉNEZ. *Violencia y criminalidad racista*, 2000, pp. 17 y ss.

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

"2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su

cia, la discriminación y al odio frente a colectivos definidos por una raza, ideología, sexo, orientación sexual, etc.; en los artículos 511 y 512 C. P. se castigan supuestos concretos de discriminación efectiva: denegación de prestaciones públicas (art. 511) o privadas (art. 512) por motivos discriminatorios[23].

Un breve análisis de estas figuras delictivas lleva a una doble conclusión[24] en lo que aquí interesa.

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

---

ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

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

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

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

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

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

24 En la misma línea respecto de estas infracciones cfr. LANDA GOROSTIZA, en ASÚA BATARRITA. *Delitos contra la administración pública*, 1999, pp. 379 y ss., 383, 386 y s.; ID. *La intervención penal.*

destinados a cumplir una función de tranquilización por su mera existencia en el Código Penal.

Por otro lado, alguna de las modalidades típicas del artículo 510 C. P. supone una neocriminalización de meras manifestaciones de opinión, es decir, es un típico supuesto de expansión (ilegítima) del ordenamiento. Aun abogando por una interpretación restrictiva de la conducta típica, especialmente del ordinal primero del artículo 510, la valoración que merece el precepto no puede ser positiva[25]. Pues está claro –como reconocía la exposición de motivos a la Ley Orgánica 4 de 1995 respecto de la introducción del antecesor artículo 165 ter C. P. tr. 1973– que el legislador pretende responder de algún modo a los sucesos de violencia urbana de signo racista o de ultraderecha que se han producido en los últimos años en toda Europa. La cuestión es si es el derecho penal el que debe hacer aquí las veces de educador social reprimiendo la expresión de determinadas "ideas" –ciertamente lamentables–.

En este sentido, en efecto, parece que el precepto pretende más bien crear o proteger cierto "clima" ideológico que anticipar la barrera de punición respecto de hechos futuros, especialmente en la modalidad de la provocación al "odio"; y es evidente que no es mediante la tipificación penal como se consigue este objetivo[26]. Por otro lado, cabe formular serias dudas, ya desde un principio, acerca de que ese objetivo dote de legitimidad, en un sistema de libertades, al medio –la incriminación penal– elegido[27].

2. EL RESURGIR DEL PUNITIVISMO

a. Sin embargo, reconducir los fenómenos de "expansión" que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales

---

25 Cfr. también, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, en *EPCr* XIX, 1996, pp. 263 y ss.; sobre la situación paralela del artículo 607.2 C. P. –que esta autora califica de aún más insatisfactoria– cfr. por todos ibíd., pp. 265 y ss., y FEIJÓO SÁNCHEZ, LL 1998 (15.12), pp. 4 y ss.; ambos con ulteriores referencias.

26 Cfr. la crítica formulada en España en términos similares por el Grupo de Estudios de Política Criminal en su "Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal" del 30 de marzo de 1996.

27 En el derecho comparado, en contra de la legitimidad de los preceptos análogos del Código Penal alemán, cfr. sólo la contundente crítica de JAKOBS, en *ZStW* 97, 1985, pp. 751 y ss.; téngase en cuenta, de todos modos, que en el caso del ordenamiento alemán la cláusula que refiere estas conductas a la perturbación del orden público permitiría una selección de las conductas en cuestión en función de la gravedad social de las mismas. Aún así, han surgido también en ese país voces que –más allá de las consideraciones de JAKOBS acabadas de citar– ponen en duda la adecuación del ordenamiento penal en este contexto: cfr., por ejemplo, SCHUMANN, en StV, 1993, pp. 324 y ss.; AMELUNG, en *ZStW* 92, 1980, pp. 55 y ss. Ante el consenso político que concitan estas normas en el caso alemán resulta significativo que el antecedente de la infracción está en el delito de "provocación a la lucha de clases"; cfr. *LK11*-v. BUBNOFF, comentario previo a los §§ 125 y ss.

meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución en este sentido. Pues el recurso al derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización "a la antigua usanza", es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que *sí* son aplicadas[28], o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas –en España, después de 1978– en el que fueron desapareciendo diversas infracciones –recuérdese sólo la situación del derecho penal en materia de conductas de significado sexual– que ya no se consideraban legítimas.

b. En este sentido, parece evidente que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con "decisión" en el marco de la "lucha" contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas en determinados sectores del derecho penal. Un ejemplo, de nuevo tomado del Código Penal español, lo constituyen las infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes y sustancias sicotrópicas: la regulación contenida en el texto de 1995 *duplica* la pena[29] prevista en la regulación anterior[30], de modo que la venta de una dosis de cocaína –considerada una sustancia que produce "grave daño a la salud", lo que da lugar a la aplicación de un tipo cualificado– supone una pena de tres a nueve años de privación de libertad (frente a, aproximadamente, uno a cuatro años en el anterior código), potencialmente superior, por ejemplo, a la correspondiente a un homicidio por imprudencia grave (uno a cuatro años) o a un delito de aborto doloso sin consentimiento de la madre (cuatro a ocho años) en los términos previstos en el mismo "Código Penal de la democracia" apoyado parlamentariamente por la izquierda política[31].

---

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

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

30 Cfr. arts. 368 C. P. esp. 1995 y 344 C. P. tr. 1973.

31 Sobre esta problemática en el caso español cfr. últimamente, por todos, GONZÁLEZ ZORRILLA, en LARRAURI PIJOAN (dir.)/CGPJ (ed.). *Política criminal*, 1999, pp. 233 y ss. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, en BERISTAIN IPIÑA (dir.)/ CGPJ (ed.). *Política criminal comparada, hoy y mañana*, 1999, pp. 87 y ss.; ambos con ulteriores referencias; en cuanto a la enorme relevancia que corresponde en la realidad del sistema de administración de justicia y penitenciario a estas infracciones, cfr. sólo los datos relacionados respecto del caso español en *RDPCr* 4, 1999, pp. 881, 892 y s.

En este mismo contexto, una consideración de la evolución habida en los últimos años en Estados Unidos puede ser reveladora de cuál es –o mejor dicho: de lo lejos que se puede llegar hasta alcanzar– el punto de llegada de esta escalada: mediante la legislación de *three strikes* puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código Penal español ni siquiera ingresara en prisión[32], en algunos Estados de Norteamérica sufra cadena perpetua, entendida ésta además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado)[33].

3. PUNITIVISMO Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO

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

Lo que sucede es que en realidad la denominación "derecho penal simbólico" no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales[35] caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la "solución"

---

32 Por ejemplo, un delito de robo del artículo 242.3 junto con uno de lesiones del artículo 147.2 y otro de quebrantamiento de condena del artículo 468 C. P.

33 Cfr. sólo BECKETT. *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997, pp. 89 y ss., 96; respecto del caso del Estado de California cfr., por ejemplo, los datos recogidos en [http:www.facts1.com].

34 En este sentido, respecto del artículo 510 del C. P. español al que antes se hacía referencia –junto con el artículo 607.2 C. P., que contiene una infracción que penaliza la conducta de "difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen" los delitos de genocidio– ya se ha producido una primera condena –en primera instancia–, de un sujeto filonazi, propietario de una librería en la que *vendía libros* de esa orientación, de *cinco* años de pena privativa de libertad (concurso real entre ambas infracciones; S. Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona del 16 de noviembre de 1998).

35 En particular, no parece adecuado contentarse con la determinación del concepto de derecho penal simbólico como legislación penal mendaz en el sentido de que sólo simularía la obtención de determinados resultados; cfr. sobre esto DÍEZ RIPOLLÉS. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", manuscrito inédito de la ponencia presentada al congreso "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt", Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 13 a 15 de abril de 2000, pp. 14 y ss., con referencias.

en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador[36] a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conservación del poder político[37], llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son "satisfechas" por las fuerzas políticas.

C. ALGUNAS POSIBLES CAUSAS

1. INTRODUCCIÓN

Como es natural, son muchas las circunstancias que cabe identificar como relacionadas de algún modo con los fenómenos legislativos acabados de esbozar. En particular, habría que tener en cuenta la atomización de muchos referentes de control social informal[38], y el papel correspondiente en este contexto a los medios de comunicación de masas como agentes que exigen no sólo atención a casos concretos "vendibles" en términos de audiencia/ediciones, sino también a la hora de reclamar que determinados conflictos sean resueltos por el ordenamiento jurídico, y, *sit venia verbo*, ya que estamos, por medio del derecho penal. También merece una especial atención, sin duda –y en mayor medida en sociedades como las nuestras– lo que SILVA SÁNCHEZ llama el "factor colateral" del "desprecio por las formas"[39], junto con aquellas explicaciones, que son válidas respecto de algunas de las modalidades de legislación penal que aquí interesan, que buscan, desde una perspectiva más clásica, la razón de la actuación del legislador en las relaciones de poder existentes entre determinados grupos sociales.

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

---

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

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

38 Cfr. sobre esto, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Claves de razón práctica*, 85, 1998, pp. 48 y ss.; ID. "El derecho penal simbólico", p. 2.

39 SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 55 y ss.

2. LA REHABILITACIÓN DEL RECURSO AL DERECHO PENAL EN EL DISCURSO POLÍTICO

Estos procesos de criminalización en muchas ocasiones se producen con coordenadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/ derecha política-demandas de criminalización[40]. En este sentido estamos, como se verá a continuación, ante un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional "populismo" en la legislación penal.

Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación[41] a una línea que descubre las pretensiones de neocriminalización específicamente de izquierdas[42]: delitos de discriminación, delitos en que las víctimas son mujeres maltratadas, etc.[43].

Sin embargo, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser "conservador", sino igual de "progresista" (o más) que todos los demás grupos. En este sentido, la derecha política –en particular, me refiero a la situación en España– ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos "progresistas"[44]. Igual que la izquierda política

---

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

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

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

43 Cfr. sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 47 y s., con ulteriores referencias.

44 Sólo así se explica que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno, la que haya impulsado y aprobado una modificación del delito de acoso sexual, regulado en el artículo 184 C. P. español que supone una vuelta de tuerca incalificable sobre la regulación desquiciada introducida en el C. P. de 1995

ha descubierto lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha, la derecha política se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda: una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas ya no es un tabú político para nadie.

2. LA "GLOBALIZACIÓN"

Una de las causas que suele citarse como determinante de los fenómenos expansivos es la así llamada "globalización". Aquí sólo se mencionan brevemente los dos elementos que cabe identificar como las dos vías por las que puede generar efectos sobre el ordenamiento penal la internacionalización de muchos aspectos de la vida social moderna.

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

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

---

(es decir, dicho sea de paso, que este sector del código, el relativo a la libertad sexual, ha sido reformado a los tres años de haber entrado en vigor; un "desprecio por las formas" realmente notable).

na, con mayor o menor optimismo[45] o pesimismo[46] en cuanto al carácter más o menos represivo o garantista del ordenamiento común que resultará de esta evolución; sobre esto se volverá a continuación. De lo que nadie duda es de que tal proceso es inevitable[47]. También existe consenso acerca de que el elemento central, el mecanismo más delicado del sistema de imputación, la parte general, deberá ser incluida en la armonización[48]; incluso se afirma que es precisamente la parte general el sector en el que con mayor facilidad se podrá ir elaborando reglas comunes europeas, al ser ésta "de modo muy especial una herencia común europea"[49], más alejada de las particularidades nacionales[50], que se expresan de modo preferente en la configuración de los diversos tipos de la parte especial.

Pues bien, si se hace un mínimo análisis de a qué conduciría en términos de política criminal tal proceso de unificación (limitado a los países miembros de la Unión Europea), la conclusión es clara: como algunos han señalado ya[51], cualquier ordenamiento europeo común será más expansivo que los nacionales propios. Parece que no resulta demasiado aventurado al menos formular un pronóstico en este sentido: en caso de conflicto, se igualará el estándard de

---

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

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

47 Por todos en este sentido, SIEBER. *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, DELMAS-MARTY (ed.), 1998, p. 3; SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, p. 64.

48 También de acuerdo SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, pp. 72 y s.

49 TIEDEMANN. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, 1998, p. 20; ID. *Estudios de derecho penal económico*, ARROYO ZAPATERO y TIEDEMANN (ed.), 1994, p. 243; cfr. también VOGEL, en *JZ*, 1995, pp. 333 y s.; más allá de la conveniencia, afirma la necesidad de tal armonización en síntesis TIEDEMANN, en *ZStW* 110, 1998, p. 500, y de modo especialmente decidido en su argumentación recogida en ZIESCHANG, en *ZStW* 110, 1998, pp. 525 y s.

50 Respecto de la situación en la Unión Europea y los argumentos a favor de una Parte General común del derecho sancionatorio europeo, cfr. sólo NIETO MARTÍN. *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, 1996, pp. 82 y ss., con ulteriores referencias.

51 Cfr. sólo SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, pp. 64 y ss., 67; WEIGEND, recogido por ZIESCHANG, en *ZStW* 110, 1998, pp. 524 y s.

prohibición por arriba; en efecto, el mismo fenómeno[52] se producirá con regularidad, tanto en parte especial como en parte general[53]: se llegará, finalmente, a un punto en el que ningún Estado implicado tenga la sensación se sacrificar ámbitos de punibilidad "necesarios".

II. DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL

Para finalizar, quisiera aprovechar –como se ha anunciado– la exposición que antecede para llevar a cabo algunas brevísimas reflexiones sobre qué significa la política criminal para el sistema dogmático del derecho penal, y, en particular, para formular algunas tesis acerca de las relaciones del sistema funcional del derecho penal elaborado por GÜNTHER JAKOBS con la política criminal.

A. INTRODUCCIÓN

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

Como es evidente, con este planteamiento a lo que se está aludiendo es a la antigua cuestión de qué es lo que es la dogmática, y, en lo que aquí nos interesa, de cuáles son las relaciones entre dogmática jurídico-penal y política criminal, en particular, desde la perspectiva de un sistema dogmático como el propuesto por JAKOBS. Es sabido que respecto de esta –por supuesto, inabarcable, al menos en el presente marco– cuestión existe un consenso esencial en torno a la idea de que la dogmática no es una actividad limitada a la explicación del funcionamiento de un determinado sistema legal, sino que tiene siempre un componente creador del derecho[54].

---

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

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

54 Cfr. por todos la exposicón de MIR PUIG. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 11 y ss.

En concreto, en materia de derecho penal, esta orientación se manifiesta en la existencia de un acuerdo generalizado en torno a que el sistema dogmático no existe, en realidad, sin ser rellenado por aspectos político-criminales. Al menos desde el escrito de ROXIN *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*[55] puede decirse –simplificando, como es natural, enormemente– que forma parte del consenso general la idea de que la ciencia del derecho penal no se ocupa de una triste exégesis de un texto positivo mejor o peor, sino que, por el contrario, vive más bien en el esplendoroso mundo de la determinación del derecho penal *justo*. Tan satisfactoria situación se obtiene, en lo fundamental, por dos vías metodológicas: una, general, es la ya mencionada y conocida "orientación del sistema a las consecuencias", encabezada fundamentalmente por ROXIN; otra, más concreta, es el postulamiento –éste, como es sabido, encabezado por HASSEMER y sus seguidores reunidos en la escuela de Frankfurt– de la teoría del bien jurídico como guardián crítico siempre dispuesto a comprobar la justicia del derecho penal de cada momento.

B. LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO CONCEPCIÓN POSITIVISTA

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

Conviene ahora esbozar, muy brevemente, los rasgos básicos de la posición de JAKOBS: en las últimas décadas se ha ido generando una corriente de pensamiento que pretende ofrecer una explicación-fundamentación[56] unitaria, no antinómica –a diferencia de lo que sucede en las eternas tensiones de las diversas teorías de la pena– del sistema penal, con profundas repercusiones, como es natural, en todos los sectores de las ciencias penales: la teoría de la prevención general positiva. Si bien lo cierto es que estamos plenamente inmersos en una época[57] en la que llevan de modo muy nítido la iniciativa en la discusión teorías

55 1.ª edición, 1970.

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

57 Lo que, por otra parte, no significa que no puedan encontrarse muy variadas concepciones que con toda razón pueden calificarse de precursoras de la actual prevención general positiva; cfr. por todos la

de este corte[58], la discusión se ha polarizado en los últimos años sobre todo en relación con la propuesta en este contexto planteada por JAKOBS, y parece que es probable que ello en parte se deba a determinadas consideraciones relativas a la política criminal en el marco de su sistema.

En la concepción de JAKOBS, el derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan un significado contrario a la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social[59]. La pena es entendida como respuesta frente al quebrantamiento de la norma. Resulta evidente que una concepción de la función de la pena que se mueve en estos niveles de abstracción[60] es necesariamente formal. Ya al comienzo de la exposición de su concepción sobre el fin de la pena en el tratado advierte que su atención se dirige, en primer lugar, a establecer cuáles son los rasgos comunes que permiten hablar de pena, de su concepto, en los más diversos ordenamientos, pese a las enormes diferencias que pueden existir en su configuración concreta de unos a otros en función del tipo de sociedad de que en cada caso se trate y de la forma en que en ella se entienda el derecho. Y, en segundo lugar, su propósito declarado consiste en desarrollar ese análisis conceptual *para el derecho vigente*, esto es, para el Código Penal de la República Federal de Alemania[61].

2. Dicho esto en unas pocas frases, ya están identificados los puntos de crítica: *por un lado*, tal concepción parece pecar de un excesivo "sociologicis-

---

exhaustiva reconstrucción histórica en este sentido –con particular referencia a la obra de DURKHEIM– presentada últimamente por MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pássim.

58 Cfr. a título de ejemplo las referencias de MIR PUIG a las obras de AMELUNG, ROXIN, CALLIESS y a la suya propia como aproximaciones que comparten el mismo punto de partida en la función social del derecho penal (en RDPCr, 2 [1998], p. 446); el punto de partida de estas aproximaciones está, más concretamente, en la consideración funcional a partir de la *pena*; cfr. VIVES ANTÓN. *Fundamentos del sistema penal*, 1998, p. 435 con nota 12.

59 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 1/4 y ss.; 1/14; y 2/1; cfr. la exposición del sistema de JAKOBS en PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1999, pássim.

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

61 Cfr. JAKOBS. *AT2*, 1/3.

mo"[62], de una excesiva servidumbre frente a la constatación de la situación existente. En correspondencia con ello, MÜSSIG, un discípulo de JAKOBS, ha podido decir que "la teoría de la prevención general positiva", que ambos defienden, "es un modelo formal o positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar la configuración concreta de la sociedad"[63]. O, en este mismo sentido, MÜLLER-TUCKFELD, un discípulo de HASSEMER, basa todo su análisis de la prevención general positiva en la pretensión de separar "dos cuestiones: la cuestión de la función de la pena y del derecho penal en el sentido del análisis de sus condiciones sociales y la cuestión de la legitimación de la pena y del derecho penal"[64].

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

¿Quiere esto decir, como frecuentemente se achaca a JAKOBS, que con ello se venga a legitimar todo aquello que resulte funcional al mantenimiento de un sistema social dado, con total independencia de las características que el mismo presente?[66]. ¿O que la teoría de la prevención general positiva puede, de este modo, contribuir a la justificación tanto de ordenamientos jurídicos que respetan las garantías propias del Estado de derecho como de regímenes injustos, autoritarios o dictatoriales[67], o, incluso[68], más de estos últimos que de los primeros?

---

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

63 Cfr. MÜSSIG. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB)*, 1994, p. 238.

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

65 Cfr. sólo la argumentación en este sentido desarrollada por SILVA SÁNCHEZ. "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", cit., pp. 124 y ss., con referencias.

66 Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, en ID. (ed.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1994: "en la práctica [...] un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema de que se trate en cada caso" (en referencia a la posición de JAKOBS en materia de culpabilidad).

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

68 Así ZAFFARONI. "El funcionalismo sistémico y sus respectivos jurídico-penales", en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989, pp. 747 y ss., esp. 759 y ss., donde se pretende demostrar, nada menos, que "la versión alemana [del funcionalismo sistémico] se acerca peligrosa-

3. JAKOBS en alguna ocasión se ha manifestado respecto de tales suposiciones. En relación con algunas críticas orientadas al carácter formal de su planteamiento[69] y a la necesidad, por tanto, de rellenarlo luego con decisiones[70] ha advertido que ciertamente se necesita ese complemento para su aplicación a una sociedad concreta, pero que en esa misma necesidad se encuentra cualquier concepción que se mueva en igual nivel de abstracción: así, si se afirma, por ejemplo, que el derecho penal protege bienes jurídicos, se incurre en idéntico "formalismo" hasta que no se determine qué es un bien jurídico en esa concreta sociedad[71]. En este mismo contexto y en el de la réplica a la crítica de ambivalencia o relativismo de su modelo de análisis funcional ha señalado, por lo demás, que de acuerdo con él, en efecto, no se puede negar que el orden más injusto, en la medida en que efectivamente funcione, podría encajar en las descripciones por él mismo realizadas[72], y que el punto de vista escogido, que trata de comprender el fenómeno de "la normatividad en sí", no garantiza que las normas de las que se trate sean "normas en sentido enfático", es decir, normas legítimas[73]. Pero de ahí a suponer que, en su concepción, la funcionalidad de un determinado elemento del sistema (p. ej., la pena orientada a la prevención general positiva) para el mantenimiento del correspondiente sistema social fundamente ya su legitimidad media una gran distancia, contra cuyo desconocimiento también previene expresamente JAKOBS. El punto de vista que mantiene no ahorra ni desplaza las cuestiones de legitimación, pero, a su juicio, éstas no pueden ser resueltas en el plano interno del derecho penal: el derecho penal no vale más que el orden social que contribuye a mantener y, por lo tanto, sólo puede extraer su legitimidad en última instancia de la existencia de normas legítimas[74]. En esta misma línea ha señalado MÜSSIG que la cuestión acer-

---

mente a un equivalente central de la llamada 'doctrina de la seguridad nacional'", y "que sus consecuencias jurídico-penales [en alusión a las establecidas en la obra de JAKOBS, pero también en la de AMELUNG y ROXIN] llevan al ocaso del llamado 'derecho penal liberal'".

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

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

71 Cfr. JAKOBS, en *ZStW*, 107, 1995, pp. 847 y s., nota 10.

72 *AT2*, 1/20, nota 24 (respecto de las críticas de ZACZYK y SCHILD).

73 En *ZStW* 107, 1995, p. 848, nota 10.

74 Cfr. en este sentido, por ejemplo, JAKOBS. *AT2*, 1/1 y ss., 1/8, y especialmente 1/18 (el modelo defendido "presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma"), 1/20

ca de los criterios de legitimación material de las normas penales desbordaría el cauce formal (y positivista) de la prevención general positiva y remitiría al análisis de los criterios materiales de identidad de una determinada sociedad[75]. En la imagen que ambos parecen querer transmitir de la dogmática jurídico-penal, tal análisis no corresponde, sin embargo, al "intérprete" del derecho penal. Para éste "no se trata del derecho penal de una sociedad deseable, sino del derecho penal de aquella sociedad que el sistema jurídico ha generado por diferenciación". La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una "tarea puramente política, no jurídico-penal" en la que a la ciencia del derecho penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas[76].

La impresión que así se obtiene de la orientación metodológica de JAKOBS no se ve totalmente confirmada, sin embargo, ni siquiera cuando su exposición se mantiene en el elevado nivel de abstracción que corresponde a la definición de la prevención general positiva. Las deducciones no se obtienen aquí siempre a partir de una descripción neutralmente valorativa del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, según su propio concepto, en cuaquier sociedad imaginable. Las conclusiones obtenidas se deben también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de derecho positivo, sino también de ordenamiento legítimo, produciéndose de este modo una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa[77]. En esta medida, parece claro que es imposible, aun en el marco de una perspectiva positivista como ésta, sustraer una consideración dogmática a este contenido mínimo de prescripti-

---

("la pena sólo puede ser legitimada por el valor del ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga"), y 1/24 (la prevención puede quedar limitada por la atribución de un rango superior a otros fines, ya que "la profilaxis de delitos no es el fin más elevado". Cfr. también ID., en *ZStW*, 107, 1995, pp. 25 y ss., 33 y ss. y 37.

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

76 Cfr. JAKOBS, en *ZStW*, 107, 1995, p. 855, apoyándose en el punto de vista de MAX WEBER para justificar esta visión de la ciencia del derecho. Sobre esta pretensión metodológica de separar tajantemente dogmática y política criminal, cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, en JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, pp. 79 y s. (con nota 167).

77 Cfr. en este sentido AK-SCHILD, n. m. 73 antes de los §§ 20 y 21. Cfr. también ID. *GA*, 1995, pp. 101 y ss., 119. Sobre la referencia de la concepción de JAKOBS al sistema social y jurídico-político vigente en Alemania, cfr. también SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, en JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 80, nota 166.

vidad que comporta la asunción de los elementos normativos básicos del ordenamiento político en cuestión.

C. ALGUNAS CONCLUSIONES: DOS CLASES DE POLÍTICA CRIMINAL

De las consideraciones anteriores cabe extraer algunas conclusiones. Parece claro que determinados contenidos que suelen asignarse a consideraciones de carácter político-criminal en realidad responden a su inserción en un determinado sistema jurídico-político[78]. Y dentro de ese marco es en el que se mueve una política criminal menor, una política criminal que persigue el esablecimiento de un sistema jurídico-penal internamente coherente, para lo cual pueden servir diversos instrumentos jurídicos y sociológicos. En esta medida, hay política criminal en el *micro-plano* en un sistema funcional como el de JAKOBS. En este sentido, por ejemplo, por plantear un supuesto perteneciente a la dogmática de la parte general, parece claro que –dentro del sistema en funcionamiento– la determinación de hasta dónde llega la autorresponsabilidad de la víctima, al menos en los casos límite, es algo que no viene prefijado por las coordenadas del sistema. Y la opción por una u otra determinación de la correspondiente institución dogmática –y, consecuentemente, la solución en uno u otro sentido del caso– sólo puede obtenerse por medio de una observación de los datos del sistema que incorpora tantos elementos de valoración que es, en última instancia, política criminal.

Pero lo que no se puede hacer –como ha mostrado JAKOBS– es pretender colocar en el contexto del análisis dogmático las críticas en el macro-plano que va más allá de la propia identidad de la sociedad. Eso es política[79]. Con independencia de la valoración política, a efectos sanitarios, desde el punto de vista internacional, en cuanto a las consecuencias culturales que el observador pueda tener respecto del tratamiento actual en el mundo occidental del fenómeno de las sustancias estupefacientes, no podrá negar que forma parte de la identidad de nuestras sociedades la demonización del uso de determinadas sustancias. Y pretender decir que ello es ilegítimo *jurídicamente hablando* no parece adecuado.

---

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

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

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

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN*

El funcionalismo en la sociología actual

I. LAS SOCIOLOGÍAS, HOY

Los diversos planteamientos de la sociología suelen ser mirados de varias maneras. Por ejemplo, como sigue.

A. MACROSOCIOLOGÍA Y MICROSOCIOLOGÍA

Macrosociología. Es el análisis de los procesos sociales que operan a largo plazo y en gran escala. Por ejemplo, el marxismo, las teorías del conflicto, la teoría crítica y el *estructural-funcionalismo*.

Microsociología. Es, al contrario, el análisis de las acciones y las interacciones que ocurren en la vida cotidiana, en pequeño, durante breve lapso y a corta escala. Por ejemplo, el interaccionismo, la etnometodología y la teoría del intercambio.

B. SOCIOLOGÍA SISTÉMICA –FUNCIONALISTA O ESTRUCTURALISTA–, SOCIOLOGÍA SUBJETIVA Y SOCIOLOGÍA DUAL

Sistémica. Entiende que la realidad social se halla determinada por los sistemas y las estructuras.

Subjetiva. Es el estudio de los procesos sociales a partir de las vivencias e intenciones de las personas, antes que el de las instituciones, estructuras y sistemas.

La *dual* resulta de la fusión de las anteriores, con énfasis en la comunicación y en la tecnología. Los procesos sociales, entonces, nacen y se desarrollan interactivamente: la persona –el grupo– y la sociedad.

Cualquiera que sea la clasificación que se confeccione, siempre se encuentra un movimiento, corriente, teoría o escuela, como muy común: el funcionalismo y sus consiguientes: el neofuncionalismo y la teoría sistémica.

II. EL FUNCIONALISMO, EN SENTIDO LATO

Cuatro partes pueden conformar la noción, así:

---

* Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

a. *Función*. Quiere decir acción propia de una persona, órgano o mecanismo. Es actividad, ocupación, ejecución, cumplimiento, es el proceso que se sigue para cumplir, para desempeñar. Como deriva de *fungi*, significa *cumplir con un deber*.

b. *Funcional*. Es el predicado de cualquier obra o técnica eficazmente adecuada a unos fines. Es la construcción que reúne la mejor disposición, forma y medidas para la función a la que se destina. Es lo práctico, eficaz y utilitario.

c. *-Ismo*. Es un elemento compositivo que se pospone a una doctrina, escuela, sistema, modo o partido.

d. *-Ista*. Significa que *se adhiere a*, partidario de; caracterizado por; especialista, quien profesa o ejerce: es *el que hace*.

Desde este punto de vista, el *funcionalismo* es, entonces, la doctrina que estudia aquellos comportamientos que son obligatorios en pro de la materialización de un propósito.

O, de otra manera: el *funcionalismo* es la escuela o corriente que se ocupa del análisis de los deberes del hombre en aras de la eficacia.

Y *funcionalista* es el que hace funcionalismo, se adhiere a él o lo profesa. O, mejor dicho: *funcionalista* es quien está de acuerdo con que el hombre tiene que cumplir unas obligaciones que produzcan utilidad.

III. EL FUNCIONALISMO, EN SOCIOLOGÍA

Los sociólogos han aportado algunas definiciones. Así, por ejemplo:

a. Es el estudio macroscópico de los fenómenos sociales, con base en el análisis del sistema social como un todo; y de la influencia de las diversas partes –estructuras e instituciones– sobre él.

b. Es la perspectiva teórica basada en la idea de que los acontecimientos sociales se explican mejor en términos de las funciones que realizan, es decir, de la contribución que hacen al mantenimiento de la sociedad.

c. El estructural-funcionalismo es la corriente teórica que hace hincapié en las funciones o contribuciones hechas a la sociedad por las estructuras sociales existentes.

d. Es el estudio del sistema social, entendido como constituido por varios subsistemas (por ejemplo, el político y el judicial). En este enfoque, son claves tres aspectos:

– *Sistema* es el conjunto ordenado de elementos que tiende a conservar y a dar continuidad a la organización.

– Las *estructuras* son los elementos del sistema lo suficientemente estables como para ser considerados independientes de las fluctuaciones de corta amplitud y corta duración resultantes de las relaciones entre sistema y medio externo.

– *La equivalencia entre estructura y función*: el papel de las estructuras es contribuir al mantenimiento y adaptabilidad de los sistemas a los que pertenecen.

e. El *paradigma funcionalista* es aquella orientación de análisis macroestructural y epistemológico que:

– En *sentido clásico* (SAINT-SIMON, COMTE, DURKHEIM, SPENCER, PARETO) significa estudio *metasociológico* que establece equivalencias entre la sociedad y los organismos vivos, por las que, ante el peso del enfoque *holístico* por la creación de categorías como función, necesidad funcional y equilibrio, el individuo cede su propia subjetividad en favor de la colectividad.

– Y en *sentido estructural-funcionalista*, implica varias cosas, por ejemplo estas:

i. Sociedad descrita como un sistema similar a un organismo viviente.

ii. Organismo dotado de necesidades funcionales.

iii. Entre las varias partes del organismo social existe una interrelación orgánica.

iv. La función de cada fenómeno, institución o estructura se define dentro del contexto *global* del organismo viviente.

v. De lo anterior, la distinción entre fenómenos normales y fenómenos patológicos, entendiendo por estos aquellos fenómenos no funcionales o disfuncionales a las necesidades y a las condiciones de equilibrio del sistema.

vi. Respecto del individuo, la sociedad es una entidad autónoma *per se*, y dotada de propias y específicas leyes.

f. El estructural-funcionalismo es aquel pensamiento que, si bien quiso conciliar el individualismo con el colectivismo sociológico, refina la *física social* pues pretende ofrecer una teoría general de la sociedad, es decir, holística y global, pero desdeñando las modificaciones o mediaciones que ejercen sobre la realidad cognoscible los actores sociales, y clasifica las sociedades según categorías previas.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL FUNCIONALISMO

1. El sistema cultural es de capital importancia para el logro y el mantenimiento de la cohesión social. Por ello es menester que existan valores comunes pues las personas deben compartir una visión similar del mundo.

2. La sociedad requiere de un conjunto de metas articuladas, que sean compartidas, para evitar el caos, la anomia y la apatía. Y el método que regula los medios para alcanzar las metas es el *sistema normativo*.

3. Función es un complejo de actividades orientadas a la satisfacción de una o varias necesidades *del sistema*.

4. La unidad básica del sistema social es la relación *estatus-rol*, como componente *estructural* del sistema social y no como rasgos de los actores o de las interacciones sociales. El *estatus* es la posición estructural del hombre dentro del sistema, y el *rol* es aquello que hace el actor en esa posición. No se mira al actor en función de sus pensamientos y comportamientos sino en función del conjunto de estatus y rol, es decir, en función del sistema.

5. En un principio, antes que preocuparse por el cómo el actor social crea y mantiene el sistema, le importa cómo el actor es controlado por el sistema.

6. Es *holista*, vale decir, concibe la sociedad como un conjunto de partes interrelacionadas, como una unidad, en la cual los comportamientos parciales de los hombres y de los grupos contribuyen a la actividad total del sistema.

7. El orden social existe en cuanto los hombres *obedezcan* las directrices del sistema. *Obedecer* significa que las acciones del súbdito transcurran como si los mandatos formaran parte de la esencia de sus conductas.

8. Comportamiento o conducta *funcional* es aquella cuyas consecuencias *favorecen* la adaptación o el ajuste del sistema; y comportamiento o conducta *disfuncional –divergente–* es aquella cuyas consecuencias *disminuyen* la acomodación o ajuste del sistema.

9. Debido a las numerosas críticas que recibió –su antiindividualismo, su oposición al cambio, su conservadurismo, su idealismo–, del funcionalismo se ha querido pasar al *neofuncionalismo*, que, tras una "reconstrucción" del funcionalismo, pretende que:

a. La sociedad se compone de elementos que, en interacción con otros, forman una determinada configuración, de tal manera que la interacción ya no está determinada por una fuerza susperior –el sistema total–. Por tanto, es rechazado el determinismo uni o monocausal, y se acepta la apertura y el pluralismo.

b. Merecen atención semejante la acción y el orden. Así, en vez de prestar total atención a lo *macro*, el cuidado se bifurca para también mirar lo *micro*.

c. La *integración* debe ser mirada no tanto como un hecho ya dado o realizado, o impuesto, sino como una *posibilidad social*.

d. El funcionalismo, más que al estatismo, se debe dirigir al cambio, a la dinámica.

10. Un paso ulterior del funcionalismo, que quizás podría ser denominado *postfuncionalismo*, estaría constituido por la *teoría de los sistemas* o, simplemente, *teoría sistémica*, que en términos generales establece que:

a. La sociedad es un enorme sistema constituido por una serie de partes interrelacionadas.

b. Su fundamento es el *funcional-estructuralismo*, con el cual se da a entender que la *función antecede a la estructura*, a diferencia del *estructural-funcionalismo*, que parte de la existencia de *estructuras* dadas que deben ser sostenidas por las *funciones*.

c. Los sistemas sociales se construyen a partir de la comunicación.

d. Se trata de una teoría generalizadora, multidisciplinaria, que define la sociedad como un sistema *autorreferente* y *autopoiético* que se compone de *comunicaciones*; en el que *autorreferencia* equivale a un sistema entendido como conjunto de elementos que se relacionan entre sí, teniendo en cuenta el entorno, mientras *autopoiesis* significa que el sistema puede crear sus propios elementos y la estructura que resulta de ellos.

V. FUNCIONALISMO Y DERECHO PENAL

Aun cuando en verdad podría decirse que el derecho penal siempre ha estado acompañado, consciente o inconscientemente, del funcionalismo, en los últimos años esa compañía se ha intensificado.

El primer paso de los últimos tiempos parece fue dado por la denominada *orientación científico social*, cuyos principales rasgos son los siguientes:

1. Más allá del exclusivismo normativista importa ante todo el contexto social.

2. El derecho penal se debe guiar preferencialmente por las observaciones científicas a partir de lo real, y no por lo metafísico o especulativo. Por ello, no retribución ni culpabilidad, y sí lo verificable; por ejemplo, la prevención general y la resocialización.

3. El derecho penal debe tender hacia la prevención –sustentada en la proporcionalidad–, en contra de la mera retribución, así se resienta el derecho penal de acción y se retorne, de otra manera, al derecho penal de autor. No puede olvidarse que concretamente la prevención especial, que en su forma positiva persigue la resocialización, parte de las características del hombre.

El segundo paso quizás corresponda a la teoría conocida como *funcionalismo o teleologismo*, que se caracteriza especialmente por:

1. Querer generar nuevas ideas, reordenar o reubicar conocimientos, construir un sistema abierto, una teoría científica del sistema expandida, dirigida a

trabajar las realidades y a pensar el derecho penal por sus *resultados*, por sus *consecuencias*.

2. Utilizar un sistema removible, elástico, modificable en cualquier momento, según la aparición de circunstancias nuevas que no deban ser tratadas de la misma manera sino, al contrario, incluso cambiando el propio sistema, si es necesario.

3. Conservar los conocimientos ya obtenidos por el derecho penal pero no elevarlos a la categoría de inmunizados, intocables o inalterables, pues ante determinadas circunstancias deben ser susceptibles de variaciones.

4. Tener claro que el sentido teleológico o funcional significa que se quiere hacer y medir el derecho penal *por sus consecuencias*. Por ello, debe adoptar los argumentos y las soluciones más adecuadas pensando, ante todo, en los *efectos* que producen.

5. Adecuar la culpabilidad a la necesidad de pena, bien por motivos de *prevención general*, bien por motivos de *prevención especial*. De otra manera: la culpabilidad ya no depende, como en la tradición, de que la persona pueda y deba actuar conforme a derecho, sino de que la pena sea o no imprescindible: es prescindible, y por lo tanto se disculpa al autor, cuando con su imposición no se obtienen fines de prevención general o especial; y es necesaria, y por tanto el autor es culpable, cuando con la aplicación de la pena se obtienen metas preventivo genéricas o preventivo específicas.

6. Limitar los objetivos legítimos de la *prevención general* a la denominada *prevención integración*, que se define como el refuerzo de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico. Con la *prevención-integración*, entonces, se busca estabilizar en la ciudadanía la confianza en el ordenamiento normativo, perturbada por la conducta delictiva.

7. Pensar en imposición de pena con objetivos preventivo genéricos y preventivo específicos, sólo previa demostración de tres exigencias:

a. Las conminaciones penales tienen validez solamente si son referidas a un autor que infringe las normas pero que lo habría podido evitar (*principio de idoneidad*).

b. La pena se enseña como proporcional sólo si se parte de un autor y de una ciudadanía genéricamente racionales, capaces de autorregulación, y no de meros objetos para adiestrar a placer o para domar. De aquí se deduce que la prevención general no puede ser entendida a título de simple intimidación, ni la prevención especial puede ser concebida como exclusivo instrumento para domeñar a los demás (*principio de necesidad*).

c. La pena presupone culpabilidad, es decir, imputación individual de la vulneración de la norma. Esto implica que la pena es razonable por motivos de

prevención general y especial solamente si es impuesta y ejecutada como resultado de una infracción normativa individualmente imputable y con el fin de evitar futuras vulneraciones también imputables individualmente (*principio de culpabilidad*).

El tercer paso seguramente esté constituido por el *normativismo radical* –también conocido como *teoría de la imputación objetiva*–, del que se pueden resaltar los siguientes puntos.

A. FUNDAMENTOS O BASES

En primer lugar, la *teoría sistémica de* NIKLAS LUHMANN, que concibe el derecho como instrumento de estabilización social; como medio de orientación de las acciones, de institucionalización de las expectativas, es decir, de aquello que se espera hagan los demás en pro del sistema total; y como instrumento que implica confianza institucional, o sea, credibilidad en el ordenamiento, entendida como forma de integración social.

En segundo lugar, la *relación expectativas-defraudaciones*. Dada la diversificación social y la multiplicidad de labores ciudadanas, dentro del grupo social a cada persona le corresponde el cumplimiento de determinadas conductas, es decir, los hombres están llamados a realizar o ejecutar delimitados roles. Desde este punto de vista, de cada ser humano se espera, y se exige, el desarrollo de cierta competencia, es decir, el comportamiento acorde con su rol. Cuando el hombre actúa como se espera y se exige, colabora con la cohesión social, con la armónica convivencia. Por tanto, colma las expectativas. Al contrario, cuando el hombre ejerce imperfectamente su rol, incumple las expectativas y, por consiguiente, defrauda. Hasta aquí, entonces, el delito puede ser captado como comportamiento humano que *defrauda las expectativas*, pues se espera que el hombre no infrinja la ley (expectativas) y, sin embargo, lo hace (defraudación).

En tercer lugar, la *posición de garante*, que significa:

Socialmente, de cada persona se espera cierto comportamiento, el desarrollo de aquello que le compete.

En el mundo social, no todo le incumbe a todos. Por ende, la persona está obligada a comportarse, haciendo (acción) o no haciendo (omisión) aquello que la sociedad le exige.

El cumplimiento del papel que le corresponde a cada uno dentro de la sociedad. Si es correctamente realizado, llena las expectativas; si no, defrauda.

Despréndese de lo anterior que el reproche penal sólo puede recaer sobre quien respecto de determinadas actuaciones tiene *función de garante*. En sentido contrario, si la persona obra, realiza una conducta, pero no le compete o no

tiene posición de garante en relación con esa actividad, no es viable el rechazo jurídico-penal.

B. EL DELITO

La violación de la norma es un comportamiento socialmente disfuncional, que se caracteriza por ser:

– Una conducta que, sobre todo, somete a discusión la norma misma, en sí, entendida como orientación del comportamiento humano. No importa tanto la lesión de intereses o bienes jurídicos.

– Un comportamiento que afecta la confianza institucional de los coasociados.

– Una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de falta de fidelidad al derecho.

C. LA RESPONSABILIDAD

Penalmente es responsable solo aquella persona que lesiona los intereses sociales, por faltar a su posición de garante. De otra manera: es responsable quien defrauda las expectativas sociales, porque incumple aquello que le compete, es decir, porque no se comporta de acuerdo con los roles que le han sido asignados.

D. LA PENA

No es retribución al mal, con otro mal. Tampoco es disuasión, ni prevención general negativa. En cuanto a su función, es, esencialmente, prevención general positiva, prevención integración, entendida ésta como aquel instrumento que persigue ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad.

Tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al derecho, primero respecto de terceros (la ciudadanía, en general) y, luego, posiblemente también respecto del autor de la violación.

La prevención especial, la reeducación, no es la función principal de la pena; quizás sería uno de sus efectos posibles y esperables.

La función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de dirección para la relación social. Por eso, el castigo reafirma el propósito orientador y de confianza propio de las normas jurídicas.

Los límites de la prevención general no están dados tanto por lo que el buen ciudadano crea que el delincuente se ha ganado, sino, más bien, por lo que se crea necesario para la conservación de la confianza en la norma.

E. LAS TAREAS DEL DERECHO PENAL

La misión del derecho penal no es impedir la violación de bienes jurídicos, sino confirmar la validez de la norma, entendiendo por validez el reconocimiento de la ley.

El derecho es un instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua.

La finalidad del derecho penal es preservar la función orientadora de las normas jurídicas, de tal suerte que el delito, al constituir una infracción de la norma, supone una defraudación de expectativas.

El derecho penal no reprime primeramente lesiones de intereses sino el desvalor de los actos, es decir, el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al derecho.

Al derecho penal como mecanismo de control social le interesa no una colección de bienes jurídicos sino las relaciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en sociedad. El funcionamiento de una agrupación social a través de una normatividad supone que a cada individuo le esté permitido el despliegue de determinadas actividades y eventualmente que le sea exigido el desarrollo de otras. Por ello, reitérase, se afirma que el derecho es un generador de expectativas, cuya inobservancia es considerada como una defraudación.

La finalidad del derecho penal es garantizar la seguridad de expectativas y la subsistencia de las normas de una sociedad, que se reputan como esenciales y se fijan en tipos penales.

Y el último paso está configurado por la *teoría de la imputación objetiva* –o jurídica–, en torno a la cual importa tener en cuenta que por lo menos existen dos vertientes, una que le da mayor trascendencia a la *creación de un riesgo desaprobado*, y la otra que otorga preeminencia a la *producción de un resultado, previa gestación de un riesgo no permitido*.

Según la *primera óptica*, por *teoría de la imputación objetiva* se entiende un conjunto de hipótesis que permiten concluir si la conducta crea o no un *riesgo* para el bien jurídico, todo ello orientado a *corregir* o *complementar* las diversas teorías sobre la relación de causalidad material.

Así, por ejemplo, la *imputación no procede* cuando:

1. El comportamiento desplegado por el autor, aun constituyendo delito, reduce el riesgo de un daño mayor (*disminución del riesgo*).

2. La conducta del actor no genera un peligro de lesión jurídicamente importante frente a un bien jurídico (*creación o no de un riesgo jurídicamente relevante*).

3. El comportamiento del autor no supera el riesgo admitido o permitido (*aumento o no del riesgo permitido*).

Desde la segunda óptica –desarrollo ulterior de la primera–, se entiende por *teoría de la imputación objetiva* toda una construcción que, más allá de los criterios mencionados anteriormente, pretende cobijar toda la estructura del delito, especialmente lo tocante con la teoría del tipo.

Según esta versión, al hombre sólo le puede ser imputado un *resultado* si este es producto de su conducta que ha creado un riesgo jurídicamente inadmitido o desaprobado.

Para explicar esta noción son capitales varios elementos, especialmente los siguientes:

– La *teoría del riesgo permitido*. Alude a todas aquellas situaciones que pueden constituir peligro de daño pero que por muchos motivos deben ser admitidas, por ejemplo, el tráfico rodado, el avión, el tren, los avances científicos y técnicos, la construcción de elevadas edificaciones y las competencias automovilísticas. No obstante, social, cultural, económica y jurídicamente los riesgos emanados de ellas suelen ser tolerados por la comunidad, razón por la cual, sin duda, se vive toda una "sociedad del riesgo". Sin embargo, esos peligros de daño tienen límites que no deben ser sobrepasados. Por consiguiente, cuando el hombre los supera, ese riesgo de mal le es *imputado objetivamente*.

– El *principio de confianza*. Se enuncia diciendo que dentro de la sociedad cada persona debe realizar correctamente los comportamientos que le corresponden y que los demás esperan que así sea, es decir, que actúe acorde con aquello que le compete. Dicho de otra manera, el hombre debe desplegar su conducta dentro de los cánones establecidos y los otros aguardan a que así lo haga. Simultáneamente, ese hombre espera que los otros realicen acciones y omisiones según les corresponda. Es una concreción de la relación expectativas-no defraudaciones. En síntesis, la persona se conduce sobre la base de la fe, o sea, confiando en que las demás obran dentro de las reglamentaciones establecidas.

– *Las acciones a propio riesgo*. Este fenómeno, también conocido como *autolesión, autopuesta en peligro, acción de propio peligro* y *principio de competencia de la víctima*, apunta a las consecuencias de la conducta de quien padece una lesión como resultado de su propio comportamiento. Expuesto de otra manera, el tema se refiere al qué sucede cuando la víctima interviene en la producción del resultado lesivo, razón por la cual se afirma que coproduce el mismo. También se dice que el punto alude a aquellas hipótesis en las cuales la conducta imprudente peligrosa que despliega una persona, favorecida o creada por un tercero, trae como resultado la ofensa de un bien jurídico.

Las principales eventualidades relacionadas con el tema se presentan cuando la víctima:

1. Participa en una autopuesta en peligro, es decir, cuando ella misma, de una u otra manera, interviene en la creación del riesgo, con la participación de un tercero, asumiendo, por tanto, las consecuencias.

2. Hace que otra persona la coloque en peligro.

3. Sufre disminución de un bien jurídico al realizar un comportamiento arriesgado para proteger un bien jurídico ajeno.

4. Habiendo padecido las consecuencias de un hecho luego de violar sus obligaciones de autoprotección, crea un nuevo riesgo para sus bienes jurídicos.

– *La teoría de la prohibición de regreso.* De acuerdo con este planteamiento –también conocido como *participación aparente*, *prohibición de regreso* y *principio de prohibición de regreso*–, cuando una persona realiza una conducta culposa o inocua para el derecho penal, y con ello facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es *imputable objetivamente* el comportamiento punible de esta última. Sin embargo, la imputación solo es excluida cuando quien obra culposa o irrelevantemente no quebranta su posición de garante, actúa dentro de los límites del riesgo permitido y no conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra persona.

GÜNTHER JAKOBS resume así los casos en los cuales *no es posible imputar objetivamente* una conducta:

> *En primer lugar*, la conducta puede mantenerse, por su modalidad y la magnitud del peligro que entraña, dentro del riesgo permitido.
>
> *En segundo lugar*, la conducta puede ser en sí misma inocua y desviada arbitrariamente por otra persona en un sentido delictivo.
>
> *En tercer lugar*, la compensación de la conducta peligrosa puede ser asunto de un tercero.
>
> Y, *en cuarto lugar*, puede que la consecuencia dañosa incumba a la víctima misma por su propio comportamiento o, sencillamente, porque ella tenga que soportar la desgracia.

Y WOLFGANG FRISCH sintetiza las tres condiciones que se exigen *para que pueda ser imputado objetivamente un resultado*, según la doctrina más reciente: que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación; que con su conducta haya creado un peligro desaprobado y, que ese peligro desaprobado se haya realizado en el resultado.

Como se ve, el *funcionalismo* y la *teoría de la imputación objetiva*, eminentemente *consensualistas*, es decir, basadas en el pacto, en el acuerdo, en el contrato social, en la tranquilidad, en la igualdad, se parecen muchísimo al *funcionalismo* que mencionábamos al principio. Nos resta pensar si nos pueden acompañar, sobre todo si tenemos en cuenta varios detalles, entre ellos los siguientes:

1. Colombia es un país pluralista, multiétnico y multicultural, con entidades territoriales autónomas.

2. El colombiano es un mestizo, es decir, un fruto de raíces indígenas, españolas y negro africanas. Que sea indígena implica recordar que viene del Asia y de Oceanía y por ello tiene de amarillo mongólico, negro de la Melanesia y moreno aceitunado de la Polinesia, es decir, que no es extraño a los Papúes o negros de Nueva Guinea, ni a los Canacas o indígenas de Nueva Caledonia; y el hecho de que provenga en parte del español nos retrotrae a la larga estancia musulmana en la Península. En pocas palabras, podríamos decir que venimos de cuatro continentes: Asia, Africa, América y Oceanía; y un poco de Europa.

3. Más cercanamente, el colombiano es un caribe (catío, urabae, cuna, mutabáe, tahamíe, tairona, turbaco, zenú), pijao, chíbcha, pance, caloto, patío, guanaco, chocoe o citarae, noanamae, yalcón, pasto, killasinga, telembíe, tuma, abadae, chinche, chapanchica, chitarero, motilón, quimbaya, guane o lache.

4. En Colombia existen más de ochenta grupos indígenas, en número más o menos de quinientos mil, asentados en 24 departamentos del país, especialmente en la Guajira y en el Cauca, grupos que hablan aproximadamente 60 lenguas diferentes afiliadas a más de once familias lingüísticas diversas del español. Esos distintos grupos indígenas conforman entidades sociales con características culturales propias, y aun cuando sólo representan el 2% de la población nacional son de importancia grande desde el punto de vista *cualitativo.*

5. A esos colombianos se les ha llamado de diversas maneras. Así, por ejemplo, se les ha reconocido como *pobres de solemnidad* (art. 16 Ley del 2 de junio de 1834); como *indígenas salvajes* (art. único Dcto. del 29 de marzo de 1848); miembros de *tribus bárbaras o salvajes* (art. 318 Ley 153 de 1887); *bárbaros* (art. 320 misma ley); *salvajes* (Ley 89 de 1890), etc. Hoy se suele hablar de *parcialidades*, *resguardos* y de *comunidades y pueblos indígenas.*

6. Como documentado dice ANDRÉS NANCLARES ARANGO, lamentablemente el colombiano se caracteriza por ser: *egoísta*, porque no se orienta a propósitos sociales; *indigno*, porque ejerce el complejo de pobreza; *falto de carácter*, porque no cree ni en él mismo y solo confía en lo que hacen los demás; e *intolerante y hostil*, pues le gusta excluir y descalificar a sus semejantes.

Así el asunto, por favor, entonces reflexionemos. ¡Sobre todo, frente al Nuevo Código Penal!

ALEXANDER, JEFFREY C. *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial*, 3.ª ed., Barcelona, Gedisa, 1995.

BUCKLEY, WALTER. *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*, 4.ª reimp. de 1.ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 1993.

CAMPBELL, TOM. *Siete teorías de la sociedad*, Madrid, Cátedra, 1999.

CASTRO OSPINA, SANDRA JEANNETTE. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*, Bogotá, El Profesional, 1996.

COULON, ALAIN. *La etnometodología*, Madrid, Cátedra, 1998.

FLECHA, RAMÓN *et. al. Teoría sociológica contemporánea*, Barcelona, Paidós, 2001.

GHISLENI, MAURIZIO. *Teoria sociale e modernità*, Roma, Carocci, 1998.

GIDDENS, ANTHONY. *Sociología*, 2.ª reimp. de 2.ª ed., Madrid, Alianza, 1996.

GINER, SALVADOR *et. al. Diccionario de sociología*, Madrid, Alianza, 1998.

IZZO, ALBERTO. *L'invincibilie perplessità*, Roma, Armando, 1999.

LARAÑA, ENRIQUE. *La construcción de los movimientos sociales*, Madrid, Alianza, 1999.

NANCLARES ARANGO, ANDRÉS. *Los jueces de mármol*, Medellín, La Pisca Tabaca, 2001.

PÉREZ PINZÓN, ALVARO ORLANDO. *Introducción al derecho penal*, 4.ª ed., Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002; y, especialmente, la amplia bibliografía allí citada sobre el tema.

PHILLIPS, BERNARD. *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1998.

RITZER, GEORGE. *Teoría sociológica contemporánea*, 3.ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1993.

RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, JOSÉ ENRIQUE. *Teoría crítica y sociología*, Madrid, Siglo XXI, 1978.

WOLF, MAURO. *Sociologías de la vida cotidiana*, 4.ª ed., Madrid, Cátedra, 2000.

MARCELO A. SANCINETTI*

Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales

En dos grandes exponentes de la dogmática alemana del siglo XX se leen elogios al Código Penal del Reich de 1871, por haber dejado a la ciencia y a la jurisprudencia un amplio margen para el desarrollo de la dogmática del hecho punible sin grandes ligaduras a una regulación legal.

ARMIN KAUFMANN, en efecto, veía sin duda un beneficio en "la escasez de reglas del Código Penal del Reich"[1], frente a la pretensión del proyecto oficial de 1962 –y en parte también del proyecto alternativo– de lograr una regulación legal con claridad y seguridad jurídicas, que llegara a una integridad; pues el beneficio a obtener debía ser sopesado "con el menoscabo que trae consigo toda reducción del margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia"[2].

En ROXIN, por su parte, se concede que el Código Penal del Reich, en lo referente a las reglas de la teoría general del delito, se impuso moderación y que, con ello, dejó un beneficioso espacio al desarrollo de la ciencia[3]. Pero ROXIN justifica la moderación del Código Penal del Reich respecto de disposiciones sobre el hecho punible en el estado de la dogmática de entonces, que se hallaba aún en sus comienzos[4]. Implícitamente se sugiere así que habría sido una suerte de las generaciones posteriores el haber podido dar en 1975 con una parte general que regulara en detalle las decisiones sobre teoría del delito; es decir que las generaciones de la segunda mitad del siglo XX, al disponer ya de una dogmática desarrollada, pudieron darse el lujo de ligar a la doctrina y a la práctica a una regulación que quedaría estable (y correcta) durante mucho tiempo. Pero no puede haber ninguna sociedad que confíe tanto en su propia época como para creer que el grado de evolución de ideas al que ha llegado será definitivo. Si era una ventaja del Código del Reich que la regulación fuera moderada –pues esto habría permitido una significativa evolución posterior de la ciencia–, tendría que ser un resultado negativo de la excesiva regulación de la

---

* Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella).

1 ARMIN KAUFMANN. "Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf", en *ZStW* 80, 1968, pp. 34 y ss.; citado según su publicación posterior en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert-Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln, entre otras 1982, pp. 229 y ss., esp. 230.

2 Ibíd.

3 ROXIN. *Strafrecht AT* I, 3.ª ed., 1997, § 4, n. m. 1.

4 Ibíd.

parte general de 1975 que la evolución de la dogmática encontrara su fin o que, si no, la ciencia no pudiera ver realizadas, en la aplicación del derecho, soluciones más justas o más apropiadas propuestas por ella. ¿O es que la dogmática penal no necesita ya más evolución?

Por su parte, en el monumental *Lehrbuch* de JAKOBS se pone de manifiesto cuánto menor es la incidencia del principio de sujeción a la ley en las disposiciones sobre teoría general de la imputación que en la parte especial de un código penal[5]. A mayor generalidad del objeto regulado por una disposición legal menor será la exactitud o precisión que debe alcanzar la determinación de la ley; mayor también, por ende, la capacidad del aplicador del derecho de realizar interpretaciones que complementen el sistema de imputación sólo establecido legalmente en algunos "puntos fijos"[6]. Por cierto, estos conceptos están expresados para convalidar la labor creativa complementaria de la ciencia y de la jurisprudencia en esta materia; pero también pueden ser entendidos como una regla de orientación para el legislador: sería aconsejable que el legislador se abstuviera de establecer disposiciones legales que determinen todo el contenido del sistema del hecho punible; por tanto, sería preferible que dejara conscientemente *abierto* el sistema de la ley.

La pregunta cardinal que uno debe plantearse en este contexto es *de qué depende* que una regla de derecho positivo que regule la dogmática del hecho punible sea lamentada como una infeliz atadura de la filosofía práctica a las palabras de la ley o que, en cambio, sea recibida con beneplácito, como un valor requerido por la seguridad jurídica. Dicho de otro modo: ¿cuáles deben ser las soluciones que sería recomendable establecer en la ley como "puntos fijos" en materia de teoría del hecho punible?

En relación con esta pregunta, habré de sostener aquí las siguientes tesis:

1. En lo que se refiere a disposiciones sobre el hecho punible, la parte general de un código penal debe contener tan sólo disposiciones estrictamente indispensables; el ideal estaría configurado por un "estándar mínimo": lo que excediera de esto se apartaría del ideal.

2. Las legislaciones actuales, especialmente la parte general del StGB de 1975 –y los códigos nacionales que lo han seguido en mayor o menor medida–, exceden en mucho (negativamente) dicho estándar, por contraposición a las legislaciones del siglo XIX –moderadas y de amplio margen para la creatividad de la ciencia y la jurisprudencia–.

---

5 JAKOBS. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 4/1.

6 Ibíd., 4/15 s.

3. Dicho a grandes rasgos, el estándar ideal de reglas sobre teoría general de la imputación debe limitarse a las estrictamente necesarias para que la pena pueda ser la reacción justa al ilícito culpable, sin impedir que los criterios acerca de cuál sea la solución en cada caso más justa puedan ser discutidos constantemente; en particular, esto requiere:

a. Una regulación sobre las *extensiones* de los tipos penales de la parte especial, lo que implica disposiciones sobre la tentativa, sobre la participación en el hecho ajeno y sobre la posibilidad de convertir, bajo ciertos presupuestos, tipos penales de acción en tipos de omisión.

b. Un catálogo de causales *de impunidad*, sea por falta de acción, causas de justificación o exclusión de la culpabilidad (en sentido amplio), sin que el texto de la ley deba adjudicarle a tales causales una categoría determinada en la estructura del hecho punible.

c. Un catálogo de causas de *atenuación de la punibilidad*, para todos los casos de defectos (relativos) de imputación que no conduzcan a la total impunidad: eximentes incompletas, imputabilidad disminuida, error de prohibición imputable, comportamiento posterior al hecho de valor extraordinario, *poena naturalis*, entre otras.

Desde luego que es más fácil la respuesta a *cuáles* son las materias que deben estar reguladas que la de *cómo* deberían estarlo. Es seguro que son necesarias aquellas disposiciones generales que *fundamentan* la punibilidad más allá de los tipos penales de la parte especial, en tanto su ausencia determinaría una laguna de punibilidad tan insoportable como lo sería la producida, en la parte especial, por la ausencia de un tipo del derecho penal nuclear. Dado que los tipos penales están concebidos, en general, como hechos consumados por un autor único que realiza el tipo activamente, los presupuestos de la punibilidad no pueden reducirse a la parte especial, pues la falta de punición de la tentativa (al menos de la tentativa acabada), de los instigadores y cómplices (al menos en ciertos casos) y de los omitentes que se hallan en estrecha relación con el bien afectado sería tan inadmisible como derogar los tipos de homicidio, de violación, de robo. Pero no es tan sencillo decidirse acerca del *contenido concreto* de estas disposiciones. Las regulaciones tienen tal pretensión de integridad que las soluciones erradas y las contradicciones valorativas resultan inevitables. Sería preferible reducir dichas reglas a decisiones tan esenciales que apenas se pudiera decir que la materia quedó legalmente regulada, pero que a la vez aparecieran como manifiestamente imprescindibles.

Lo correspondiente vale decir respecto de las causales de impunidad o de imputabilidad disminuida (en sentido amplio). Es preciso un catálogo de dichas causas, porque –al menos según el grado de evolución relativa al que se há

llegado hasta ahora respecto del sistema de penas y de determinación de la pena– no sería posible conformarse con un principio general que dijera simplemente que el ilícito y la culpabilidad son *presupuesto* y *medida* de la pena, para inferir de allí, por complementación, todas las causas de impunidad (incluida la exclusión del ilícito, la incapacidad de culpabilidad, el error de prohibición no imputable y las causas de exculpación) y todas las posibles causales de atenuación. Un catálogo de estas causales, por ende, es necesario, por más que debiera ser entendido como meramente enunciativo, sin impedir la aplicación de la atenuación a otros casos no previstos.

I. LAS REGULACIONES SOBRE CAUSAS DE EXTENSIÓN DE LA PUNIBILIDAD

A. LA TENTATIVA

Trataré con más detalle el tema de la tentativa, por el carácter determinante que tiene su configuración en el sistema de la teoría del hecho punible y porque su campo ofrece el mejor ejemplo de que la mejor regulación legal es aquella que se limita a lo estrictamente indispensable.

Recién cuando uno conoce qué soluciones se ofrecen para la tentativa se conoce también qué visión del derecho penal se halla en la base del sistema. Así, por ejemplo, cuanto mayor sea la incidencia de la ausencia de consumación en la medida de la punibilidad de la tentativa –o bien: cuanto más se quiera exigir un "peligro objetivo", etc.– mayor será la vinculación del sistema a datos *externos* al autor, por tanto, también a datos ajenos a un derecho penal *de culpabilidad*, al menos si la culpabilidad es entendida –desde cualquier perspectiva que fuese– como una *motivación defectuosa*, en lugar de como culpabilidad por la "desgracia de la existencia". Si el ilícito culpable es presupuesto esencial de la pena, el ilícito no puede contener ningún ingrediente que no pudiera reflejarse en una diferencia de motivación. Cuanto más quede ligado el ilícito (¿culpable?) a datos externos más se regresará a una responsabilidad por el resultado y a un sistema procesal todavía ligado a las ordalías o juicios de Dios.

Fue justamente el objeto de mi investigación como becario Humboldt el tomar intervención en la discusión sobre la tensión entre disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito[7]. Quisiera desgravarme de la

---

7 SANCINETTI. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, 1995 (*Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, Köln, entre otras, 1995).

carga de reproducir aquí una discusión cargada de matices. Podría asumir ahora como dogma que el concepto "consumación", especialmente en el campo del ilícito doloso, es un producto de la concepción animista del mundo, que no logra distinguir aún naturaleza de imputación. Bastaría resumir con una afirmación de REINHOLD HERZOG: "La acción punible está consumada, en el sentido de la ley, en el instante en que el autor pierde el dominio sobre las consecuencias de su conducta, sobre la producción del mal delictivo"[8].

En el ámbito del pensamiento anglosajón, esta discusión se reproduce en términos correspondientes. Probablemente sea dominante la concepción que ve a la tentativa acabada como idéntica al hecho consumado (tesis de la "equivalencia"), y un crítico de esta posición como MICHAEL MOORE[9] la llama incluso "perspectiva instruida estándar"[10]. En esta posición se halla H. A. L. HART[11] que ve a la tesis de una mayor necesidad de *retribución* del hecho consumado como un resabio de las leyes primitivas, en las que la pena se graduaba según el daño con prescindencia de la culpabilidad. Allí se mezclarían las nociones de compensación y pena, produciendo confusiones que derivarían, para HART, más bien de "raíces instintivas profundas". Un derecho penal de culpabilidad debería desterrar el concepto consumación, al menos del ilícito doloso.

Pero ninguna sociedad puede tener reglas jurídicas más evolucionadas o racionalistas que su propia forma de ser; la ley penal, por tanto, debe corresponderse a esa forma de ser, pero también tener reglas tan moderadas que hagan posible una evolución de las concepciones sociales.

Para evaluar la regulación legal de la tentativa en un código penal determinado deciden básicamente tres aspectos:

– La definición de la tentativa (¿cuándo hay tentativa?; ¿desde qué momento?; ¿decide la representación del autor o un peligro exterior?) (1).

– La conminación penal prevista para la tentativa (¿se aplica la misma pena que para el hecho consumado o se la disminuye?; ¿se la disminuye siempre o sólo en ciertos casos?) (2).

---

8 HERZOG. *Rücktritt vom Versuch und thätige Reue*, Würzburg, 1889, p. 191.

9 MICHAEL S. MOORE. *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, esp. cap. 5 ("The Independent Moral Significance of Wrongdoing"), pp. 191 y ss. En la tesis de la "no equivalencia" puede verse también R. A. DUFF. *Subjectivism, Objectivism and Criminal Attemps in Harm and Culpability*, Oxford, Clarendon, 1996.

10 MOORE. Ob. cit., p. 193.

11 H. A. L. HART. *Intention and Punishment*, ahora en *Punishment and Responsibility*, Oxford Clarendon (reimp. 1998), p. 131. En favor de la doctrina de la "equivalencia" cfr. también STEVEN SVERDLIK. "Crime and Moral Luck", en STATMAN (comp.). *Moral Luck*, 1993, pp. 181 y ss.; ANDREW ASHWORTH. *Principles of Criminal Law*, Oxford, Clarendon, 1995, pp. 443 y ss.

– El régimen del desistimiento de la tentativa (¿cuándo hay impunidad por desistimiento, si es que debe haberla?) (3).

I. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL DE LA TENTATIVA

En orden a la definición legal de la tentativa, se plantean al menos dos constelaciones de problemas. Por un lado, se trata de la cuestión de cómo se define el "comienzo de la tentativa", es decir, el punto *inicial* del ilícito. Por otro, de la cuestión de si el concepto depende de la *representación del autor* o de un *juicio objetivo externo* –según el cual fuera presupuesto de la punición de la tentativa la creación de un peligro exterior (objetivo)–. No es mucha la seguridad y claridad que se puede lograr con una fórmula legal ni respecto de un problema ni del otro; pero sí es mucha la confusión que se puede generar con ella, si se pretende regular todo.

a. En lo que se refiere al punto inicial de la tentativa, en los derechos positivos de nuestro contexto cultural pugnan aún, por un lado, una regulación como la del *Code Pénal* francés de 1810 y 1832 ("Toute tentative de crime qui aura été manifestée, par un commencement d'execution..."), recibida en el Código Prusiano de 1851 ("... mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución..."), del que pasó al Código del Reich de 1871; y, por otro, una fórmula como la del actual § 22 StGB ("... se ponga inmediatamente a realizar el tipo"), que se remonta a WELZEL[12]. La tensión entre estas fórmulas puede ser poco fructífera, si se tiene en cuenta que, ya antes de la reforma de 1975, parte de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas habían interpretado la fórmula francesa en el sentido de la fórmula alemana actual. Con todo, si entre una fórmula y otra se puede establecer una diferencia, ésta residiría en que la fórmula francesa es más restrictiva, mientras que la alemana actual ubica el comienzo de la tentativa en un instante (posiblemente) anterior al "comienzo de la ejecución". Ya por este solo hecho la fórmula francesa debería tener preferencia: la punición de estadios previos al de una decisión definitiva de menoscabar el objeto del hecho se funda en una norma de legitimidad *precaria* (una "norma *flanqueante*"), pues el autor no ha perdido aún el dominio sobre la posibilidad de *no* afectar el objeto del hecho; cuanto más se restrinja el campo de la punibilidad de tales acciones del campo previo –que estructuralmente se asemejan más a la preparación que a la tentativa acabada[13]– mayor será la legitimi-

---

12 WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, § 24, III, pp. 190 y ss.

13 KAUFMANN. Ob. cit., pp. 244 y ss.

dad de la norma respectiva. Por otro lado, la expresión "comienzo de ejecución" es más *clara* que la formulación actual del StGB, por lo que, desde el punto de vista del principio de sujeción a la ley, satisface mejor la exigencia del mandato de determinación (*lex certa*). En cierto modo, la falta de claridad de la fórmula alemana actual se pone de manifiesto al ver la suerte que han corrido los intentos por traducirla a lengua española. Con motivo de la traducción de obras de doctrina, la fórmula del § 22 StGB, en particular el verbo *ansetzen*, ha recibido las más variadas versiones: "dar principio"[14], "dar comienzo"[15], "comenzar"[16], "ponerse a"[17], "disponerse a"[18]. Lo mismo ha ocurrido en los intentos de acuñar esa fórmula en códigos penales de lengua española. Así, por ejemplo, en el anteproyecto de Código Penal de la República del Paraguay de 1994, preparado por una comisión de trabajo presidida por el jurista alemán Wolfgang Schöne, se formuló la definición de la tentativa primeramente de este modo: "Hay tentativa cuando el autor, tomada en cuenta su representación del hecho, *proceda de inmediato a la realización del tipo legal*". Con esta formulación ("proceder de inmediato") se quería traducir seguramente la expresión alemana *unmittelbares ansetzen*. Cuando el anteproyecto se convirtió en proyecto definitivo y luego fue convertido en ley en 1997, aquella fórmula sufrió una transformación, hasta derivar en un texto no muy afortunado: "Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que *son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal*". Con esta definición sólo se sabe que la tentativa queda *antes* de la consumación; pero

---

14 En la traducción del *Lehrbuch* de Jescheck por Muñoz Conde y Mir Puig (3.ª ed.): "*dé principio inmediatamente* a la realización del tipo"; y por Manzanares Samaniego (4.ª ed.): "*dé principio directamente* a la realización del tipo".

15 En la traducción del § 22 StGB, entre otras disposiciones legales adosadas a la versión española del *Manual* de Eser y Burkhardt de Cancio Meliá: "*da inmediato comienzo* a la realización del tipo".

16 En la traducción del *Lehrbuch* de Jakobs por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, en 25/1d, 25/30, 25/36, pero de otro modo en 25/55 ("disponerse a"). También he optado por la expresión "comienzo directo" en la traducción del § 22 StGB, adosada a la versión española de dos artículos de Struensee: "*comienza directamente* la realización del tipo"; aunque más tarde preferí la fórmula: "ponerse a".

17 En la traducción del *Lehrbuch* de Welzel por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez: "*ponerse en una actividad inmediata* a la acción típica", para la expresión: "unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandshandlung"; también en la traducción de la 6.ª ed. del *Lehrbuch* de Wessels por Conrado A. Finzi: "*ponerse en actividad directa* para realizar el tipo". Opté por la fórmula "*ponerse inmediatamente a* realizar el tipo", en la versión castellana de mi trabajo *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, Köln entre otras, 1996 (*Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, 1995).

18 En la traducción del *Lehrbuch* de Jakobs por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, al trasncribir allí una cita de Welzel: "*se dispone directamente* a la realización del tipo" (25/55), con lo que el adelantamiento invade claramente los actos preparatorios. Pero los mismos traductores emplean lisa y llanamiento la expresión "comienzo directo" en otros pasajes (cfr. nota 16).

nada más. Por su parte, resulta ambivalente la fórmula del Código Penal español de 1995: "... dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores". En razón de que "dar principio" ha sido una de las traducciones usuales del verbo *ansetzen*, se podría inferir que se quiso trasladar la fórmula alemana del § 22 StGB. Pero "dar principio" es equivalente al verbo –poco usual y menos elegante– "principiar", que a su vez es sinónimo de "comenzar". Y dado que la nueva fórmula española habla de "dar principio *a la ejecución...*" se llegaría, en definitiva, a la vieja fórmula francesa, por lo que sería preferible volver directamente a ella: "comienzo de ejecución".

Especialmente si se piensa en esfuerzos por lograr una legislación común europea no habría nada mejor que recurrir a una fórmula que enraiza en el antiguo Código de Napoleón. De cualquier modo, es seguro que ninguna fórmula puede erradicar el margen de indeterminación de que adolece el momento inicial de una tentativa; estructuralmente sólo es determinable el momento final: la tentativa acabada.

b. La cuestión de si es decisiva la visión del autor o un peligro exterior es resuelta en algunos textos legales de manera predominantemente *subjetiva*, en favor de la "representación del autor" (StGB, C. P. paraguayo)[19] o predominantemente objetiva, incluyendo requisitos tales como "practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado" (C. P. español[20]), o exigiendo –con una fórmula que se remite al décimonónico jurista italiano FRANCESCO CARRARA[21]– "actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito" (C. P. italiano[22], C. P. colombiano[23]). Otros textos legales

---

19 § 22 StGB: "Intenta un hecho punible quien, *según su representación* del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo". Art. 26 C. P. parágrafo: "Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, *tomada en cuenta su representación del hecho*, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal".

20 Art. 16: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente deberían producir el resultado*, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".

21 CARRARA. *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 1859, t. I, § 356 y ss.

22 Artículo 56 Abs. 1 C. P. italiano: "Quien cumple *actos idóneos dirigidos de modo inequívoco* a cometer un delito, responde por delito tentado si la acción no se cumple o el resultado no se verifica".

23 Art. 22 C. P. colombiano: "El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante *actos idóneos e inequívocamente dirigidos* a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado". Hace poco tiempo fue sancionado un nuevo Código Penal de Colombia que entró en vigencia el 24 de julio de 2001. Aunque la definición de la tentativa permanece invariada en lo esencial, otros institutos han tenido considerables modificaciones. En este trabajo se hacen las referencias siempre al Código Penal colombiano de 1980, vigente al momento de redactar el presente escrito.

dejan abierto el punto de vista desde el cual se valora la tentativa (Código Prusiano de 1851[24], Código del Reich de 1871[25], C. P. argentino de 1922[26]).

Naturalmente, no puedo ocultar mi preferencia por una concepción subjetiva de la tentativa[27]. No es este el lugar para reproducir todo lo que habla en contra de pretensiones objetivizantes o externalizantes del ilícito. Lo decisivo ahora es que, en caso de duda, hay que estar "siempre –sigo de nuevo a ARMIN KAUFMANN– en contra de cortar con el sable de la ley el hilo de la vida de la opinión contraria, en lugar de convencer objetivamente"[28]. De todos modos, si uno quiere imponer una concepción subjetiva del ilícito por medio de una definición de la tentativa ligada a la representación del autor, pero en una sociedad en la que subsisten ideas vinculadas al mito del resultado (o del peligro objetivo, etc.), es bien posible que la expresión "representación del autor" (u otra equivalente) sea interpretada con tendencia externalizante (ejemplo: una "representación del autor" que pueda entenderse como una "correspondencia razonable con datos objetivos externos"). Mientras que, a la inversa, en una sociedad en que existan concepciones algo más ilustradas de lo que es el quebrantamiento de una norma[29], por más que la ley, para el concepto o la punición de la tentativa, exija un "peligro exterior", "objetivo", "actos idóneos", etc., es probable también que no haya modo de quitarle el carácter de tentativa

---

24 § 31: "La tentativa es punible sólo cuando se exterioriza mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución y es impedida, o queda sin resultado, por circunstancias externas, independientes de la voluntad del autor".

25 § 43 Abs 1: "Quien pone en marcha la decisión de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución de ese crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito propuesto no ha llegado a la consumación".

26 Art. 42: "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44". La exigencia "con el fin de cometer un delito determinado" –tomada del artículo 61 del C. P. italiano de 1889, aunque esta fuente no incluía el adjetivo "determinado"– podría sugerir una concepción subjetiva de la tentativa, pero eso nunca impidió que las concepciones objetivistas requirieran un peligro externo. Por otro lado, la exigencia del "fin de cometer un delito determinado" fue entendida primeramente en el sentido de un dolo directo de primer grado (intención), pero nunca se dejó de lado una tentativa por haber sido ejecutada con "dolo de consecuencias necesarias" (dolo directo de segundo grado); en el tiempo más reciente, la doctrina y la jurisprudencia admiten la tentativa con dolo eventual, sin que el texto haya sido modificado nunca.

27 Cfr. SANCINETTI. *Fundamentación*, cit.

28 KAUFMANN. Ob. cit., p. 242.

29 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 25/15: "La teoría objetiva es una derivación del dogma causal, ya superado; la equiparación rezaría: así como un delito consumado es una lesión causal del bien jurídico, así también un delito tentado es una puesta en peligro. Pero, así como el delito no es primariamente la producción de lesiones a bienes, sino la lesión a la vigencia de la norma, así tampoco se debe concebir primariamente, la tentativa de delito, como una puesta en peligro de bienes, sino como lesión a la vigencia de la norma".

punible a un proyecto de acción en que el autor, por ejemplo, se represente, por motivos razonables, que dispara contra un hombre con un arma de fuego que está cargada –aunque la supuesta víctima acaso haya muerto del corazón un segundo antes del hecho, de modo irreconocible para el autor, o sorpresivamente el arma esté descargada, etc.–, pues –se querrá argumentar– incluso conforme a un patrón de valoración "objetivo" (la norma), tal *proyecto* es en sí "peligroso"; por lo demás, hay ya suficiente evidencia histórica de que no hay una noción exterior de peligro o de idoneidad que pueda ser útil para la definición de la tentativa. Pero es preferible que la ley no tome una posición definida en estas cuestiones íntimamente ligadas a la filosofía práctica.

c. Todo ello ofrece una razón ulterior para optar por la fórmula del Código Napoleón (§ 31 Código Prusiano de 1851)[30], como todavía rige, por ejemplo, en el artículo 42 del Código Penal argentino. Ésta no vincula a ninguna concepción, ni rechaza tampoco a ninguna otra, pero al mismo tiempo logra lo fundamental: establecer *la conminación penal de la tentativa*. Hasta dos sociedades con concepciones del ilícito bien divergentes pueden compartir una fórmula semejante. Esto demuestra que dicha fórmula es la más útil para cumplir con el ideal de un mínimo de regulación en materia de definición de la tentativa.

2. LA ESCALA PENAL DE LA TENTATIVA

En el contexto de los varios modelos de escala penal aplicable a la tentativa se enfrentan en principio dos intuiciones valorativas opuestas; los extremos se traducen en que, o bien la tentativa merece siempre o preferentemente el mismo *marco* penal que el delito consumado (*Code Pénal* de 1810-1832, Código Prusiano de 1851, *Model Penal Code* de 1962), o bien la tentativa es punible siempre con una escala penal atenuada (C. P. del Reich de 1871, C. P. argentino de 1922, C. P. colombiano de 1980, C. P. español de 1995). Entre esos extremos, hay soluciones intermedias: o bien se deja a criterio del tribunal el penar más benignamente la tentativa que el hecho consumado (StGB de 1975, C. P. austríaco, C. P. suizo), o bien se impone que la tentativa *inacabada* sea penada siempre con una escala penal atenuada, mientras que la tentativa *acabada*, también siempre con la *misma* escala que el delito consumado (C. P. paraguayo de 1997)[31].

---

30 En favor de una regulación orientada a la definición del comienzo de la tentativa como fundamento de una eventual disposición futura de la Unión Europea, cfr. CANCIO MELIÁ, *Revista Canaria de Ciencias Penales* 5, 2000, pp. 37 y ss. (versión alemana en prensa, en TIEDEMANN [comp.]. *Die Vereinheitlichung des europäischen Strafrechts*).

31 Ciertamente estas reglas valen en la medida en que la tentativa misma sea punible, lo cual depende, en

Si el ideal de regulación legal en materia de teoría del hecho punible es el "estándar mínimo" habría que estar en contra, en principio, de las soluciones *uniformemente rígidas*: siempre con la misma escala penal que el hecho consumado *versus* siempre con una escala penal atenuada. Estas soluciones presuponen cortado el hilo de la vida de la solución opuesta, antes de convencer objetivamente; además *ambas* soluciones son erradas. Por definición, la tentativa inacabada implica la creación de un riesgo que el autor asume como *no* definitivo, por tanto, un riesgo que todavía tiene bajo su control; la eventual producción del resultado que se produjera a pesar de su convicción de que aún no podría producirse el resultado sólo puede ser imputada –si es que lo es– a *imprudencia*, *no* al proyecto doloso[32]. El carácter de ilícito de la tentativa inacabada depende de momentos aún no realizados: los pasos de acción pendientes (en la comisión) o el curso faltante de los hechos (en la omisión). Por consiguiente, un proyecto semejante no debe merecer la *misma* escala que la expresión definitiva de aquel que ya ha llegado a un desarrollo *posiblemente* irrevocable. Esta diferencia es tan estructural en la teoría del hecho punible que no existe un riesgo relevante de petrificar en la ley –con una disminución obligatoria *para ese caso*– una solución injusta. Los subjetivistas aceptan esa solución por sus propios fundamentos; los objetivistas también tendrían que aceptarla, pues si el resultado puede agregar algo al ilícito (una idea difundida, aunque errada), también deberían poder hacerlo los pasos intermedios de la acción, que también son "resultados disvaliosos". Por ende, la disminución obligatoria para la tentativa inacabada no podría afectar los fundamentos de ninguna concepción[33].

Queda por explicar si es razonable la parificación obligatoria de la escala penal de la tentativa acabada y el delito consumado. Esta solución *diferenciadora* (la tentativa inacabada es penada con una escala penal *obligatoriamente atenuada*; la tentativa acabada, *con la misma* escala que el hecho consumado) es la que ha adoptado el C. P. paraguayo de 1997. Al parecer, esa solución debería gozar de mi preferencia; pero merece algunos reparos.

En lo que se refiere a la *distinción* entre tentativa inacabada y acabada, el Código Penal paraguayo sigue el criterio de ARMIN KAUFMANN, pues la reduc-

---

muchas de las legislaciones citadas en el texto, de que se trate de un crimen o delito grave (*Verbrechen*), en que siempre es punible la tentativa, o de un delito menos grave (*Vergehen*), puesto que para estos últimos se requeriría la conminación penal particular.

32 SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., pp. 63 y ss., 140 y ss.

33 Por lo demás, en las legislaciones en que la ley establece una escala penal uniforme para la tentativa acabada e inacabada, en cualquier caso habría que ponderar el grado de desarrollo del proyecto de acción, como primer criterio de gradación del ilícito, en el ámbito de la medición de la pena.

ción de pena prevista en el artículo 67 (correspondiente al § 49 StGB) sólo cabe, según el artículo 27, inciso 3.°, "cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación". Este es el criterio usual de delimitación, el cual acierta *en general*, pero *no* en todos los casos: en particular, *no* en aquellos en que el autor se ha reservado una posibilidad segura de impedir el daño[34]. En estos casos la tentativa acaba en verdad "por omisión": que al autor le falte aún tocar un botón del aparato explosivo (comisión inacabada) es materialmente equivalente a que ya haya tocado todos los botones necesarios para causar la explosión, pero sabiendo que todavía puede accionar otro botón capaz de impedir la explosión (omisión inacabada). En ambos casos, la pérdida de control se produciría recién en el momento posterior: al tocar el disparador final (comisión) o al no aprovechar la reserva de revocación (omisión). Por ello, el criterio correcto de distinción depende de si el autor ha llevado adelante la ejecución hasta cierto punto (comisión) o ha dejado que el curso llegase hasta cierto punto (omisión) en que pudiera llegar a serle inevitable la consumación, o si, en cambio, mantiene aún el control en su poder. En el primer caso, habrá derecho a la aplicación, en principio, de la misma escala penal del delito consumado; en el segundo, la escala penal deberá ser necesariamente disminuida.

Pero aun en caso de tentativa acabada pueden darse supuestos en los que el proyecto de acción, sin ser de burda insensatez (*grobes Unverstand*), esté gravado, en su concepción o ejecución, con elementos retardatarios tan intensos (grave imprudencia invertida) que la consumación fuera prácticamente imposible y la escala penal del delito consumado apareciera, en consecuencia, como excesiva. Para estos casos también podría estar justificada la posibilidad de atenuación de la pena, de modo similar a la atenuación de la tentativa inacabada. Por extensión, la misma atenuación podría ser razonable cuando, desde una perspectiva *ex ante*, el fracaso fuera tanto más probable que la consumación que *la chance* de consumación apenas pudiera tomarse en serio. Ahora, dado que una tentativa defectuosa de esa índole también podría producir la consumación de modo así y todo imputable, esa posibilidad de disminución de la pena para casos de

---

34 BURKHARDT. *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung. Eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch*, Berlin, 1975, esp. p. 19 y n. 7: "También quien ha hecho todo lo necesario para la realización del hecho puede tener en sus manos la última decisión acerca del sí o no del hecho. La propuesta de KAUFMANN sólo es convincente en tanto se restrinja el concepto de tentativa acabada a determinados casos: a aquellos en los cuales el autor ha soltado realmente de sus manos la última decisión acerca del sí o no del hecho". Cfr. también SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., pp. 72 y ss.

fracaso sólo se hallaría justificada si la misma posibilidad de atenuación estuviera prevista para el caso de que, por una vía semejante, se llegara igualmente a la consumación. Por tanto, se trataría aquí más bien de una causa de imputación defectuosa (disminuida) que valdría por igual tanto para la tentativa como para el delito consumado; y sería más propio que el caso estuviera previsto entre las reglas de atenuación de la pena[35].

Con estas correcciones, la solución del Código paraguayo podría ser apoyada. Para quien, no obstante, argumentara que, con esa regulación, se le reducirían demasiado sus *chances* de supervivencia a la solución apegada a la relevancia del resultado, cabría responder que eso no sería particularmente dramático. Si esa regulación se da en una sociedad así y todo dominada por una visión de la responsabilidad penal fijada a los resultados –tal como en general ocurre en los pueblos latinos, y probablemente también en la sociedad paraguaya–, la incidencia del resultado aparecerá furtivamente en el ámbito de la medición de la pena o bien de modo explícito (si la ley contiene reglas sobre determinación de la pena referida al "daño causado") o bien de modo implícito. Pero, en cualquier caso, el sistema que sugiero para la conminación penal de la tentativa sería el mejor camino para la afirmación del principio de culpabilidad e igualdad proporcional de las penas; estrictamente, el resultado ni siquiera debería incidir en la medición de la pena.

Ahora bien, una regulación de la tentativa que deje todo lo posible fuera de consideración el dogma causal, como resabio de un pensamiento *animista*, tal como se pretendió hacer en el Código paraguayo, debería estar acompañada de un régimen sobre impunidad por desistimiento de la tentativa que no alcance al comportamiento posterior a la tentativa acabada, como sin embargo se permite en el Código paraguayo, siguiendo el modelo del StGB. Pero esto es objeto de la siguiente discusión.

3. IMPUNIDAD POR DESISTIMIENTO Y DISMINUCIÓN DE LA PENA POR COMPORTAMIENTO POSTERIOR AL HECHO

¿Qué cabe decir sobre la regulación ideal del desistimiento de la tentativa? ¿Existe la posibilidad de establecer una fórmula que no se exceda del estándar mínimo y que sin embargo permita una solución justa para todos los casos?

---

35 Para los casos, menos disvaliosos aún, de tentativa por burda insensatez (*grobes Unverstand*) es dudoso que haga falta una regulación legal. Pero, en todo caso, podría valer la regla flexible del § 23 Abs. 3 StGB.

Si uno retrocede de nuevo, en las fuentes de la legislación penal alemana, hasta el Código Prusiano de 1851, advierte que este regulaba la impunidad por desistimiento sólo en forma *implícita* (§ 31), en razón de que la tentativa era punible en la medida en que *no* se hubiera llegado a la consumación por circunstancias independientes de la voluntad del autor; de tal modo, la tentativa *voluntariamente desistida* no era punible. No había nada similar a una regulación del desistimiento que, como la del StGB de 1975, quisiese prever *todos* los casos posibles en diferentes disposiciones. Veintisiete años después de esa reforma, está a la vista que las soluciones del StGB vigente, en materia de desistimiento, son erradas en diversos sentidos.

Para hablar de desistimiento, la opinión corriente en la dogmática alemana y en el resto de los países que abrevan en sus aguas se conforma con una *chance* de salvamento dada por casualidad, incluso si ella no es totalmente segura y por más que ni siquiera sea utilizada en todo su alcance: sólo haría falta que sea *exitosa*[36]. Este dominio de la cláusula burda: "final bueno, todo bueno" genera contradicciones valorativas insuperables. La primera la demuestra el hecho de que las medidas de evitación que podrían neutralizar el riesgo sin seguridad mantienen el hecho como tentativa punible si son predispuestas *antes de la ejecución del hecho*, pero conducen a la impunidad, en tanto haya un final feliz, si son empleadas *después*. La segunda contradicción la muestra la dogmática del delito de omisión. Pues quien genera un riesgo no permitido es el prototipo del garante por injerencia; si él no emplea la mejor capacidad de evitación a su alcance, consiente en la subsistencia de un riesgo restante. Pero aquel que neutraliza el riesgo por una vía de salvamento que reconoce como insegura frente a otra más eficiente que deja conscientemente de lado *impediría*, en el lenguaje de la ley (§ 24 párr. 1.°, 1.ª frase, 1.ª alt., StGB), la producción del resultado, pero ya no podría hacer desaparecer el riesgo (fracasado) de que el resultado se produjese de todos modos. Contra ambas contradicciones valorativas rige lo siguiente: un peligro que es suficiente para la tentativa si el autor lo crea a sabiendas, excluye el desistimiento si el autor lo mantiene a sabiendas[37]. Pero dado que la pérdida consciente del control de evitación de la consumación implica por definición el mantenimiento a sabiendas de un riesgo no dominado, la tentativa acabada ya no podría ser desistida.

---

36 Sigo de cerca en este contexto el trabajo de JAKOBS. "Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten", en *ZStW* 104, 1992, pp. 82 y ss., 92 y ss. y pássim. Cfr. también SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., pp. 68 y ss.

37 JAKOBS. *Rücktritt*, cit., pp. 92 y ss., esp. p. 96.

Siguiendo a JAKOBS[38], he sostenido que esa tesis puede ser aplicada al § 24 del StGB[39] vigente, interpretando que la impunidad por renuncia a la ejecución ulterior del hecho se da exclusivamente en el delito de comisión (párr. 1.°, 1.ª frase, 1.ª alt.) y la impunidad por impedir la consumación, en el delito de omisión (párr. 1.°, 1.ª frase, 2.ª alt.), pero en ambos casos *antes* de que el autor haya llegado a admitir la posibilidad de una consumación dolosa; mientras que una evitación del resultado que se dé con posterioridad a ello sólo podría valer como atenuante, como comportamiento posterior al hecho.

Esto sólo puede ser entendido como compatible con el § 24 StGB en la medida en que se entienda que la consumación del riesgo resuelto por azar no fue *impedida* como tal, y que, por tanto, sigue siendo punible. Pero es manifiesto que esa interpretación resulta algo forzada, y con mayor razón lo sería ante el texto del artículo 28, 1.°, del Código Penal paraguayo: "El que voluntariamente desista de la realización ya iniciada del tipo legal o, en caso de tentativa acabada, impida la producción del resultado, quedará eximido de pena".

En esta última disposición se logra una dogmática del desistimiento preñada con la magia causal: sólo quedaría beneficiado con la impunidad el autor de un desistimiento "exitoso", pero dentro de un sistema del ilícito que pretende estar desgravado del lastre del carácter constitutivo de la consumación (la tentativa acabada siempre es punible con la pena del delito consumado). No hay ningún modo de lograr una armonía entre ambas soluciones (punición de la tentativa sin magia causal, impunidad por desistimiento con magia causal). Una vez más se demuestra que el exceso de regulación, por satisfacer la pretensión de completividad y lograr además la solución teórica que el redactor considera más correcta, puede conducir a error.

Lo mismo sucede con el desistimiento de la tentativa inidónea. Para compensar una antigua jurisprudencia alemana[40] que negaba el desistimiento de la tentativa no peligrosa, la teoría y jurisprudencia posterior crearon la noción del "esfuerzo serio" por evitar la consumación, que debía valer como desistimiento, a falta de la posibilidad de un desistimiento "exitoso" de una tentativa de suyo no peligrosa; el resultado de esa evolución es el actual § 24 párrafo 1.°, 2.ª frase, del StGB (reproducido en art. 34, inc. 1.°, C. P. paraguayo). Pero con ello se exige mucho más para la tentativa inidónea que para la idónea, pues aquí la comprensión tradicional se conforma con un desistimiento al fin y al cabo exi-

---

38 Ibíd., p. 92; ID. *Strafrecht*, cit., 26/19a.

39 SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., p. 88.

40 En *RGSt*, 17, 158 (160); 51, 205 (211); 65, 273 (276); 68, 306 (309); 77, 1 (3).

toso, aunque el esfuerzo sea magro. Con la aparición de casos de "desistimiento mezquino", pero al fin y al cabo exitoso, parte de la doctrina ha pretendido generalizar el criterio del "esfuerzo serio" como un requisito general de la impunidad por desistimiento: el llamado "esfuerzo óptimo"[41]. Pero es evidente que esto tampoco es lo que surge directamente del texto de la ley; por otra parte, "esfuerzo óptimo" sólo sería el abstenerse de perder el control sobre la indemnidad del objeto del hecho (¡no llegar a la tentativa acabada!).

Me eximo de tratar en particular el caso del desistimiento de los partícipes. Con lo dicho puede ser intuida la solución posible: el partícipe debería ser punible siempre que no se haya reservado una posibilidad segura de revocar su aporte o de neutralizar el riesgo.

Lo decisivo es la recomendación general sobre la regulación legal del desistimiento de la tentativa: así como sería irrazonable regular en la ley qué quiere decir el elemento "*voluntariedad* del desistimiento", así también lo es el definir en la ley cuándo se da en sí el "*tipo* de desistimiento".

4. CONCLUSIONES

El repaso de los problemas de delimitación conceptual de la tentativa, de las varias soluciones sobre su punición y de la impunidad por desistimiento apoya de modo uniforme mi propuesta inicial: es preciso regular lo mínimo indispensable. No habría nada mejor, en suma, que partir de la base del Código Prusiano de 1851, con mínimas variaciones. Mi propuesta rezaría:

§ 1. *Definición de la tentativa punible*. La tentativa es punible cuando se exterioriza mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución, y ha sido impedida, o queda sin resultado, por circunstancias externas, independientes de la voluntad del autor o del partícipe.

§ 2. *Punibilidad de la tentativa*. La tentativa es penada como el delito mismo si el autor o partícipe ha dejado que el curso de los hechos llegara a la posibilidad de que se produjera la consumación. Si el fracaso se produce con anterioridad, será aplicable a una escala penal atenuada.

Estas breves disposiciones tendrían la ventaja de recuperar una formulación que fue vigente en algún momento en varios países de Europa y América Latina, de modo que nadie podría vivirla como ajena. Por otro lado, cumpliría con la meta de ampliar la punibilidad de los tipos penales de la parte especial, recuperando cierto límite *formal-objetivo*: el inicio de un acto *de ejecución*. Ade-

41 SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., p. 86, n. 59.

más, regularía la impunidad por desistimiento de modo implícito e indirecto, por la falta de punición prevista para una tentativa *voluntariamente desistida*. En principio, formalmente esa fórmula debería ser interpretada en el sentido de que si el autor llegó a dejar librada al azar la posibilidad de consumación no puede quedar impune aunque luego lograse impedir voluntariamente la consumación, porque el riesgo resuelto por azar habría quedado frustrado por circunstancias *independientes de su voluntad*. Ahora bien, por definición, toda vez que el autor deje que las cosas transcurran hasta el punto de perder el control seguro sobre la no consumación, dejará librado al azar un riesgo de consumación. Por ello, aunque la fórmula francesa no ha sido interpretada en general como un obstáculo a la impunidad por arrepentimiento activo, desde el punto de vista de la lógica formal, debería cerrar las puertas a una redefinición tardía del hecho, por más que fuera exitosa. En otras palabras: la regla habla en favor de una "estricta teoría del acto individual"[42].

La fórmula propuesta, de todos modos, debilita pero no corta el hilo de la vida de la opinión contraria: pues si la pasión por una noción resultatista del desistimiento fuera tan intensa como para seguir rigiendo en la filosofía práctica, sus partidarios podrían interpretar extensivamente aquella fórmula, haciendo valer el salvamento al fin y al cabo exitoso por sobre el delito frustrado así y todo ya habido, y considerar impune, por consiguiente, a aquel que por casualidad logró neutralizar a tiempo un riesgo ya no dominado y que estaba a punto de concretarse. Sería una solución burda, pero se halla en la convicción de una amplia mayoría, y el texto propuesto tampoco estaría abiertamente en contra de ello.

La solución teóricamente correcta para la neutralización del riesgo posterior a la tentativa acabada debería remitirse a una causal de atenuación general para el comportamiento posterior al hecho de valor extraordinario; pero, de nuevo, deberían valer los actos sinceros tendentes a la neutralización del riesgo, con independencia de si fueron exitosos o no. Es decir que también los "esfuerzos serios" por impedir la consumación que no lograran su fin deberían ser considerados como comportamiento posterior al hecho, con mayor o menor efecto según cuál haya sido el riesgo inicial y las posibilidades remanentes de revocarlo que el agente se hubiera reservado con mayor o menor seguridad. El éxito o fracaso en sí de estos esfuerzos no debería incidir.

La regulación de la tentativa podría ser complementada, entonces, con estas reglas sobre determinación de la pena, cualquiera que fuese el lugar en que

---

42 Ibíd., pp. 106 y ss., 108, 110 y s.

fueran insertadas, y con aplicación general tanto a la tentativa como a la consumación:

§ 3. *Ilícito deficiente*. Cuando el autor hubiera realizado el hecho por medio de un proyecto de acción concebido o ejecutado de modo tan burdo que apenas hubiera sido posible la consumación, el tribunal podrá disminuir la pena. En lo correspondiente, la misma regla será aplicable a los demás participantes.

§ 4. *Comportamiento posterior al hecho*. Cuando el autor, después de haber creado un riesgo de consumación ya no controlable con seguridad, hubiera emprendido maniobras de salvamento de especial intensidad, el tribunal podrá disminuir la pena. En lo correspondiente, la misma regla será aplicable a los demás participantes.

B. LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Me permitiré mayor moderación en mis observaciones sobre la teoría de la participación. Lo esencial puede ser ya intuido: si el ideal es un "estándar mínimo" que asegure la extensión de la punibilidad a casos de intervención sin cumplir con el texto de un tipo penal de la parte especial, apenas haría falta, en la parte general, una regulación sobre los casos de autoría, precisamente porque éstos podrían ser interpretados ya como una derivación posible del texto de los delitos en particular. Acaso sí sea necesaria la extensión del tipo penal correspondiente a los coautores, pues cada uno de estos no realiza *toda* la acción típica, ni por sí ni por otro. Pero la cuestión decisiva es, más bien, qué reglas particulares hacen falta para la instigación y complicidad.

1. LA AUTORÍA

De todos modos, es claro que sobre la autoría existe un estándar bien difundido, en el sentido de que alguien puede ser autor realizando por sí mismo toda la acción típica (autor único y de propia mano, comisión propia), realizándola en común con otro (coautoría) o a través de un instrumento (autoría mediata). A lo sumo, está discutido si tal o cual caso cae dentro de la categoría de la coautoría o, especialmente, de la autoría mediata, así como también cuándo se da el comienzo de la ejecución en cada caso. Pero sobre tales cuestiones dudosas la ley debe abstenerse de tomar una decisión.

Por consiguiente, la disposición sobre autoría, si es que es incluida, dirá aquello que prácticamente es aceptado por todos, tal como lo dice, por ejemplo, el artículo 28, párrafo 1.° del Código Penal español: "Son autores quienes rea-

lizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento"[43]; que se corresponde materialmente con el texto del § 25 StGB y del § 29 del Código Penal paraguayo. De esta disposición se puede decir que sólo constituye una verdadera ampliación de los tipos, en todo caso, la coautoría; la ley resuelve que también debe ser tratado como autor de robo aquel que sólo ejecuta el apoderamiento, si él mismo sabe que entretanto otro ejerce un acto de violencia que posibilita el hecho.

La cuestión realmente inquietante no reside en la configuración de estas disposiciones, que sólo atañen a la autoría de los "delitos de dominio" (ROXIN), es decir, a la "competencia por organización" (JAKOBS); ellas podrían entenderse implícitas en los tipos de la parte especial. El desafío más significativo en esta materia reside en si no haría falta incluir una disposición sobre los "delitos de deber" o por "competencia institucional", porque la idea que gradualmente tiende a imponerse, de que la defraudación de un deber especial siempre vincula al sujeto como responsable prioritario, es decir, como "autor", si bien puede tener buenos fundamentos materiales, es difícilmente trasladable a las descripciones legales de los tipos penales respectivos. Me excuso de tomar una posición definida al respecto, porque me falta la claridad suficiente. Sólo señalo que el incluir una disposición general sobre estos casos sería posible, a riesgo de establecer una categoría demasiado abierta o, si no, circunscripta de modo desafortunado. Si ha sido posible construir esta categoría ante textos legales que no se refieren directamente a ella es porque, así y todo, no es incompatible con la configuración tradicional de los tipos penales; y sería preferible, por el momento, no alterar esta situación.

Por otro lado, también es necesaria una disposición como la del § 14 StGB, artículos 16 del Código paraguayo y 31 del Código español, que permiten hacer responsable a una persona que actúa *por otra*, cuando las circunstancias personales que fundamentan el ilícito no concurren en el actuante, pero sí en la persona por la que él actúa. No habré de entrar en este punto en particular.

---

43 En el artículo 28 del Código Penal español se extiende el concepto de "autor" a los que actúan como instigadores (párr. 2.°, a) y cooperadores que prestan un aporte "sin el cual [la ejecución] no se habría efectuado"; mientras que el artículo 29 se refiere a los cómplices que prestan otra clase de aporte. Tal concepto extraño de "autor" se explica por la tradición española; con ello sólo se quiere decir que llevan *la pena* de la autoría: el autor, el instigador y el cooperador necesario, mientras que es obligatoria la reducción de la escala penal para el mero cómplice. Pero el instigador y cooperador necesario no son "autores" a todos los respectos, por ejemplo, no pueden dar "principio a la ejecución". Sin la confusión de recurrir a una "noción amplia de autor", el sistema de distinción entre cooperadores necesarios y no necesarios se halla también en el Código Penal argentino de 1922 (art. 45 y 46).

2. INSTIGACIÓN Y COMPLICIDAD

a. En el ámbito de los partícipes nunca se han presentado grandes dificultades para la definición legal de la *instigación* y la *complicidad*, en lo que se refiere a las acciones que sirven de esquema rector: *determinar*[44], *prestar auxilio*. Los problemas aparecen cuando se quiere condicionar esos conceptos por el principio de *accesoriedad* de la participación, especialmente en su dimensión interna, es decir –para decirlo con las palabras de los §§ 26 y 27 StGB–, cuando se restringe la noción respectiva a la determinación (§ 26) o al auxilio (§ 27) *doloso* de un hecho principal *antijurídico* y *doloso*.

Estas exigencias no hacen ninguna falta y, por lo demás, son erradas.

A primera vista, no aparece ningún problema capital si en el ámbito de los delitos imprudentes se hace regir al "concepto unitario de autor", de tal manera que "todos sean autores"; en la práctica, por lo demás, sólo tiene importancia real la participación dolosa en hechos dolosos. Esto es así, sobre todo, porque en la imprudencia no existe –o en todo caso no es punible– algo correspondiente a la tentativa, por lo que resulta trivial una posible discusión sobre aportes previos o posteriores al comienzo de ejecución, así como también una distinción sobre las condiciones del desistimiento del autor y las del partícipe, etc. Pero, como saldo negativo, resta la desventaja de no poder atenuar la escala penal de los que materialmente son meros "cómplices", es decir, de aquellos que prestan un aporte al proyecto imprudente realizado por otro. Más allá de ello, desde el punto de vista del principio de legalidad, el instigador y el cooperador al hecho imprudente tendrían todo el derecho a invocar la *atipicidad* de su intervención, dado que el hecho de que un autor actúe con dolo o imprudencia no debería alterar en nada –a excepción de que ello conduzca a la autoría mediata– la calidad del rol de cada interviniente, de modo que, por ejemplo,

---

44 La traducción de este verbo a lengua castellana (*bestimmen* = determinar) es problemática, porque, emparentada a la idea de "determinismo", evocaría prioritariamente una acción de *dominio sobre el otro*, es decir, algo cercano a la autoría mediata, antes que a la instigación. Este problema se presenta, por ejemplo, en el artículo 45 C. P. argentino: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales [el hecho] no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. *En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*". La última proposición ha sido entendida en la doctrina argentina, en general, como referida a la "instigación". Pero, en la formación histórica de esta disposición, quedaron subsumidos bajo este concepto tanto casos de instigación (en las antiguas leyes enunciados como "consejo, orden, comisión, promesa de recompensa"), como de autoría mediata ("violencia irresistible física o moral, inducción en error"). Al respecto, cfr. RODOLFO MORENO (h.) *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, Buenos Aires, 1923, pp. 7 y ss., esp. 32 y ss. (36).

el instigador al hecho imprudente podría argumentar que su forma de intervención ha quedado impune para la ley, y que no hay ningún apoyo legal a transformarlo, de pronto, en "autor", por el mero hecho de que al autor principal, y a él mismo, les haya faltado el dolo. Dicho de otro modo: si aquel que determina al ejecutor a matar a otro no cumple el tipo del homicidio doloso cuando ambos actúan con dolo, tampoco puede cumplir el respectivo tipo imprudente aquel que determina al actuante a realizar una acción imprudente que produce la muerte de otro. A falta de una extensión de punibilidad referida a un hecho principal *imprudente* –o a un *hecho* "a secas"– cabría sostener, entonces, la impunidad de los intervinientes que *no* son autores. ¿O es que sería posible penar a todo interviniente doloso, aplicando de pronto los tipos penales respectivos según la noción del "concepto unitario de autor", si los §§ 26 y 27 StGB fueran derogados?

La exigencia de un hecho principal *doloso* –que conlleva todos estos inconvenientes– es un buen ejemplo de los costos de apartarse del ideal de un "estándar mínimo" en las disposiciones legales. Desde luego que no estoy solo en considerar errada aquella exigencia. Así, decía ARMIN KAUFMANN: "Por ello, el proyecto alternativo tiene razón cuando –a diferencia del Proyecto de 1962– no incluye al dolo expresamente entre los presupuestos de la accesoriedad"[45]. No son nuevas las críticas al procedimiento de convertir en "autor mediato" a todo partícipe que intervenga en un hecho no doloso, teniendo él mismo conciencia de todas las circunstancias[46]. JAKOBS declara lo erróneo del requisito de un hecho principal doloso de modo terminante: "Por tanto, de *lege ferenda* debería reconocerse la posibilidad de una participación en un hecho no doloso"[47]. Y especialmente en los llamados casos de "error sobre el rol" en el que actúa el participante respectivo (especialmente cuando cree que ayuda a un hecho doloso cuando al autor principal le falta el dolo) la exigencia de un hecho principal doloso genera graves dificultades, y ROXIN considera inadmisible el querer tratar a ese participante "como" un partícipe en el sentido de la ley[48]. Esta afirmación puede ser correcta desde el punto de vista del principio *nullum crimen sine lege*, a la luz del derecho alemán (*lex stricta*), pero seguramente es difícil de explicar materialmente por qué razón aquel que cree que participa en

45 Cfr. KAUFMANN. "Die Dogmatik", cit., p. 231.

46 Cfr. SCHMIDHÄUSER y ALWART. *Strafrech AT*, Tübingen, Studienbuch, 1982, 10/21, 10/26, 10/184, 10/122.

47 JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 21/72 in fine (cfr. también 21/68 y ss., 22/12 y ss., 22/14).

48 ROXIN. *Strafrecht*, cit., § 5, n. m. 41.

un hecho doloso, cuando al autor principal le falta el dolo, debiera quedar impune, cuando objetivamente las cosas ocurren de un modo aún peor: si reconociera la verdadera situación hasta podría llegar a ser autor mediato; mas en ningún caso sería justo que quedase impune.

Pero también es incorrecta cualquier otra exigencia –no sólo la del dolo del hecho– relativa a las cualidades del hecho principal, tal como "hecho antijurídico" u otra condición correspondiente. Se supone que esto ha sido un avance de la "accesoriedad limitada" frente a la "accesoriedad extrema", de lo que también sería testigo la regla del § 29 StGB: "Cada participante será penado según su culpabilidad, sin consideración a la culpabilidad de los demás".

Actualmente reclama JAKOBS, al contrario, la corrección de la "accesoriedad máxima": no haría falta el dolo, pero sí un hecho principal culpable[49].

Pronuncio, en cambio, una proposición contraria: no hace falta siquiera un hecho antijurídico. De esto último hay actualmente pruebas suficientes en la doctrina corriente; pues a pesar de la terminante condición de los §§ 26 y 27 StGB de un hecho "*antijurídico* doloso", y a pesar de que la opinión dominante sigue aferrada al dogma de la "accesoriedad" como a una letanía, existen toda clase de soluciones *ad hoc* para los casos en que un partícipe interviene, sí, en un hecho antijurídico doloso, pero en condiciones personales en que una pena para él resultaría contraintuitiva[50]. En este campo se incluyen, entre otros, los casos de participación (atípica) necesaria en un hecho punible, aquellos en que el partícipe sabe de la imposibilidad de que el objeto del hecho resulte afectado –el llamado *agent provocateur*–, y aquellos en que él reconoce los presupuestos objetivos de una causa de justificación que el autor desconoce. Todos estos son casos en que el partícipe sabe –o *puede* saber– que participa en un hecho que cumple todos los requisitos de un ilícito penal, pero, aun así, él debe quedar impune. Y así debe ser, porque el hecho del partícipe y el hecho del autor pueden divorciarse plenamente. Es lo que lleva a ROXIN a hablar de una "agresión autónoma al bien jurídico, que caracteriza el ilícito de la instigación, más allá de la causación accesoria"[51]. El hecho de que el carácter de las acciones de todos los participantes normalmente sea convergente corresponde, por cierto, a la experiencia cotidiana: ya es bastante infrecuente que un autor desconozca los

---

49 JAKOBS. "Akzessorietät-Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", en *GA* 1996, pp. 253 y ss.

50 ROXIN. *Strafgrund der Teilnahme en Festschrift für Stree und Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 365 y ss., esp. pp. 369 y ss., donde él habla de "elementos autónomos, no accesorios del ilícito de la participación".

51 ROXIN. *Strafrecht*, cit., p. 378.

presupuestos objetivos de una causa de justificación, para que además se le sume un cómplice que sí reconozca la verdadera situación y no advierta de esto al autor. Pero esto no quita que el ejemplo demuestra que el ilícito *no* es accesorio.

Mas el ilícito no es accesorio no solamente en relación con los elementos subjetivos (dolo, tipo subjetivo de justificación), sino también en su configuración objetiva. "Quien le alcanza un cuchillo a quien se defiende de un agresor, aun cuando habría bastado también con alcanzarle un palo (que se hallaba a disposición de quien presta la ayuda), participa en una defensa que, si bien es conforme a derecho para el ejecutor, es antijurídica para el cómplice"[52]. En este ejemplo, ni siquiera se trata de no trasladarle al partícipe el ilícito antijurídico del autor –que podría derivarse de una interpretación *contra legem* en beneficio del partícipe–, sino, a la inversa, de no desgravar al partícipe por el hecho de que la acción del autor esté objetivamente justificada y aquel mismo lo sepa. En pocas palabras: no sólo hay participaciones impunes en hechos antijurídicos, sino también participaciones punibles en hechos justificados; pero esto es poco compatible con el texto de la ley.

JAKOBS quiere explicar esta consecuencia en que "la valoración de la obra en común puede tener lugar con carácter relativo"[53]. Pero una dependencia que es *relativa a la situación de cada participante* deja de ser dependencia; es autonomía: el ilícito de cada participante es un asunto propio. El hecho puede ser un ilícito para el autor y no para el partícipe o, a la inversa, serlo para el partícipe y no para el autor[54]. *A minore ad maius* no puede ser verdad que haga falta –como JAKOBS exige actualmente[55]– un hecho principal culpable (accesoriedad máxima), justamente porque ni siquiera hace falta un hecho principal antijurídico[56].

Pero esta constatación tendría que producir efectos de vastos alcances, porque, entonces, también tiene que ser errada la idea de que en la participación se

---

52 JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 12/60.

53 Idem.

54 SANCINETTI. *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 759 y ss.

55 JAKOBS. *Akzessorietät*, cit.

56 A pesar de lo dicho en el texto, la posición de JAKOBS en *GA*, 1996, pp. 253 y ss., puede mantener vigencia en lo siguiente. Según sus postulados, si el autor principal es un sujeto incapaz de culpabilidad, la intervención en el hecho sólo puede ser o bien autoría mediata o bien atípica, porque, para la participación, sería preciso que el sujeto actuante pudiera *expresar un sentido*, y no sólo operar como un factor de la *naturaleza*. Mas ello podría seguir siendo válido en casos de partícipe antijurídico en un hecho justificado, bajo el presupuesto de que el autor principal haya "expresado un sentido", es decir, para el caso en que se pueda afirmar que él, si hubiera obrado antijurídicamente, habría sido culpable.

trata siempre de un hecho *en conjunto*: ¡un colectivo! En particular, no hay por qué justificar la exigencia de un comienzo de ejecución del hecho principal para poder hablar de una participación punible (accesoriedad externa). Lo demuestra el mismo ejemplo anterior de quien, antijurídicamente, presta un auxilio en un hecho justificado. Porque, ¿qué sentido tendría que el acto de complicidad antijurídico sólo sea punible bajo la condición de un comienzo de ejecución del hecho principal, si el hecho principal, como tal, está justificado? Este caso demuestra que todo lo ilícito posible de ese acto de participación, se ha dado en el mundo en el momento anterior al comienzo de ejecución del autor, mientras que desde el comienzo de ejecución, hacia adelante, todo es *lícito*. Si la ejecución fuera una "ejecución de todos" el partícipe tendría derecho a reclamar aquí su impunidad, y si, en cambio, es punible, lo será porque lo suyo no es la ejecución (justificada), sino su participación (antijurídica) en ella.

Ciertamente, el ilícito por participar en el hecho ajeno parte de una *referencia al hecho que, después, o concomitantemente, cometerá otro*, pero este hecho *del otro* no tiene por qué cumplir condiciones especiales, ni siquiera debería tener que ocurrir efectivamente. Es preciso partir de la idea de que una norma autónoma está referida a la intervención de cada participante y que cada uno, al igual que responde por su propia culpabilidad, responde por su propio ilícito. En cierto modo se halla también en JAKOBS –un decidido defensor de la participación como hecho de un ente colectivo– una concesión al carácter individual del ilícito de cada participante, cuando sostiene que el "momento del hecho", a los efectos de la aplicación temporal de la ley penal, rige separadamente para cada cual: la entrada en vigor de una ley penal con posterioridad a la prestación del aporte no es aplicable a la intervención anterior, aunque lo sea a la ejecución posterior; porque se procede "sin tener en cuenta la accesoriedad"[57]. También esto habla en favor de un ilícito individual para cada interviniente.

Desde luego que nada de esto debería estar afirmado en la ley penal de modo explícito. La discusión sobre el fundamento penal de la participación y su configuración concreta ocupará seguramente la discusión científica de todas las épocas. Pero tampoco hace falta que la ley diga nada sobre el hecho principal; sólo debe establecer que las conminaciones penales de la parte especial –con la misma escala o con escala atenuada– también le son aplicables al que determina a otro a cometer el hecho o a quien le presta a éste un auxilio.

---

57 JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 4/53.

b. El estar completamente en contra de un requisito de accesoriedad externa implicaría proponer la punición de los partícipes aun en el caso de que el hecho principal no llegue a ser ejecutado.

Ello no sería especialmente dramático ante la situación actual, si se piensa que al menos para *la instigación* y para *el declararse dispuesto a cometer el hecho* y otras formas de acuerdo muy anteriores a la ejecución existe una punición autónoma, que prescinde de la accesoriedad externa, como si estas acciones contuvieran en sí el ilícito de una tentativa. Esta es la solución del § 30 StGB y no es extraña a otras legislaciones. En situación análoga se halla la conspiración y la proposición del artículo 17 del Código español y la tentativa de instigación del artículo 29 del Código paraguayo[58].

Pero esto, de por sí, no puede constituir un argumento en favor de generalizar la prescindencia del comienzo de ejecución para la punición de los partícipes. Pues hay mucho que habla *en contra* de la punición de acciones tan alejadas de la ejecución: los meros intentos incipientes por que otro cometa el hecho, al igual que la declaración de estar dispuesto a cometerlo, el aceptar un ofrecimiento semejante o cualquier otra tratativa de esa clase son por sí solos contactos privados entre personas, sin estereotipo criminal definido; antes bien están más cerca de las cogitaciones que del quebrantamiento de una norma[59]. En mi concepto, por ello, el § 30 StGB y las figuras análogas de otras legislaciones llevan la punición hasta momentos demasiado alejados de una expresión de sentido de carácter criminal. Ningún instigador logra que el ejecutor salga corriendo a cometer el hecho por la mera proposición inicial; correspondientemente, ningún cómplice crea un peligro relevante por la mera pregunta de qué le parecería al otro llevarse su arma para asaltar un banco. Hace falta al menos que estos contactos sean llevados a cabo hasta el punto tal de generar un riesgo de injerencia propia del autor principal, que le haga perder al partícipe el dominio sobre la no ejecución (con su propio aporte). Recién aquí lo hecho cae en el campo de lo punible.

En correspondencia con la "pérdida de control" de la posibilidad de consumación que se debe erigir como momento final del ilícito del autor único, así también la del partícipe debe dar la pauta para su punición *autónoma*: si perdió el control de la posibilidad del comienzo de ejecución y éste no llega a darse

---

58 Otros derechos positivos desconocen estas incriminaciones (así, el C. P. argentino).

59 JAKOBS. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW* 97, 1985, pp. 751 y ss., esp. 756, 765 y s. (n. 19); cfr. también STRATENWERTH. *Strafrecht AT*, 4, Aufl., Köln entre otras, 2000, § 11, n. m. 5, § 12, n. m. 179.

por casualidad, debería ser penado ya por participación frustrada, con la pena de una tentativa inacabada –eventualmente disminuida de nuevo por ser un mero cómplice–, y si lo perdió incluso de la posibilidad de consumación –lo cual ocurrirá, en general, en forma simultánea– debería serlo –más allá, otra vez, de la posible atenuación por el carácter del aporte– con la pena de una tentativa acabada (idéntica, en principio, a la de la consumación).

Esto debería estar justificado incluso para aquellos que ven en la participación el fantasma de un hecho "en conjunto", de un "colectivo": pues la representación del partícipe de que "el colectivo" haya llegado al comienzo de ejecución debería tener el mismo valor que la ejecución real, del mismo modo que la representación *del autor* (y no "la del colectivo") de haber llegado a la instancia de ejecución –una representación eventualmente falsa, porque, por ejemplo, lo que parece el acercamiento de la víctima en realidad no lo es, mientras que los partícipes ya no están al tanto del asunto– determinaría la punición de todo el colectivo. ¿Por qué podrían determinar las casualidades de las representaciones en cabeza del autor la punición de sus colaboradores –además de la de sí mismo– y, en cambio, ser inoperante la representación de sus propios colaboradores de que el hecho ya puede estar cometiéndose, para la punición de sí mismos?

Una propuesta particular como la que propongo pugnaría por la derogación de disposiciones tales como la del § 30 StGB, artículo 17 del Código Penal español o artículo 34 del paraguayo, y su reemplazo por otra que permitiese la punición de todo participante en cuanto él hubiera perdido el dominio sobre la posibilidad de impedir la consumación (y entonces habría que partir de la escala penal del hecho consumado, sin perjuicio de la eventual posibilidad de atenuarla por el carácter de la intervención), o de impedir al menos el comienzo de ejecución (en cuyo caso habría que partir de la escala penal ya disminuida de la tentativa inacabada, eventualmente atenuada, a su vez, por el carácter de la intervención).

Resumiendo, la punibilidad por participación debe depender sólo de las condiciones en que el participante respectivo haya quebrantado la norma dirigida a él –que ciertamente es un reflejo, pero no un calco, de la norma referida al hecho principal–: las cualidades particulares del hecho principal (que sea doloso, antijurídico, culpable, etc.), así como también la circunstancia de que se llegue en suma al hecho principal o no, no deben alterar el juicio de reproche que hubiera merecido la acción del participante respectivo, según haya sido su visión del proyecto de la acción definitiva, según una norma referida a él autónomamente. Por su parte, la impunidad por desistimiento del participante debe

regirse por una regla correspondiente a la del autor principal: tan sólo su propio desistimiento anterior a su pérdida de control seguro sobre la no consumación puede tener un efecto idéntico al desistimiento de la tentativa inacabada de un autor único. Lo que siga a ello será nuevamente un comportamiento posterior al hecho, de ese participante; dicho de otro modo: lo que le siga ya no puede ser una falta de consumación derivada de su exclusiva voluntad, sino del fracaso de su concepción originaria del hecho.

c. En lo que se refiere a la escala penal aplicable a la instigación y complicidad, caben consideraciones diferentes a las referidas a la conminación penal de la tentativa. El marco penal no depende aquí del mayor o menor desarrollo de la acción; parto de la base de que la acción de participación como tal ya está íntegramente realizada y que el partícipe, por lo demás, ha dejado que los hechos transcurrieran hasta que a él le fuera imposible impedir incluso la consumación. La cuestión a determinar es qué valor relativo tiene cada aporte (determinar, colaborar) en comparación con la acción del ejecutor. La escala penal aplicable al autor debe establecer en cualquier caso el parámetro máximo. Incluso en el caso de que a él le reste hacer tan sólo un paso de acción minúsculo –sólo accionar el disparador del explosivo–, habrá tomado la decisión final: él se halla siempre ante un *todo* o *nada* y debe responder de haber tomado la decisión incorrecta. En el campo previo a su decisión, en cambio, los aportes pueden tener un valor *menor* o, por excepción, el *mismo*.

La solución más extendida en las legislaciones prevé para la instigación la misma pena que para el autor principal. Para la complicidad, en cambio, las legislaciones ofrecen un marco más variado. Posiblemente predomine la solución de una atenuación obligatoria (§ 27 StGB, arts. 31 C. P. paraguayo y 24 C. P. colombiano), mientras que la legislación alemana anterior sólo preveía una atenuación facultativa. Finalmente, existen legislaciones que mantienen una antigua distinción entre aportes sin los cuales el hecho no habría podido cometerse –conminados con la misma escala penal que los actos de autoría–, y otros aportes de menor intensidad –para los que rige la escala penal atenuada. ¿Qué se puede decir sobre estas alternativas?

En lo que se refiere a la instigación, la equiparación de pena con la autoría sólo está justificada –si es que lo está– en aquellos casos en que el instigador se halla "a mitad de camino" hacia la autoría mediata, es decir, en los casos en que el autor directo adolece de algún defecto que lo acerca a la categoría de instrumento, como cuando el mandante tiene un fuerte predominio jerárquico o funcional sobre el ejecutor. Pero un derecho penal que parte del principio de autorresponsabilidad debería desconfiar de poder atribuirle a quien actúa an-

tes del último responsable una injerencia idéntica, mucho menos una mayor; el primero siempre podría argüir que él tenía *derecho* a confiar en que el ejecutor, en última instancia, se atendría a la norma, no al encargo criminal, si no para neutralizar una imputación (principio de confianza) al menos sí para atenuarla. Sería yo el último en negar que las representaciones valorativas que nos mueven a aceptar la misma escala penal para la instigación que para el autor están asociadas a ideas religiosas sobre el origen de nuestras desgracias[60], de las que la ley penal debería desprenderse todo lo posible. Uno puede imaginarse una sociedad que reaccionara sólo contra el último causante competente, pero no es posible imaginarse lo contrario: reaccionar sólo contra el instigador. No habré de entrar en esta discusión más a fondo. Basta con lo dicho para sugerir que la conminación penal de la instigación debe prever al menos la atenuación facultativa de la escala penal frente a la del autor.

En lo que concierne a la complicidad, los textos legales no dicen toda la verdad. Allí donde la ley impone una atenuación obligatoria de la escala penal, allí también habrá una doctrina y jurisprudencia que amplíen todo lo posible el concepto de coautoría, llevando a todo "cooperador necesario" a la escala penal del autor, por vía de una redefinición de su rol. Esto puede no ser negativo por sí solo, pero genera dificultades adicionales en la discusión relativa a si cada coautor puede dar comienzo a la ejecución de un ilícito propio o si existe un ilícito en conjunto. En mi opinión, es preferible el sistema de la legislación española y argentina –al menos si fuera interpretado de modo saludable–: el cooperador necesario, cuya distinción con el coautor apenas es factible –sobre todo lo es cuando se trata de delitos especiales propios o de propia mano, los cuales, si se parte de un concepto formal-objetivo, no permiten hablar propiamente de coautores– tiene que llevar la escala penal del autor, mientras que el "mero cómplice", especialmente aquel que presta un auxilio que, en principio, no es imprescindible o sería fácilmente reemplazable, recibe una escala penal atenuada. Ocurre empero que esta valoración flexible puede conducir a una punición más grave de la complicidad en forma generalizada. Así, por ejemplo, la jurisprudencia argentina, influida por una antigua y errada doctrina, de que

---

60 "Replicó la serpiente a la mujer: 'de ninguna manera moriréis'" (*Génesis*, 3-4). A estas palabras iniciales se asocian todas las desgracias de la humanidad y, desde esta perspectiva, hay una inclinación (irracional) a que el instigador (la serpiente) "tenga la culpa". Incluso es la salida corriente del autor, echarle la culpa al que lo sedujo: "$_{12}$ Dijo el hombre: 'La mujer que me diste por compañera me dio del árbol y comí'. $_{13}$ Dijo, pues, Yahvéh Dios a la mujer: '¿Por qué lo has hecho?'. Y contestó la mujer: 'La serpiente me sedujo, y comí'".

la necesariedad del aporte debe ser juzgada según la fórmula de la *conditio sine qua non* –si el aporte fue condición necesaria tal cual se dio el curso causal, entonces = "cooperación necesaria"– ha conducido en la práctica a que la escala atenuada sea aplicada sólo en los casos en que en realidad no está probada siquiera la participación misma o no llegó a ser causal. Ante el riesgo de interpretaciones de esta clase sería mejor el criterio de la legislación alemana, porque, en principio, la regla general debería ser la de que todo cómplice reciba una pena atenuada y sólo por excepción sea aplicable la escala penal del autor. Si la doctrina pudiera generalizar este principio y la jurisprudencia lo acogiera, entonces sería preferible el sistema español, que tuvo en una antigua investigación de GIMBERNAT una doctrina enriquecedora: en todo caso sólo es legítima la escala penal del autor para aquel cooperador que presta un aporte de "especial importancia para el resultado"[61]. En las consecuencias, este sistema está próximo al de una atenuación *facultativa* de la pena[62].

d. Más problemática es la cuestión de la comunicación al partícipe de las circunstancias personales del autor. La cuestión es vivamente discutida y existen en las legislaciones los modelos más variados. Por ello, esta materia brinda el mejor ejemplo de aquello sobre lo cual debe existir una regulación legal, sin que esté claro en absoluto *cómo* debe ser dicha regulación.

Me eximo de emitir una opinión a este respecto. Cito sólo el sistema curioso de los artículos 48 del Código Penal argentino y 25 del colombiano. Según esta solución, las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea agravar la penalidad se comunican a los partícipes, en tanto sean conocidas por él, mientras que no se comunican las que la disminuyan o excluyan, pues éstas sólo operan respecto del autor o partícipe en quienes concurran. La regla parece injustificable a primera vista –se traslada lo que agrava, no lo que atenúa–, pero se podría ensayar la siguiente justificación: aquel que interviene en un hecho que se agrava por la concurrencia de una calidad personal en otro participante tiene una razón *más* para abstenerse, también él, de participar en el hecho; lesiona, para decirlo así, tanto la norma básica como la calificada y debe sentirse amenazado, por ende, por una pena mayor; cuando la circunstancia personal atenúa el hecho y ella no le corresponde al partícipe personalmente, él sigue estando a la vez en la situación general como para sentirse amenazado con la pena prevista para ella, es decir, sin atenuantes. Quizá es más feliz la

---

61 GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 135 y ss., esp. 151 y ss. (152).

62 ANTÓN ONECA. *Derecho penal*, t. I, "Parte general", Madrid, 1949, p. 442; RODRÍGUEZ DEBESA. *Derecho penal español*, t. I, "Parte general", Madrid, 1985, p. 816.

concepción del Código colombiano que la del argentino, pues aquél permite la atenuación por calidades personales también cuando el participante "hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias". Esta extensión no está prevista en el artículo 48 del Código argentino.

Pero, desde luego, no puedo asegurar que este sistema, más bien simple, deba ser acogido en una legislación ideal.

3. CONCLUSIONES

Conforme a las consideraciones anteriores, resumo mis conclusiones en disposiciones legales imaginarias:

§ 5. *Autoría*. Es autor el que realiza el hecho por sí mismo, en conjunto con otro o por medio de otro.

§ 6. *Instigación*. El que determinare a otro a realizar el hecho será penado con la pena prevista para el autor. No obstante, el tribunal podrá aplicar, según las circunstancias, una escala penal atenuada.

§ 7. *Cooperación*. El que prestare a otro un aporte notoriamente necesario para realizar el hecho será penado con la pena prevista para el autor. Cuando el aporte prestado no revista especial significación, será aplicable una escala penal atenuada.

§ 8. *Punibilidad del partícipe*. La punición del partícipe, conforme a las prescripciones anteriores, queda condicionada a que él ya haya perdido el dominio sobre la posibilidad de impedir la consumación. Si sólo ha perdido el dominio sobre la posibilidad de impedir el comienzo de ejecución, será aplicable al partícipe respectivo una escala penal atenuada.

§ 9. *Comunicabilidad de las circunstancias personales*. Las calidades y circunstancias personales que agravan la punibilidad se comunicarán a aquellos participantes que las hubiesen conocido. Las que disminuyan o excluyan la punibilidad sólo se tendrán en cuenta respecto del participante en quien concurran o del que hubiere actuado determinado por esas mismas circunstancias.

La última prescripción tiene la reserva que ya adelanté. Me falta la seguridad suficiente para proponer una solución al respecto. Pero, en vista de la variedad de soluciones y de lo extremadamente discutida que está la cuestión, me inclino por una solución simple, como la del Código Penal colombiano.

Por otro lado, en las disposiciones propuestas falta una regla como la del § 29 del Código Penal alemán, según la cual "cada participante es penado según su culpabilidad, sin considerar la culpabilidad del otro". Como derivación del principio de culpabilidad, entendida como culpabilidad personal, es superflua;

y como reglamentación del principio de accesoriedad, equivocada –tanto como lo es, en sí, el dogma de la accesoriedad–.

C. LA CONVERSIÓN DE TIPOS PENALES ACTIVOS EN OMISIVOS

Habré de dedicar pocas reflexiones al problema de la posibilidad de convertir tipos penales de comisión en tipos de omisión. Como se sabe, se trata de la cuestión de si la no evitación de cierto resultado puede ser atribuida al omitente del comportamiento necesario para tal evitación, conforme a un tipo penal que, en principio, alcanza sólo a la producción activa del resultado. Desde el punto de vista axiológico, nadie discute que al menos para ciertos omitentes (garantes) la no evitación del resultado debe ser punible del mismo modo que su causación o, en todo caso, con una pena menor. Para la cuestión de cómo debería estar configurado un modelo de Código Penal ideal, las preguntas son las siguientes:

– ¿Hace falta realmente una disposición particular que permita esa parificación o se podría llegar a ella por medio de una interpretación amplia de los tipos respectivos? (1).

– ¿Cuál debería ser el contenido de la "cláusula de conversión" para identificar las omisiones correspondientes y el círculo de sujetos obligados? (2).

– ¿Merece, en todo caso, la no evitación, la misma pena que la causación o sería preferible prever la posibilidad de una atenuación de la escala penal de la forma omisiva del tipo correspondiente? (3).

– ¿Hace falta también una cláusula correspondiente para la interrupción de cursos causales salvadores? (4).

1. EN FAVOR DE UNA CLÁUSULA DE CONVERSIÓN

Se trata primeramente de si los así llamados "delitos impropios de omisión" pueden ser considerados como previstos ya en las respectivas descripciones de acción, como "comisión por omisión". A pesar de que la problemática era conocida desde antiguo, las legislaciones derivadas de la codificación no previeron, en general, una "cláusula de conversión". SCHAFFSTEIN enseña que TIRAQUELLUS daba por supuesta como cosa natural la posibilidad de una comisión por omisión, y más bien sólo discutía si ella debía ser castigada tan gravemente como la comisión por un hacer activo, o más benignamente[63]. Desde luego que contra la invocación de una larga tradición cultural como un argumento en favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisi-

vo vale la protesta de que, tras la consagración del principio *nullum crimen sine lege sub specie lex stricta*, no sería posible convalidar la punición de omisiones como si fueran acciones, sobre la base de una doctrina consuetudinaria. Pero aquella larga tradición da mayor sentido a la pregunta de si no se puede interpretar la expresión "matar" o "causar una muerte" como ya referida en el lenguaje natural, como parte de su significado, a la no evitación de la muerte de una persona cuya vida se está obligado a preservar. De hecho, esta comprensión de las cosas responde a la visión de una extendida opinión en el mundo anglosajón[64], que también tiene contradictores[65]. Por otra parte, ese es el entendimiento corriente del lego especialmente en los delitos imprudentes: a nadie le importa que el médico no haya sido el que *causó* la hemorragia, sino solamente el que *no cerró la arteria* que hacía falta cerrar –por ejemplo, al reemplazar a un colega que debe abandonar una operación ya iniciada– o que haya omitido cualquier otra maniobra de salvamento evidentemente mandada por las circunstancias; en cualquier caso se le atribuirá el resultado como si lo hubiera causado. Mas si el lenguaje natural permite esta extensión en la imprudencia no habría ninguna razón para no hacer lo mismo respecto de la no evitación dolosa.

Por otra parte, el criterio de no introducir ninguna "cláusula de conversión" tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la "comisión por omisión" dentro de límites bien estrechos: si uno quisiera ver realizada en la práctica la pretensión de STRATENWERTH de que "la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente"[66] no habría en verdad nada mejor que dejar sin alterar aquellas legislaciones que –como la argentina y la colombiana, por ejemplo– aún no han introducido una cláusula de conversión. Esto lo demuestra el hecho de que en los países en que sus legislaciones incorporaron una fórmula tal existe un riesgo mayor –y este riesgo se concreta de hecho– de que la punibilidad por delito impropio de omisión reciba una extensión intolerable[67].

A pesar de ello, creo que el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción legal de un verbo de causación que, al menos desde la

---

63 SCHAFFSTEIN. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, RODRÍGUEZ DEVESA (trad.), Madrid, 1957, pp. 75 y s.

64 Cfr. las referencias en ASHWORTH. *Principles*, cit., p. 108.

65 MOORE. *Placing blame*, cit., p. 284; ASHWORTH. *Principles*, cit., p. 108.

66 STRATENWERTH. *Strafrecht*, cit., § 13, n. m. 13.

67 Idem.

puridad de los principios, es preferible establecer legalmente la cláusula de conversión. Lo contrario lleva, o bien a una interpretación analógica de los tipos penales, o bien a la admisión de una causalidad en la omisión que no se puede defender[68].

De todos modos, no puedo emitir aquí una opinión tan terminante como la que doy en favor de que existan –tal como existieron siempre– una fórmula de punición de la tentativa y otra de la participación criminal. Pues, por lo dicho, la ausencia de una cláusula de conversión no tiene de hecho el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable –como lo sería la derogación de delitos del derecho penal nuclear en la parte especial– sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional. Tampoco se puede decir que en las legislaciones en que no existe una cláusula de conversión no se resienta en alguna medida la necesidad político-criminal de una pena justa: en la jurisprudencia argentina, por ejemplo, el hallazgo de una condena por delito impropio de omisión es, en el ámbito del delito doloso, una rara *avis*, mientras que los tipos penales activos –sobre todo el homicidio y las lesiones–, en caso de imprudencia, son aplicados sin más ni más a hechos omisivos, sin siquiera tomar consciencia de que se trata de situaciones de hecho que, en rigor, no cumplen el "tipo del texto", y con frecuencia sin tomar consciencia siquiera que se trata justamente de una *omisión*. En cualquier caso, para los países que ya han incluido una cláusula semejante en sus legislaciones (como Alemania, Austria, España, Paraguay, Portugal) sería prácticamente imposible derogarlas, mientras que aquellos que no lo han hecho aún (Argentina, Colombia) mantienen la alternativa, pero al costo (pagado en moneda de lesión a *lex stricta*) ya explicado.

2. EL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA DE CONVERSIÓN

Si se acepta que exista una cláusula de conversión, aparece la cuestión de *cómo* debería rezar la fórmula respectiva:

– Qué *situación de hecho* ante la que no se actúa genera la posibilidad de conversión (a).

– Cómo se circunscribirían *los obligados* a la acción (garantes) (b).

a. La configuración corriente de la cláusula de conversión se refiere a la situación de "no evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal" (§

68 Cfr. MOORE. *Placing blame*, cit., p. 284; JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 29/3, 29/15 y ss.

13 StGB). Esta fórmula tiene el defecto de utilizar una expresión ("resultado") que genera desde el inicio la discusión de qué se entiende en este contexto por "delitos de resultado", y, en el caso de que se ofrezca una definición restrictiva (no lo serían los "delitos de actividad", etc.), posiblemente esa restricción sea indebida: ¿es la privación de libertad, en *esa* medida, un "delito de resultado" de tal modo que el que, sin darse cuenta, deja encerrada bajo llave a una persona deba regresar a liberarla so pena de ser responsable por privación de libertad dolosa por omisión? Si uno quiere hablar de "resultado" para cualquier "realización de un tipo" la expresión pierde sentido preciso; y si, en cambio, quiere restringir esa noción, ella resultará posiblemente errada. Por lo demás, cuando la omisión impropia quiere ser extendida a actos de cooperación omisiva es totalmente indiferente que el delito respectivo sea de resultado o no. Y la cláusula de conversión se aplica allí no a la *no evitación de un resultado* que pertenece al tipo de una ley penal, sino a la no evitación del hecho ajeno, según una definición de *complicidad* que constituye el "tipo de una ley penal" sólo en un sentido muy amplio e impropio. Del mismo modo, sólo por una curiosa extensión analógica se puede recurrir a una fórmula semejante para penar un delito impropio de omisión *tentado*, porque el omitente podría argüir en su favor que, si bien *no ha evitado* el resultado, éste *tampoco se ha producido* (¿qué sería lo que el omitente "no ha evitado" o "comenzado a no evitar"?); de modo que para aplicar la disposición sobre tentativa habría que contar con otra cláusula de conversión que así lo permitiera (si el principio *nullum crimen sine lege*, que supuestamente origina la necesidad de la cláusula en sí, es tomado estrictamente). Si la fórmula está concebida en términos más generales estos problemas no aparecen. En particular, ni la noción (técnica) "tipo de una ley penal" ni la de "resultado" deberían estar en la fórmula legal de conversión de tipos activos en omisivos.

Dado que la conversión puede alcanzar tanto a "delitos de resultado" como "de actividad" y tanto a la conversión de un "tipo de la ley penal" en sentido estricto (de la parte especial) como también a definiciones de la parte general que fundamentan una extensión de aquellos tipos, la cláusula de conversión debería estar formulada en términos más abstractos, como por ejemplo: "Cuando una disposición penal se refiere a un comportamiento activo, se entenderá referida también a la no evitación de una situación de hecho correspondiente a ese comportamiento, si el omitente... (etc.)".

b. Llega ahora el punto en el que sería deseable que la ley pudiera efectuar una restricción: la definición de *cuáles son los sujetos competentes* para responder, en caso de omisión, como si hubieran creado la situación de hecho correspon-

diente. Pero hasta hoy no se han hallado fórmulas legales que puedan poner límites a desbordes en el surgimiento de la posición de garante. Las incertidumbres que manifestaba ARMIN KAUFMANN[69] sobre este punto en un anterior simposio de la Fundación Humboldt sobre reforma del derecho penal me afectan también a mí unos 28 años después.

Me inclinaría, con todo, por una fórmula que no mencionara de modo *taxativo* las fuentes formales de la ley y el contrato con más la injerencia –tal como sí lo hacen la fórmula del AE y la actual regulación del artículo 11 del Código Penal español–, pero acaso sí de modo *enunciativo*, por ejemplo, complementando la fórmula anterior con la expresión: "... si el omitente tiene el deber jurídico especial de que no se produzca precisamente un hecho de esa naturaleza, tal como cuando le cabe una obligación legal o contractual o cuando deba neutralizar, según las circunstancias, las consecuencias de un riesgo generado por él".

Sólo dos aclaraciones: con la mención del "deber jurídico especial de evitar" sólo se quiere decir que el deber de actuar *no* se dirige a todos los que pueden evitar, pero realmente no aporta un criterio de delimitación positivo. Por otro lado, en la fórmula anterior sobre la injerencia no se especifica el carácter de *reprobado* del riesgo originariamente creado; ello es así porque, en casos de creación de riesgos especiales la posición de garante puede surgir a pesar de que el sujeto haya actuado dentro de los límites del riesgo permitido: *no* permitido sería, justamente, omitir el salvamento posterior. Dado que estas cuestiones no están aún suficientemente aclaradas ni delimitadas, es preferible una formulación de la injerencia sin adjetivaciones. Los límites deberían provenir de la labor creativa de la ciencia.

3. ATENUACIÓN FACULTATIVA DE LA ESCALA PENAL

Sobre la escala penal de la comisión por omisión existe la posibilidad de llevar la equivalencia a todo trance, por ende, *también a la escala penal* (arts. 11 C. P. español y 15 paraguayo) y la de prever, en cambio, *la facultad de atenuar la pena* (§ 13 StGB). La posibilidad de atenuar la pena del hecho omisivo suele ser atribuida a una supuesta restricción más intensa de la libertad de acción que pro-

---

69 ARMIN KAUFMANN. *Die Reform des deutschen Strafrechts*, en MADLENER, PAPENFUSS y SCHÖNE (eds.). *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, entre otras, 1974, pp. 7 y ss., citado según su publicación posterior en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert - Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln, entre otras, 1982, pp. 229 y ss., esp. 247 y ss., 254 y s.

ducirían los mandatos en comparación con las prohibiciones (los deberes positivos, frente a los negativos[70]); este argumento es débil, pero no vale la pena entrar en él. Pues posiblemente sea tan sólo la racionalización de una concepción naturalista no explícita: que la imputación del resultado en la omisión nunca se funda en un *proceso causal real*, sino *hipotético*. Se podría pensar a partir de esto que quien –como aquí se propone– desconozca toda relevancia al disvalor de resultado en sí mismo y, por consiguiente, equipare la tentativa acabada, en principio, a la consumación, no tendría ningún fundamento para penar más benignamente la omisión de un garante.

Pero ese argumento es engañoso. La equiparación entre acción y omisión sólo puede ser llevada a cabo por completo en casos drásticos, a saber: cuando sería difícil imaginarse un garante más competente y cuando la realización de la acción omitida le habría significado al garante un esfuerzo claramente a su alcance y no complejo. En cuanto uno relaja la intensidad de la posición de garante del omitente respectivo y aumenta la complejidad de la acción que él habría debido realizar para evitar el suceso tiende a justificar la atenuación de la pena, que, por lo demás, es conocida en la doctrina desde siglos[71]. Esa intuición valorativa tan asentada debe ser honrada –a diferencia de la que ve justificado un aumento de pena "por consumación"– con una disposición legal que se le corresponda, y que sea especialmente aplicable a los casos en que, a pesar de la correspondencia general de la omisión a la acción, la omisión no llegue a revestir la misma gravedad que la que tendría una acción que causara directamente el mismo suceso.

4. LOS LLAMADOS DELITOS DE "OMISIÓN POR COMISIÓN"

En la filosofía moral anglosajona se hallan ejemplos característicos de equiparación entre acción y omisión que en realidad evocan no la cuestión de la equiparación de la omisión a la "acción causante", sino la de los llamados "delitos de omisión por comisión" (interrupción de cursos causales salvadores). En FEINBERG[72] se lee, en efecto, que no habría ninguna diferencia moral entre la conducta de un autor que aleja unos centímetros el frasco de medicamentos

---

70 Así actualmente aún MOORE. *Placing blame*, cit., p. 278, con argumentación que en definitiva desemboca en que los deberes positivos necesitan de la restricción de los sujetos responsables, con lo que sólo se llega a que no todos los que pueden evitar están especialmente obligados a hacerlo.

71 SCHAFFSTEIN. *La ciencia europea*, cit.

72 JOEL FEINBERG. *Harm to Others in the Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford, 1987, p. 167 (con cita de THOMAS GREY, a quien pertenecería el ejemplo).

que salvaría la vida de A de tal manera que éste ya no pueda alcanzarlo, respecto de la omisión de acercar la botella que estaba fuera del alcance de A por la misma distancia. La gracia de este ejemplo reside en que la omisión es comparada con una acción cuya "causación" es tan hipotética como es la de la omisión: no se sabe si el frasco de medicamentos realmente habría sido salvador, precisamente porque este curso no se ha realizado. Esto no demuestra aún que ambos comportamientos (activo y omisivo) fueran tan graves como asfixiar a A o pegarle un tiro.

No entraré aquí en la discusión sobre la estructura de estos casos. Basta decir que al menos es teóricamente posible afirmar que, en la llamada "comisión por omisión", tampoco se cumple el tipo de una ley penal que exija una "causación"[73]: antes bien se causa sólo la frustración de una *chance* de salvamento. Si por exigencias del principio de *nullum crimen sine lege* hace falta una cláusula de conversión para las omisiones, también habría que incluir una fórmula correspondiente para que las interrupciones de cursos causales salvadores sean equiparadas a una omisión de salvar en posición de garante y, por esta vía, a su vez, a una acción que causa toda la situación. No basta con tratar al actuante como omitente en posición de garante por injerencia, porque el suceso ulterior a su acción puede transcurrir sin que él tenga capacidad de evitar y, por tanto, sin que haya llegado a ser "omitente". La razonabilidad de una facultad de atenuación es menos clara en este caso; pero puede mantenerse.

5. CONCLUSIONES

La necesidad de una cláusula de conversión para fundamentar la punición de las omisiones de evitar una situación de hecho correspondiente a un delito de comisión (delitos impropios de omisión) es dudosa; no pertenece al núcleo de lo que de ningún modo podría faltar en un Código Penal ideal. Pero, ciertamente, el creer que no es imprescindible es de por sí también muy dudoso y esto mismo hace aconsejable que esté presente entre las disposiciones de una legislación ideal (mínima). Pero si tal extensión de los tipos hace falta para las omisiones también hace falta para las acciones que llegan a causar no el resultado, sino una situación de hecho similar a la de una omisión en posición de garante.

---

73 ENGISCH. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, pp. 21 y ss., 27 y s.; SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER. *StGB*, 25.ª ed. 1997, previo al § 13, n. m. 71; de otra opinión, JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 7/11, 7/22.

Por lo demás, la configuración concreta de la cláusula de conversión es problemática. Aquí sólo puedo insinuar una propuesta insegura.

§ 10. *Comisión por omisión.* 1. Cuando una disposición penal se refiera a un comportamiento activo, se entenderá referida también a la no evitación de una situación de hecho correspondiente a ese comportamiento, si el omitente tiene el deber jurídico especial de que no se produzca precisamente un hecho de esa naturaleza, tal como cuando le cabe una obligación legal o contractual o cuando deba neutralizar, según las circunstancias, las consecuencias de un riesgo generado por él. 2. El tribunal podrá aplicar una escala penal disminuida.

§ 11. *Omisión por comisión.* 1. La realización de una acción que neutraliza un proceso que podría evitar la lesión o peligro de un bien queda equiparada a la no evitación de la lesión o peligro bajo la obligación jurídica especial de evitar a que se refiere el § 10 párrafo 1; 2. Rige el § 10 párrafo 2.

II. DOLO E IMPRUDENCIA

A. "NUMERUS CLAUSUS" DE IMPRUDENCIA Y DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

Las legislaciones modernas –siguiendo el § 15 StGB– suelen incluir la disposición de que, en principio, sólo es punible el hecho doloso si la ley no conmina expresamente con pena el actuar imprudente. Sin embargo, no se perdería nada en claridad si la parte general de un código penal ideal se abstuviera de utilizar la expresión "dolo", y reformulara esa cláusula de este modo: *Un hecho delictivo puede ser imputado a título de imprudencia sólo cuando la ley lo establezca expresamente.*

Pero también esta breve aclaración es prescindible. Porque si la ley penal conmina con pena en unos casos la conducta tal cual está descrita en el texto, sin extender la punición a una comisión imprudente, y, en otros casos, contiene, junto a esa descripción, también una forma imprudente, se deriva ya de eso mismo que la punición por imprudencia sigue un sistema de *numerus clausus*, es decir, que sólo es punible cuando la ley lo establece expresamente. Así ocurre, por ejemplo, en el Código Penal argentino, que no contiene una regla equivalente a la del § 15 StGB.

También es prescindible una regla que imponga que la pena más grave por especiales consecuencias del hecho (delitos calificados por el resultado) está condicionada a que la consecuencia más grave pueda serle imputada al autor al menos por imprudencia (§ 18 StGB). En lugar de ello, sería preferible que en el

capítulo sobre el sistema de penas, hubiera una regla general que estableciera que la culpabilidad es *presupuesto de la pena* y *fundamento de su medida*, más allá de la posibilidad de que, para la medición de la pena, puedan influir otros criterios de prevención –*si es* que deben influir–. Brevemente: si está claro que el sistema de imputación parte de un principio de culpabilidad no es necesaria una disposición como la del § 18 StGB. Si por cualquier razón se considerara conveniente mantenerla, propondría yo una redacción distinta a la del § 18 StGB: cuando la ley imponga la agravación de la escala penal por la producción de un resutlado más grave que el previsto por el autor, la agravación sólo regirá en la medida en que el delito básico haya implicado el riesgo propio de un resultado de esa naturaleza.

B. ¿HACE FALTA UNA REGLA SOBRE EL "ERROR DE TIPO"?

De lo dicho se infiere a la vez que es de lo más razonable que la parte general de un código penal ideal no contenga ni una definición de dolo ni una definición de imprudencia. Podría haber ocurrido, por cierto, que la parte general del StGB de 1975 hubiera incorporado definiciones sobre ambos conceptos, si hubieran sido seguidas las propuestas del proyecto de 1962 y del proyecto alternativo. Afortunadamente, los intentos respectivos no prosperaron[74].

Sí existe una regla, como es sabido, sobre el "error de tipo", el "desconocimiento de una circunstancia que integra el tipo penal" (§ 16, párr. 1.°, StGB)[75], de la que se inferiría el contenido intelectual que hace falta para la imputación por dolo: el conocimiento de todos los elementos del tipo.

Actualmente JAKOBS[76] pone en tela de juicio el acierto de una vinculación rígida entre representación del autor e imputación por dolo, especialmente por los llamados casos de "ceguera de hecho". Por mi parte[77], he abogado en favor de tal vinculación, en razón de que en todo caso se trata siempre de la atribución de una imputación *a partir de una base de conocimiento subjetiva*; pero hay que conceder que el calificar la representación del autor como "contenido sufi-

---

74 KAUFMANN. *Die reform*, cit., pp. 255 y s.

75 No habré de referirme a la regla del § 16, Abs 2 StGB, de la representación errónea de atenuantes. En un sistema en que *la tentativa*, y no "la consumación", se hallase en el centro de la teoría de la imputación, el problema puede ser resuelto fácilmente por las reglas de concurso: la tentativa de un delito especial debe desplazar al delito básico, tanto si también éste es tentado como si está consumado (pues esta "consumación" no agrega nada relevante al juicio de ilícito).

76 JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 8/5 y ss., 8/10, 19/1; ID. "Akzessorietät", cit., p. 267; ID. "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", en *GA*, 1997, pp. 553 y ss., n. 15.

77 SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., pp. 214 y ss., esp. 231 y ss.

ciente para el dolo" depende de una valoración que muy forzadamente puede describirse siempre como equivalente a que el autor se represente todas las "circunstancias del hecho". A pesar del rígido texto del § 16, párrafo 1.°, StGB la doctrina hace toda clase de acrobacias verbales para relativizar lo que el autor debe representarse, al momento del hecho, para que quede legitimada la punición por dolo[78]. Lo que habría que preguntarse es si hace falta mantener una regla como la del § 16 StGB, vista en general como tan elemental en la dogmática moderna.

Contesto brevemente: para el ideal de un código penal de contenido mínimo también sería prescindible una disposición referida al error de tipo. Así como no hace falta una definición legal para que se pueda afirmar tanto en la teoría como en la práctica que en tal o cual caso se da un hecho imprudente, en tal otro no, etc., así también respecto de la imputación por dolo sería posible afirmar la responsabilidad en determinados casos y no en otros, sin una regla como la del § 16 StGB. Si uno se representa la misma parte especial de los códigos modernos, sin una parte general con disposiciones sobre dolo, imprudencia o error de tipo, las soluciones prácticas quedarían a grandes rasgos completamente invariadas: se requeriría el conocimiento de todos los elementos del tipo para la punición por dolo, pero en la forma flexible y relajada en que frecuentemente se lo hace: sin ninguna constatación procesal de que tal o cual representación se ha dado en cabeza del autor, sino más bien *adscribiendo* una responsabilidad por dolo según el cuadro de representación que habría tenido un autor ideal puesto en lugar del autor –a excepción de que sea evidente un defecto de conocimiento–. Ciertamente, la disposición del § 16 StGB aporta *seguridad jurídica*, pero se oye decir (JAKOBS) que a costa de un defecto de imputación. Si nos imagináramos una modificación tan intensa en la discusión científica de los próximos años como para que se llegara a la conclusión de que los casos de "ceguera de hecho" *deben merecer el mismo juicio de reproche* que corresponde a la comisión dolosa, o que *son* comisión dolosa, etc., de modo similar a lo que ocurre en el derecho anglosajón con el concepto de "desconsideración" (recklessness)[79], no habría nada mejor que presenciar la evolución doctrinal a darse *entretanto*, sin un texto como el del § 16 StGB.

Como ejemplo de lo que podría ocurrir sin una disposición como esa señalo que el Código Penal argentino carece de una regla sobre el "error de tipo", o,

---

78 Ibíd., pp. 239 y ss. y referencias de nota 80.

79 ASHWORTH. *Principles*, cit., p. 180.

al menos, de una sobre el error de tipo *evitable*. El artículo 34, inciso 1.°, en efecto, generalmente citado en la doctrina como correspondiente a la exclusión de la imputación por dolo, sólo dice que "*no son punibles*: 1. El que no haya podido en el momento del hecho [...] por error o ignorancia de hecho *no imputable*, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...". De aquí sólo se infiere que un error (de hecho) que sí sea *imputable* (evitable), o que *no impida* comprender la criminalidad, no conduce a impunidad. Cómo se dé la punición posible –si a título de imprudencia o de otro modo– no está prejuzgado por esa disposición.

En resumen, una fórmula sobre el error de tipo evitable no hace falta. Basta con que en la parte especial sea perceptible que, en general, las acciones son castigadas según una descripción que parece presuponer el conocimiento del autor *de condiciones relevantes* para la aplicación de esa pena, y que, en otros casos, junto a esa descripción, se agrega una punición por imprudencia que no requeriría el conocimiento del autor de *aquellas mismas* condiciones, aunque acaso sí de *otras* –de menor significación–, si es que, conforme a una opinión minoritaria –a mi juicio acertada[80]–, también el hecho imprudente es un delito doloso de peligro (abstracto) no descripto típicamente, en el que el autor tiene que ser consciente del síndrome de riesgo que fundamenta la imputación. Y tampoco haría falta una regla sobre el error de tipo *inevitable*, porque si, entre las causales de impunidad, se incluye una disposición sobre el *error de prohibición inevitable*, *a fortiori*, también estará asegurada la impunidad del *error de tipo* inevitable (pues éste implica a la vez una falta de consciencia de la criminalidad del acto).

C. FUNCIÓN DEL RESULTADO EN EL DELITO IMPRUDENTE

Según las consideraciones anteriores, la imprudencia no requeriría, al parecer, ninguna disposición legal (tampoco el dolo). El verdadero desafío para el futuro de la dogmática de la imprudencia, sin embargo, sería el de lograr acercar todo lo posible su punición a la estructura de la punición por dolo. Y esto signi-

---

80 ARMIN KAUFMANN. "Das fahrlässige Delitk", en *Zeitschfrift für Rechtsvergleichung*, 1964, pp. 41 y ss.; citado según su publicación posterior en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert - Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln, entre otras, 1982, pp. 133 y ss.; ZIELINSKI. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Handlungsbegriff*, Berlin, 1973, pp. 152 y ss., 191; ID. *StGB-AK* §§ 15, 16, Rdn. 82 y ss.; SCHÖNE. "Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz", en *Gedächtnisschrift fur Hilde Kaumann*, Berlin y New York, 1986, pp. 649 y ss.; STRUENSEE. "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en *JZ*, 1987, pp. 53 y ss.; SANCINETTI. *Fundamentación*, cit., pp. 269 y ss.

fica: a relajar el condicionamiento rígido, hasta hoy existente, de la imprudencia a la producción del resultado del correspondiente tipo doloso –en tanto no pueden ser convertidas todas las posibles formas de imprudencia en tipos dolosos de peligro abstracto–. Si se puede lograr un sistema penal que termine de abrogar a "los juicios de Dios" en la determinación de la medida del ilícito y de la culpabilidad, es decir, si se deja de lado el carácter constitutivo de la "consumación" –lo que en parte ya existe para el ilícito doloso, en todos los países en que la tentativa al menos *puede* ser penada con la *misma* pena que el hecho consumado–, entonces urgiría hallar algo correspondiente a la tentativa en el delito imprudente.

El condicionar la punición de la imprudencia, sin embargo, a la producción del resultado puede explicarse como derivado del principio *de proporcionalidad* y *de mínima intervención*. Se impone restringir el ámbito de punición de todo el ámbito de la imprudencia, por la enorme injerencia que cobraría el Estado si –sin la producción de un resultado– pudiera indagar por cada posible conducta imprudente del ciudadano, para que al cabo de infinidad de procesos se llegara a la conclusión de que el sujeto se comportó correctamente, a pesar de lo que hubieran podido indicar en contra algunos datos iniciales. Lo que el resultado de por sí no puede demostrar en el caso concreto (= que el autor se comportó realmente de modo descuidado) sí puede sugerirlo para el *gran número* de casos. Con esta selección por datos externos, ciertamente quedan impunes todas las imprudencias (a veces muy graves) que quedan sin resultado, pero se obtiene como beneficio que el Estado no tome injerencia en un número infinito de acciones de la vida cotidiana, asfixiando al ciudadano; tampoco *podría* cumplir siquiera con una función semejante. El condicionamiento de la punición de la imprudencia a la consumación (= azar) tiene sentido, como compensación por la gran *indeterminación* de la conducta prohibida.

Ahora bien, si el resultado sólo cumple esa función *selectiva*, y *no constitutiva*, se puede flexibilizar la relación entre comportamiento imprudente y resultado causado, y, por cierto, en dos sentidos posibles: a. Para admitir, en sus consecuencias prácticas, la teoría del incremento del riesgo; b. Para poder graduar la pena más ceñidamente a la gravedad del descuido, en lugar de en función del resultado.

a. En lo que se refiere a lo primero, si uno parte del presupuesto de que el concepto "consumación" integra realmente el ilícito como componente constitutivo, no hay ningún modo de seguir la teoría del incremento del riesgo[81],

---

81 La doctrina –que tiene hoy diversos seguidores– es debida a ROXIN. "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei

para penar por delito imprudente consumado. Pues así se sustituye el hecho típico (de resultado) por un delito de peligro abstracto con más la producción de un resultado cuya vinculación con el hecho es incierta, en contra del principio *in dubio pro reo*. Lo que se halla de correcto detrás de esa teoría, sin embargo, es que la causación de un resultado *no* debe ser vista como determinante del ilícito en ninguna medida, sino sólo como condición que habilita el estudio de si un comportamiento humano ha sido descuidado, pero siendo lo constitutivo del ilícito pura y exclusivamente la conducta contraria al cuidado. Bajo este concepto, desde luego, ya no habría una lesión al principio *in dubio pro reo*, pues lo determinante (la imprudencia) debería estar de cualquier modo perfectamente *demostrado*, y lo demás (resultado imputable) es puro criterio político de selección. Si uno aceptara este modelo, las legislaciones futuras podrían introducir una regla como ésta: "Cuando la responsabilidad por un hecho imprudente esté condicionada a la causación de determinado resultado, y, producido un resultado de esa naturaleza, no hubiere necesariamente relación de imputación entre precisamente tal efecto y la inobservancia de las reglas de cuidado, se podrá aplicar igualmente la escala penal señalada para el delito imprudente respectivo, en la medida en que el descuido en que se hubiera incurrido hubiese sido de tal entidad que habría podido dar lugar a un resultado de esa naturaleza o a uno más grave".

A falta de una cláusula de ese tenor, las absoluciones por imprudencia deberían ser mucho más amplias de lo que hoy son; porque una prueba acabada de una relación de imputación (incluyendo aquí tanto la relación causal como la llamada relación de antijuridicidad) es difícil o imposible, en muchos más casos de aquellos que son tratados en la práctica como problemáticos; en la imprudencia por omisión eso puede ser incluso la regla general.

b. Pero, por encima de ello, interesa la cuestión de que también la *medida del ilícito* y *de la culpabilidad* debería estar dada por la conducta imprudente y *no* por la dimensión del resultado. Especialmente en los casos de lesiones o muerte por imprudencia, la gravedad de la infracción a las reglas de cuidado puede tener una relación totalmente arbitraria con la entidad del menoscabo al bien. Una vez que se ha producido un resultado correspondiente a un grupo de delitos que se refieren, en general, al mismo bien jurídico (la persona en su individualidad física), ya quedaría legitimada la injerencia estatal para indagar

---

fahrlässigen Delikten", en *ZStW* 74, 1962 pp. 411 y ss.; hoy en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin y New York, 1966, pp. 147 y ss.; ID. *Strafrecht*, cit., § 11 Rd. 76 y ss., con otras referencias (n. 144).

por la posibilidad de un comportamiento descuidado. Desde luego que la ley podría condicionar la punición de la imprudencia también a la producción de resultados de *cierta entidad*, para restringir el ámbito de la injerencia estatal –por ejemplo, dejando impune las lesiones leves por imprudencia–. Pero, una vez legitimada la injerencia por la producción de un resultado señalado por la ley (ejemplo: lesiones graves o muerte), la medida del ilícito y la culpabilidad, y, por tanto, de la pena, debería estar dada por la *gravedad del comportamiento descuidado*. Esto podría traducirse también en una regla de derecho positivo de las legislaciones venideras, aproximadamente con este alcance: "Si la infracción al cuidado hubiere podido ocasionar preferentemente un resultado más grave que el producido, o uno menos grave, el tribunal podrá aplicar la escala penal correspondiente al delito imprudente más grave cuyo resultado razonablemente debería haberse producido, o, en su caso, la del menos grave. Si la lesión al cuidado hubiere sido ínfima, el tribunal podrá eximir de pena, a pesar de la producción de un resultado imputable de mayor entidad".

Desde luego que es previsible la objeción de que con las dos reglas anteriores (*sub* a y *sub* b) ya no se trataría de una regulación *mínima*, sino de un avance considerable en disposiciones de derecho positivo sobre la imprudencia, que restringirían considerablemente las *chances* de supervivencia de toda teoría devota del carácter constitutivo del resultado, es decir que aquí entraría subrepticiamente el filo de la espada de la ley, para cortar el hilo de vida de la posición contraria.

Esto es verdad a medias. En primer lugar, desde siempre existen razones que deberían haber convencido objetivamente de que la producción efectiva del resultado no tiene nada que ver con la fundamentación del ilícito. En segundo lugar, la regla *sub* a ha sido formulada por autores fijados al carácter constitutivo de los resultados, de modo que no tendrían por qué experimentarla como prueba de una derrota, mientras que la regla *sub* b, en tanto sea sólo de aplicación facultativa, permitiría que los prejuicios vinculados al carácter constitutivo del resultado sigan operando para quien lo considere razonable o necesario; ese aplicador del derecho recurriría a la pena del delito correspondiente al resultado producido, no a una *mayor* o *menor*. Por último, en este acápite no pretendo decir que un código penal ideal de contenidos mínimos que se sancionara hoy mismo debiera contener esas disposiciones. Si he hablado del desafío del futuro de la dogmática de la imprudencia es porque sugiero que reglas de esa naturaleza deberían ser el resultado de una evolución aún faltante sobre el ilícito de la imprudencia. Sólo podrían integrar un derecho positivo si el consenso a su respecto en la ciencia del mañana fuera suficiente.

D. LA ESCALA PENAL DE LA IMPRUDENCIA

Cabría preguntarse, finalmente, si las conminaciones penales aún vigentes en las legislaciones de nuestro contexto cultural para la imprudencia no han quedado rezagadas en comparación con la creciente importancia del hecho imprudente en la sociedad moderna. En particular, las escalas penales previstas para el hecho doloso de culpabilidad atenuada –imputabilidad disminuida, error de prohibición evitable– suelen tener un campo de superposición con la escala penal normal, mientras que los marcos penales del delito imprudente, en general, tienen un máximo de pena que o bien toca el mínimo del hecho doloso, o bien está incluso por debajo de él. Esta subvaluación del hecho imprudente frente al hecho doloso de culpabilidad disminuida puede ser equivocado. Pero, si bien la comparación entre el reproche del dolo con culpabilidad atenuada y el reproche de la imprudencia es un problema de la teoría general, en todo caso éste sólo puede ser resuelto en los marcos penales de la parte especial. Como principio orientador, y dicho a grandes rasgos, vale lo siguiente: para la "imprudencia *de hecho*" apenas se puede justificar una pena distinta de la de la "imprudencia *de derecho*".

E. CONCLUSIONES

A excepción de que, en una evolución aún faltante, se decida incluir en los códigos penales cláusulas que flexibilicen el condicionamiento de la punición de la imprudencia a la producción de un resultado (supra C, a, b), no hay ninguna regla referida a la imprudencia que deba estar contenida en la parte general. En esta situación está incluso la regulación del "error de tipo", que también es prescindible. En cualquier caso, las escalas penales del hecho imprudente deberían acercarse a las del hecho doloso de culpabilidad disminuida.

III. IMPUNIDAD Y DISMINUCIÓN DE LA ESCALA PENAL

Con lo dicho hasta aquí se agota *una* parte de lo que debería contener sobre teoría general de la imputación la parte general de un código penal en el ideal, aquí defendido, de un "estándar mínimo"; esa parte es el conjunto de disposiciones que *fundamentan una extensión de punibilidad* de los tipos penales de la parte especial; además de la tentativa, la participación y la omisión, he incluido aquí las disposiciones que sugiero para un *futuro* derecho penal de la *imprudencia*, porque ellas también producirían una extensión de la punibilidad del tipo

penal respectivo, entendido al modo tradicional. La *otra* parte, a considerar aún, está integrada por la enumeración legal de ciertas causas que determinan la impunidad del hecho y ciertas otras que imponen una atenuación del marco penal.

A. CAUSALES QUE DETERMINAN LA IMPUNIDAD DEL HECHO

1. Si uno da un vistazo a las legislaciones actuales, puede comprobar enseguida que existe un conjunto de causas referidas a la teoría del hecho punible que conducen a la impunidad y cuya presencia explícita en la ley es plausible. Desde luego que tales causales no se agotan en las *enumeradas en la ley*, pues, cuando la impunidad deriva de la *atipicidad* según nociones referidas al *concepto de ilícito*, especialmente las vinculadas a la teoría de la imputación objetiva, la cuestión respectiva no admite una regulación legal, y todo intento que se hiciera a este respecto generaría el riesgo de una regulación de la que habría que arrepentirse pronto. Es propio de nuestra materia que los límites de los conceptos *centrales* (¿cuándo hay un riesgo reprobado?) no sean determinables legalmente. Del mismo modo, tampoco hay un *numerus clausus* de causas de justificación; por más minucioso que se quisiera ser en la consagración de tipos permisivos, las causas de justificación conformarán siempre un catálogo abierto.

En lo que se refiere a las causales que conducen a la impunidad del hecho y que sí se hallan reguladas en la parte general de los códigos penales, ellas cubren un amplio espectro: justificación, inimputabilidad, exculpación, etc. Este catálogo es bastante uniforme en lo que se refiere a la *identificación* de las causales; de un código a otro difieren, en cambio, básicamente, en la *forma* de su regulación y en los *límites* en que están concebidas.

2. En este campo también se puede optar o bien por una regulación muy detallada de la situación de hecho que configura la causal respectiva o bien por una regulación más bien *laxa*, con límites *abiertos*, del mismo modo que se puede optar por un sistema que clasifique la causal en un determinado estrato de la estructura del hecho punible o por uno que solamente la enumere dentro de un conjunto heterogéneo, bajo la expresión general: "El hecho no es punible en los siguientes casos... (etc.)".

Un modelo de sistema legal "clasificatorio" lo ofrece justamente el StGB, en el que se distingue, por ejemplo, entre estado de necesidad *justificante* (§ 34) y *exculpante* (§ 35), y en el que parece una cuestión de principios aclarar, por ejemplo, que aquel que ejerce una legítima defensa "no actúa de modo antijurídico" (§ 32), mientras que quien obra por error de prohibición inevitable

"actúa sin culpabilidad" (§ 17), etc. Se supone que tales clasificaciones son *importantes*, especialmente por su influencia en la participación criminal, en tanto incidirían sobre la definición de un hecho principal como "doloso y antijurídico" –una exigencia, a su vez, errada–.

Un modelo completamente distinto contenía el Código Prusiano de 1851, que incluía una nómina de causales de *exclusión* y de *atenuación* de la pena, sin atribuirle a la causal respectiva una categoría dogmática (§§ 40 y ss.). Su enumeración era, sin duda, incompleta, juzgada a la luz de los conocimientos actuales; pero el sistema escogido era muy superior al modelo alemán actual, que quiere resolver en el texto legal cuestiones en las que sólo es competente la filosofía práctica. Dicho a modo de ejemplo: ¿es realmente necesario distinguir en la ley entre un estado de necesidad que excluye el ilícito y otro que excluye la culpabilidad, cuando es discutible ya el hecho mismo de que ilícito y culpabilidad constituyan estadios realmente distinguibles uno del otro?

3. La propuesta de un "estándar mínimo" presupone también una toma de posición en esta materia: así como en las causas que fundamentan la extensión de los tipos penales el ideal está constituido por una regulación mínima, así también, en materia de causales que conducen a la impunidad, la ley no debe hacer ninguna clasificación de su ubicación sistemática: sólo debe *preverlas*, porque es razonable que a grandes rasgos estén reguladas *legalmente*.

Acoto, para ilustrar por vía de ejemplo, que el Código Penal argentino mantiene aún el sistema de mera enumeración de causales de impunidad, *sin* ninguna clasificación (art. 34). Bajo la expresión general del título v: "Imputabilidad" esa disposición establece que "no son punibles" un conjunto de casos de diferente estructura dogmática: insuficiencia o alteración de las facultades mentales, estado de inconsciencia, error de hecho, fuerza física irresistible, coacción, estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, cumplimiento de un deber. Por cierto, el catálogo es imperfecto (la ausencia más significativa en la práctica es la falta de regulación del error de prohibición); pero el sistema en sí –correspondiente al del Código Prusiano– es largamente preferible al del StGB actual.

También es preferible que el "tipo" de cada causal esté enunciado de modo tan solo esquemático. Para seguir con el mismo ejemplo comparativo, todo el conjunto de casos que pueden caer bajo una denominación general de "estado de necesidad" está previsto, en el Código Penal argentino en dos reglas sumamente escuetas (art. 34, incs. 3.° y 4.°): "No son punibles [...] 3) el que obrare violentado [...] por amenazas de sufrir un mal grave e inminente; 4) el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño". Segu-

ramente los §§ 34 y 35 StGB precisan *mejor* la situación de hecho que conduce a la impunidad, sobre todo si uno pretende, por ejemplo, que un estudiante comprenda rápidamente los presupuestos reales del estado de necesidad. Pero sería preferible que las condiciones en que opera un estado de necesidad estén deparadas a la *ciencia* y a la *jurisprudencia*, y que sean éstas las que sienten las reglas (flexibles) bajo las cuales el autor queda impune. Como disposiciones *legales*, por ello, son preferibles las (imperfectas) disposiciones del Código Penal argentino que las (detalladas) del StGB.

Intentaré ahora abogar en favor de esta preferencia de la mano de una comparación de disposiciones del mismo StGB. Los §§ 34 y 35 StGB son el producto de la extraordinaria evolución de la dogmática alemana, que en algo más de cien años de aplicación del Código del Reich llegó a un concepto exhaustivo de cada situación reconocida como "justificante" o "exculpante", con un consenso científico suficientemente amplio. No hay, en cambio, una regulación tan detallada para el error de prohibición en el § 17, porque a fines de los años 60 apenas se había logrado la convicción suficiente de que la regla *error juris nocet* debía ser desterrada; bajo *qué condiciones* debía serlo, empero, estaba aún sumamente inseguro. Que el autor actúe "sin culpabilidad" cuando le "falta la comprensión del ilícito por error inevitable" puede ser entendido como una afirmación tautológica; lo relevante sería saber bajo qué condiciones el error es considerado *inevitable*. Esto, naturalmente, no está especificado por el § 17, a pesar de que se trata de un límite mucho más importante en la práctica que lo que son los presupuestos del estado de necesidad. Ahora, a unos 35 años de los trabajos de reforma que jalonaron la parte general de 1975, existe una importante jurisprudencia que trató de establecer estándares para la aplicación del § 17. Pero sería un grave error querer fijar hoy legalmente esos estándares en una reforma eventual. Eso sería el final de la evolución dogmática, en un tema justamente capital. ¿Cuánto se tardaría en ver una deficiencia en la regulación?

Contra el argumento que se podría ensayar, de que siempre sería posible reformar los estándares de cada situación de hecho conforme a una evolución sobreviniente a pesar de la ley, hay que contestar que las soluciones últimas de los problemas jurídico-penales guardan una relación directa con la conformación de los valores esenciales de la sociedad. Y una sociedad que está cambiando constantemente la redacción de su código penal se muestra insegura de sí misma: se asemeja a una familia que se mudara de ciudad todos los meses; posiblemente ella encuentre una vivienda cada vez más confortable, pero difícilmente sus miembros puedan desarrollar un proyecto de vida racional y saludable.

4. En suma, no hay ninguna necesidad de establecer que tal causal *excluye el ilícito*, tal otra *la culpabilidad*, etc., incluso en el caso de que el consenso científico al respecto sea extremo. Si existe un consenso de esa índole, nadie necesitará de una disposición legal; y si no lo hay, la regla será posiblemente desacertada. Por ello, basta con esbozar una situación de hecho suficientemente identificable a grandes rasgos.

No puedo entrar aquí en la discusión de los límites concretos de cada causal. Justamente si la regulación legal se limita a lo ideal de un "estándar mínimo", tal discusión será un capítulo de la doctrina, no de la legislación. Sólo me permito agregar, en relación con el error de prohibición en particular, que en lugar de una fórmula determinada por el concepto "desconocimiento del *ilícito*", tal como se lee en el § 17 StGB, sería preferible una determinación más general, como: "no comprender la *criminalidad* del acto", de tal modo de dejar abierta la posibilidad –aunque sin conducir necesariamente a ello– de que también un error sobre la *punibilidad*, bajo ciertas circunstancias, pudiera tener efecto eximente o atenuante.

B. CAUSALES DE DISMINUCIÓN DE LA ESCALA PENAL

Un defecto notorio de las legislaciones de buena parte de América Latina consiste en la falta de una nómina de causales de atenuación del marco penal o, al menos, de una suficientemente amplia. Dado que eso se une a un contexto en el que, mediante una injerencia cada vez mayor de los medios masivos en pos de un derecho penal más drástico, los mínimos de las escalas penales son elevados permanentemente –con frecuencia por oportunismo político–, bajo la promesa ilusoria de que eso podría augurarle a la sociedad un futuro maravilloso, la lesión al principio de culpabilidad y de proporcionalidad que eso lleva consigo llega a límites cada vez más preocupantes.

Podría sostenerse que si se previeran mínimos punitivos más bajos y fuera menos amplia la amplitud de las escalas no sería necesario un catálogo de causas de atenuación del marco penal; la pena justa podría quedar en manos de la dogmática de la determinación de la pena. Pero este argumento no es acertado. En la determinación de la pena es decisivo *cuál es el punto de ingreso* en la escala penal para el caso normal; y es conveniente que en casos de ilícito, culpabilidad o necesidad de pena *sensiblemente menor* por situaciones dadas de modo estándar, el punto de ingreso descienda también *sensiblemente* por el establecimiento de una escala penal alternativa.

La parte general del StGB prevé varios casos de atenuación de la escala penal, regidos por el § 49 StGB. Así, la tentativa, la omisión, la capacidad de culpa-

bilidad disminuida, el error evitable de prohibición, tienen prevista la posibilidad de atenuar el marco penal, mientras que la atenuación es obligatoria para la complicidad. A grandes rasgos, estas posibilidades de atenuación son acertadas, con la salvedad de las observaciones y correcciones formuladas hasta aquí (atenuación obligatoria para la tentativa inacabada, en principio identidad del marco para la tentativa acabada respecto del delito consumado, posibilidad de atenuación para la instigación, etc.). A esa enumeración –que en algunas legislaciones latinoamericanas vigentes, como el Código argentino, se reduce sólo al caso de la tentativa, la complicidad y la edad de quienes tienen entre 16 y 18 años– habría que añadir un catálogo de aquellas situaciones que en casos normales inciden en la medición de la pena *dentro* del marco, a fin de que ellas también puedan atenuarlo si revisten un valor *extraordinario*.

A este respecto, no es factible diseñar un catálogo válido para todas las sociedades, porque lo relativo al más y al menos se halla mucho más vinculado a la configuración concreta de la sociedad que la teoría general del hecho punible, del mismo modo que lo está el sistema de penas y medidas en su conjunto y la redacción de los tipos penales de la parte especial.

Dedicaré igualmente dos palabras a los casos de la *poena naturalis*, la conducta posterior al hecho y las eximentes incompletas.

El StGB prevé la posibilidad de eximir de pena al autor que haya sufrido consecuencias tan graves que la imposición de una pena fuese manifiestamente errada, si el hecho está amenazado con pena inferior a un año (§ 60). Si este principio es razonable para *ese* caso, habría que extraer de allí la regla general de que la *poena naturalis* debería ser tenida en cuenta para atenuar el marco penal, especialmente cuando las consecuencias perjudiciales para el autor hubieran tenido un valor extraordinario. Una solución de esta clase crearía, sin duda, varios inconvenientes, en particular, la elaboración de una teoría de la imputación de las consecuencias nefastas para el autor: ¿cuándo serían tales consecuencias imputables *a su hecho* y cuándo *mera casualidad* irrelevante vinculadas al hecho por azar? Pero, a grandes rasgos, esa previsión sería equitativa. Al menos ha de descender de algún modo la *necesidad* de pena del autor de un atentado que ha perdido en él, por ejemplo, sus dos brazos. Estas situaciones se presentan con alguna frecuencia en la vida real, pero normalmente no hay cómo atemperar las consecuencias rígidas de la ley. Por cierto, el ilícito y la culpabilidad quedan inalterados por las consecuencias del hecho, pero en tanto el autor y la comunidad pudieran vivir esos costes como consecuencia negativa por la acción incorrecta, parte de la función corriente de la *poena forensis* puede ser absorbida por la *poena naturalis*.

Lo mismo se puede decir del comportamiento posterior al hecho. Tampoco él modifica el ilícito ni la culpabilidad, pero puede ser justo computar en compensación el valor de la acción posterior. En circunstancias normales, el comportamiento posterior al hecho sólo puede ser una razón para atenuar la pena *dentro* del marco; pero pueden darse situaciones extraordinarias que justifiquen una atenuación mayor. Sería de desear, sin embargo, que el comportamiento posterior al hecho estuviera exclusivamente circunscripto, como causal de atenuación de la pena, a la conducta desplegada en situación correspondiente a la "voluntariedad" de un desistimiento; en particular, que no estuviera motivada en la iniciación de la causa penal. Ciertamente el derecho penal actual va a contramano de esa restricción, en la medida en que se conciben beneficios indignos por el comportamiento *procesal*, en favor, por ejemplo, del "testigo de la corona" ("arrepentido", en las legislaciones latinas), con tal de que incrimine a otro que al Estado le resulte más "conveniente" o en favor de quien indemniza a la víctima antes de cierto estado del proceso. En este "Estado mercader" la pena no puede ser entendida más como la ratificación de la vigencia de la norma. El condenado a la pena máxima puede explicarle a todos que él no ha sido un buen hombre de negocios en el proceso penal, y que se halla en la misma situación de justicia material que aquel otro que fue premiado bajo las reglas *del mercado*. Por lo demás, la incidencia del comportamiento procesal lleva en germen la destrucción del principio *nemo tenetur*, como garantía básica del proceso penal y de los derechos fundamentales. Por ello, también son erradas las atenuaciones fundadas en general en la autoincriminación (ejemplo: art. 21, inc. 4.°, C. P. español); ellas implican una agravación de la situación procesal para todo el que *no* se autoincrimina.

También sería de desear que los casos análogos a la justificación o exculpación, las llamadas "eximentes incompletas" en la doctrina española (art. 21, inc. 1.°, C. P. español) fueran previstos como causales de atenuación del marco penal. En particular, habría que tratar bajo este concepto el caso de *exceso en los límites de la necesidad* de un acto de defensa o por estado de necesidad. La solución del § 33 StGB que impone la impunidad de aquel que traspasa los límites de la legítima defensa por confusión, temor o espanto –solución que el artículo 24 Código paraguayo extiende al estado de necesidad– implica el riesgo de actos de justicia de LYNCH bajo la invocación simplista de una confusión o atemorización y, con ello, a aumentar la comunicación violenta de la sociedad. Si la situación de desconcierto, al ejercer la defensa, es tan intensa como para provocar realmente la incapacidad de culpabilidad del autor, entonces debe regir directamente esta causal; de otro modo, es suficiente –a lo sumo– con una atenuación.

Si, a pesar de todas las diferencias evidentes de las valoraciones de cada sociedad, se quisiera convenir en una disposición de la parte general de los códigos penales para la atenuación de la escala penal de todos los delitos, se podría pensar en una formulación como ésta:

§ 12 *Imputabilidad disminuida*. 1. Se podrá aplicar una escala penal atenuada cuando las especiales circunstancias atenuantes en que hubiere sido cometido el hecho, la voluntaria conducta posterior del agente, anterior al proceso, como sus esfuerzos serios por evitar el resultado o por reducir o reparar el perjuicio causado, o los daños sufridos por él mismo con motivo u ocasión del hecho, tuvieran un valor excepcional, así como también cuando la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones conforme a esa comprensión hubiere estado esencialmente disminuida, o cuando hubieren concurrido circunstancias de cualquier eximente sin que se perfeccionen todos sus elementos, o se hubiere obrado con exceso en los límites impuestos por la ley o por la necesidad.

Con esta disposición amplia existiría una mayor posibilidad de que la medida de la pena esté en relación directa con la medida del ilícito y de la culpabilidad, así como también que sea restringida, en su caso, en función del principio de proporcionalidad.

JAIME BERNAL CUÉLLAR*

Bloque de constitucionalidad y derecho penal

Antes de entrar en materia y de enunciar los temas que me propongo analizar, considero pertinente empezar por aclarar sobre qué no me voy a ocupar.

En primer lugar, no voy a ocuparme del debate entre las tesis de la supremacía del derecho internacional y las que afirman la prevalencia del derecho interno. Se trata, sin lugar a dudas, de una controversia muy interesante sobre la que no se han agotado los argumentos en uno y otro sentido; sin embargo, el tema sería necesario tratarlo en extenso si nuestro propósito fuera defender o atacar la figura misma del bloque de constitucionalidad, o si quisiéramos hacer una propuesta de conceptualización sobre la materia, pues no cabe duda que para el efecto debe tomarse partido o por una concepción internacionalista o por una constitucionalista, con todas las consecuencias teóricas que de ello pueden derivarse. Partiremos de la situación actual de la jurisprudencia constitucional colombiana en este tópico, que ha dado cabida a la noción de bloque de constitucionalidad –con criterios que compartimos en lo esencial–, y nos limitaremos a destacar algunas de las consecuencias que pueden derivarse de ella en el derecho penal sustancial y procesal.

En segundo lugar, tampoco me ocuparé de la controversia sobre las alternativas de interpretación o la posible contradicción entre los artículos 93 y 94 de la Constitución Política que, en síntesis, hacen referencia, el primero, a la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y el deber de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; y el segundo, al carácter no taxativo de la enunciación, tanto en la Constitución como en los convenios internacionales, de los derechos y garantías. En este aspecto acogeremos, como un supuesto implícito, la tesis que asume que no hay contradicción real, sino que entiende que, a partir de la noción de dignidad humana, integrada esencialmente por los derechos de libertad e igualdad, la Constitución Política no limita el reconocimiento de los derechos humanos innominados, pero le otorga una especial entidad a los derechos positivados para efecto de la integración del bloque de constitucionalidad y establece criterios de interpretación (particularmente en el inc. 2.° del art. 93).

Para dar un desarrollo coherente al tema del "bloque de constitucionalidad y el derecho penal", considero necesario hacer referencia, así sea brevemente, a los siguientes aspectos.

---

* Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, titular de la cátedra de Derecho Procesal Penal en la misma universidad.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

Como quiera que la idea básica de "bloque de constitucionalidad" gira en torno del carácter abierto del catálogo de derechos amparados por el Estado, a efecto de desarrollar ordenadamente el concepto referido y lograr su comprensión es necesario detenerse previamente en las nociones de derechos fundamentales y derechos humanos.

A efecto de diferenciar estas dos nociones conviene precisar algunos conceptos análogos, a saber, derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos y derechos humanos.

A. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS NATURALES

El tema de las diferenciaciones o semejanzas entre los derechos humanos y los derechos naturales se encuentra muy relacionada con la génesis de los derechos humanos. En efecto, mientras para el pensamiento naturalista la teoría de los derechos humanos surgió como una prolongación de la doctrina de los derechos naturales, dicha conexión es rechazada por parte de los autores positivistas, para los cuales no existe una implicación entre ambos términos; incluso, para algunos lo que se observa es una auténtica distinción o ruptura.

No obstante, aun desde la óptica de los que predican una relación conceptual entre ambas expresiones, la tendencia mayoritaria es la de considerar los derechos humanos como un término más amplio que el de los derechos naturales. Así, los derechos humanos constituyen la conjunción de los *derechos naturales*, "aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir", y los *derechos civiles*, "aquellos que le correspondan al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad".

B. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La expresión "derechos fundamentales", que aparece con ocasión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y alcanzó una especial connotación en Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado como fundamento de todo el orden jurídico-político[1], ha sido utilizada por gran parte de la

---

1 Este es su sentido en la *Grundgesetz* de Bonn de 1949.

doctrina para referirse a los *derechos humanos positivados* en las constituciones estatales. En síntesis, los derechos humanos son los que no están positivados, mientras que los derechos fundamentales sí se encuentran positivados; la relación, en este caso, también es de género (derechos humanos) a especie (derechos fundamentales o derechos humanos positivados).

Sin embargo, no ha faltado quien postule la naturaleza ambivalente de los derechos fundamentales. En esa confusión, algunos consideran los derechos fundamentales como un reflejo de los derechos humanos con su consagración normativa en el derecho positivo. En efecto, ni los propios textos normativos precisan el concepto de los derechos fundamentales; véase por ejemplo cómo en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950 no se deduce ningún criterio válido que permita distinguir con precisión ambas expresiones. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, ha sugerido dos criterios principales y cuatro auxiliares para identificarlos. Como criterios principales se plantea: 1. Que el derecho sea "esencial" de la persona humana, y 2. Que el constituyente lo haya reconocido expresamente como fundamental; como criterios auxiliares ha sugerido la Corte: 1. Los que se mencionan en los tratados internacionales sobre derechos humanos; 2. Los señalados como derechos de aplicación inmediata (art. 85 C. P.); y 3. La ubicación y denominación del derecho, y d) la existencia de una "supergarantía" en su reforma (art. 377 C. P.).

Debe advertirse, en todo caso, que existe una tendencia, desde luego no absoluta, a reservar la denominación "derechos fundamentales" para designar los derechos humanos positivados en el ámbito interno, en tanto que la fórmula "derechos humanos" es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.

C. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SUBJETIVOS

La concepción de derecho subjetivo como facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares se encuentra muy próxima a la noción de los derechos humanos. Así, para quienes sostienen que los derechos subjetivos son expresión de todos los atributos de la personalidad, los derechos humanos constituirían una subespecie de aquellos. En ese orden de ideas, los derechos humanos serían los derechos subjetivos directamente relacionados con las facultades de autodeterminación del individuo.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos humanos, los derechos subjetivos se definen como prerrogativas establecidas de acuerdo con

determinadas reglas, que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de los particulares. Se denominan subjetivos, precisamente, por tener un sujeto como titular, que puede disponer libremente de él, incluso mediante su renuncia, lo cual no es característico de algunos derechos humanos de naturaleza intangible. En consecuencia, los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, mientras que los derechos humanos son, en principio, inalienables e imprescriptibles.

II. CONCEPTO DE "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD"

A. QUÉ ES EL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD"

De manera preliminar y muy general, se puede decir que el *bloque de constitucionalidad* es una noción concebida para ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, de manera que el texto de la Constitución Política no se convierta en un límite o un marco cerrado, sino que tengan cabida otras normas procedentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Aun cuando el *bloque de constitucionalidad* es una noción de empleo cada vez más frecuente en la práctica jurídica nacional contemporánea, paradójicamente no se ha conceptualizado con precisión. La jurisprudencia de la Corte Constitucional menciona algunos criterios, no siempre coherentes, que permiten hacerse una idea de lo que puede entenderse por *bloque de constitucionalidad*, pero no ha delimitado con precisión sus contenidos; la doctrina, por su parte, ha hecho esfuerzos interesantes por decantar aún más estos criterios, sistematizarlos y darles configuración dogmática, pero bien puede sostenerse que hasta el momento se trata de una noción amplia y carente de delimitación precisa.

La expresión *bloque de constitucionalidad* fue acuñada por la doctrina y la jurisprudencia francesas, para hacer alusión a la existencia de normas que hacen parte de la Constitución aunque no estén expresamente consignadas en su articulado. De ese modo se dio solución a algunas deficiencias que presenta la Constitución francesa vigente en materia de reconocimiento de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

En efecto, el Consejo Constitucional francés ha sostenido desde los años 60, que forman parte de la Constitución vigente, además de los preceptos allí consignados, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales

reconocidos por las leyes de la república. En consecuencia, la infracción de alguna de las normas allí contenidas, por parte del legislador, vicia de inconstitucionalidad a la disposición legal. El Consejo Constitucional francés ha considerado, en consecuencia, que al momento de determinarse la constitucionalidad de un precepto legal no es suficiente confrontarlo con el articulado de la Carta Política, porque existen normas de rango constitucional por fuera de su texto formal.

En Colombia, esta expresión y su sentido básico fueron acogidos por la Corte Constitucional prácticamente desde el inicio de sus labores, y aunque el catálogo de derechos y libertades de la Carta de 1991 no presentaba las carencias de la francesa, el concepto ha servido de fundamento para tomar decisiones tan importantes como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares, o aquellas relacionadas con el valor jurídico que en el ordenamiento colombiano le corresponde a las recomendaciones de algunas instancias internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

B. PARA QUÉ SIRVE EL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD"

En este punto se advierte que el concepto de *bloque de constitucionalidad* puede tener dos perspectivas de análisis totalmente diferentes, a saber, la de criterio referencial para efectos de la interpretación constitucional, y la de regla o principio de rango constitucional, cuya eficacia en el derecho penal debe considerarse con precaución. Algunos autores, como RODRIGO UPRIMNY, identifican incluso tres sentidos distintos: "... una norma de jerarquía constitucional (primera acepción) opera como parámetro de constitucionalidad de las leyes (segunda acepción) y es además relevante (tercera acepción) para decidir casos constitucionales"[2].

En un plano práctico, el *bloque de constitucionalidad* puede expresar su utilidad en distintas formas:

1. En el plano normativo, amplía el contenido de la Constitución. Esto implica que existen normas con jerarquía constitucional que no están en el texto de la Carta Política que deben ser atendidas y aplicadas en la justicia ordinaria y en la justicia constitucional y que, en consecuencia, garantizan a los ciudadanos el pleno respeto de los derechos humanos en un sentido amplio, que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la Carta.

---

2 RODRIGO UPRIMNY. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, 2001.

Algunas de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad son de aplicación directa, lo cual indica que, en razón de su prevalencia en el orden interno, de no existir regulación legal o ser ésta deficiente o contradictoria con la Carta el precepto constitucional puede aplicarse de manera inmediata.

2. En la elaboración de las leyes, el legislador debe tener en cuenta que éstas deben ser acordes con la Constitución Política y las restantes normas que integran el *bloque de constitucionalidad*; otro tanto es predicable del ejecutivo al momento de expedir reglamentos y actos administrativos. A su vez, al hacer el control respectivo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado deben tener el *bloque* como parámetro de constitucionalidad, es decir, no deben limitar su análisis a los 380 artículos básicos y 60 transitorios del texto de la Carta.

3. En tercer lugar, los criterios de interpretación incorporados al bloque de constitucionalidad representan tal vez uno de los aspectos más relevantes en esta materia. La jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria; lo cual, si bien no debe desconocer las particulares configuraciones sociales y culturales del país, contribuye a la llamada globalización de los derechos humanos.

C. CÓMO SE INTEGRA EL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD"

Como punto de partida, se ha entendido que los derechos fundamentales que el Estado reconoce y se compromete a tutelar no se limitan a los enunciados expresamente en el articulado de la Constitución, sino que se extienden a aquellos consignados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos acogidos por Colombia; esta noción básica se ha complementado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en algunas ocasiones para ampliarla y en otras oportunidades para evitar que se extienda de manera inconveniente.

No obstante, la amplitud del uso de esta noción no significa, como ya se mencionó, que su comprensión sea clara ni pacífica, pues la misma Corte ha empleado la expresión con matices diversos, y ha integrado el "bloque" con distintos tipos de normas que no siempre tienen conexión directa con los derechos humanos, aunque es indudable que la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos ha sido la principal justificación del empleo de esta figura.

A partir de 1995, con las sentencias T-477 y C-568, la noción alcanzó una connotación especial en nuestro medio, toda vez que se acude a ella de modo expreso para establecer la supralegalidad de las normas humanitarias.

En la actualidad, la Corte Constitucional ha precisado que existe un bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, conformado por las normas internacionales de derechos humanos, que por expresa disposición de la Carta se entienden incorporadas a la misma, y otro bloque *lato sensu*, compuesto por unos "parámetros de constitucionalidad", es decir, por normas que no tienen rango superior, pero que, por mandato de la propia Constitución, deben ser respetadas por la legislación ordinaria; tal es el caso de las leyes orgánicas y las estatutarias. Sin embargo, la Corte ha aclarado sobre el particular que no todas las disposiciones de una ley estatutaria u orgánica forman parte del bloque de constitucionalidad. Cuál sea el criterio para determinar si una disposición de una ley orgánica o estatutaria forma parte del bloque de constitucionalidad es aún materia de estudio de la Corte.

Por otra parte, no obstante las anteriores precisiones, la Corte ha admitido que el bloque de constitucionalidad puede tener un efecto expansivo que abarca a los tratados sobre fronteras (sentencias C-400 de 1998 y C-1022 de 1999) y a la doctrina de los organismos internacionales de derechos humanos (sentencias T-568 de 1999 y C-10 de 2000)[3].

En síntesis, en virtud de la noción de bloque de constitucionalidad debe entenderse, hoy en día, que la Constitución no se agota en su articulado, sino que incluye otras disposiciones, contenidas especialmente en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. No obstante, no existen aún parámetros precisos, ni jurisprudenciales ni doctrinales, que permitan afirmar con certeza cuáles normas jurídicas "extraconstitucionales" forman parte del bloque.

A manera de conclusión parcial puede decirse:

1. La noción de bloque de constitucionalidad no está conceptualizada de forma definitiva jurisprudencial ni doctrinariamente, pero existe consenso en el sentido de atribuirle la virtud de ampliar el espectro de protección de los derechos fundamentales, al incorporar al rango de norma constitucional los derechos consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

2. En estricto sentido integran el bloque de constitucionalidad: a. Las normas sobre derechos humanos que no puedan limitarse durante estados de excepción; en sentido amplio; b. Los tratados internacionales sobre delimitación de fronteras; c. Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, y 4. Algunas decisiones, con fuerza normativa, de organismos internacionales de derechos humanos. En sentido amplio hacen también parte del bloque de constitucionalidad, como parámetros de constitucionalidad: 1. Algunas nor-

mas contenidas en leyes orgánicas y estatutarias; 2. La doctrina de organismos internacionales de derechos humanos[4], y 3. Los acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo[5].

III. ASPECTOS SUSTANCIALES EN LOS QUE PUEDE INCIDIR EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

Uno de los temas que permitió en Colombia la adopción del concepto de "bloque de constitucionalidad" guarda estrecha relación con el derecho penal. Se trata de la noción de obediencia debida dentro de las estructuras jerárquicas militares.

En la literatura jurídica tradicional, realizar un comportamiento típico en cumplimiento de una orden legítima proveniente de autoridad competente se ha entendido como una circunstancia de exclusión de la responsabilidad penal. Pero, excepcionalmente, la especial configuración de las jerarquías militares y los contextos en los que se emiten y deben cumplirse las órdenes permitieron prescindir en el derecho colombiano, durante mucho tiempo, del juicio sobre legitimidad de la orden como requisito para la exclusión de responsabilidad respecto de quien la cumple. En la doctrina, desde luego, siempre hubo resistencia a esta tesis extrema; REYES ECHANDÍA, por ejemplo, sostuvo que si el militar advierte que han cambiado las circunstancias que justificaron la orden al momento de su emisión, de manera tal que quien debe ejecutarla es consciente de que al hacerlo "producirá un resultado ilícito distinto al que se tuvo en cuenta para proferirla", el artículo 21 de la Constitución derogada no podría interpretarse de manera literal[6].

La Carta Política de 1991 se refiere al tema en términos que parecieran confirmar la exclusión de responsabilidad, por obediencia debida, para quien ejecuta la orden ilegítima. En efecto, el artículo 91 preceptúa:

---

3 En la actualidad un sector de la doctrina plantea la posibilidad de un bloque específico de constitucionalidad en lo tocante a las relaciones internacionales, con base en los principio del derecho internacional aceptados por Colombia (art. 9o. C .P.)

4 En el derecho comunitario andino, por ejemplo, la Resolución 351/93 incluyó los derechos morales de autor como un derecho fundamental y, por lo tanto, se entiende que hace parte del bloque de constitucionalidad.

5 A modo de ejemplo, la Corte Constitucional, mediante tutela del 10 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, reconoció el valor de los acuerdos y recomendaciones de la OIT como parte integrante del bloque de constitucionalidad, al ordenar el reintegro de trabajadores que habían sido despedidos al declararse la ilegalidad de una huelga en establecimientos de servicios públicos.

6 Cfr. ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Obras completas*, t. I, 1998, p. 178.

> En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.
>
> Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 2.° de la Convención contra la Tortura dispone: "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".

Lo que se tiene, en lo que va descrito, es una tesis tradicional, acorde con las estructuras de mando castrense, literalmente ratificada por el inciso 2.° del artículo 91 constitucional, pero aparentemente opuesta al contenido de la Convención contra la Tortura.

En 1995 la Corte Constitucional hizo una lectura "integral" del texto constitucional, es decir, no se limitó a lo expresado por el artículo 91 sino que, a través del concepto de bloque de constitucionalidad, se extendió a la Convención contra la Tortura[7] y a los Convenios de Ginebra sobre derecho humanitario y sus protocolos[8]. La conclusión de la Corte, consignada en el fallo C-225 de 1995, consistió en que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno; de esta manera, no podría entenderse como válida la interpretación literal del inciso 2.° del artículo 91 de la Constitución Política, dado que si un militar obedece la orden de un superior de torturar a los prisioneros, o de infligirles tratos crueles o inhumanos, no podría estar exento de responsabilidad sin vulnerar la convención, los convenios y los protocolos referidos.

Dijo la Corte en el fallo C-225 de 1995:

> Estas consideraciones muestran que no se puede interpretar el artículo sobre la obediencia militar debida (art. 91 C. P.) en forma aislada, sino que es necesario determinar su sentido de manera sistemática. Es pues necesario poner en relación este principio con los otros principios, derechos y deberes consagrados por la Carta, y en particular se requiere armonizar su alcance con las obligaciones mínimas impuestas a las partes en conflicto

---

7 New York, 10 de diciembre de 1984, incorporada al derecho colombiano mediante Ley 70 de 1986, y promulgada a través del Decreto 7689 de 1988.

8 Los convenios fueron aprobados en Ginebra, el 12 de agosto de 1949, incorporados al derecho colombiano mediante Ley 5.ª de 1960, pero promulgados hasta 1990 a través del Decreto 1016. Están en vigor en Colombia desde el 8 de mayo de 1962. Los protocolos adicionales fueron aprobados en Ginebra el 8 de junio de 1977 e incorporados al derecho colombiano, el I, por aprobación directa de la Asamblea Nacional Constituyente con fundamento en el artículo 58 transitorio; el II, mediante Ley 171 de 1994.

> por el derecho internacional humanitario con el fin de proteger, en todo momento, la dignidad y la integridad de la persona humana, puesto que la obediencia militar no puede ser ciega frente a órdenes claramente contrarias a estos valores. Ya esta corporación había señalado que la fuerza irradiadora de los derechos fundamentales, "por el lugar prioritario que ocupan en el orden político, económico y social justo, limita entre otros, el alcance del artículo 91 de la Constitución".

Ahora bien, si la Constitución Política es norma de normas, al tenor de su artículo 4.°, ¿cómo es posible que prevalezcan preceptos internacionales? La respuesta la da la misma Corte: "La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad" proveniente del derecho francés, pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4.° y 93 de nuestra Carta".

La problemática de la obediencia debida resume un complejo espectro de cuestiones relacionadas con el derecho penal, que parten de su función misma. Si se asume como función del derecho penal asegurar la vigencia del ordenamiento, las excepciones a preceptos constitucionales parecerían debilitar o contrariar en esencia esta tesis, pues por encima del respeto a la vigencia de la norma se ubica el propósito de impedir lesiones a intereses jurídicos superiores, para el caso, los derechos humanos mencionados por los instrumentos internacionales a los que hacen referencia los artículos 93, 94 y 214 de la Carta.

Desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad parecería acertado afirmar que prevalece el propósito de proteger bienes jurídicos sobre el aseguramiento del respeto del orden jurídico positivo. Sin embargo, desde otro ángulo podría sostenerse que en realidad el ordenamiento, integrado también por las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, es el que pretende afirmarse y cuya vigencia y acatamiento refuerza el derecho penal.

El conocimiento de la ley y el error de prohibición también son temas que adquieren relevancia a propósito de la regulación de la obediencia debida conforme al bloque de constitucionalidad.

Si la propia Carta afirma expresamente que en el estamento militar la orden de un superior releva de responsabilidad al inferior, aun tratándose de una orden que implique violación manifiesta de preceptos constitucionales en detrimento de alguna persona (este es el sentido de la excepción consignada en el inc. 2.° del art. 91), para que se atribuya responsabilidad al destinatario de la norma penal, es decir, al militar ejecutor de la orden ilegítima, tiene que exigírsele conocimiento del bloque de constitucionalidad, pues bien podría argumentar en su favor que entiende el artículo 91 como un mandato de

cumplimiento incondicional de las órdenes provenientes de un superior en la jerarquía militar, o, lo que es lo mismo, la obediencia ciega.

Consideramos que el bloque de constitucionalidad, al operar en dirección de complementar el ámbito de reconocimiento y protección de derechos humanos, debe surtir, en materia penal, efectos esencialmente interpretativos, es decir, debe servir de patrón de referencia para interpretar normas penales "conforme" a los principios y reglas de rango constitucional. En otras palabras, si bien no se puede desconocer que la noción de bloque de constitucionalidad permite integrar al ordenamiento superior colombiano reglas o principios que no se encuentran expresamente mencionados en la Constitución, tales normas o principios no deben, en la medida de lo posible, tener aplicación directa, por cuanto la compleja integración del sistema puede terminar dificultando el cumplimiento del principio de legalidad.

En casos como el de la obediencia debida, el ordinal tercero del artículo segundo de la Convención contra la Tortura debe entenderse, en consecuencia, como elemento interpretativo del inciso 2.° del artículo 91 de la Constitución Política y no como norma derogatoria o de superior jerarquía[9].

En relación también con la justicia penal militar y con fundamento en la noción de bloque de constitucionalidad, mediante fallo SU-1184 de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, la Corte Constitucional precisó que en ningún caso puede entenderse que un militar actúa en razón de sus funciones cuando incurre en conductas violatorias de derechos humanos. De esta manera se delimita el alcance de las normas constitucionales que regulan el fuero militar y se hacen compatibles los preceptos constitucionales sobre la materia con las normas internacionales sobre derechos humanos. Cabe observar que tanto

---

9 La Corte Constitucional complementa su análisis así: "En tales circunstancias, una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano. Así lo consagra, por ejemplo, la 'Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes' de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por nuestro país el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, ratificada el 8 de diciembre de 1987 y, por ende, en vigor para Colombia desde el 7 de enero de 1988. El artículo 2.° ordinal 3.° de esta Convención, la cual prevalece en el orden interno, puesto que reconoce derechos que no pueden ser suspendidos en los Estados de excepción (art. 93 C. P.), establece inequívocamente que 'no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura'".

en esta materia, como en relación con la obediencia debida, el bloque de constitucionalidad ha servido de instrumento interpretativo eficaz para salvar aparentes contradicciones entre los textos constitucionales y la normatividad internacional sobre derechos humanos.

Otras hipótesis de aplicación del bloque de constitucionalidad en el derecho penal. En el mismo plano interpretativo puede asignarse incidencia en el derecho penal a instrumentos internacionales tales como la Convención sobre el Asilo Territorial[10]. En ella se hacen referencias importantes sobre la extradición y se establecen límites no siempre considerados en el derecho interno. En efecto, es tradicional que se entienda como proscrita la extradición por delitos políticos o por delitos comunes con fines políticos; pero ordinariamente no se presta atención a los propósitos políticos de la solicitud de extradición, hipótesis que se prevé en el artículo 4.° de la Convención y cuyo alcance está aún por explorar.

La legislación penal colombiana que atribuye la condición de inimputables socioculturales en ciertas circunstancias a los indígenas que delinquen puede ser de dudosa constitucionalidad, entre muchas otras razones si se atiende a las convenciones internacionales sobre la represión y el castigo del crimen de *Apartheid*[11] y para la eliminación de todas las formas de discriminación racial[12]. En efecto, el artículo 2.° de la Convención citada hace expresa referencia a prácticas que pueden entenderse como configurativas del crimen de *Apartheid*; los Estados partes se comprometen, entre otras cosas, a no adoptar medidas legislativas que impidan a grupos étnicos su libre desarrollo, o que los limiten territorialmente o les restrinjan el derecho de circulación. Desde este punto de vista, la concepción de la condición étnica como un factor jurídico de inimputabilidad, aun cuando aparente razones de protección al grupo étnico, no solo atenta contra los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad, sino que puede desconocer principios derivados de las convenciones referidas, que integran el bloque de constitucionalidad[13].

---

10 Caracas, 28 de marzo de 1954, incorporada a la normatividad interna mediante Ley 92 de 1962, promulgada a través del Decreto 2110 de 1988.

11 New York, 30 de noviembre de 1973, incorporada al ordenamiento interno mediante Ley 26 de 1987 y promulgada a través del Decreto 2110 de 1988.

12 New York, 7 de marzo de 1966, incorporada al ordenamiento colombiano mediante Ley 22 de 1981, promulgada a través del Decreto 2492 de 1982.

13 La Corte Constitucional, mediante sentencia C-370/02, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, estimó que el artículo 73 es constitucional, siempre y cuando se entienda que no se trata de establecer un criterio discriminatorio ni degradante de los indígenas y se declaran inexequibles las normas que con-

En conclusión, el bloque de constitucionalidad tiene una gran importancia actual, si se tiene en cuenta la tipificación de nuevas descripciones típicas que recogen hipótesis tales como la desaparición forzada, los delitos contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario y otras, que han tenido origen y desarrollo en instrumentos internacionales. Así mismo, la existencia de tipos penales en blanco obliga a recurrir a los convenios internacionales para determinar su alcance, por ejemplo, qué se entiende por actos de barbarie, toma de rehenes, entorpecimiento de tareas humanitarias, etc.

IV. ASPECTOS PROCESALES EN LOS QUE PUEDE INCIDIR EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen de manera amplia garantías procesales. Esta tendencia que aparece con la posguerra, como una reacción a la aplicación de sanciones *de facto* por parte de los regímenes totalitarios que caracterizaron la Europa de la primera mitad del siglo XX, viene a irrigar las reformas procesales realizadas en América Latina durante las décadas posteriores.

En Colombia mediante las leyes 75 de 1968 y 16 de 1972 fueron incorporados dichos tratados al ordenamiento jurídico interno. Allí se reconocen entre otras garantías las de favorabilidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, celeridad, derecho de defensa, notificación, impugnación y publicidad.

No obstante, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 surge un interrogante en el sentido de si pueden los tratados internacionales que reconocen derechos humanos restringir garantías reconocidas en la Carta Política. En mi criterio, la respuesta es parcialmente negativa; veamos.

Las garantías procesales consagradas en los tratados internacionales contienen una serie de postulados mínimos que obviamente pueden ser desarrollados o complementados en la legislación interna de cada uno de los países suscriptores del instrumento internacional. Ahora bien, por virtud del bloque de constitucionalidad, el legislador encuentra un límite en el sentido de no poder disminuir el alcance de dichas garantías.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las garantías que hacen parte del bloque de constitucionalidad no pueden ser interpretadas de manera aislada, constituyen un todo en el que están acompañadas de otras normas de igual

---

sagran medidas de seguridad y sanciones para estos grupos étnicos por considerar que constituye un atentado a la diversidad racial.

jerarquía, esto es, otras garantías contenidas en tratados de derechos humanos y en la propia Carta Política.

En ese orden de ideas, puede ocurrir que una garantía esté consagrada en un tratado, pero al mismo tiempo esté consagrada en otro instrumento internacional o en la Carta Política sin que su alcance sea idéntico, *v. gr.*, porque uno de los instrumentos admita excepciones, en o eventos en los cuales se pueda limitar la garantía. Este es el caso, *v. gr.*, del derecho a un juicio público frente al derecho a la vida e integridad de los testigos que declaran en un proceso y corren peligro, el derecho de los menores cuando declaran en un proceso penal, o la necesidad de protección de funcionarios administradores de justicia a través de figuras como la reserva de la identidad.

También puede ocurrir que para proteger otra garantía diferente que está contenida en una norma de igual jerarquía sea necesario acudir a una interpretación restrictiva de la norma que contiene la garantía interpretada. Tal es el caso del derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Un buen ejemplo de que en Colombia no existe un criterio unánime al respecto lo constituyen dos sentencias de la Corte Constitucional en las que se revisó la constitucionalidad de la reserva de identidad de testigos y funcionarios frente al debido proceso público y el derecho de defensa.

En la sentencia C-053 de 1993, la Corte sostuvo que en circunstancias excepcionales, y a fin de garantizar la eficacia de las investigaciones, una ponderación de los intereses en juego podría justificar el sacrificio de la publicidad del proceso, de manera que bien podrían tolerarse los testimonios con reserva de identidad[14].

---

14 Por ser de interés resulta conveniente citar en extenso la argumentación de la Corte: "En cuanto a la publicidad del proceso, que por regla general ha sido plasmada en la Constitución como garantía a favor del procesado (art. 29 C. N.), ella debe relacionarse con la equitativa previsión del artículo 228 de la Carta que dice:

"'Artículo 228. *La administración de justicia es función pública*. Las decisiones serán independientes. *Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley* y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...'" (cursiva fuera de texto).

"Dos de estas excepciones al proceso son precisamente las contenidas en los artículos 159 y 293 del Decreto 2700 de 1991.

"Respecto al cargo de violación del artículo 93 de la Carta por un posible desconocimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica', aprobado por la Ley 16 de 1972, ha de reiterarse que, en efecto, de conformidad con la primera de las disposiciones mencionadas, los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Pero, en lo que atañe a la observancia de tales normas, debe también procederse de acuerdo con un análisis sistemático y armónico de su contenido.

"El artículo 8.° de la mencionada convención señala en el numeral 2, literal f, la siguiente garantía:

No obstante el anterior análisis sistemático del bloque de constitucionalidad en conjunto con la carta, la Corte en un pronunciamiento posterior varió su criterio al examinar la constitucionalidad de la Ley 504 de 1999. En sentencia C-392/00 sostuvo: "De esta suerte, ha de concluirse entonces que la reserva de la identidad de los investigadores, juzgadores y testigos resulta violatoria del derecho a la publicidad del proceso, a la imparcialidad de los funcionarios y a la contradicción de la prueba, y, en tal virtud, de la garantía constitucional al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta".

En el contexto internacional, las garantías procesales se han interpretado en una dimensión mucho más amplia que en el derecho interno. Al incorporarse la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad se amplia, por lo tanto, la cobertura de las garantías procesales. Algunos ejemplos permiten ilustrar la importancia de esta consecuencia práctica del bloque de constitucionalidad.

La legislación procesal penal colombiana ha permitido desde hace algún tiempo que la reclamación de los perjuicios ocasionados por el delito se pueda realizar dentro del proceso penal. La resultante fusión de procedimientos (el penal y el civil) y la consecuente prórroga de la competencia de las autoridades penales se ha justificado tanto con argumentos estrictamente formales (economía procesal, unidad probatoria) como con razones sustanciales, principalmente la garantía del derecho de las víctimas. Este criterio, uniforme durante varias décadas, implícitamente suponía que la legitimación para actuar dentro de un proceso penal en calidad de "parte civil" se derivaba, precisamente, del interés de reclamar una indemnización económica que ordinariamente debería ser materia de un proceso civil. En otras palabras, dentro de la comprensión tradicional, si no hay interés patrimonial no puede haber parte civil.

"'Artículo 8.° *Garantías judiciales* [...]

"'"2. Toda persona inculpada de un delito tiene derecho [...] a las siguientes garantías mínimas: [...]

"'f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos y peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos'.

"Pero si bien este literal se refiere al carácter público del proceso, el numeral 5 del mismo artículo establece:

"'Artículo 8.° *Garantías judiciales* [...]

"'5. El proceso penal debe ser público, *salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*' (cursiva fuera de texto).

"Quiere decir lo anterior que, cuando está de por medio la *justicia*, como en el caso que nos ocupa, puede obviarse excepcionalmente el carácter público del proceso penal. Además, conviene recordar que la norma constitucional, según lo dicho, faculta a la ley –que lo puede ser tanto en sentido formal como en sentido material– para definir las excepciones al principio general de publicidad...".

No obstante, el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido que las víctimas no solo tienen derecho a que se les restablezca el derecho y/o se les reconozca una indemnización compensatoria (CIDH. Caso VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ, sentencias del 21 de julio de 1989 y 17 de agosto de 1990), sino que, además, existe un interés adicional y, si se quiere, superior, a que a través de la actividad judicial se logre el esclarecimiento de la verdad. En este sentido, el derecho de las víctimas de acceder al conocimiento de la verdad puede entenderse en un sentido pasivo o en sentido activo, es decir, como la garantía de poder participar en el trámite coadyuvando las funciones de investigación y acusación.

La jurisprudencia internacional en esta materia que interpreta en sentido amplio el derecho de las víctimas de acceder a la verdad fue recientemente acogida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que reconoció, mediante fallo 1149 de 2001, que la legitimación para constituirse en parte civil dentro de un proceso penal no se deriva exclusivamente del interés por una reparación de carácter patrimonial, sino que se extiende al interés superior del esclarecimiento de la verdad. Dijo la Corte: "El fin de la administración de justicia es hacer efectivos los derechos materiales de las personas y los procedimientos tienen que servir para hacer efectivos en este caso los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible no solo a la reparación del daño, sino también a conocer la realidad de los hechos mediante la investigación respectiva a través del proceso penal y a que se haga justicia sancionando a los infractores".

En materia de violación a los derechos humanos, la garantía de *goce del derecho*, que ordinariamente se manifiesta en el *restablecimiento del derecho* o en la *indemnización compensatoria*, se complementa con las *garantías de no repetición*, que básicamente consisten en la implementación de mecanismos efectivos para impedir la reiteración de conductas que vulneren tales derechos.

En el plano internacional una manera de hacer efectiva la garantía de no repetición puede consistir en la orden de los organismos internacionales al Estado violador de los derechos humanos de implementar medidas legislativas o administrativas que prevengan sucesos similares. Tal hipótesis en el derecho interno podría resultar claramente improcedente. Sin embargo, otras alternativas derivadas de la jurisprudencia internacional sí podrían tener cabida, por vía del bloque de constitucionalidad, en el ordenamiento interno. Tal es el caso de algunas determinaciones adoptadas con el propósito de recuperar la memoria del hecho, esto es, mantener viva en la comunidad la recordación de la ocurrencia del hecho como mecanismo de prevención general positiva. A ello puede llegarse de muy

diversas maneras (la construcción de un monumento, la divulgación de una obra conmemorativa, etc.). Un antecedente internacional en esta materia lo constituye la sentencia de reparaciones proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de mayo de 2001 contra la República de Guatemala en el caso VILLAGRÁN MORALES, en la que se ordenó al Estado que se asignara a un centro educativo un nombre alusivo a los niños y jóvenes afectados con los hechos materia del proceso, para que la sociedad recuerde permanentemente lo ocurrido e impida que sucesos parecidos vuelvan a suceder[15].

No se trata, por supuesto, de plantear que en todo fallo condenatorio un juez penal ordene la construcción de un monumento; este es simplemente un ejemplo de un interés no patrimonial de las víctimas y de la sociedad, derivado de la garantía de no repetición. Esta garantía adquiere particular importancia en relación con los delitos que afectan intereses colectivos o difusos; acorde a la construcción teórica de las acciones populares internacionalmente acogida, la Constitución Política y la ley de acciones populares permiten que un representante de la comunidad se constituya en parte civil en interés colectivo, pero, a diferencia de las acciones en interés individual, el interés característico en estos casos no es el pecuniario (sería muy difícil repartir una suma de dinero entre una colectividad indeterminable de afectados). En eventos como los daños al medio ambiente, los atentados contra el orden económico y social, o los delitos de peligro común, la garantía de goce del derecho debe complementarse con la garantía de no repetición, la cual puede expresarse de múltiples maneras acordes a la naturaleza de los hechos.

En el mismo contexto, la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, en este caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho otros aportes de importancia en la conceptualización de los derechos de las víctimas. Desde el fallo que definió el caso MARÍA ELENA LOAIZA TAMAYO (sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998), y más recientemente el que culminó el caso de LUIS ALBERTO CANTORAL BENAVIDES contra la República de Perú (sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001), la Corte afirmó la existencia de un derecho al "proyecto de vida"[16]. El ser humano

---

15 Dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "En cuanto a la solicitud de nombrar un centro educativo con los nombres de las víctimas, la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de HENRY GIOVANNI CONTRERAS, FEDERICO CLEMENTE FIGUEROA TÚNCHEZ, JULIO ROBERTO CAAL SANDOVAL, JOVITO JOSUÉ JUÁREZ CIFUENTES y ANSTRAUN AMAN VILLAGRÁN MORALES. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas".

tiene derecho a planificar su existencia y a construir un proyecto de vida que, si bien es apenas una expectativa, no puede ser impedido, entorpecido o dificultado mediante comportamientos antijurídicos de la autoridad pública o de los particulares. La vulneración a este derecho fundamental puede darse de las más variadas maneras, como diferentes pueden ser las formas de restablecerlo; en el caso CANTORAL BENAVIDES, la Corte Interamericana condenó a la República de Perú a facilitar, en todos los sentidos, la educación profesional de la víctima, truncada por los hechos que fueron materia del proceso.

Por último, es pertinente hacer referencia al Estatuto de Roma y a su incorporación al ordenamiento colombiano a través de un acto legislativo. Con fundamento en las aparentes contradicciones que podrían presentarse entre el Estatuto y la Carta Política, se optó por la vía más compleja, esto es, modificar el artículo 93 de la Constitución. Al hacerlo se olvidó que ya la Corte Constitucional había resuelto, en varias ocasiones, aparentes contradicciones entre la Carta y los tratados internacionales a través del concepto de bloque de constitucionalidad.

Se dice que es incompatible con la Constitución Política la regulación que hace el Estatuto de Roma de la prescripción de la acción penal y la cadena perpetua. En cuanto a lo primero, la Constitución no prevé términos ni criterios rígidos sobre prescripción de la acción; en esta materia parece existir confusión con la imprescriptibilidad de las penas a la que alude el artículo 28 superior.

Y en lo que atañe a posibilidad de cadena perpetua prevista en el Estatuto de Roma, sería incompatible con el artículo 34 de la Constitución Política si la norma estuviera dirigida a jueces colombianos; parece claro que normas como el artículo 34 están dirigidas a regular las competencias internas colombianas, y las garantías allí contempladas tienen alcance en el derecho interno. En esta medida la contradicción es simplemente aparente. Por el contrario, la incorporación del Estatuto de Roma, a través de acto legislativo, puede traer el efecto perverso de abrir las puertas a la cadena perpetua en el derecho interno a través de criterios de proporcionalidad.

Los anteriores son solo algunos ejemplos de los importantes aportes que puede hacer, y en efecto está haciendo, la jurisprudencia de los organismos internacio-

---

16 Dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Es, por otra parte, evidente para la Corte que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de LUIS ALBERTO CANTORAL BENAVIDES. Los trastornos que esos hechos le impusieron impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su 'proyecto de vida'".

nales de derechos humanos al derecho penal colombiano por vía del bloque de constitucionalidad. Desde luego que esto supone que los operadores jurídicos tomen conciencia, de una parte, de la necesidad de conocer las fuentes que integran el bloque de constitucionalidad, y, de otra, del deber de asimilar el sentido garantista de los derechos fundamentales que está implícito en este enfoque que trasciende las concepciones tradicionales del derecho interno.

SEGUNDA PARTE
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

MANUEL CANCIO MELIÁ

Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva

INTRODUCCIÓN

GÜNTHER JAKOBS ha contribuido de modo decisivo a la construcción de la llamada teoría de la imputación objetiva[1], tanto en lo que se refiere al desarrollo concreto de sus contenidos dogmáticos como al análisis de las bases sistemáticas de esta teoría[2].

---

1 Entre sus trabajos relevantes para el desarrollo de esta teoría cabe citar los siguientes: "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en *ZStW* 89, 1977, pp. 1 a 35 (= "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión" [MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.)], en GÜNTHER JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997; "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW* 97, 1985, pp. 751 a 785 (= "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.), en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, cit.; "Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht", en WILFRIED KÜPER *et al.* (eds.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18.* Februar 1987, pp. 53 a 75 (= "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en derecho penal", CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ (trads.), en *ADPCP* 1989, pp. 1053 y ss.; "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en GERHARD DORNSEIFER *et al.* (eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln etc., 1989, pp. 271 a 288 (= "Representación del autor e imputación objetiva", CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en *ADPCP* 1989, pp. 493 y ss.); *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1.ª ed., Berlin etc., 1983; 2.ª ed., Berlin etc., 1991 (= *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads. de la 2.ª ed., alemana), Madrid, 1995), sobre todo en su apartado 7; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992 (= "El concepto jurídico-penal de acción", MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, cit.); *La imputación objetiva en derecho penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, 1994; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en *ZStW* 107, 1995, pp. 843 a 876 (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Madrid, 1996); "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", en *GA* 1996, pp. 253 a 268; "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte", MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, cit.; "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales 'riesgo permitido', 'prohibición de regreso' y 'principio de confianza'", ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.), en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, cit.; "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", en WEIGEND y KÜPPER (ed.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin y New York, 1999, pp. 45 a 63 (= "Observaciones sobre la imputación objetiva", *Revista del Poder Judicial* 56 [1999], pp. 119 a 141, YAMILA FAKHOURI GÓMEZ, (trad.).
Cfr., por todos, el análisis de las aportaciones de JAKOBS contenido en SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", en JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 59 y ss.

2 Es ésta un área de trabajo de JAKOBS que ha encontrado un especial interés en los países de habla española, como muestra el éxito editorial –desde luego, poco común en una monografía de dogmática jurídica– de su trabajo *La imputación objetiva en derecho penal*, obra elaborada precisamente para las *Jornadas Internacionales de Derecho Penal* organizadas por la Universidad Externado de Colombia en el año 1994: publicado originalmente por la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n.º 1, Bogotá, 1994 (reimps.

Precisamente porque los estudios de JAKOBS en la materia –como en todos los demás ámbitos– no se limitan a la edificación de "dogmas" sectoriales que una vez establecidos se pretenden inmutables, o a la mera propuesta de catálogos de soluciones "plausibles" –cosa que sucede con cierta frecuencia precisamente con la teoría de la imputación objetiva[3]–, sino pretenden contribuir a la construcción de una concepción sistemática, no es éste (no puede ser) un tema cerrado para él. En efecto, en un reciente estudio[4] vuelve a plantear –en diálogo con voces críticas provenientes del finalismo– problemas básicos de la teoría de la imputación objetiva. En particular, aborda la decisiva cuestión acerca de cuál es la perspectiva (objetivo-general o subjetivo-individual) desde la cual debe producirse el enjuiciamiento de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva.

En el presente trabajo también –como es lógico, prestando especial atención a las contribuciones de GÜNTHER JAKOBS– se intentará reflexionar sobre el carácter objetivo o subjetivo de la teoría de la imputación objetiva.

Para ello, en primer lugar se intentará presentar –aunque sólo muy sucintamente– el problema de la tensión entre la definición "objetiva" de la teoría de la imputación objetiva y determinadas constelaciones en las que la opinión dominante recurre a datos "subjetivos" para la determinación de la tipicidad objetiva (I). A continuación se llevan a cabo algunas consideraciones que pueden indicar que la problemática sólo podrá abordarse con éxito si se reflexiona acerca de la función del tipo objetivo como categoría (II).

I. EL PROBLEMA

A. INTRODUCCIÓN

Simplificando al máximo, ¿qué modificaciones supone la teoría de la imputación objetiva en la teoría del delito? Frente a la situación bajo un paradigma causalista, supone la normativización del contenido del tipo objetivo, que ya no

---

en 1995 y 1996), conoce las siguientes ediciones ulteriores: edición española publicada por Civitas, Madrid, 1996 (reimp. en 1999); edición argentina publicada por editorial AdHoc, Buenos Aires, 1996; edición peruana publicada por GrijLey, Lima, 1998; edición mexicana publicada por Angel Editor, México D. F., 2001; edición brasileña (trad. del español de ANDRÉ CALLEGARI) publicada en 2001, Revista dos Tribunais, Sao Paolo, 2001.

3 Cfr., al respecto CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México D. F., 2001, pp. 15 y ss., 36 y ss.

4 "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", en WEIGEND y KÜPPER (eds.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin y New York, 1999, pp. 45 a 63 (= "Observaciones sobre la imputación objetiva", en *Revista del Poder Judicial* 56 [1999], pp. 119 a 141, YAMILA FAKHOURI GÓMEZ (trad.).

puede entenderse como mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal. Este enriquecimiento del tipo, de carácter objetivo-valorativo, se suma al conocido enriquecimiento subjetivo (en los delitos dolosos) impuesto por el finalismo con el tipo subjetivo. Entonces, puede decirse que el elemento común más destacado de todas las elaboraciones doctrinales rotuladas "imputación objetiva" está, sin duda, en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo-normativos en la teoría del tipo.

Y precisamente en esta dirección se dirigen algunas aproximaciones críticas[5] frente a la teoría de la imputación objetiva, formuladas, sobre todo, por

---

5 La validez de la teoría de la imputación objetiva también se ha puesto en duda, en ocasiones, por diversos sectores doctrinales minoritarios desde otras premisas distintas de las aludidas en el texto, con argumentaciones que para lo que aquí interesa no son de un interés central, y que por ello tan sólo se reseñan a continuación de modo muy breve.

Así, desde la perspectiva de un concepto avalorativo de tipo, BAUMANN, WEBER y MITSCH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995, 14/62 y ss., 14/88 y ss., 14/100, como es natural, no comparten el planteamiento de esta doctrina; cfr., también, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal español, Parte general*, 17.ª ed., Madrid, 1994, pp. 371 y ss., 378 y ss., quienes aún optan por tratar en el plano de la causalidad diversos supuestos que hoy suelen considerarse pertenecientes al ámbito de la imputación objetiva; por su parte, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho penal, Parte general*, 4.ª ed., adecuada al Código Penal de 1995 por MARÍA ISABEL VALLDECABRES ORTIZ, Valencia, 1996, pp. 385 y ss., 388 y ss., rechazando la teoría de la imputación objetiva, distinguen entre "relación de causación" y "relación de causalidad", concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir "predecibilidad"; en la doctrina italiana, cfr., por ejemplo, el punto de vista de PAGLIARO. *Principi di diritto penale, Parte generale*, 4.ª ed., Milano, 1993, pp. 342 y ss., esp. 342 y s., 370 y ss., quien en atención a las disposiciones existentes en el C. P. italiano acerca de la relación de causalidad (arts. 40 y 41) prefiere mantener las restricciones a la causalidad material –si bien coincidiendo en el fondo con los contenidos de la teoría de la imputación objetiva– bajo el rótulo de la relación de causalidad "en el sentido del derecho", en vez de llevar a cabo una construcción autónoma. Se trata de puntos de vista completamente minoritarios en las doctrinas española y alemana, y de puntos de vista claramente desfasados cuando parten de una concepción avalorativa del tipo. Sin embargo, por otra parte, queda claro que la mera rotulación como "imputación objetiva" o como "causalidad", partiendo de un entendimiento del tipo como categoría con elementos normativos, no tiene mayor relevancia; lo que ocurre es que ello impide una sistematización de esos elementos cuando no están referidos al resultado, sino a la conducta típica (es decir, impide abarcar buena parte de los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva en la actualidad).

Desde otra perspectiva, por otro lado, en alguna ocasión también se ha sostenido –cfr., BUSTOS RAMÍREZ. "Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)", en *EPCr* XII, 1989, pp. 105 y ss., 136 y ss.; ID. y HORMAZÁBAL MALARÉE. *PG4*, pp. 296 y ss.; cfr., también, LARRAURI PIJOÁN. "Introducción a la imputación objetiva" en *EPCr* XII, 1989, pp. 221 y ss.– que alguno de los elementos de la imputación objetiva, en realidad, excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de "segundo correctivo" (así BUSTOS RAMÍREZ, en *EPCr* XII, 1989, p. 114; LARRAURI PIJOÁN, en *EPCr* XII, 1989, p. 245) que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Este sector parece entender que resulta necesario contraponer tipo y antijuridicidad, adscribiendo a esta categoría la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: "para que el resultado sea imputado es necesario, si la imputación es de carácter valorativo y no

representantes del finalismo[6]. Estas críticas –que, pese a constituir una puesta en duda radical de las tesis mayoritarias[7], no han recibido, por lo general, una respuesta concluyente por parte de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva[8]– aciertan a plantear una de las cuestiones esenciales en el plano metodológico de las aproximaciones formuladas bajo el nombre de "imputación objetiva" (precisamente, en qué consiste –si es que existe– su carácter "objetivo"). Por ello, parece necesario llevar a cabo una brevísima exposición de estos puntos de vista para posteriormente poder pasar a sintetizar los presupuestos que cabe establecer en el ámbito al que estas aproximaciones críticas se refieren para la teoría de la imputación objetiva.

---

física, que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que solo valora actos y no resultados" (BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *PG4*, p. 312). Pero, como señala FRISCH con razón (*Tipo penal e imputación objetiva*, p. 87), no queda claro por qué razón la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipicidad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE explícitamente admiten, como "criterios generales de atipicidad", la adecuación social y el consentimiento (*PG4*, p. 295); y, como "criterios específicos" para determinar "si los procesos de interacción son o no peligrosos", la "disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)" y "el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena" (*PG4*, pp. 298 y ss.). En los delitos imprudentes señalan que la concreción de la lesión del deber de cuidado es también un problema de antijuridicidad (*PG4*, p. 370).

6 Aunque no sólo, como se verá a continuación; en especial, debe considerarse en este contexto el importante trabajo de BURKHARDT. "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung-Zugleich ein Beitrag wider die 'Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven'", en JÜRGEN WOLTER y GEORG FREUND. *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 99 y ss., y, como se ha dicho –cfr. nota 4– el reciente trabajo de JAKOBS, en *FS Hirsch*, cit., pp. 45 y ss.; sobre ello más adelante en el texto.

7 Y afectar, como ha señalado con razón SILVA SÁNCHEZ ("Introducción" a BERND SCHÜNEMANN [ed.]. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (trad.), Madrid, 1991, p. 18), sin duda alguna, a una de las "cuestiones importantes en la discusión" actual.

8 Cfr., sin embargo, las argumentaciones de JAKOBS. "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en GERHARD DORNSEIFER *et al.* (eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp. 271 y ss., 275 y ss.; ROXIN. "Finalität und objektive Zurechnung", en DORNSEIFER *et al.* (eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, cit., pp. 249 y s., ambos sobre todo en relación con la postura defendida por ARMIN KAUFMANN; con un análisis global de la crítica del sector del finalismo contrario a la imputación objetiva, FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*, MANUEL CANCIO MELIÁ, BEATRIZ DE LA GÁNDARA VALLEJO, MANUEL JAÉN VALLEJO, CARLOS PÉREZ DEL VALLE, YESID REYES ALVARADO Y ARTURO VENTURA PÜSCHEL (trads.), Madrid, 1995, pp. 63 y ss.; respecto del punto de vista de HIRSCH, ahora en profundidad JAKOBS, en *FS Hirsch*, cit., pp. 45 y ss.; en polémica con el trabajo de BURKHARDT acabado de citar, exhaustivamente, FRISCH. "Straftat und Straftatsystem", en JÜRGEN WOLTER y GEORG FREUND. *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 167 y ss.

B. LAS CRÍTICAS DEL FINALISMO

1. FALTA DE ADECUACIÓN EN EL DELITO DOLOSO

Por un lado, se ha señalado, desde la perspectiva del finalismo que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los *delitos dolosos*. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva –cuyo origen en el delito imprudente lleva "sellado en la frente", en famosa expresión de ARMIN KAUFMANN[9]– en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido –en igualmente conocida expresión de HIRSCH[10]– no respetaría el axioma de que "lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática"[11]. En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que en determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho[12].

Alguna reflexión específica merece en este contexto una reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de SANCINETTI[13]. Esta aportación se sitúa en realidad en un

---

9 ARMIN KAUFMANN, en *FS Jescheck* I, p. 251.

10 "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, p. 407.

11 Sin embargo, HIRSCH. "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung", en ALBIN ESER *et al.* (eds.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 119 y ss., ha revisado posteriormente alguno de sus puntos de vista, si bien manteniendo las críticas metodológicas a la teoría de la imputación objetiva.

12 Cfr. KAUFMANN, en *FS Jescheck* I, pp. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; en sentido próximo, HIRSCH, en *FS Universität zu Köln*, cit., pp. 403 y ss., 405; ID. "25 Jahre Entwicklung des Strafrechts", en *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, München, 1993 p. 49; cfr., también, CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español, Parte general II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pp. 104 y ss., si bien para este autor (p. 105) la nueva regulación de la tentativa (a su juicio, excluyendo la punibilidad de la tentativa inidónea) en el C. P. de 1995 obliga al menos a incluir, eso sí, en virtud de una decisión "equivocada" del legislador, al menos la previsibilidad objetiva también en los delitos dolosos, aunque ello no pueda redundar en una incorporación de la noción de cuidado objetivamente debido en el ámbito del delito doloso (p. 106); para KÜPPER. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, pp. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; próximo (dominio del curso causal) ahora también HIRSCH, en *FS Lenckner*, cit., pp. 131 y ss., 135 y ss.; cfr., también, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 44; y coincidiendo parcialmente –en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la "última palabra"–, SANCINETTI. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997, pp. 104 y ss., 107.

13 *Subjetivismo e imputación objetiva*, cit., pp. 89 y ss.

plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que SANCINETTI lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivo-monista del injusto[14]. Para SANCINETTI, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo –que debe referirse a esa materia– el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la "subjetivización no prejuzga acerca del *contenido* que hay que subjetivizar, es decir, acerca del 'tipo objetivo'"[15].

En el contexto de las presentes reflexiones no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo –como han hecho otros sectores del finalismo a los que se alude a continuación en el texto–. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que SANCINETTI parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que –de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la "norma"– contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio SANCINETTI reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico[16].

2. FALTA DE ADECUACIÓN EN EL DELITO IMPRUDENTE

Por otro lado, igualmente desde la perspectiva del finalismo, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del *delito imprudente*. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones.

---

14 Ibíd., pp. 19, 89 y ss., 94 y s., 96 y ss., 122 y ss.
15 Ibíd., p. 94, cursiva riginal.
16 Ibíd., p. 110, nota 29, 111 y ss.

En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado –en el primer nivel– y con la llamada relación de contrariedad a deber –en el segundo nivel de imputación objetiva–[17]. Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática tradicional del delito imprudente.

Por otro lado, también se ha planteado –sobre todo por STRUENSEE– otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que –en contra de la opinión común– habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia[18].

De modo sintético cabe decir[19], entonces, que las críticas formuladas se refieren, en realidad, a dos cuestiones: por un lado, se trata de la posibilidad y justificación material de la introducción de criterios generales –para la infracción dolosa y la imprudente– de imputación objetiva. Por otra parte, de manera más específica, lo que se discute es precisamente el carácter objetivo o no de esos criterios.

3. ALGUNAS RESPUESTAS PROVISIONALES

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones –la posibilidad de establecer filtros comunes para el delito doloso y el imprudente– parece que la discusión es más bien artificiosa. Pues que esos filtros existen –al menos en la expresión

---

17 Cfr., sólo *LK11*-HIRSCH, n. m. 32 previo al § 32; KÜPPER. *Grenzen*, cit., pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.

18 Sobre esta cuestión, cfr. también a continuación en el texto; STRUENSEE. "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en *GA*, 1987, pp. 97 y ss.; ID. "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en *JZ* 1987, pp. 53 y ss.; en la doctrina española, cfr. CUELLO CONTRERAS. *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, pp. 180 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, pp. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.

19 Siguiendo a FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*, cit., p. 67.

mínima de la exigencia, como criterio general, de la relación de causalidad en los delitos de resultado– es indiscutible. Y de hecho, las aproximaciones críticas más recientes por parte de los finalistas[20] no se dirigen propiamente en contra de la necesidad de un filtro objetivo general, sino que afirman que ese filtro en los delitos dolosos es en realidad la "dominabilidad objetiva", careciendo la imputación objetiva de la doctrina mayoritaria de unidad sistemática, y no reconociendo la relevancia del elemento de la "dominabilidad objetiva".

Así las cosas, simplificando al máximo, este sector de la crítica se reduce en realidad a un doble planteamiento: por un lado la singularidad de la acción dolosa –que impediría la apreciación de un filtro común–, derivada de la teoría final de la acción. Por otro, la sutitución de los elementos propuestos por la teoría de la imputación objetiva por la "dominabilidad objetiva".

En cuanto a lo primero: sin que aquí pueda entrarse en una discusión pormenorizada[21], lo cierto es que la teoría final de la acción como base para afirmar una radical diversidad de delitos dolosos e imprudentes ya en la estructura típica no puede encontrar –abandonado en la actualidad de modo abrumadoramente mayoritario el paradigma metodológico de las estructuras "lógico-materiales"– un consenso mínimo. En cuanto a lo segundo: que la sistematización del filtro objetivo deba hacerse bajo el rótulo de la "dominabilidad objetiva" u otro es, evidentemente, lo de menos[22].

Queda entonces la segunda gran línea de argumentación de las que se ha hablado: el carácter objetivo y subjetivo de los criterios de la teoría de la imputación objetiva. Como se verá inmediatamente a continuación, a esta crítica –formulada, como ahora se señalará, no sólo por autores finalistas– le corresponde una relevancia mucho mayor.

C. LA PERSPECTIVA DE ENJUICIAMIENTO

Como antes se ha dicho, una de las líneas críticas formuladas contra la teoría de la imputación objetiva se refiere precisamente a su carácter "objetivo" o no[23]. En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de

---

20 Así, el trabajo de KÜPPER. *Grenzen*, cit., pássim, y ahora también el de HIRSCH, en *FS Lenckner*, cit., pássim.

21 Cfr., sin embargo, las consideraciones vertidas a continuación en C.

22 Cfr. esta argumentación en JAKOBS, en *FS Hirsch*, cit., pp. 44 y s. y pássim.

23 Sobre las interrelaciones entre uno y otro aspecto del hecho en las desviaciones del curso causal, cuestión que aquí queda fuera de consideración, cfr., sólo GÓMEZ BENÍTEZ, en GIMBERNAT, SCHÜNEMANN y WOLTER. *Omisión e imputación objetiva*, 1995, pp. 91 y ss.

la imputación objetiva puede resultar sorprendente. Los elementos de esta teoría referidos a la caracterización de la *conducta* (por ejemplo, entre diversos conceptos utilizados por distintos autores, los de "creación de riesgo", "alcance del tipo" o "creación desaprobada del riesgo", "riesgo permitido", etc.) en realidad son una generalización de los *contenidos del tipo*[24].

Se pretende que estos contenidos son de carácter "objetivo". Pero, ¿cuál es la perspectiva desde la cual se valoran esos contenidos? La respuesta es que la perspectiva respecto de la conducta (por ejemplo: riesgo no permitido) es *ex ante*[25] (mientras que en la constatación de la tipicidad del resultado sería *ex post*). ¿Y cómo se formula esa perspectiva *ex ante*? Es aquí donde comienzan los problemas: de acuerdo con la posición mayoritaria, este juicio se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el sujeto. Es decir, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia: ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, las características del vehículo, etc., ¿qué valoración (riesgo permitido-riesgo no permitido) hubiera hecho un "conductor racional?[26].

Sin embargo, como inmediatamente se pensará, en muchas ocasiones el autor concreto no se corresponde con ese sujeto ideal. En lo que aquí interesa, puede divergir en *dos direcciones*: puede que sepa *más*; con un ejemplo de dolo: el sujeto "ideal" desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es hemofílico, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga *mayores* facultades: el conductor profesional puede frenar allí dónde el "conductor ideal" colisione irremediablemente. Puede que sepa *menos*: el conductor inexperto, en lo que se refiere a la conducción, *v. gr.*, en el norte de Europa (por ejemplo, es caribeño), no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la calzada; el "conductor ideal" en el ámbito de relación (por ejemplo, Noruega) sabe que no debe pisarse el freno de modo continuado para evitar un deslizamiento del vehículo.

¿Cómo resuelve esto la doctrina mayoritaria? Dicho en palabras de ROXIN, hay que "generalizar hacia abajo, [e] individualizar hacia arriba"[27]; es decir, los

---

24 Cfr., sobre esto, CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp. 64 y ss.

25 Puesto que este juicio desde la perspectiva *ex ante* se hace en la praxis procesal, como es evidente, en un momento posterior –el momento de enjuiciamiento del hecho– se denomina habitualmente "pronóstico objetivo posterior" (cfr. sólo ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.ª ed., München, 1997, 11/35; acerca de que esta denominación es incorrecta cfr. sólo JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1.ª ed., Berlin, 1983; 2.ª ed., Berlin, 1991, 7/32, nota 52; pues es un juicio ideal –es indiferente cuándo se haga– y, como se verá a continuación, precisamente no es "objetivo").

26 Cfr., por todos, ROXIN. *AT I3*, cit., 24/32 y s.

27 *AT I3*, cit., 24/51; cfr. también PUPPE. "Comentario previo a los §§ 13 y ss.", en ULFRID NEUMANN y

conocimientos y facultades inferiores a la media *no* se tienen en cuenta[28] (la conducta es típica), los conocimientos y las facultades superiores a la media *sí* se tienen en cuenta (la conducta es igualmente típica)[29].

Tomando el ejemplo de los "conocimientos especiales" (es decir, *mayores* a los del sujeto ideal) en materia de infracción dolosa, entonces, que un dato perteneciente a la mente del autor (por ejemplo, el conocimiento de que el avión al que manda a su tío hay un artefacto explosivo) decida acerca de la determinación "objetiva" de la existencia de un riesgo típico del homicidio parece indicar que la crítica planteada por algunos autores, y señaladamente por ARMIN KAUFMANN, es correcta. ¿Qué imputación "objetiva" es ésta?

Por otro lado, también en la otra dirección (capacidades o conocimientos *inferiores* a los del observador ideal) vienen planteándose críticas a la posición de la doctrina dominante. En efecto –aparte de las críticas formuladas por STRUENSEE y otros representantes del finalismo, que convergen aquí en el resultado[30]– recientemente se ha argumentado en contra de este procedimiento, fundamentalmente[31], que es completamente contrario a la economía conceptual[32]: ¿qué sentido puede tener fundamentar un juicio "objetivo" para afirmar la tipicidad de la conducta si en caso de resultar inevitable individualmente su realización no podrá haber responsabilidad penal?[33]. Con esta crítica –que in-

---

HEIKE JUNG (eds.). *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1995, n. m. 145 previo al § 13; MIR PUIG. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", en ID., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 234 y s., con ulteriores referencias.

28 Conforme a la doctrina dominante, la infracción imprudente carece de tipo subjetivo, de modo que esos elementos individuales deberían tenerse en cuenta a efectos exoneratorios en la culpabilidad; cfr., por todos, JESCHECK y WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1996, § 54 I.

29 Tan sólo se ha apartado de este consenso (al menos respecto de infracciones dolosas) JAKOBS. *GS Armin Kaufmann*, cit., pp. 271 y ss., e ID. *AT2*, cit., 7/49 y ss.; de acuerdo con su posición, sólo deben incluirse en la base de enjuiciamiento aquellos conocimientos que formen parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que fuera de éste no existe la obligación de adquirirlos, de modo que no tendría sentido establecer el deber de activarlos una vez adquiridos.

30 Cfr. las referencias supra 1. b en notas.

31 Respecto de otras críticas sistemático-metodológicas cfr., exhaustivamente, BURKHARDT, en WOLTER y FREUND. *Straftat*, cit., pp. 99 y ss.

32 En esta argumentación han coincidido últimamente: BURKHARDT, en WOLTER y FREUND. *Straftat*, cit., pp. 103 y ss., 109 y ss.; JAKOBS (apartándose al menos parcialmente de su anterior posición en *AT2*, cit., 7/47 y ss.; ID. *FS Hirsch*, cit., pp. 55 y ss., 57, 58 y ss., 62 y s.; LESCH. *Grundlinien einer funktionalen Revision des Verbrechensbegriffs*, escrito de habilitación, Universidad de Bonn, manuscrito, 1997, 2.IV.c); también SCHÜNEMANN. *GA*, 1991, p. 217 (reformulando su propia posición, cfr. ibíd., nota 42).

33 Téngase en cuenta que desde el punto de vista de la doctrina dominante se comprobará este extremo en la *culpabilidad*, al no aceptarse la existencia de un "tipo subjetivo" del delito imprudente.

troduce en el contexto de la teoría de la imputación objetiva la ya antigua discusión entre determinación objetiva o individual de la imprudencia[34]–, se ataca, como es evidente, a la misma esencia de la imputación objetiva.

Sintetizando, entonces, las críticas planteadas: ¿qué sentido tiene el establecimiento de un filtro (pretendidamente) "objetivo"? Es ésta una cuestión que no puede quedar sin contestar para la elaboración de una teoría de la imputación objetiva.

II. LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

A. PLANTEAMIENTO

Está en juego, entonces, un presupuesto decisivo para un desarrollo dogmático de la teoría: se trata de determinar hasta qué punto es cierto que la teoría de la imputación objetiva puede concebirse como parte de la teoría del tipo objetivo, es decir, hasta qué punto se trata de una categoría verdaderamente objetiva, cuestión que, como antes se ha visto, está sometida a un intenso debate.

El punto de partida de este análisis debe estar en recordar el progresivo enriquecimiento –prácticamente desde su misma creación– del concepto de tipo de VON LISZT-BELING-RADBRUCH, objetivo y avalorativo, por elementos subjetivos y normativos[35].

El criterio de clasificación sistemática que dio origen a la noción original de tipo, es decir: elementos objetivo-fácticos en un sector de la teoría del delito, elementos valorativos y subjetivos en otros, está, como es sabido, ligado a un entendimiento metodológico completamente obsoleto. Entonces, la justificación sistemática para mantener determinadas estructuras dogmáticas debe provenir de otro lado. Pero también parece claro que algún criterio clasificador debe estar en la base de la construcción hoy comúnmente aceptada de la teoría del delito, y que debe ser posible designarlo. Por ello, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre "tipo objetivo"

---

34 Cfr. sólo ROXIN. *AT I3*, cit., 24/46 y ss.; STRATENWERTH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Köln, 1981, n. m. 1097; MIR PUIG. *Derecho penal, Parte general (Fundamentos y teoría del delito)*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, 11/40 y ss., con ulteriores referencias: la discusión versa acerca de si la evitabilidad individual debe valorarse ya en el marco de la tipicidad o, como propone la opinión dominante, en la culpabilidad.

35 Sobre esta evolución cfr. sólo últimamente FRISCH, en WOLTER y FREUND. *Straftat*, cit., pp. 167 y ss.; LESCH. *Revision*, cit., IV.2.b.aa.

y "tipo subjetivo", atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los "conocimientos especiales" en el delito doloso) para determinar esa "imputación objetiva", es evidente que la pelota está en su tejado. En este sentido, decir frente a las formulaciones de los críticos que la teoría de la imputación objetiva "no se detiene ante circunstancias subjetivas"[36] o que el homicidio, las lesiones, etc., es decir, el hecho imputado es "algo objetivo"[37] no parece más que una finta para salir del paso.

B. EL TIPO OBJETIVO

En el marco de la teoría del delito –en síntesis– las distintas categorías vienen justificadas porque son elementos que tienen una función de filtro, es decir que sirven para excluir de ulteriores análisis determinadas constelaciones de casos. Si los elementos subjetivos pueden ser tan determinantes[38] para la aparición de una conducta relevante para el tipo objetivo, ¿para qué esa figura del tipo objetivo?

La respuesta depende, *en primer lugar*, de que el tipo objetivo pueda constituirse efectivamente en *filtro*.

El punto de partida que debería quedar claro para el análisis de esta cuestión es que el tipo objetivo no es nada más que uno de los elementos del injusto global; no es un escalón de valoración propio[39]. Sólo hay injusto cuando se puede afirmar la tipicidad *in toto*.

Pero aun así, cabe la posibilidad que pueda eliminar del proceso de imputación determinados supuestos de hecho. Y, al menos para aquellos autores que sostienen que hay determinados supuestos en los que ciertos conocimientos o facultades especiales superiores no deben ser tenidos en cuenta en la determinación de la tipicidad, queda claro que sí existe esa función de filtro[40].

---

36 WOLTER. "Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum 'Risikoprinzip' von Claus Roxin und zur 'Wesentlichkeit von Kausalabweichungen'", en GIMBERNAT, SCHÜNEMANN y WOLTER (eds.). *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995, p. 3.

37 ROXIN, en *GS Armin Kaufmann*, cit., pp. 250 y s.; ID. "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", en *Chengchi Law Review* 50, 1994, *Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium: Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven - ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik*, p. 247.

38 De modo indiscutido en el delito doloso, y conforme a un creciente sector de la doctrina, también en el injusto del delito imprudente.

39 JAKOBS, en *FS Hirsch*, cit., p. 45 nota 2.

40 Así, señaladamente, JAKOBS, en *AT2*, cit., 7/49 y ss.; cfr. a continuación en el texto.

Como es sabido, JAKOBS es uno de los autores que de modo más decidido ha avanzado en esta dirección. Precisamente, los ejemplos, en los que, a pesar de la clara concurrencia de "dolo", por razones "objetivas" no debe imputarse, en su opinión, son aquellos puntos de su construcción de la teoría de la imputación objetiva que más discusión han provocado: recuérdese el caso del estudiante de biología que, trabajando en sus vacaciones de camarero, sirve a un comensal una rara y exótica fruta que le entregan en la cocina del restaurante, y ello a pesar de reconocer –por sus conocimientos botánicos especializados– tal fruta como altamente tóxica. Según JAKOBS, las "razones objetivas" –que el "rol social" de camarero no incluye un control de los alimentos salidos de la cocina con conocimientos específicos de botánica– deben conducir a no imputar el resultado, por no ser objetivamente típica la conducta como acción de homicidio[41].

Por ello, no se entiende que JAKOBS en el reciente trabajo antes mencionado[42] sostenga que el establecimiento de un filtro objetivo previo "en todo caso" sirve para la exclusión de ciertos conocimientos especiales, o que el establecimiento de tal filtro no hace daño, pero tampoco sirve para nada, ya que en última instancia el nivel máximo de la imputación viene determinado por el lado subjetivo.

Pues si pueden excluirse algunos supuestos del proceso de imputación, ya está justificada la función de filtro y la validez del juicio objetivo. Que JAKOBS señale que esto –como en general la pertenencia de algún elemento a injusto o culpabilidad– sea una mera cuestión "didáctica", pero no del "concepto de delito"[43], indica, según parece, su creciente proximidad a un modelo unitario-hegeliano de delito[44].

Sin poder abordar aquí cuestión de tal magnitud, como es natural, sí cabe constatar lo siguiente: es indiscutible que todo el proceso de imputación jurídico-penal se ve determinado por la meta hacia la que camina: la constatación (o no) de culpabilidad. En ese sentido, una teoría del ordenamiento penal (en palabras de JAKOBS: el "concepto de delito") tiene que estar dominada por esta su esencia.

Ahora bien, no hay ninguna razón que haga pensar que una descomposición analítica de ese "concepto" sea mera "didáctica": en efecto, la teoría del delito es

---

41 Cfr., JAKOBS, en *GS Armin Kaufmann*, cit., pp. 271 y ss.

42 En *FS Hirsch*, cit., pp. 57, 62 y s.

43 Ibíd., p. 62.

44 En lo que aquí interesa: sin distinción entre injusto y culpabilidad; cfr. el desarrollo en LESCH. *Revision*, cit., III y IV.

un mecanismo de análisis de supuestos, de *reconstrucción dogmática* de la norma. Y en ello, como se observará a continuación, pueden pesar puntos de vista alejados de una percepción que puede percibirse como teórico-esencialista.

En efecto: es que, *en segundo lugar*, hay buenas razones –ínsitas en la función de la teoría del delito como instrumento dogmático– para que ello sea así: "... en el derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores"[45]; es decir que la descomposición analítica del hecho llevada a cabo por la teoría del delito sólo puede ir avanzando en la introducción de elementos de contexto en la medida en que estos indiquen la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante. Hay que comenzar por la perturbación general-objetiva, por el significado social "perturbación", que se aprehende, en un primer paso, a través de la teoría de la imputación objetiva.

C. LO "OBJETIVO" Y LO "SUBJETIVO"

Ahora bien, que esta delimitación de sucesivos "niveles de contexto" no puede hacerse conforme a un esquema simplista "dentro de la cabeza"-"fuera de la cabeza" también es evidente. En este sentido, "objetivo" *significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social.*

Y desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducido ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado –en expresión de

---

45 Son éstas palabras del propio JAKOBS, en *ZStW* 97, 1985, p. 761; cfr., en el mismo sentido respecto de la cuestión debatida en el texto, FRISCH, en WOLTER y FREUND. *Strafiat*, cit., p. 194.

MIR PUIG[46]– "intersubjetivo" de la conducta[47]. Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto[48].

---

46 Cfr. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", ahora en ID. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 184; ID. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal", ahora en ID. ibíd., pp. 233, 241.

47 A los efectos que aquí se persiguen –mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático– baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso que debe asignarse a lo "subjetivo" y a lo "objetivo" –esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual– en la fundamentación del injusto. Esta problemática –para MIR PUIG. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en ID. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 181, "el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito", y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio– se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad, es decir, si el comportamiento doloso es "más peligroso" que el imprudente, lo que conllevaría la imposibilidad de un tipo objetivo común para dolo e imprudencia (afirmativamente, por ejemplo, MIR PUIG. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", 2.ª ed., en ID. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 67 y ss., 69; ID. "La perspectiva *ex ante* en derecho penal", en ibíd., pp. 102 y s.; ID. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en ibíd., p. 187; ID. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal", en ibíd., pp. 236 y s.; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 388 y 400; LUZÓN PEÑA. "La 'determinación objetiva del hecho'", en ID. *Derecho penal de la circulación 2*, p. 116; TORÍO LÓPEZ. "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *ADPCP* 1986, pp. 39 y s., 42; SANCINETTI. "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en CANCIO MELIÁ, FERRANTE y SANCINETTI. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1998, pp. 58 y ss.; SCHÜNEMANN. "Über die objektive Zurechnung", en *GA*, 1999, pp. 220 y ss. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 108 y ss.).

48 Cfr., en esta línea, CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1.ª ed., Barcelona, 1998; 2.ª ed., Barcelona y Bogotá, 2001, pp. 303 y ss., 315 y ss.

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES*

El concepto de deber jurídico

I. INTRODUCCIÓN

> ¡Deber! Nombre sublime y grande, tú que no encierras nada amable que lleve consigo insinuante lisonja, sino que pides sumisión, sin amenazar, sin embargo, con nada que despierte aversión natural en el ánimo y lo asuste para mover la voluntad; tú que sólo exiges una ley que halla por sí misma acceso en el ánimo, y que conquista, sin embargo y aun contra nuestra voluntad, veneración por sí misma (aunque no siempre observancia); tú, ante quien todas las inclinaciones enmudecen, aun cuando en secreto obran contra ti, ¿cuál es el origen digno de ti? ¿Dónde se halla la raíz de tu noble ascendencia...?[1].

Los interrogantes planteados por KANT serán el objeto de las siguientes líneas; éstos y el título de esta contribución dejan ver con claridad la amplitud del tema a tratar, por lo que en el marco de este seminario limitaremos la exposición y tratamiento acerca de la problemática del concepto de deber jurídico a aquellas implicaciones que se manifiestan en el mundo del derecho penal. Se trata evidentemente de la problemática presente en el nuevo artículo 25 del Código Penal colombiano y, en consecuencia, de aquella temática nuclear propia de la moderna teoría de la imputación.

La doctrina y la práctica del derecho penal trabajan con el concepto de deber jurídico desde hace siglos; sin embargo, no existe ordenamiento jurídico alguno que contenga una claridad conceptual sobre su esencia y, aún menos, una concreción de su contenido. Siempre se pregunta: ¿quién está obligado?, ¿a qué se está obligado?, y todo en el intento de responder a la cuestión de la punibilidad de los delitos de comisión por omisión; es decir, en el intento de presentar el deber jurídico de responder para que el resultado no se produzca como condición necesaria para la autoría de estos delitos. Con especial acento queremos resaltar en estas líneas que cualquier estudio que se ocupe de la problemática de la posición de garante debe tomar como punto de partida no sólo el origen, el significado y la existencia de los *deberes*, sino también la posibilidad de obtener de ellos un *deber ser* categórico. Una respuesta a estos interrogantes está evidentemente en estrecha relación con la concepción que se tenga sobre los fundamentos de la vinculación jurídico-penal y, en consecuencia, con la relación entre derecho, moral y eticidad; de esta forma queda claro que se to-

---

* M. iur. comp. (Universidad de Bonn, Alemania); investigador adscrito al Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

1 KANT. *Crítica de la razón práctica*, E. MIÑANA Y VILLAGRASA y MANUEL GARCÍA MORENTE (trads.), Salamanca, 1997, p. 110.

can problemas centrales de filosofía del derecho, por lo que estas líneas se tendrán que mover necesariamente en este ámbito.

Tras la incorporación del artículo 25 como regulación de los presupuestos necesarios para la deducción de responsabilidad en los delitos de comisión por omisión surgen diversos interrogantes que escapan a cualquier consideración exhaustiva en esta contribución. No obstante, intentaremos adentrarnos en el núcleo de la problemática, es decir, buscaremos dejar claro cómo debe entenderse el deber jurídico que se reclama en el precepto con la expresión "deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica".

En un acercamiento preliminar a la respuesta a esta cuestion debe hacerse referencia a la gran contribución realizada por JULIUS BINDER en el año 1911 en relación con este tema. Para él, el concepto de deber no es un concepto jurídico; allá donde se tiene por costumbre hablar de deberes fundamentados por el ordenamiento jurídico se trata en realidad de algo muy diferente. Por esto deben ser rechazados aquellos deberes de los súbditos, también el deber jurídico criminal de omitir delitos, el deber jurídico-civil de cumplir con las obligaciones, pues en todos estos casos de lo que se trata es de responsabilidad, de responsabilidad con el cuerpo y la vida, con el patrimonio, con la libertad, con el honor[2]. De esta forma BINDER reconoció de manera acertada que la búsqueda del origen de los deberes se debe encaminar por fuera del ordenamiento jurídico y que, por tanto, los presuntos deberes jurídicos pertenecen al ámbito de la eticidad[3]. Este autor abogó al mismo tiempo por una división estricta entre derecho y deber[4], división que, según nuestra opinión, no permite una exposición correcta sobre la génesis de la vinculación jurídica. El concepto de deber es, y de esta forma dejamos sentada la opinión que aquí será defendida, *la unión ética de los hombres a un ordenamiento liberal erigido por el Ser objetivo espiritual, unión que debe ser entendida al mismo tiempo como la vinculación jurídica en sí.*

I. EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO EN KANT Y HEGEL

La doctrina enseña que el concepto de deber estuvo caracterizado por la unidad del derecho y el orden ético; pero se enseña al mismo tiempo que también se llevó a cabo una división estricta entre derecho y moral, de tal forma que se

---

2 BINDER. *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, p. 45.

3 Ibíd., p. 48.

4 Opinión que después abandonaría; cfr. BINDER. *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1935, p. III.

desarrolló un concepto de deber que diferencia entre deberes éticos y deberes jurídicos; otras elaboraciones se esforzarían por evitar esta división tan esctricta con el fin de conservar con el concepto de deber un elemento ético en el derecho[5]. El tratamiento del concepto de deber jurídico se puede observar sin embargo desde otra perspectiva, diferenciando así entre aquellas posiciones que afirman la existencia de tal deber, las que lo niegan, las que lo facilitan y aquellas que lo fusionan con el concepto de norma jurídica[6]. Estas clasificaciones tan diversas dejan ver con absoluta claridad lo difícil que resulta cualquier consideración en torno al concepto de deber relevante para el derecho penal; por esto, cualquier intento de concreción del concepto de deber jurídico con respecto a la punibilidad del delito de comisión por omisión será diverso dependiendo de la posición que se adopte. Esta disparidad en el posible tratamiento hace que en el momento de tomar una postura sea obligatorio asumir aquella que permita presentar una concepción de la vinculación jurídica *moderna* y *eficiente* en derecho penal. Esto se podrá lograr solamente en cuanto se parta de aquellos principios que le permitan a la sociedad moderna concebirse como liberal y al mismo tiempo solidaria. Partiendo de estas premisas, analizaremos la filosofía idealista alemana (la cual estuvo orientada como ninguna otra por principios de libertad) para mostrar que una concepción correcta del derecho, esto es, la vinculación jurídica, sólo puede resultar de un entendimiento normativo de la idea directriz de *libertad*. En este punto entran en consideración las elaboraciones filosóficas de KANT y HEGEL, pues ellas corresponden en mayor o menor medida, como se expondrá, con el mencionado tratamiento dual (derecho por una parte y moral-eticidad por la otra) del tema en la filosofía del derecho, y muestran en nuestra opinión el camino correcto en el entendimiento del concepto de deber jurídico.

A. EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO EN KANT

Tomando en consideración las exposiciones de WELZEL se puede afirmar que KANT realiza una diferenciación y no una división entre eticidad y derecho[7]. Las exposiciones de KANT sobre derecho y ética pertenecen al campo de lo *apriorístico*, es decir, el filósofo presenta una ética fundada en la idea del racio-

---

5 Una exposición detallada sobre estas diversas elaboraciones en SCHREIBER. *Der Begriff der Rechtspflicht, Quellenstudien zur seiner Geschichte*, 1966.

6 Sobre esta clasificación en el estudio del concepto de deber jurídico KUBEŠ. *Die Rechtspflicht*, 1981.

7 WELZEL. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1980, pp. 166 y ss.

nalismo e independiente de hechos empíricos, de la experiencia; así lo esboza KANT: "toda la filosofía moral descansa completamente en su parte pura, y, cuando es aplicada al hombre, no toma absolutamente nada del conocimiento de éste (antropología), sino que le da, como a un ser racional que es, leyes *a priori*"[8]. En la *Metafísica de las costumbres* KANT parte del concepto de deber, cuya manifestación fundamental es la idea trascendental de libertad; ésta, sin embargo, entendida de forma normativa, con independencia de la libertad empírica como arbitrio, pues el hombre debe ser definido como un ser inteligible a pesar de que como ser sensible muestre, según la experiencia, no sólo la capacidad de elegir conforme a las leyes, sino también de actuar en contra de ellas[9]; la libertad jamás puede consistir en que el sujeto racional pueda tomar una decisión en contra de su razón (legisladora)[10]. Sólo se puede ser libre según esta opinión en cuanto se hace realidad la posibilidad de actuar conforme a las exigencias de la razón, es decir, en cuanto se toma la ley de la costumbre como la fuente del contenido de las máximas rectoras del actuar[11].

De esta forma nos encontramos en KANT con una clasificación cuyo nivel más alto está conformado por la esfera de lo inteligible. No obstante se encuentra también otra esfera que de ninguna forma es negada, sino que se abstrae como esfera de menor importancia, en la que nunca se hallará sin embargo la verdadera libertad. La *ratio essendi* (fundamento del ser) y al mismo tiempo *ratio cognoscendi* (causa del conocimiento) de esta verdadera libertad es, según KANT, la ley práctica: "En este concepto de libertad positivo (en sentido práctico) se fundamentan leyes prácticas incondicionadas, que se denominan *morales*; estas leyes, para nosotros que tenemos un arbitrio afectado sensiblemente y, por tanto, no se adecua por sí mismo a la voluntad pura, sino que la contradice a menudo, son *imperativos* (mandatos o prohibiciones) y ciertamente categóricos (incondicionados)"[12]. De lo anterior se puede concluir que se está ante un sistema del conocimiento apriorístico (independiente de cualquier experien-

---

8 KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, LUIS MARTÍNEZ DE VELASCO (ed.), 1990, pp. 46 y s.

9 KANT. *La metafísica de las costumbres*, ADELA CORTINA ORTS y JESÚS CONILL SANCHO (trads. y notas), 1989, p. 34.

10 Idem.

11 PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 24. Libertad no existe como expresión de lo empírico, pues el ordenamiento que surge de la razón es muy diferente de aquel que surge del ordenamiento natural. El carácter racional de una acción permite que se cuestione desde el punto de vista moral en torno a la responsabilidad. Este es el aspecto fundamentador de imputación del concepto de libertad de KANT.

12 KANT. *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 27.

cia) que presupone una metafísica de hombres libres, por lo que se deben construir reglas que tengan validez universal, es decir, máximas. En una filosofía práctica en que el objetivo no es admitir fundamentos de lo que sucede de hecho, sino de lo que *debe* suceder, admitir leyes objetivas prácticas[13], el imperativo categórico es, según el filósofo, uno sólo: "Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal"[14]. El ser racional según este imperativo deber actuar, y el hecho de que este actuar sea racional hace que se originen deberes, deberes de carácter ético. Esta ley debe ser sin embargo autolegislada, es decir, el ser racional se da a sí mismo el imperativo, por lo que éste puede ser descrito como ser autónomo[15]. La libertad se debe entender en la filosofía kantiana, en consecuencia, como autonomía, esto es, como legislación.

La explicaciόm hecha por KANT del concepto de autonomía representa una gran revolución en la ética moderna y en el entendimiento que se tenga de una teoría del deber. Se trata de lo que WELZEL formuló magistralmente como la llegada de la "moralidad subjetiva"[16]. El sujeto práctico crea autónomamente normas generales de comportamiento que tienen validez para todos los seres racionales, pues él actúa como tal y se encuentra inmerso en una comunidad. Autonomía así entendida no significa de alguna manera que el sujeto empírico no se encuentre atado frente a normas objetivas; la libertad que KANT le otorga a los hombres y que se deduce del concepto de autonomía es una libertad como idea trascendental, como condición de la existencia de los hombres[17]. Esta idea se encuentra expuesta por el filósofo de la siguiente forma: "El concepto de todo ser racional, que por las máximas de su voluntad debe considerarse legislador universal [...] conduce a un concepto estrechamente vinculado a él y muy fructífero, el concepto de *reino de los fines*"[18]. KANT entiende por reino "el enlace sistemático de distintos seres racionales mediante leyes comunes"[19], y considera a los seres racionales "sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás nunca como simple medio sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo"[20].

---

13 KANT. *Fundamentación*, cit., p. 100.
14 Ibíd., p. 92.
15 Cfr. SCHREIBER. *Der Begriffe*, cit., p. 36.
16 WELZEL. *Naturrecht*, cit., p. 168.
17 SCHREIBER. *Der Begriffe*, cit., p. 37.
18 KANT. *Fundamentación*, cit., p. 110.
19 Idem.
20 Idem.

El sistema que KANT elabora como teoría general de los deberes se puede dividir en primer lugar en el sistema de la doctrina del derecho, la cual, según el filósofo, es adecuada para las leyes externas, y en segundo lugar en el sistema de la doctrina de la virtud, la cual no es adecuada para ellas[21]. Es decir, el individuo es considerado desde dos perspectivas diferentes: por un lado como ser inteligible, como destinatario de las leyes de la razón, y por otro lado como ser sensible, físico, perteneciente al mundo de lo natural. Esta doble perspectiva explica el porqué la voluntad del individuo puede no coincidir con la ley de la libertad, de manera que la dependencia de esta voluntad (no absolutamente buena) del principio de autonomía constituye una obligación[22]; ésta es "la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón"[23]; por otro lado, aquella voluntad cuyas máximas coinciden con las leyes de la autonomía es una voluntad santa, una voluntad absolutamente buena[24]. Expresado brevemente: *deber* es la necesidad objetiva de una acción obligatoria[25], es aquella "acción a la que alguien está obligado; es, pues, la materia de la obligación"[26]. KANT esboza así la existencia de deberes *jurídicos* y *éticos*, y define la simple concordancia o discrepancia de una acción con las leyes sin consideración de sus móviles como legalidad; por el contrario, define la acción en la cual el deber consagrado en la ley coincide con sus móviles (la acción es determinada sólo por esta ley de la razón) como moralidad (eticidad)[27]. Para KANT una acción es en realidad ética sólo cuando se ejecuta conforme al deber y sucede como consecuencia del deber, esto es, cuando la voluntad es determinada solamente por la ley de la libertad y no por otros motivos, por instintos; la acción que simplemente se ejecuta conforme al deber (acción legal) es también posible cuando los instintos determinan la voluntad (esta acción admite otro móvil distinto de la idea misma del deber) y sólo la acción exterior corresponde con la ley[28].

Esta diferenciación entre derecho y eticidad realizada por KANT se manifiesta de igual forma en la observancia de los diferentes mandatos. El derecho se satisface con la legalidad, mientras que la eticidad reclama no sólo esta observancia externa, sino también moralidad (la determinación de la acción por la ley de la

---

21 KANT. *La metafísica*, cit., p. 228.
22 KANT. *Fundamentación*, cit., p. 119.
23 KANT. *La metafísica*, cit., p. 28.
24 KANT. *Fundamentación*, cit., p. 119.
25 Ibíd., p. 119.
26 KANT. *La metafísica*, cit., p. 29.
27 Ibíd., p. 24.
28 Ibíd., pp. 23 y s.

libertad como motivo)[29]. A pesar de que se puede observar en KANT una independencia del derecho con respecto de la eticidad, no se puede concluir que existe una brecha inconciliable entre estas dos categorías y por tanto un concepto de deber jurídico independiente de la eticidad. El derecho en KANT está anclado en la libertad como idea trascendental, de manera que el concepto de deber jurídico tiene su origen y caracterización en la ley de la razón; el derecho debe concebirse a través de la decisión general del hombre, la cual es una determinación hacia la libertad. La teoría del derecho no es, en este sentido, una simple doctrina empírica; esto sería "una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso"[30]. El carácter racional de la doctrina del derecho se aprecia también en cuanto el filósofo desarrolla el concepto de derecho partiendo directamente del imperativo categórico de la mano de la idea del deber, dejando al descubierto cómo el derecho está allí a causa del deber, cómo él brota de la idea del deber[31]. Así se expresa KANT: "sólo conocemos nuestra propia libertad (de la que proceden todas las leyes morales, por tanto, también todos los derechos así como los deberes) a través del *imperativo moral*, que es una proposición que manda el deber, y a partir de la cual puede desarrollarse después la facultad de obligar a otros, es decir, el concepto de derecho"[32].

¿Cúal es el motivo de la *diferenciación* que realiza KANT entre legalidad y moralidad? ¿Nos encontramos quizás en realidad ante una tajante división si se atiende a que el filósofo afirma que el derecho tiene por objeto aquello que es exterior de tal forma que permanece puro ante influencias éticas?[33]. A esta cuestión podemos encontrar respuesta en la mismas elaboraciones de KANT. El hecho de que la sociedad de hombres esté conformada por seres que, a pesar de estar determinados hacia la libertad moral, se encuentran al mismo tiempo en el estado natural de arbitrio es lo que le permite al derecho lograr aquellas condiciones "bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal"[34]. Se trata de la salvaguardia de la libertad externa como tarea a cumplir por el derecho[35]. Ésta es, sin embargo, sólo una cara de la moneda en el pensamiento del filósofo de Königsberg, pues el tratamiento del derecho partiendo del imperativo categórico muestra con toda cla-

---

29 Cfr. WELZEL. *Naturrecht*, cit., p. 166.
30 KANT. *La metafísica*, cit., p. 38.
31 Cfr. SCHREIBER. *Der Begriffe*, cit., pp. 42 y ss.
32 KANT. *La metafísica*, cit., pp. 50 y s.
33 Cfr. KANT. Ibíd., p. 41.
34 KANT. Ibíd., p. 39.
35 Cfr. SCHREIBER. *Der Begriffe*, cit., p. 44, con otras referencias.

ridad que no puede existir una exposición sobre derecho que no esté en estrecha relación con el ordenamiento racional. Por esto resulta apropiado afirmar que KANT no conoce solamente deberes de legalidad, pues "todos los deberes, solamente por ser deberes, pertenecen a la ética"[36].

De esta exposición podemos concluir que KANT aboga por un sistema de libertad garantizada que surge de la autonomía del sujeto, en el cual el derecho es tratado desde un punto de vista subjetivo. La *Metafísica de las costumbres* es el tratamiento de lo ético a través de principios apriorísticos de la razón práctica pura. WELZEL llama la atención acerca de lo errado de considerar a KANT como representante de un subjetivismo ético puro solamente porque coloca en primer plano la autonomía ética del individuo, pues la idea de autonomía en KANT presupone, según WELZEL, un "orden objetivo material de las cosas"[37]. Aun cuando esta interpretación sea acertada, se observa que KANT en su exposición no satisface las condiciones necesarias para dotar a la idea de eticidad de un contenido claro y, en esa medida, no puede obtener contenidos objetivos relevantes para el deber; así se expresa HEGEL: "Por esencial que resulte el resaltar la pura autodeterminación incondicionada de la voluntad como raíz del deber, pues sólo mediante la filosofía *kantiana* ha ganado el conocimiento de la voluntad su fundamento sólido y su punto de partida gracias al pensamiento de su autonomía infinita, por mucho que afirme el mantenimiento del punto de vista simplemente moral que no alcanza al concepto de eticidad, rebaja esta ganancia a un *formalismo vacío* y la ciencia moral a una retórica del *deber por el deber*"[38]. En la medida en que la parte ético-material de la eticidad sea descuidada y, en consecuencia, no se desarrolle el contenido de los deberes se desatiende las condiciones del acontecer social. Ahora bien, la división estricta entre ser racional y ser físico que realiza KANT no permite concebir un individuo capaz de un actuar coincidente entre deber e instinto; es decir, para el filósofo la persona no puede actuar conforme a deber sintiendo al mismo tiempo, por ejemplo, algún tipo de placer al hacerlo, es decir, estando determinado por algo diferente a la ley de la libertad, lo que en nuestra opinión es perfectamente posible tratándose de un contexto social. El individuo, ya que crece influenciado por el acontecer social y precisamente en la sociedad alcanza la satisfacción de todas sus necesidades, puede perfectamente actuar cumpliendo

---

36 KANT. *La metafísica*, cit., p. 24.

37 WELZEL. *Naturrecht*, cit., p. 169.

38 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, K. H. ILTING (ed.), CARLOS DÍAZ (trad.), 1.ª ed., Madrid, 1993, § 135, observación, p. 464.

el deber y sintiendo una inclinación para ello al mismo tiempo. De forma concreta: el individuo puede hacer del deber su mayor inclinación. "Se puede hablar del deber majestuosamente, y este hablar coloca al sujeto en la cumbre y conforta su ánimo, pero cuando éste no se determina, será finalmente aburrido: el espíritu reivindica una particularidad a la que está legitimado"[39].

B. EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO EN HEGEL

El concepto de razón que parte del sujeto expuesto por KANT experimenta con HEGEL una configuración muy distinta. Él, como idealista, tiene también como punto de referencia la racionalidad; sin embargo, considera al sujeto solamente como particularidad. Para HEGEL aquello que es racional solamente puede ser producido como generalidad y se encuentra en el Estado como "espíritu objetivo"; es decir, racional es solamente lo general, aquello que un pueblo, el espíritu popular, determina en una época concreta; de manera que para que el ser racional pueda alcanzar esta racionalidad debe participar en el desarrollo y evolución de una determinada cultura, que, sobre estas bases, se construye como concreción de la idea de justicia y libertad.

HEGEL desarrolla en los primeros parágrafos de los *Fundamentos de la filosofía del derecho* el concepto de la voluntad libre en relación con la definición del derecho (§ 29). El espíritu que se manifiesta en primer término como voluntad individual debe realizarse en la esfera del derecho como espíritu objetivo, es decir, como realidad[40], pues "así transforma la casualidad de los instintos desordenados y confusos en la necesidad racional de una *libertad* inteligible. El ser del espíritu abandona la forma de su subjetividad en la medida en que se transforma en un mundo objetivo necesitado de libertad"[41]. Por tanto, la idea de libertad se desarrolla en HEGEL de forma paulatina a través de instituciones jurídicas; ellas son el derecho abstracto, la moralidad y la eticidad. A través del método *dialéctico*, donde estos tres niveles de evolución son los elementos de dicho proceso, HEGEL esboza "la *idea del derecho*, el concepto del derecho y su realización"[42] como objeto de estudio en los *Fundamentos*; no obstante, el filó-

---

39 HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, obra en 20 tomos, redacción de EVA MOLDENHAUER y KARL MARKUS MICHEL, 4.ª ed., t. 7, Frankfurt am Main, 1995, adición al § 136, p. 254.

40 Detallado al respecto PAWLIK. "HEGEL und die Vernünftigkeit des Wirklichen" (previsto para ser publicado en *Der Staat*).

41 PEPERZAK. *Hegels praktische Philosophie*, 1991, p. 108.

42 HEGEL. *Fundamentos*, cit., § 1, p. 66.

sofo deja claro que el ser y la realidad del derecho tienen su mayor realización en la eticidad, pues ésta representa la culminación en el proceso de liberación de la individualidad, ella es el "bien viviente"[43]. Éste, sin embargo, no es más que una idea abstracta en la eticidad, pues se concreta "en la medida en que hace de la conciencia del individuo un momento de su irrefrenable autorrealización"[44].

El proceso de objetivización del espíritu encuentra su configuración final en el Estado. Éste es para HEGEL el programa de conducción de la totalidad del sistema social, es el núcleo de dirección social. Su tarea no es la protección del individuo en particular y su voluntad especial, sino la protección del interés general, pues él es la "realidad de la idea ética"[45], en él los intereses individuales son suprimidos y al mismo tiempo conservados y salvaguardados, él es el nivel más alto de la existencia de libertad. No se trata, como lo expone PAWLIK de forma acertada, de la supresión total del interés particular en favor del soberano, sino solamente de una exposición que busca evitar que el interés particular se convierta en el único motivo de determinación del actuar político[46]. De acuerdo con esto, el sujeto es conciente de que la totalidad ética no tiene otros intereses diferentes de aquellos intereses que para el individuo resultan importantes[47].

Esta identidad ética hace que surjan consecuencias para el individuo en lo que tiene que ver con sus deberes, esto es, en relación con la doctrina del deber. Ésta sólo puede ser estudiada en HEGEL, sin embargo, teniendo en cuenta que el proceso de realización de la libertad sucede en evolución dialéctica a través de los niveles, el derecho abstracto, la moralidad y la eticidad, pues cada una de estas manifestaciones de la *idea* fundamenta una clase de deberes en concreto. En el nivel del derecho abstracto, en el cual la persona y la personalidad de la voluntad (§ 39) conforman los conceptos fundamentales, la norma básica reclama el respeto de las esferas de organización de cada individuo, y, de esta manera, el tratamiento recíproco como seres racionales; el mandato fundamental es por consiguiente: *sé una persona y respeta a los demás como personas*[48]. Esta frase reivindica el vencimiento de lo natural y el respeto de las esferas de organización de los demás, de manera que el tratamiento de aquellos como personas

---

43 Ibíd., § 142, p. 530.

44 PEPERZAK. "Hegels Pflichten- und Tugendlehre", en LUDWIG SIEP (ed.). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1997, pp. 167 a 191 y 170.

45 HEGEL. *Fundamentos*, cit., § 257, p. 678.

46 PAWLIK. "Hegel", cit.

47 PEPERZAK. *Hegels*, cit., p. 172.

48 HEGEL. *Fundamentos*, cit., § 36, p. 178.

deja surgir la expectativa de ser a la vez respetados como tales. El derecho abstracto se limita de esta forma a lo negativo, esto es, la omisión de la lesión o restricción de la libertad de los demás.

Este primer nivel del sistema hegeliano de la libertad se muestra en *principio* como un momento no autónomo. Sin embargo, HEGEL es consciente de esto, pues esboza el surgimiento del formalismo del derecho y del deber "a partir de la diferencia en el despliege del concepto de libertad"[49], es decir, reconoce la existencia de diferentes formas de proyección de la idea de libertad, y por tanto de deberes en derecho. "Frente al derecho más formal, es decir, *más abstracto* y por ende más limitado, la esfera o estadio del espíritu en que él ha llevado hacia sí la determinación y la realidad a los demás momentos contenidos en su idea como momentos *más concretos*, más ricos en sí, y más verdaderamente universales tiene, precisamente por ello, también un derecho más elevado"[50]. El filósofo expone así la moralidad como la siguiente manifestación de la voluntad; esta voluntad es "*infinita* no solamente *en sí*, sino también *para sí*"[51], es subjetividad infinita, de manera que el punto de partida moral representa en HEGEL la configuración del derecho como la mayor manifestación de la voluntad subjetiva[52]. En esta parte de los *Fundamentos* se encuentran las exposiciones sobre la conciencia moral, éstas de mucha importancia para el objetivo perseguido en esta contribución, pues es allí donde HEGEL intenta mostrar lo restrictivo de la posición moral de KANT, y la necesidad de dar el paso siguiente a la idea de eticidad.

HEGEL le da a la conciencia un tratamiento dual. Diferencia aquella que denomina "verdadera" de aquella que representa solamente la parte formal de la actividad de la voluntad. Mientras que la primera es "la disposición de querer aquello que es bueno *en sí* y *para sí*, por lo que tiene sólidos principios, y estos son ciertamente para ella las determinaciones objetivas para sí y los deberes", la conciencia formal se muestra "sin ningún contenido propio"[53]. Para que pueda ser "verdadera" la conciencia necesita tener certeza en cuanto a su contenido, y esto sólo puede lograrse según HEGEL, en el interior de una eticidad concreta e histórica; la conciencia no se debe aislar por esto de los principios fundamentales y los deberes. La conciencia se determina en su contenido a través de los principios y deberes manifiestos en un ente común ético, pues

---

49 Ibíd., § 30, p. 158.
50 Idem.
51 Ibíd., § 105, p. 372.
52 Ibíd., § 107, p. 378.
53 Ibíd., § 137, p. 470.

saber "*cuáles* son los deberes que debería cumplir el hombre para ser virtuoso es fácil decirlo en una comunidad ética"[54]. Este enunciado es sin lugar a dudas la manifestación de la idea contraria a la exposición de KANT, es decir, esta diferenciación entre conciencia "verdadera" y "formal" es la resistencia de HEGEL frente al subjetivismo; el filósofo se opone a aquella conciencia formal subjetiva, pues volatilizaría cualquier disposición objetiva y cualquier deber, y además justificaría todo tipo de contenidos en la teoría del deber[55]. En cuanto la conciencia determine su contenido a través de lo verdaderamente ético, se abre la posibilidad de que lo subjetivo y lo objetivo se puedan considerar de forma unitaria, esto es, de que las inclinaciones del individuo puedan ser parte de la idea de deber al mismo tiempo, lo que, como advertimos arriba, es perfectamente explicable en un sujeto que crece y se desarrolla en sociedad, en contacto con los demás. La persona podrá ahora observar los mandatos jurídicos sintiendo quizás alguna inclinación para ello, pues sabe que ésta es la única forma de poder convivir con los demás, de formar una sociedad. "La *conciencia moral* expresa la absoluta justificación de la autoconciencia subjetiva, es decir, saber *en sí* y *desde sí* misma qué es derecho y qué es deber, y no reconocer ninguna otra cosa que lo que de este modo ella sabe que es el bien, con la afirmación a la vez de que lo que ella sabe y quiere así *en verdad* es derecho y es deber"[56].

De lo expuesto antes se puede advertir con claridad la transición del nivel de la moralidad hacia el de la eticidad en la filosofía del derecho *hegeliana* y, en consecuencia, la posibilidad de una teoría del deber "inmanente". Es en la eticidad donde se encuentra por primera vez la encarnación de la verdadera libertad y la manifestación definitiva de una obligación, de una vinculación especial, de un *deber ser* determinado totalmente en su contenido: "Eticidad es, [...] el *concepto de libertad que se ha convertido en mundo existente y en naturaleza de la autoconciencia*"[57]. Bajo este concepto en la filosofía del derecho de HEGEL deben entenderse aquellas relaciones sociales de los hombres que no se refieren a la persona en cuanto ser abstracto, sino por el contrario aquellas relaciones en las que se anudan las fuerzas para realizar un fin de libertad duradero, en las que las personas están obligadas entre sí a "tributar algo *positivo*"[58]. La teoría

---

54 Ibíd., § 150, p. 544.
55 Cfr. Ibíd., § 138, p. 476.
56 Ibíd., § 137, observación, p. 472.
57 Ibíd., § 142, p. 530.
58 HEGEL. *Nürnberger und Heidelberger Schriften*, p. 253.

de la eticidad de HEGEL es, por lo tanto, una teoría de los deberes que contiene aquellos que se originan en las relaciones racionales, necesarias y objetivas entre los hombres, y que no pueden ser consideradas simplemente como deberes humanos, sino que se presentan como deberes especiales, por ejemplo, "de los esposos, de los padres e hijos, del profesor y los alumnos, del gobernante y el gobernado, etc."[59]. Estas relaciones éticas conforman el marco dentro del cual el espíritu alcanza en el *Estado* su máxima realidad terrenal, esto en su proceso de desarrollo a través de la *familia* y la *sociedad civil*[60].

La elaboración filosófica de HEGEL es una clara reacción contra aquella filosofía del *deber ser* abstracto, que interpreta la razón en absoluta ruptura con la realidad y, en consecuencia, no encuentra contenidos objetivos claros para los principios fundamentales y para los deberes jurídicos. Como lo expresamos arriba, HEGEL también expone una parte abstracta y formal de la vinculación jurídica, lo que podría compararse con la generalidad del imperativo categórico (por lo menos en su segunda manifestación[61]) puesta de relieve por la ética *kantiana*; sin embargo, una comparación tal no sólo desconocería que, si bien cada nivel de evolución del espíritu en la filosofía *hegeliana* es superado por el siguiente, también es en él mismo recepcionado en su significado y contenido; sino que también olvidaría la fijación moral pura de los planteamientos de KANT. Este deber negativo inmerso en el derecho abstracto representa sólo una parte de la teoría del deber en HEGEL, pues el filósofo reconoció claramente que la realidad social debe tomar en consideración otros deberes (es decir, deberes positivos) para que se pueda hablar de sociedad, ésta considerada así en su totalidad.

La exposición hecha por HEGEL de un vivir en comunidad organizado es además posible ya que el filósofo no aboga por una división estricta entre doctrina del derecho y de la virtud y, en consecuencia, el individuo actuante es considerado como aquél que quiere y realiza lo bueno como su propia finalidad y meta, de manera que se sobrepasa la brecha entre el *deber ser* y el *ser*[62]. El pensamiento *hegeliano* está caracterizado de acuerdo con lo anterior por conciliar lo empírico con la razón, pues con él la idea de deber se encuentra inmersa en un mundo formado por *ser* y *deber ser*: "Lo que es vigente en general, tam-

---

59 MICHELET. *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, t. 1, p. 287.

60 SCHREIBER. *Der Begriffe*, cit., p. 67.

61 Así lo expone KANT. *Fundamentación*, cit., p. 104: "obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio".

62 PEPERZAK. "Hegels", cit., p. 170.

bién es válido en general; lo que *debe ser*, *es* de hecho también, y aquello que solamente *debe ser*, sin *serlo*, no tiene realidad"[63]. El que las leyes de la eticidad tengan una "autoridad más elevada"[64] y poder en relación con las leyes que la naturaleza nos ha dado muestra que de lo que se trata aquí es de una "teoría del deber inmanente y consecuente que no puede sin embargo ser otra cosa que el despliege *de las relaciones* que son necesarias en el Estado en virtud de la idea de libertad, y por ende *reales* en toda su amplitud"[65].

II. EL SIGNIFICADO PARA EL DERECHO PENAL

El desarrollo y evolución de la dogmática y de la jurisprudencia penales deja al descubierto que el elemento necesario para la deducción de responsabilidad en el delito de omisión es la existencia de un deber jurídico. En consecuencia, se puede apreciar que las elaboraciones de filosofía del derecho acerca del concepto de deber no han sido ajenas al desarrollo dogmático penal. Esto se observa ya a mediados del siglo XVIII, cuando se empieza a elaborar una dogmática del derecho penal especialmente en Alemania y, por tanto, se profundiza en lo relacionado con el concepto de deber jurídico; son las elaboraciones de P. J. ANSELM FEUERBACH, en especial, las que plantean una primera sistematización en torno a la responsabilidad omisiva. Para este autor, el Estado es una unidad social que busca la protección de los derechos de los ciudadanos; tiene, por tanto, la facultad de valerse de todos los medios posibles en la consecución de dicho fin, esto es, por ejemplo, de la instauración de deberes apoyados por coerción cuya lesión tenga como consecuencia la adjudicación de una pena. Estos deberes tienen como contenido generalmente una omisión y sólo pueden por esto ser lesionados a tráves de un actuar y no de un omitir (obligatoriedad originaria del ciudadano). Por el contrario, si se busca una responsabilidad por omisión se necesita, según FEUERBACH, un fundamento jurídico especial, que él encuentra en la *ley* o en el *contrato*, pues sólo a través de ellos se fundamenta la obligación de actuar[66]. Según esto, los delitos pueden diferenciarse de acuerdo con la forma de manifestación exterior, es decir, existen delitos de acción y de omisión; en el primer caso se trata de la lesión de un deber apoyado por coerción que tiene como contenido una omisión, y en el segundo supuesto, de la

63 HEGEL. *Phänomenologie des Geistes*, Obras en 20 tomos, cit., t. 3, 6.ª ed., Frankfurt am Main, 1998, p. 192.

64 HEGEL. *Fundamentos*, cit., § 146, observación, p. 536.

65 HEGEL. *Fundamentos*, cit., § 148, observación, pp. 542 y ss.

66 FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1847, §§ 8 y 9.

lesión de aquellos deberes que se derivan de la ley o del contrato, como fundamentos jurídicos especiales, y que tienen como contenido un actuar.

El pensamiento de FEUERBACH muestra que la cuestión de la vinculación jurídica en el marco de la punibilidad de los delitos de omisión se trabajó en mayor o en menor medida bajo la idea de "legalidad"; esto, sin embargo, no debe sorprender en absoluto, pues responde sencillamente a las exigencias de la época en la que los planteamientos de KANT sobre la idea del derecho cobraron importancia. En consecuencia, FEUERBACH reclamó una división estricta entre derecho y eticidad, hizo énfasis en la independencia del derecho respecto de la ética y abogó por la obtención de "fundamentos especiales" para la punibilidad de los delitos de omisión. La contribución de este autor es significativa para la posterior evolución de la dogmática penal, pues la responsabilidad encuentra en el concepto de deber jurídico su fundamento y, en lo que se refiere a la responsabilidad por omisión, se marca la senda que hasta hoy considera la responsabilidad en estos delitos como un modelo de responsabilidad excepcional.

Estos planteamientos fueron desarrollados posteriormente entre otros autores por SPANGENBERG; sin embargo, él con su exposición plantea lo que podríamos llamar como "quebrantamiento del sistema de FEUERBACH", en cuanto que, además de la posibilidad de obtener una obligación de actuar de la ley positiva y del contrato, reconoce que existen otras circunstancias que también pueden ser consideradas como "fundamentos especiales", y expone lo que denomina "relaciones jurídicas especiales", para referirse a aquellos vínculos estrechos entre determinadas personas que las obliga recíprocamente a la protección y ayuda; esbozó como ejemplos de estas relaciones el matrimonio, el parentesco en línea directa, etc.[67]. Esto evidencia que las discrepancias filosóficas en torno al concepto de deber jurídico a las que hicimos alusión en el primer apartado se retoman en la discusión en derecho penal; la dogmática penal reconoció así que la vinculación jurídica tiene su origen y fundamento más allá de lo que puede ofrecer un texto jurídico, más allá de la legalidad y, por esto, que los deberes en derecho penal están por fuera de cualquier formulación positiva. Este plantemiento, sin embargo, fue olvidado rápidamente, pues la dogmática penal seguiría insistiendo en la liberación del derecho de cualquier contenido ético o, como lo expresó el mismo FEUERBACH, en la limpieza del derecho penal en todas sus partes de errores filosóficos[68]. Las consecuencias

---

67 SPANGENBERG. *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, 1821, pp. 532 a 540; también, HENKE. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1823, p. 396.

68 FEUERBACH. *Lehrbuch*, cit., p. VI.

que esto tendría para la ciencia del derecho penal las podemos percibir aún en la actualidad; hoy en día todavía se discute acerca del origen del deber jurídico como fundamento de la punibilidad del delito omisivo; sin embargo, se limita la búsqueda a los delitos de comisión por omisión y, en su interior, a la fundamentación del concepto de "posición de garante" esbozado por NAGLER como elemento típico indispensable en la deducción de responsabilidad en estos delitos[69]. Es decir, el deber jurídico que hoy en día se reclama en la mayoría de las codificaciones para la asignación de responsabilidad en el delito de comisión por omisión se busca directamente en el derecho positivo (Constitución o ley), lo que si bien no podemos calificar de errado sí limita el entendimiento correcto que se debe tener del origen de los deberes en derecho penal.

Los diferentes intentos dogmáticos que recientemente se han desarrollado en el tratamiento de la responsabilidad por omisión han percibido en mayor o menor medida esta carencia argumentativa y se han orientado hacia la utilización de criterios de sociología del derecho, dándole así al concepto de deber jurídico una connotación social importante, pues éste se busca ahora en las posiciones reales existentes en una determinada sociedad, y no directamente en el derecho positivo. A pesar de este reconocimiento, los criterios normativos presentes en la sociedad, esto es, las condiciones básicas y necesarias para su configuración, y que toman como base precisamente el sistema social en sus diferentes proyecciones, no fueron reconocidos en su totalidad y por esto se siguieron utilizando abstracciones terminológicas como "posición social" o "rol social" para la fundamentación del deber de garantía[70].

De esta evolución se desprende que el concepto de deber jurídico en derecho penal se empieza a desvanecer. A pesar de que sigue siendo utilizado y reclamado en la solución de la problemática de la posición de garante, es nega-

---

69 La doctrina expuesta por NAGLER en la segunda mitad de los años 30 ("Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", en *GS* 111, 1938, pp. 54 y ss.) trajo consigo un enfoque nuevo y decisivo en la problemática del deber jurídico de responder por la evitación del resultado. Este autor arriba a la conclusión de que la cualidad "ser garante" es lo que permite afirmar la equivalencia entre la omisión y el hacer positivo. Este resultado lo obtiene NAGLER después de examinar los tipos penales en los cuales el legislador equipara la pasividad con la actividad, lo que, como consecuencia, según él, pone al descubierto que la estructura del delito impropio de omisión difiere del delito de comisión precisamente en sede del tipo; todos los demás elementos del delito, como la causalidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son compartidos con la comisión. De esa manera, los delitos impropios de omisión necesitan del elemento del tipo "posición de garante" para poder ser equiparados con el delito comisivo.

70 Por ejemplo, las elaboraciones de BÄRWINKEL (*Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968) combinan elementos sociológicos y ético-sociales en el intento de desarrollar la fundamentación del origen de los deberes de garantía; también BEHRENDT (*Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979) se orienta en esta tarea a las posiciones objetivas en la sociedad.

do en cuanto a su contenido; esto no sólo cuando se busca en la "legalidad" sin más, sino también cuando se considera que la vinculación jurídica se puede explicar de la mano de conceptos formales y categorías del espacio y la causalidad, como lo evidencia la evolución de dicha problemática. Este tema debe ser tratado de una forma más profunda, pues el error fundamental de todos estos intentos en la fundamentación del deber jurídico de responder ha radicado en el tratamiento sin orientación social crítica[71] del que ha sido objeto, y en el desconocimiento del "ser objetivo espiritual"[72], base necesaria de su fundamentación; esta es la explicación para la fatal evolución que ha sufrido la idea de vinculación jurídica en derecho penal.

Ante esto, nos parece acertado resaltar los planteamientos de HEGEL sobre el poder del espíritu y su realidad en el mundo. El filósofo fundamentó el deber en íntima conexión con el ser y, de esta forma, facilitó la explicación normativa de las innumerables manifestaciones del mundo real. Sus categorías apuntan a la toma en consideración de las manifestaciones culturales e históricas de un grupo determinado y esta es, en nuestra opinión, la única posibilidad de fundamentar un deber ser categórico. Sólo en cuanto los miembros de un conglomerado produzcan su propio sistema jurídico podrá afirmarse su identidad en él y la posibilidad de su desarrollo en correspondencia con un ordenamiento construido de acuerdo con sus necesidades. Un actuar que deviene *solamente* de un principio abstracto, un actuar que únicamente es visto como racional por un sujeto y, en consecuencia, que se aparta de las instituciones sociales e históricas, de las tradiciones, etc., no permite la elaboración de un ordenamiento unificado. Este último sólo se podrá construir allá donde los individuos, en sus relaciones recíprocas, se pongan de acuerdo sobre aquello que adquiere validez normativa y aquello que no. Toda sociedad que quiera concebirse como tal debe considerar la idea de libertad (como lo hace la filosofía idealista alemana) como una de las condiciones de su existencia, o dicho de una forma más precisa, como presupuesto de una vinculación categórica. Sólo un entendimiento semejante de la vinculación jurídico-penal le ofrece a la dogmática de la omisión las condiciones fundamentales para su correcta evolución.

Partiendo de estas premisas se puede afirmar que aquello que siempre se ha tratado como cuestión decisiva en los delitos de omisión, es decir, la problemática en torno al deber jurídico, se transforma con el entendimiento aquí esbozado en el núcleo del derecho penal moderno y, en consecuencia, la pro-

---

71 Cfr. KUBEŠ. *Grundfragen der Philosophie des Rechts*, 1977, p. 56 y s.

72 Cfr. KUBEŠ. *Die Rechtspflicht*, cit., p. 7.

blemática de la posición de garante se convierte en un mecanismo de interacción, de manera que el concepto de deber jurídico va a servir ahora para proyectar la identidad normativa del grupo y, de esta forma, para guiar *todas* las relaciones sociales posibles en un Estado perfectamente organizado. Ahora bien, si se intenta encontrar aquellos principios que presenten una teoría de la posición de garante en general resultan plausibles las exposiciones de HEGEL, pues, como lo mencionamos anteriormente, la sociedad actual sólo puede concebirse como tal en cuanto se parta de aspectos orientados por la idea de libertad, en cuanto se parta de un sistema como el *hegeliano* de la libertad. Esta libertad normativa es en este sentido el concepto fundamental y el paradigma de legitimación de la vinculación jurídica, sin embargo, esta libertad inmersa en un contexto institucional; se trata en resumen de una libertad garantizada a través de instituciones.

El pensamiento de HEGEL ofrece una fundamentación de la vinculación jurídica tanto en una expresión negativa como positiva; es decir, para el filósofo existen deberes negativos y positivos, y cada uno de estos contiene una expectativa de comportamiento que puede definirse en la terminología tradicional como de omisión y como de acción, respectivamente. Mientras que en los deberes negativos se trata de la expectativa de no lesionar los intereses legítimos de los demás, en los positivos se trata por el contrario de una expectativa de acción, esto es, de una prestación en beneficio de otra persona. Estos planteamientos hacen que la problemática de la posición de garante adquiera una connotación muy diferente, pues no sólo ya no se diferenciará de acuerdo con la forma de manifestación exterior entre acción y omisión, sino también se sobrepasará en consecuencia la eterna discusión en torno a la limitación de los deberes negativos a prohibiciones (como lo hizo FEUERBACH con la idea de la obligatoriedad originaria) y de los deberes positivos a mandatos. Resumiendo, se trata de deberes negativos y de deberes positivos y las respectivas expectativas que ellos contienen; la forma de manifestación de la lesión del deber o la defraudación de la expectativa podrá ser una acción o una omisión; sin embargo, el deber y la expectativa defraudada serán siempre las mismas.

La prohibición inmersa en la relación negativa del derecho abstracto se puede presentar, para expresarlo con las palabras de HEGEL, como prohibición o, de forma positiva, como mandato, por ejemplo: "tú debes cumplir el contrato [...]así es esto una forma de la expresión, la cual toma como base siempre el *contenido* de la prohibición"[73] del derecho abstracto, el cual impone el respeto

---

73 HEGEL. *Nürnberger*, cit., pp. 234 y s.

de las pretensiones racionales del otro. En los deberes positivos se argumenta de igual forma; el mandato contenido es el de prestar ayuda solidaria a determinadas personas; esta prestación, sin embargo, puede configurarse en el mundo exterior como acción u omisión sin que por esto se cambie el fundamento de la responsabilidad. En conclusión: los deberes son la condición necesaria para la configuración de la sociedad; su permanencia y cumplimiento serán garantizados por el derecho penal, sin consideración de las particularidades de un acto de organización.

De lo anterior se desprende que la realidad del espíritu descrita por HEGEL no se puede reducir a lo empírico, como se afirma en la literatura[74]. El mundo empírico como es se presenta como condición de todo entendimiento normativo de sociedad; sin embargo, debe ser considerado desde la perspectiva de la idea de libertad a través de la cual se facilita la vida en comunidad, es decir, debe ser interpretado normativamente. La ansiedad por el positivismo que ha puesto de manifiesto la ciencia penal ha llevado a que se deconozca la realidad existente más allá del derecho positivo y por tanto la verdadera fuente de la vinculación jurídica, esto es, el origen ético-jurídico del deber. Si se cuestiona actualmente acerca de las condiciones que le facilitan a la persona desarrollarse como tal en convivencia con los demás, sólo se tiene como respuesta aquellas condiciones *jurídicas*; y éstas son garantizadas precisamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos, pues en ellos la idea de libertad y las condiciones de su realización son las directrices, es decir, estos ordenamientos están, *en principio*, legitimados éticamente; la idea del totalitarismo es su polo opuesto[75]. El reto que le surge a la dogmática del derecho penal es presentar los mecanismos que le permiten a una sociedad, así entendida normativamente,

---

74 En este sentido SCHREIBER. *Der Begriffe*, cit., pp. 69 y s.

75 Sobre esto de forma detallada KRIELE. *Recht und praktische Vernunft*, 1979, pp. 111 y ss, en especial 132 y ss. Si bien los Estados de corte democrático están legimitados en principio éticamente y pueden ser considerados expresión de "racionalidad", la realidad enseña que las condiciones de realización de la idea de democracia no están presentes siempre; muchos Estados latinoamericanos, por ejemplo, son el reflejo del proceso actual de democratización, esto es, del desarrollo conjunto de los pilares fundamentales de un sistema democrático. Un Estado como el colombiano, en el que no se garantizan totalmente las necesidades fundamentales de la población (por ejemplo, la seguridad), no ofrece un panorama "racional" íntegro en el sentido de la filosofía *kantiana* o *hegeliana*. Esto pone de presente la posibilidad de cuantificación de la idea de racionalidad, y de esto es HEGEL consciente en cuanto reconoce, por ejemplo, una de las discusiones económicas propias de su tiempo, la polarización de la sociedad entre ricos y pobres: "La sociedad civil ofrece en estas contraposiciones y en su desarrollo así mismo el espectáculo del vicio, de la miseria y de la corrupción a la vez físico-social y ética" (HEGEL. *Fundamentos*, cit., § 185, p. 620).

formar un "sistema jurídico" *autónomo*; la ciencia del derecho penal tendrá que responder a este reto a través, en nuestra opinión, del trabajo interdisciplinario y de la formación de nuevas categorías. Esto es, por supuesto, otro tema que evidentemente escapa al fin perseguido en esta contribución.

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES

Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad

INTRODUCCIÓN

La discusión dogmática en torno al delito de omisión y sus elementos data de principios del siglo XIX. El objetivo de estas líneas no es sin embargo exponer el tratamiento que ha dado la doctrina a los diferentes problemas que surgen en estos delitos, sino más bien plantear algunos interrogantes que consideramos importantes en la discusión actual sobre la responsabilidad por omisión, sin desconocer por supuesto que estas nuevas cuestiones son el resultado del tratamiento que en estos dos siglos se le ha dado a esta clase de delitos, en especial a los delitos de comisión por omisión. La doctrina maneja como punto de referencia en la determinación de responsabilidad en el delito de comisión por omisión el elemento "posición de garante"; sin embargo, saber cuál es su contenido, su alcance y la forma de su determinación son los interrogantes que han marcado la senda de la doctrina penal desde hace algunas décadas, y que aún hoy en día ocupan la atención de aquél que quiera averiguar cuándo se está obligado jurídico-penalmente, en otras palabras, cuál es el origen de la vinculación jurídica en derecho penal. De esta forma queda claro que lo que actualmente se discute y, según nuestra opinión, debe ser discutido va más allá de aquello que tradicionalmente se ha trabajado bajo la rúbrica de la posición de garante; se trata de determinar cuáles son los deberes relevantes en derecho penal en *general*, y no de investigar en el interior de un delito "impropio" de omisión, pues esta búsqueda está destinada al fracaso. Es precisamente GÜNTHER JAKOBS quien con su obra le ha mostrado claramente a la dogmática penal que de la mano de procesos causales no se puede explicar la constitución normativa y el desarrollo de la sociedad moderna.

Sin ánimo de adentrarnos en una exposición de la evolución de la problemática de la posición de garante como elemento necesario en la punibilidad de los delitos de comisión por omisión[1], queremos hacer referencia en esta contribución a dos cuestiones que se plantean en la actualidad en esta clase de delitos. El primer interrogante está íntimamente relacionado con la exposición hecha por FEUERBACH[2] sobre las fuentes jurídicas de la obligación. La contribución de

---

1 Sobre esta evolución PERDOMO TORRES. *La posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 17 y ss.

2 *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799; ID. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*, 1847.

este autor en el campo de los delitos de omisión es la mención de aquello que él entiende como "fundamentos jurídicos especiales" (ley o contrato) para fundamentar la responsabilidad en estos delitos. Esta primera clasificación, que posteriormente sería desarrollada por autores como SPANGENBERG[3], HENKE[4] y STÜBEL[5], determinaría la evolución de la dogmática del delito de omisión hasta nuestros días, pues en estos planteamientos se encuentran inmersos los interrogantes que surgen actualmente en la discusión sobre el deber jurídico de actuar; sólo para mencionar dos ejemplos, *las cuestiones de (1) si el deber debe ser uno jurídico positivizado*[6] *o (2) si el derecho penal está asumiendo categorías propias del derecho civil en la explicación de los fundamentos de la obligación*[7]; esta segunda cuestión será el primer interrogante a tratar en esta líneas.

I. ¿ASUNCIÓN DE CATEGORÍAS CIVILES POR EL DERECHO PENAL?

El desarrollo dogmático del delito de omisión enseña que la fundamentación del deber jurídico de actuar debe estar orientada por criterios materiales sólidos que correspondan así mismo con las necesidades de una determinada configuración social, pues de otra forma no se logra sobrepasar las dificultades que trajo consigo la fundamentación formal hecha por FEUERBACH con su "teoría del deber jurídico" y que también evidenció el tratamiento realizado por ARMIN KAUFMANN[8] con la llamada "teoría de las funciones". La moderna doctrina penal reconoció rápidamente esta carencia argumentativa y, en aras de lograr

---

3 *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, 1821.

4 *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1823.

5 *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828.

6 De una ojeada al artículo 25 del Código Penal colombiano se desprende que para que un autor pueda ser penado por un delito de comisión por omisión se necesita la infracción de un deber jurídico de evitar el resultado típico; es decir que para la autoría en estos delitos es fundamento y condición necesaria la existencia de un deber jurídico de responder por la no producción del resultado; esta norma y el artículo 10.° de la codificación colombiana insisten en que este deber se debe obtener conforme a la Constitución o a la ley, es decir, que debe estar consagrado en el derecho positivo. Esta exigencia deja al descubierto que nuestro nuevo Código Penal asume aquel "fundamento jurídico especial" (ley) esbozado por FEUERBACH, adhiriéndose así a una dogmática penal que, como ha quedado en evidencia en la evolución dogmática del delito de comisión por omisión, hace más de un siglo ha planteado interrogantes; sobre las inconveniencias dogmáticas de un precepto semejante, PERDOMO TORRES. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 9 y ss.

7 Sobre esta cuestión, recientemente, GRÜNEWALD. *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, 2001.

8 Cfr. KAUFMANN. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 255 y ss., en especial 283 y ss.

un fundamento material sólido que refleje el verdadero origen de los deberes en todo conglomerado, aboga por la determinación de la responsabilidad en derecho penal a través de la lesión de un deber de aseguramiento en el tráfico (competencia por la organización interna y el estado de dicha organización), de un deber de aseguramiento derivado de un comportamiento precedente peligroso (injerencia), del desmejoramiento de una determinada situación para bienes jurídicos en una organización ajena (asunción), o de la lesión de aquellos deberes que surgen de la realización del peligro al interior de dicha organización (deberes de salvamento); en resumidas cuentas, de la lesión de un deber *negativo*. Por otro lado la lesión de aquellos deberes que surgen de considerar instituciones sociales irrenunciables, caracterizadas por la existencia de círculos vitales fundamentadores de solidaridad, es el criterio que permite la asignación de responsabilidad que hoy se esboza como competencia institucional y que se encuentra inmerso en un deber *positivo*[9].

Si con la utilización del contrato a principios del siglo XIX, como fundamento especial en la responsabilidad omisiva, se estaba utilizando un criterio propio del derecho civil, hoy se afirma que esta tendencia se repite al asumirse como fundamento de responsabilidad la lesión de un deber de aseguramiento del propio ámbito de organización, pues de esta manera el derecho penal se hace totalmente dependiente de la construcción de deberes en el derecho civil, es decir, de los deberes generales en el tráfico (*Verkehrspflichten*)[10]. Los partidarios de esta tesis van aún más allá e intentan argumentar de la mano de aquello que denominan "programas de conducción" en derecho, afirmando que con la utilización de criterios civiles en la fundamentación de los deberes de garantía el derecho penal se orienta a un "programa jurídico de conducción que evidentemente no es el suyo"[11]; el derecho penal debe utilizar como herramientas aquellas que permitan que los instrumentos tradicionales de imputación y las sanciones armonicen con el programa jurídico-penal de deducción de responsabilidad individual del actuante, pues de lo contrario habría que preguntarse si el derecho penal estaría sobrepasando sus fronteras de actua-

---

9 Sobre estos deberes y los fundamentos de responsabilidad que ellos contienen JAKOBS. *Acción y omisión en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

10 Cfr. SEELMANN. "Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit, Zielkonflikte bei der Akzesorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten", en ID. (ed.). *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, 2000, pp. 41 a 57, 46 f; manifestando escepticismo al respecto, ID. *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik*, en *GA*, 1989, pp. 241 a 256.

11 SEELMAN. *Verantwortungszuweisung*, cit., p. 49.

ción y fomentando contradicciones valorativas en la ciencia del derecho[12]. Si bien esta última cuestión queda sin resolver con la crítica, se propone como orientación correcta una "reconstrucción del concepto de deber jurídico" de la mano de un criterio con contenido exclusivamente penal; éste es, según esta opinión, aquél concepto de derecho que se estructure sobre la responsabilidad por el actuar, de manera que el obligado es aquél que ha colocado por sí mismo, a través de su comportamiento precedente, la causa de la lesión posterior[13].

A pesar de que los planteamientos críticos anteriormente mencionados se mueven dentro de la dogmática del delito de comisión por omisión, tocan sin duda alguna el núcleo de la vinculación jurídica en derecho penal y por consiguiente plantean como cuestión básica el entendimiento que se debe tener del derecho en general. Sin embargo, este no es el lugar para disertar acerca de lo que se debe entender como "norma" en derecho penal y tampoco para establecer los requisitos de su validez; más bien, intentaremos dar una respuesta a algunas cuestiones que con esta crítica consideramos han quedado sin solución, o que no corresponden con un entendimiento moderno del derecho penal.

El derecho penal que quiera responder a los desafíos de la sociedad moderna, y ante esto se ve enfrentada todos los días tanto la práctica como la doctrina en la búsqueda de soluciones, debe valerse de aquellos mecanismos que permitan su desarrollo y evolución en total coincidencia con el ordenamiento social, pues éste no representa otra cosa que la fuente de obtención de expectativas, es decir de normas, en derecho penal[14]. La posición que aquí se sostiene es aquella que define la vinculación en derecho penal a través de deberes, y por consiguiente a la persona como su portador; estos deberes, y este es uno de los grandes aportes del profesor JAKOBS, deben surgir directamente de las necesidades de la

---

12 Ibid., pp. 50 y s; en el mismo sentido, GRÜNEWALD. *Zivilrechtlich*, cit., pp. 124 y ss.

13 SEELMAN. *Verantwortugszuweisung*, cit., pp. 54 y ss; ID. *Opferinteressen*, pp. 252 y ss.; también, GRÜNEWALD. *Zivilrecht*, cit., p. 131.

14 Este enunciado deja claro que la concepción del derecho de la que aquí se parte es una muy diferente a la que maneja la doctrina tradicional. Los problemas que hoy en día se presentan en el interior del delito de comisión por omisión y su elemento posición de garante no son más que el resultado de aquel estrecho entendimiento del derecho en general que se aferra al positivismo jurídico. La solución a la problemática sólo se podrá alcanzar en la medida en que se abandonen estos criterios y se construya un marco teoríco jurídico en el que sean partícipes todas aquellas disciplinas sociales (por ejemplo, la sociología del derecho y la antropología), de manera que las herramientas del derecho sean aquellas que correspondan efectivamente con las necesidades de toda sociedad; sólo de esta forma se alcanzarán las soluciones a los problemas a los que se ve enfrentada la dogmática penal actual, sin embargo sin que se renuncie a criterios de legitimación y validez, y a una fundamentación eminentemente normativa, pues algo debemos tener claro: *en el sistema del derecho estamos solucionando problemas jurídicos de una sociedad.*

sociedad y, por ende, corresponder con aquellos valores que precisamente ella establece. Cuando hablamos de vinculación a través de deberes negativos y positivos en alusión a la filosofía idealista alemana (G. W. F. HEGEL) estamos definiendo la sociedad como el marco que permite el despliegue de un sistema de libertades en el que se garantiza el desarrollo y evolución de la persona, ésta, sin embargo, en relación con los demás, inmersa en un conglomerado; se está haciendo alusión a un concepto normativo de libertad que presupone, por consiguiente, deducción de responsabilidad ante su mala utilización. Si se intenta obtener los deberes relevantes en la definición de las posiciones de garante a un nivel de menor abstracción, o, dicho de una forma más correcta, buscando la concreción del fundamento general de imputación, se debe partir de aquella argumentación que sobrepase el derecho penal de otrora y otorgue los criterios adecuados en la explicación y valoración de los contextos complejos de la vida en comunidad y del desarrollo económico, tecnológico y técnico. Los deberes en el tráfico (de aseguramiento) son precisamente una de las respuestas a estas necesidades y, por tanto, el mecanismo que le permite a la sociedad concebirse a sí misma como liberal. La posibilidad de la persona de satisfacer sus necesidades en todo orden, de defender sus intereses, es la garantía que ofrece una sociedad que tenga como idea rectora la libertad; sin embargo esta satisfacción de intereses no puede realizarse a costa de los intereses de los demás miembros del ente social; esto sería no sólo el regreso al "estado de naturaleza" de HOBBES, sino también el desconocimiento de las necesidades de la persona y de la sociedad actual, que sin duda alguna van más allá de las que se satisfacen a través de procesos físicos de causación.

Sin entrar a averiguar el origen de los deberes en el tráfico, que, sea dicho de paso, está en el derecho penal[15], no sorprende que éstos tengan gran relevancia tanto en el ámbito penal como en el civil; si bien estas dos ramas del derecho están orientadas hacia la satisfacción y protección de diferentes intereses en el Estado, y aquí podría hablarse de diferentes "programas de conducción", toman como punto de referencia la misma *sociedad*, y en este sentido deben responder a los desafíos de un mismo *sistema* en constante evolución. Los dos ordenamientos se ocupan de la infracción de normas jurídicas, de manera que los mecanismos que utiliza el derecho penal y que permiten calificar un comportamiento como delito también pueden ser desarrollados y utilizados en el derecho civil de ilícitos, lo que, a pesar de demostrar la tendencia hacia un acercamiento de los dos ámbitos, no permite, sin embargo, afirmar una identi-

15 Cfr. al respecto VON BAR. *Verkehrspflichten*, 1980, pp. 6 y ss.

dad normativa, y mucho menos un traslado de deberes civiles al derecho penal. Se trata simplemente de la formación de criterios de ordenación de competencias en dos ramas del derecho, y si esta relación se debe calificar como accesoriedad es una cuestión secundaria, pues nadie podrá negar que una rama puede utilizar fundamentos o mecanismos de selección presentes en otro campo del derecho sin que por esto se pierda la autonomía necesaria para definirse como subsistema jurídico. La persona en derecho se define a través de los derechos y obligaciones que le competen, es decir, a través del *status* jurídico respectivo, y es precisamente éste el que le da la posibilidad al sujeto en muchos casos de actuar en el interior del ordenamiento jurídico sin tener que adscribirse a un determinado ámbito del derecho. Dicho de otra forma, un determinado *status* puede acuñarse en diferentes ámbitos jurídicos, y en cada uno de ellos muy seguramente con consecuencias jurídicas diferentes, por lo que, en nuestra opinión, resulta inapropiado adscribir dicho *status* a una determinada rama del derecho; la calidad de padre, por ejemplo, es fundamento de la imposición de deberes en derecho penal, es a la vez un criterio relevante en el derecho de familia, de sucesiones, etc.

Ahora bien, la reconstrucción del concepto de deber jurídico-penal que reclama una responsabilidad únicamente a causa de un comportamiento precedente significa el retorno a aquel derecho penal que desconoce la intercambiabilidad técnica y de organización entre actuar y omitir[16]. El comportamiento precedente es ciertamente una parte integrante del derecho penal desde los planteamientos de STÜBEL[17]; es entendido, sin embargo, hoy en día como la

---

16 Al respecto JAKOBS. *Strafrecht, AT*, 28/14. También sobre dicha intercambiabilidad, SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, pp. 51 y ss.; ID. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 18 y ss.

17 STÜBEL reconoció en el año 1828 que existen algunos casos en los cuales alguien está obligado a actuar a causa de una relación especial o a causa de un actuar precedente. Para él se trata de aquellos deberes jurídicos originados en un comportamiento precedente que ha colocado a alguien en un estado de peligro, cfr. *Über die Teilnahme*, cit., p. 61. Indudablemente esta contribución debe ser considerada como el punto de partida para la recepción de la *injerencia* en el campo de la punibilidad de la omisión. KRUG (*Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königsreich Sachsen*, 4 Abtlg., 1855, pp. 21 y ss.), GLASER (pp. 293 y ss. y pp. 379 y ss.) y MERKEL (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 113 y ss.; *Kriminalistische Abhandlungen*, t. II: "Von den Unterlassungsverbrechen", 1867) buscaron con las "teorías de la injerencia" la prueba para la punibilidad de los delitos impropios de omisión en la estructura de la relación causal. Ellos fundamentaron la causalidad de la omisión considerando el actuar precedente del autor como la causa de la no evitación del resultado; para KRUG, una omisión es causal para el resultado cuando ella atenta contra un deber que ha surgido de un actuar precedente; GLASER diferencia claramente entre la causalidad de la acción precedente, que según él debe ser entendida como un todo conformado por la unión de dos partes: la acción precedente y la posterior omisión, y la existencia

configuración peligrosa del propio ámbito de organización de tal forma que determinado peligro amenaza con una manifestación exterior; es decir, es un mecanismo más de concreción del deber negativo general de no lesionar a los demás y no significa en absoluto que sea el fundamento de la responsabilidad, en otras palabras, que represente el deber relevante para el derecho penal; cuando este comportamiento precedente sea ejecutado, y en consecuencia se convierta en la "causa de la lesión posterior", se podrá afirmar que con él se lesionó el deber negativo general, pero no que es el fundamento de este deber. Aquel derecho penal que se orienta por procesos naturales de causación demostró, y la dogmática del delito de omisión es la mayor expresión de su decadencia, que no puede ofrecer los criterios adecuados para la adjudicación de responsabilidad. Por lo tanto, creemos que la interpretación de los mecanismos de imputación en coincidencia con un entendimiento de la vinculación jurídico-penal como aquí se esboza, es decir, de la mano de deberes negativos y positivos y las correspondientes expectativas que ellos contienen, permite que la ciencia del derecho penal reaccione de forma adecuada ante una perturbación social y que ella trabaje con un código propio. Resumiendo se puede afirmar: *un comportamiento precedente no se puede confundir con el deber general que por intermedio de éste se lesiona; esto sería tanto como pretender adjudicarle al proceso causal natural la calidad de deber.*

Lo anterior no debe ser interpretado de tal forma que el derecho penal renuncie tajantemente a la consideración de procesos causales; se trata simplemente de la determinación clara y concreta del deber jurídico-penal relevante en la fundamentación de posiciones de garantía, donde el actuar no se analiza como elemento integrante del sistema (éste puede estar presente o no); lo verdaderamente importante aquí es el significado que aporta la lesión del deber. Así queda al descubierto que la acción no es entendida anclada en procesos naturales sino que debe constituirse a través de comunicación y atribución[18]; debe entenderse en derecho penal como la "objetivación de la falta de recono-

---

de un deber de evitar el resultado; sin embargo, se esfuerza principalmente en la prueba de la causalidad de la omisión a través del actuar precedente como él lo configura, y deja de lado las consideraciones en torno a ese deber; MERKEL, por su parte, introduce además un punto de vista normativo pues según él una omisión sólo puede adquirir significado jurídico cuando éste se sustrae de un actuar precedente a través del cual se ha hecho dependiente en alguna forma la integridad de los intereses de otro. Como se observa, estos tres autores plantean sus puntos de vista intentando probar la causalidad de la omisión; sin embargo, admiten al mismo tiempo que de una acción precedente surgen deberes jurídicos, lo que deja ver que el tratamiento del deber de evitar el resultado fue reconocido, aunque fuese de manera secundaria.

18 Cfr. LUHMANN. *Soziale Systeme*, p. 191.

cimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de que la norma en cuestión no es la máxima rectora"[19]; la acción así entendida se convierte, en consecuencia, "en la llave maestra del derecho penal de distintos sistemas sociales"[20], y el deber en el punto de referencia en el análisis del significado de un determinado comportamiento. El deber alcanza en derecho penal un significado especial y autónomo; su contenido será definido sin embargo por la sociedad y sus instituciones, cuya identidad (normativa) garantiza precisamente el derecho penal.

II. SOLIDARIDAD EN DERECHO PENAL

Considerar la libertad como uno de los principios fundamentales de un Estado y, en consecuencia, del sistema del derecho penal es la condición por excelencia de su legitimación; es más, quien lo ponga en duda tendrá que demostrar cómo puede el sistema jurídico en general obtener su legitimación material sin la participación de la persona, desde luego una tarea que raya en la osadía. Pero que la solidaridad se constituya de igual forma en principio fundamental del derecho penal es algo que ha planteado algunos interrogantes, pues la tradición liberal-individualista de la ciencia penal no se resigna aún a admitir deberes diferentes a aquellos que surgen del pensamiento liberal y a los que hicimos alusión en el apartado anterior. Si bien éstos son base fundamental para el funcionamiento de todo conglomerado y pilar incuestionable del orden democrático, el derecho penal no puede desconocer que es precisamente propio de una democracia la garantía de todo tipo de relaciones humanas y, por ende, también de aquellas que se encuentran inmersas en comunidades de vida (por ejemplo, en la familia o el Estado mismo), y que contienen fundamentos particulares de responsabilidad relevantes en materia penal[21].

La evolución de los Estados modernos muestra claramente que sin idea de comunidad no se puede sortear numerosos problemas sociales; nuestra carta constitucional y el desarrollo legislativo colombiano son precisamente el reflejo de la incorporación de dicha idea[22]. Sin embargo, y dado que la solidaridad

---

19 JAKOBS. *El concepto jurídico-penal de acción*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 38.

20 Ibíd., p. 49.

21 Con escepticismo al respecto SEELMANN, "Solidaritätspflichten im Strafrecht?", en HEIKE JUNG, HEINZ MÜLLER-DIETZ y ULFRID NEUMANN (edits.). *Recht und Moral*, 1991, pp. 295 a 304.

22 En la mayoría de los casos en que el legislador penal ha plasmado la idea de solidaridad se trata de aquella solidaridad pasiva en el sentido de tener que soportar determinadas cargas en favor del mante-

puede ser analizada desde diferentes puntos de vista, inclusive desde aquellos lejanos al derecho, una solidaridad activa, es decir, aquella que reclama una limitación de la libertad propia en favor de otros individuos y, por tanto, imposición de deberes, sigue siendo considerada como el punto de partida de la responsabilidad excepcional. Esta circunstancia está íntimamente relacionada con la discusión entre liberalismo y comunitarismo[23], y de una u otra forma con el debate entre moralidad y eticidad presente ya a finales del siglo XVIII y principios del XIX; son precisamente las elaboraciones filosóficas de KANT y HEGEL las que dejan al descubierto un paralelismo en el tratamiento de la idea de libertad. Mientras que el filósofo de Königsberg presenta al individuo libre en su relación con los demás como la condición indispensable del actuar en derecho, HEGEL pretende con su teoría de la eticidad mostrar las condiciones sociales necesarias para la realización de dicha idea de libertad y, de esta forma, plantear cuestiones en relación con los presupuestos de la integración social, esto es, de la integración normativa de las sociedades. Esta contraposición, así planteada de forma *general*, se refleja sin lugar a dudas en la relación entre el individualismo que pretende regir las relaciones de una economía capitalista y aquella idea que busca orientar la evolución de la sociedad haciendo énfasis en el sentido de comunidad.

Teniendo como presupuesto esta discusión, y sin adentrarnos en una exposición sobre las posibles definiciones del término solidaridad y las formas de

---

nimiento de otros bienes jurídicos que de esta forma alcanzan privilegio de acuerdo a criterios de ponderación; ejemplo por excelencia es el numeral 7 del artículo 32 del CPC sobre estado de necesidad agresivo como supuesto de ausencia de responsabilidad. La ponderación de bienes es, en este caso, expresión clara de la idea de solidaridad, pues supone el deber de soportar la usurpación del propio ámbito de organización en favor de determinados bienes jurídicos en peligro. La literatura utiliza también la idea de solidaridad, por ejemplo, para reclamar una limitación del derecho de la legítima defensa; en estos casos, si bien el atacante es competente por el conflicto, el agredido debe, de acuerdo a condiciones específicas de proporcionalidad, soportar algunas lesiones o intentar evadir el ataque, pues se impone una solidaridad mutua entre personas que no se encuentran en ninguna relación especial, y esto con el objetivo de concreción y adecuación del derecho de la legítima defensa; cfr. JAKOBS. *AT*, 2.ª ed., 1991, 12/46 y ss. No obstante, la Constitución colombiana, además de establecer en el preámbulo principios necesarios de convivencia, y en el título I artículo 1.º, la solidaridad entre las personas como uno de los elementos integrantes de la idea de república unitaria, consagra claramente en el título III, capítulo 5, artículo 95, numeral 2, el *deber* de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con *acciones* humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Se trata en este supuesto de un deber básico de solidaridad mínima análogo a los derechos fundamentales como principio de la idea de Estado.

23 Al respecto FORST. *Kommunitarismus und Liberalismus - Stationen einer Debatte*, en AXEL. HONNETH (ed.). *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, 1993, pp. 181 y ss.

aparición[24], creemos acertado describir su núcleo a través de la idea de "relación o valoración recíproca" entre miembros de un grupo determinado. La unidad de referencia en esta determinación es, en nuestra opinión, aún el Estado[25], de manera que la solidaridad se debe entender como un medio de unión entre personas de un mismo origen, cultura e ideales, es decir, de sujetos que consideran las capacidades y cualidades individuales del otro como un requisito indispensable para la práctica de la vida en común, en pocas palabras, sujetos inmersos en comunidad y por lo tanto miembros de una sociedad[26]. Teniendo como punto de referencia el Estado, resulta importante destacar al mismo tiempo el tratamiento de esta idea de solidaridad en el interior de lo que podríamos denominar comunidades especiales, las cuales están caracterizadas precisamente por ser la expresión de una unión interna material entre determinados interactuantes y por su capacidad autónoma de evolución; es decir, la solidaridad no sólo puede ser analizada en el interior de la sociedad en general, donde de lo que se trata es de relaciones anónimas entre individuos, que constituyen la expresión de una vinculación externa[27], sino también allá donde se pertenezca a una institución relevante para el desarrollo normativo social. La idea de solidaridad presupone en este sentido algo más que la garantía del respeto y tolerancia frente a los demás; implica el logro de los objetivos individuales en total dependencia de las capacidades sociales del otro.

De la actual discusión en torno al papel de la solidaridad se advierte que dicha idea, en lo que se refiere al fundamento de deberes jurídicos, se encuentra en una batalla cuyo contrincante principal es la idea clásica sobre las relaciones de

---

24 Cfr. al respecto HONDRICH y KOCH-ARZBERGER. *Solidarität in der modernen Gesellschaft*, 1992, pp. 12 y ss.

25 La solidaridad como fundamento de deberes presupone su análisis en el interior de un grupo determinado, por lo que nos parece acertado partir del concepto de Estado en esta tarea; sin embargo, la cuestión que surge en este punto es determinar si se puede hablar de una solidaridad supranacional, teniendo en cuenta los procesos de integración política y económica que se observan en la actualidad. Si bien los deberes de ayuda en caso de necesidad se entienden en relación entre hombres sin consideración de circunstancias de pertenencia a un grupo determinado, consideramos que la solidaridad *relevante en derecho penal* tiene que verse limitada en el marco de un orden político y jurídico estatal; en nuestra opinión, esta barrera es todavía fundamento incuestionable de la utilización de la idea de solidaridad en materia penal.

26 Sobre la dicotomía entre comunidad y sociedad, en especial sobre el concepto de FERDINAND TÖNNIES, REHBERG. "Gemeinschaft und Gesellschaft-Tönnies und Wir", en BRUMLIK y BRUNKHORST (eds.). *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, 1993, pp. 19 y ss.

27 Este tipo de solidaridad es visto, sin embargo, con especial escepticismo por quienes ven en la sociedad actual la máxima expresión de relaciones instrumentales y, en consecuencia, abogan por la preponderancia de la idea de autonomía. Cfr. en este sentido BAYERTZ. "Begriff und Problemen der Solidarität", en KURT BAYERTZ (ed.). *Solidarität*, 1998, pp. 11 a 53, 28 y ss.

mercado y sobre el liberalismo, la cual considera a los individuos libres y por lo tanto responsables. La cuestión que surge en este punto es determinar en qué medida la sociedad está conformada por hombres libres, o, dicho de una forma más exacta, si la libertad puede ser garantizada en su totalidad a través de su idea negativa, es decir, de su limitación allí donde el individuo haciendo uso de ella entre en conflicto con los demás. La respuesta nos parece clara: un individuo podrá lograr la maximización de sus intereses materiales en muchos casos autónomamente; sin embargo, se verá expuesto a muchas situaciones en las que tendrá que ser ayudado, y el hecho de que sólo se pueda ayudar a los demás en cuanto se les ayuda a ser autónomos[28] es la prueba de que la solidaridad es una idea necesaria en el Estado, quizá como complemento o limitante de los ideales de libertad, o tal vez como idea fundamental en un Estado social y democrático de derecho; de todas formas como mecanismo regulador de relaciones en comunidad y por ende fundamento de deberes en derecho penal. Por lo anterior, la solidaridad encuentra un espacio y cumple un papel importante en el marco cultural donde se reconozca que las relaciones sociales no se agotan en la racionalidad liberal del mercado que impone el deber de no causar daños a los demás, y que el individuo se encuentra vinculado frente a la comunidad precisamente por haberse desarrollado con las posibilidades que ella ofrece[29]. Insistir en la idea de comunidad resulta hoy en día plausible, pues se trata de una idea que tiene asidero en el interior de una sociedad pluralista.

Negar esta circunstancia sería desconocer que cualquier sociedad, sea cual sea el grado de su evolución y desarrollo, está constituida sobre la idea de comunidad y en especial por instituciones, que, si bien contienen relaciones interpersonales que en determinados casos podemos denominar como especiales, representan la otra mitad de la configuración social, y, en ese sentido, la posibilidad de satisfacción de otro tipo de necesidades sociales diferentes a las consideradas con la idea liberal-individualista. De esta realidad se ha sido consciente en mayor o en menor medida desde siempre: piénsese en los ideales revolucionarios de hermandad o fraternidad; el problema ha radicado, sin embargo, en la timidez de la ciencia del derecho penal en su reconocimiento como fundamento de vinculación jurídica[30].

---

28 CAPALDI, sin embargo de forma crítica con respecto a la idea de solidaridad: "Was stimmt nicht mit der Solidarität", en BAYERTZ (ed.). *Solidarität*, cit., pp. 86 a 110 y 96.

29 Cfr. KHUSHF. "Solidarität als moralischer und politischer Begriff. Jenseits der Sackgasse von Liberalismus und Kommunitarismus", en BAYERTZ (ed.). *Solidarität*, cit., pp. 111 a 145, pp. 128 y ss.

30 No obstante, el desarrollo dogmático en el ámbito de los delitos de omisión (tanto la literatura como la

Por una parte se trata de aquella solidaridad como reflejo de una verdadera vinculación social y que corresponde con las expectativas de un grupo determinado, es decir, una solidaridad institucionalizada. Sólo en cuanto se trate de instituciones sociales, significantes y por ende con carácter normativo, se podrá afirmar que existe un deber de solidaridad, que existe una obligación especial que, en la terminología hegeliana, "*manda* tributarle al otro algo *positivo*"[31]. Las contribuciones a que están obligados los miembros de estas comunidades tienen como función el fomento y el desarrollo de la institución respectiva; el contenido de éstas está, sin embargo, dado previamente de manera que se logra el marco referencial dentro del cual los actuantes hacen ejercicio de su libertad. Ese algo positivo a tributar es la expectativa que el deber de solidaridad contiene, por lo que es indiferente si la persona obligada actúa u omite, pues de él es exigida una determinada prestación para el mantenimiento y desarrollo de la institución.

De esta forma se evidencia lo importante que resulta considerar dentro de los deberes relevantes en derecho penal aquellos fundamentados en la solidaridad; la dogmática del delito de omisión no ha sido ajena a esta idea; sin embargo, la mención de la solidaridad como criterio fundamentador de deberes especiales se vio menguada por el temor de la ciencia penal de no poder fundamentarlos o de no encontrar patrocinio político en su reclamación. El derecho penal ha vislumbrado estos deberes desde los comienzos de la evolución de la dogmática de los delitos de omisión: piénsese en el famoso caso de la madre que no alimenta a su hijo por lo que el recién nacido muere; en estos supuestos de relaciones familiares, y también hoy en día en aquellos análogos, donde los interactuantes proyectan con su comportamiento una confianza especial, y de igual forma en la relación entre el Estado y el ciudadano, que impone deberes especiales en cabeza de los funcionarios del Estado para el cumplimiento de las metas estatales ante los desafíos de los tiempos modernos[32], están dadas las

---

jurisprudencia penales) ha reconocido la necesidad de incorporar la idea de solidaridad en la búsqueda de soluciones a los diferentes problemas que se plantean en este campo. Los avances técnicos, económicos y científicos han dejado al descubierto la necesidad de complementar el pensamiento liberal, al que se ha hecho alusión aquí, de la mano de la garantía de la solidaridad (solidarismo), y que ha hecho carrera con la llegada del Estado social; cfr. al respecto SCHULTE. *Garantenstellung und Solidarpflicht*, 2001.

31 HEGEL. *Nürnberger und Heidelberger Schriften*, p. 253.

32 La nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha plasmado de forma clara la idea de solidaridad como fundamento de responsabilidad en las relaciones Estado-individuo. La sentencia SU-1184, 23 de noviembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, constituye un avance significativo en la fundamentación a nivel jurisprudencial de la idea de solidaridad como fundamento de responsabilidad de los representantes del Estado ante la infracción de los deberes institucionales

condiciones necesarias para poner en práctica la idea de solidaridad y para, en ese sentido, reclamar un deber de ayuda solidaria entre los miembros de dichas comunidades. El pensamiento individualista necesita por esto una complementación a través de la idea de comunidad, pues la satisfacción del interés propio del individuo será suficiente en el mejor de los casos para alcanzar la legitimación de una sociedad próspera, pero aquellos individuos que ayudan a la sociedad a causa de la riqueza y la seguridad que ella proporciona son amigos de oportunidad que desamparan cuando se necesitan en realidad[33]; es evidente que la realidad relevante para el derecho penal tanto ayer como hoy ha reclamado y reclama una respuesta ante ese tipo de necesidades; éste es el desafío para la ciencia penal, pues se trata de la posibilidad de existencia del Estado.

En estas consideraciones no se puede dejar de hacer referencia a uno de los artículos que introdujo el nuevo Código Penal colombiano y que está relacionado directamente con estas breves líneas sobre solidaridad: nos referimos a la omisión de socorro (art. 131). En este caso se trata de aquella solidaridad mínima interpersonal que impone a cada uno de los ciudadanos el deber de ayudar al otro en casos de peligro grave para bienes jurídicos. Como arriba fue expuesto, existen por una parte deberes especiales fundamentados en la solidaridad, que resultan en el interior de determinadas comunidades de vida o de interacción; y ya que éstas hacen parte de la organización estatal, estos deberes especiales se encuentran inmersos en dicha organización, y esto como punto de partida de cualquier consideración sobre vinculación jurídica. Pero si en el Estado hay un espacio para deberes especiales fundamentados en solidaridad, los miembros del grupo social pueden reclamar allí mismo en sus relaciones particulares, *por otra parte*, la garantía de una *solidaridad mínima*. El Estado como garante del desarrollo del conglomerado está también presente donde se

---

que, en este caso, están en cabeza de las fuerzas militares y de policía. En esta decisión se alude directamente a que "el Estado puede ser garante cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación", lo que, en nuestra opinión, deja sentadas las bases para la posibilidad de un juicio de imputación a los representantes del Estado ante el incumplimiento de los deberes que surgen de la especial posición que se ocupa. Se trata de la reivindicación de la tarea del Estado como garante de la protección de las necesidades básicas de la población y, en este sentido, del reconocimiento de la solidaridad como fundamento de la relación institucional entre el Estado, sus representantes y los asociados.

33 Cfr. BAYERTZ. "Die Solidarität und die Schwierigkeit ihrer Begründung", en KURT SEELMANN (ed.). *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, 2000, pp. 85 a 92, quien cita a CHARLES TAYLOR. "Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus", en HONNETH (ed.). *Kommunitarismus*, cit., 1993, pp. 103 a 130 y 122. También BAYERTZ sobre algunas de las ideas aquí expuestas.

garantice la ayuda mutua de los ciudadanos en caso de necesidad y, en consecuencia, se restrinjan y al mismo tiempo se faciliten las condiciones del ejercicio de la libertad individual[34]. De esta forma la solidaridad relevante en derecho penal adquiere una configuración de relación tripartita; primer eslabón y condición indispensable de su garantía en general, y en el cumplimiento de determinadas metas, es el Estado: los restantes dos miembros de esa relación serán las personas entre quienes la solidaridad, en este caso mínima, sea la estructura de imputación de responsabilidad[35].

Por lo anterior debe quedar claro que la solidaridad mínima garantizada en el delito de omisión de socorro es también, al igual que la garantizada en las comunidades especiales, una implícita en la idea de Estado; esto se encuentra consagrado en nuestra Carta fundamental en el artículo 95, numeral 2, donde se le expresa al ciudadano una de las condiciones espirituales, morales, económicas y sociales elementales para su existencia[36]. Esta solidaridad así entendida representa el fundamento de un deber de ayuda mutua entre los miembros del grupo, esto es, un deber autónomo y eficiente indispensable en el momento de asignar responsabilidad. Si bien la doctrina y la jurisprudencia trabajan este tipo de res-

---

34 SILVA SÁNCHEZ ("Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal", en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 153 a 172) habla de los deberes de solidaridad como deberes de doble faz: no sólo restringen la libertad del obligado, sino que amplían la libertad del socorrido (p. 159).

35 PAWLIK. "Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur", en *GA*, 1995, pp. 360 a 372, considera por el contrario que la solidaridad mínima no es fundamento de deberes en derecho penal; él fundamenta esta afirmación resaltando la transformación de la idea de comunidad en favor del individualismo, es decir, del anonimato en el ejercicio de un rol determinado. La tarea del Estado es, según este autor, el garantizar las condiciones individuales del ejercicio de autonomía; por esto el Estado asume también responsabilidad en aquellos ámbitos en los que él mismo no puede directamente actuar, reclamando del ciudadano su intervención como "colaborador de la administración" en estados de necesidad. Esta idea resulta bastante sugerente y se corresponde efectivamente con cualquier entendimiento liberal de una sociedad; desconoce sin embargo que la solidaridad presente en comunidades de vida es una que está garantizada al mismo tiempo por el Estado, de manera que cuando el ciudadano actúe, utilizando la terminología de este autor, como "colaborador de la administración" por fuera de estas instituciones, es decir en el marco del artículo 131 CP, está sirviendo a la garantía de la solidaridad general en el Estado y a la consolidación de las condiciones del ejercicio de autonomía, pues la situación social actual reclama algo más que la defensa enfática del interés individual; la garantía de la autonomía es principio básico de cualquier Estado liberal, pero no él único ideal digno de protección. Por esto no se puede afirmar que el concepto de comunidad sea uno superado: él es más bien un momento central actual, precisamente aun cuando se utilice para reclamar su contrario; él es una realidad. Cfr. sobre esto RAULET. "Die Modernität der 'Gemeinschaft'", en BRUMLIK y BRUNKHORST (eds.). *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, pp. 72 a 93.

36 Sobre la conveniencia de consagrar la idea expresa de solidaridad en un texto constitucional, DENNINGER. "Verfassungsrecht und Solidarität", en BAYERTZ (ed.). *Solidarität*, cit., pp. 319 a 344, 337 y ss.

ponsabilidad como subsidiaria[37], es decir, para fundamentar responsabilidad en casos en los que no se cumplan los requisitos de un delito de comisión por omisión o inclusive de comisión, se trata de un deber en toda su extensión y, por lo tanto, fundamentador de responsabilidad penal ante su lesión.

La solidaridad mínima así entendida es el fundamento de la responsabilidad en el delito de omisión de socorro, y *no* el bien jurídico protegido con este precepto. El nuevo Código Penal ordena esta norma en el título I, capítulo 7.°, dejando de esta forma claro que la regulación en cuestión impone el deber de ayudar en caso de peligro grave para los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal. Esta estructuración resulta a nuestro juicio de buen recibo, pues considerar la solidaridad mínima entre los hombres como el bien jurídico protegido resultaría no sólo algo impreciso y difícil de determinar en el momento de valoración de un supuesto de hecho, sino que también significaría un aumento inconmensurable de los comportamientos que serían abarcados con el precepto precisamente por la amplitud de su significado; en cuanto se protejan bienes jurídicos personalísimos se podrá afirmar al mismo tiempo la garantía mediata de la solidaridad[38].

En un Estado social y democrático de derecho debe ser garantizada la solidaridad mínima; sin embargo, donde el legislador haya optado por ella, como es el caso colombiano, la interpretación del precepto debe ser hecha de forma restrictiva, pues de lo que se trata es de la armonización de los principios fundamentales del Estado. Reducir el campo de aplicación de esta norma a bienes jurídicos personalísimos corresponde al fin perseguido con su regulación, es decir, a la ayuda solidaria en casos *graves* de necesidad, esto es, en casos en que el sujeto obligado y la persona que se encuentra en peligro están unidos por una relación de dependencia circunstancial. Una vez más, no se trata de una solidaridad especial como aquella inmersa en la idea de institución, se trata de aquella que al mismo tiempo sea compatible con el principio de libertad; nos parece que, además de abarcar el bien jurídico de la vida y la integridad perso-

---

37 En consecuencia, este deber de solidaridad mínima es tratado como deber de menor intensidad; cfr., en este sentido, JAKOBS. *AT*, cit., 28/11, en especial la nota a pie de página 25; también ANDROULAKIS. *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, nota pie de página 72, p. 144; HERZBERG. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, nota a pie de página 72, p. 23, entre otros. Si bien aquí reclamamos una interpretación restrictiva del precepto, no entendemos que el deber de solidaridad mínima sea uno "débil"; allí donde la solidaridad sea idea de Estado, este deber está fundamentado en toda su extensión al igual que aquellos generados en la libertad de organizar.

38 Cfr. MORGENSTERN. *Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, 1997, pp. 120 y s.

nal, podría pensarse en algunos supuestos de garantía de bienes jurídicos como la libertad, la integridad y la formación sexuales[39].

La interpretación restrictiva del tipo de omisión de socorrro colinda directamente con las limitaciones que deben ser hechas en el marco de la *exigibilidad* de la prestación de ayuda solidaria. Este elemento, que normalmente entra en consideración en los fundamentos generales del reproche de culpabilidad, se puede considerar en la nueva regulación, con la expresión "sin justa causa", como un elemento más del tipo; debe entenderse, y esta es la única interpretación posible teniendo en cuenta lo general de la expresión, que la omisión de auxilio es injusta cuando el agente no intervenga pese a que la ayuda le es exigible de acuerdo con las circunstancias específicas presentes en la situación de necesidad, esto es, de acuerdo con los mecanismos existentes para impedir la lesión, donde entran en consideración diversas variantes como, por ejemplo, la posibilidad de informar a aquellas organizaciones estatales competentes para la evitación de peligros, etc. Si el legislador ha considerado que dicho elemento pertenece al tipo es precisamente porque vio la necesidad de subrayar la garantía de una solidaridad *mínima* y no especial; en este orden de ideas nos parece que el cumplimiento del deber está condicionado por la necesidad de intervención del ayudante potencial y, en consecuencia, sólo frente a situaciones que, por su especial configuración peligrosa y por la amenaza para determinados bienes jurídicos, reclamen de él una intervención positiva que no perjudique sus intereses legítimos, pues de lo contrario no se estaría reclamando el cumplimiento de deberes fundamentados en solidaridad; estos serían, más bien, deberes de victimización en favor de la generalidad.

Aún en el marco de protección del bien jurídico de la vida y la integridad personal se debe considerar una limitante en relación con el principio de autorresponsabilidad. El derecho le proporciona al individuo una esfera real propia en la que solamente él puede determinar y administrar, en la que a él le es dada la posibilidad (en la terminología hegeliana, "permiso o autorización"[40]) de organizar y en la que los demás no deben irrumpir. Este entendimiento de la libertad de organización de la persona sólo encuentra límites en el respeto de los demás también como personas, es decir, en el respeto de las esferas de organización ajena; la posibilidad de disposición sobre aquellos bienes de los que se es titular y que sirven para el desarrollo personal es parte integrante de la idea

---

39 Cfr., SEELMANN. "'Unterlassene Hilfeleistung' oder: Was darf das Strafrecht?", en *Jus*, 1995, pp. 281 a 286, 284.

40 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, § 38, pp. 180 y ss.

de autonomía, por lo que consideramos que ante la libre disposición, por ejemplo, sobre el cuerpo y la salud no deben plantearse cuestiones en relación con la solidaridad mínima; cuando la persona libre disponga sobre su vida o integridad no hay espacio para reclamar la ayuda solidaria de los demás, pues, como ya ha quedado demostrado en estas líneas, solidaridad y libertad son principios fundamentales de todo Estado social y democrático de derecho; cada uno de estos principios tiene sus propias fronteras y por lo tanto deben ser interpretados sistemáticamente, de manera que no hay motivo para obligar a alguien a salvar a una persona que se precipita al peligro de forma autónoma.

Ahora bien, en este punto tenemos que manifestarnos sobre el problema interpretativo que surge de considerar los casos en los que no se exige intervención solidaria mínima a causa de libertad de disposición, con respecto de aquellos en los que el legislador ha determinado que una ayuda o inducción a la autolesión son dignos de punibilidad; nos referimos al artículo 107 C. P. sobre inducción o ayuda al suicidio. Con lo hasta aquí expuesto sobre aquella idea de sociedad orientada por principios como el de libertad debe quedar al descubierto la falta de legitimación material de este precepto, pues cuando alguien "ayude o induzca" al suicidio no está usurpando organización ajena alguna; la libre disposición del individuo sobre sus bienes excluye de antemano la posibilidad de dicha usurpación[41]. Por esto, los motivos para la existencia de esta norma serán otros muy distintos a aquellos que se fundamenten en ideales de autonomía, libertad y solidaridad; serán, quizás, la necesidad de protección contra el peligro de abuso o, para ser más drásticos, el "deber" que tiene el individuo frente a la generalidad de seguir viviendo, etc.; es decir, algo que está por fuera de cualquier derecho penal como sistema. Con respecto al tipo de omisión de socorro quedan, sin embargo, muchos interrogantes que no pueden ser tratados en estas líneas; ya que de lo que aquí se trata es de la ubicación de la solidaridad mínima como fundamento de deberes en derecho penal, podemos resumir de la siguiente forma: aun tratándose de bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, a los que vemos reducida la aplicación del tipo de omisión de socorro, se debe hacer algunas limitaciones de la mano del principio de autodeterminación, en aras de la armonía de los pilares fundamentales de la idea de Estado.

---

41 Sobre esto JAKOBS. "Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen, Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en *ARTHUR KAUFMANN Festschrift*, pp. 459 a 473, 466.

CONCLUSIÓN

En estas cortas líneas hemos expuesto y analizado dos cuestiones actuales de la dogmática del delito de omisión. El supuesto traspaso de categorías del derecho civil al derecho penal en la fundamentación de las posiciones de garantía se ha evidenciado como una idea errónea. En la medida en que se acepte la vinculación jurídica en derecho penal, en su expresión negativa o positiva, como el punto de partida de la teoría de la imputación la concreción de las posiciones de garantía podrá ser realizada a través de mecanismos autónomos del sistema del derecho penal. El que algunos de ellos, por ejemplo, los deberes de aseguramiento o la calidad de padre, sean parte integrante de otra rama del derecho no significa que una rama sea accesoria respecto de la otra; se trata simplemente de la utilización de mecanismos jurídicos comunes (un *status* jurídico general o especial) en el desarrollo y evolución de cada subsistema.

Sobre el actual tratamiento de la solidaridad en el derecho penal se afirmó que esta idea se debe entender como un fundamento de unión específica entre personas pertenecientes a una comunidad determinada, pues sólo se puede ser solidario con personas con las cuales se está unido por ideales e intereses comunes: se trata de cooperación social. La solidaridad así entendida no ofrece problemas con respecto a su institucionalización. Cuando se parte del Estado como organización política y social están dadas todas las condiciones necesarias para su desarrollo y garantía. La organización estatal es el marco de referencia de esta idea, en él los sujetos se muestran como entes sociales, como personas; los ciudadanos de los Estados democráticos modernos encontrarán la garantía de sus propios intereses en la medida en que se les brinde un espacio libre de actuación, es decir, en la medida en que se les considere como autónomos, y en cuanto se les brinden las condiciones sociales para el desarrollo de dicha autonomía. El Estado social y democrático de derecho no es sólo la condición de garantía del respeto de los demás y sus bienes jurídicos, es también la comunidad solidaria que permite reclamar aquella ayuda que no sólo está dirigida a conservar el *statu quo* del otro, sino que obliga a mejorarlo, y esto tratándose tanto de relaciones sociales especiales como de aquellas circunstanciales caracterizadas por la presencia de una situación de necesidad concreta.

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES*

Delito de infracción de deber

El derecho penal trata de garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad. Dejando aquí de lado la discusión en torno a la realización efectiva de tal garantía –entiéndase: estabilización de la norma–, parece claro que habrá que explicar, en primer término, cómo se desenvuelve la vida en sociedad.

En este sentido, la moderna dogmática jurídico-penal habla de instituciones como base de la sociedad. La vida en común hunde sus raíces en instituciones sociales: instituciones que la hacen posible y la impulsan, y, en verdad, en una institución de carácter negativo, y en otras que poseen una esencia predominantemente positiva[1].

I. LA INSTITUCIÓN NEGATIVA

La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el derecho romano, y se resume en la sentencia "no dañar a nadie" (*neminem laedere*). Que esta institución debe ser garantizada por el derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella, al menos sin dejar de ser precisamente eso: sociedad, y no "estado natural" en donde reina la guerra de todos contra todos. Y así, aunque con diferencias terminológicas, este principio aparece recogido en los sistemas iusfilosóficos más destacados: para KANT, se trata de no inmiscuirse en las "esferas de libertad" ajenas; en la *Filosofía del derecho* de HEGEL, la máxima se concreta en el conocido "respeta a los demás como personas" (parág. 36), y para SCHOPENHAUER "el deber jurídico ante los demás es: ¡no dañes!"; por citar solamente algunas de las formulaciones de este principio.

El quebranto de esta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho. En palabras de JAKOBS, el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos; o, expresado en palabras de los autores citados, el autor "daña", "no respeta la esfera de libertad ajena" o "a los demás como personas". Dicho en forma resumida, el autor organiza defectuosamente.

Tal prohibición de dañar puede infringirse tanto por acción como por omisión, y en verdad dependiendo de cómo sea el *statu quo* ante en el que se encuentra el autor. Explicado mediante un caso, tal y como fue formulado en

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Profesor Asociado de la Universidad Complutense de Madrid.

2 Una completa bibliografía sobre el tema del delito de infracción del deber se encuentra en JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLEZ. *Delito de infracción de deber y participación*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

1883 por RÖTERING: la prohibición de organizar defectuosamente al conducir un carruaje, se puede quebrantar conduciendo contra un peatón (acción), o no volviendo a tomar las riendas que se habían soltado en caminos solitarios cuando el carruaje se desvía a una concurrida calle (omisión). La satisfacción de la expectativa jurídica, que siempre es la misma, en nuestro caso: no atropellar a alguien, dependerá del *statu quo ante*: si se tienen todavía las riendas en las manos, no conducir defectuosamente; si se soltaron, aun de forma justificada, y el carruaje se dirige ahora a una calle concurrida, desviarlo, *ergo*: de nuevo, no conducir defectuosamente.

Así pues, de la institución negativa se sigue que quien organiza debe responder de su organización actuando (tomando de nuevo las riendas) u omitiendo (no conduciendo contra las personas). En caso contrario, puede hablarse por tanto del quebrantamiento de una expectativa negativa, no dañar, que se ve defraudada ya por acción, ya por omisión. La omisión que defrauda tal expectativa no incumple pues un mandato, sino siempre y en todo momento una prohibición. Esta tesis no es sino la consecuencia de los principios del Estado de derecho: quien organiza, a quien se otorga libertad de organizar, responde de las consecuencias de su organización. Libertad de organizar sin contraer responsabilidad no es libertad sino libertinaje.

De los autores antes mencionados, HEGEL recoge con claridad la idea de que la prohibición de organizar defectuosamente puede ser incumplida no sólo por un obrar sino también mediante un omitir. En el parágrafo 38 de su *Filosofía del derecho*, en efecto, se puede leer: "Hay tan sólo [se está refiriendo al derecho abstracto] prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los mandatos jurídicos se basa, atendiendo a su contenido, en una prohibición". Lo cual, rescatando de nuevo nuestro ejemplo, significa que nos encontramos ante una prohibición, la de organizar defectuosamente cuando se conduce, y que el "mandato" de tomar de nuevo las riendas, atendiendo a su contenido, se basa en esa prohibición; en otras palabras, en sentido estricto no se trata de un mandato. Otros autores, incluso desde santo TOMÁS DE AQUINO, recogieron en sus sistemas la idea, sin duda algo imbricada, de que una prohibición, la de no dañar, pueda quebrantarse mediante una omisión; imbricada pues, ciertamente, las teorías normológicas al uso enseñan que las prohibiciones aparentemente se violan mediante acciones y no mediante omisiones.

La consecuencia inmediata de lo dicho hasta ahora es: pese a una creencia generalizada, las omisiones a las que me vengo refiriendo son perfectamente equiparables a la comisión, y por ello no requieren de una especial regulación. El fundamento según el cual se debe actuar, y que convierte a estas omisiones en delitos, reside en haber organizado previamente. Estas acciones y omisiones

constituyen pues delitos comunes, delitos de organización o, dicho en la terminología tradicional, delitos de dominio.

II. INSTITUCIONES POSITIVAS

A. Pero el servicio prestado por estos filósofos a la moderna dogmática penal –como ha sido puesto de relieve por PERDOMO TORRES recientemente– va más allá: por ejemplo, HEGEL, en la tercera parte de su *Filosofía del derecho* (eticidad), PUFENDORF o SCHOPENHAUER reconocieron, además de la institución negativa, unos deberes positivos, que no se agotan en la prohibición de dañar del *neminem laedere* sino que imponen jurídicamente que se edifique un mundo en común, una prestación de ayuda y fomento. Especialmente siguiendo a SCHOPENHAUER pueden ser distinguidos dos grandes grupos de estos deberes positivos: los deberes familiares y los estatales. "Quien tiene un hijo –dice SCHOPENHAUER– se encuentra obligado a sustentarlo hasta que él sea capaz de sustentarse por sí mismo [...] En efecto, mediante la simple no prestación de ayuda, es decir, una omisión, se le lesionaría o incluso se le causaría la muerte". También habla SCHOPENHAUER de los "deberes positivos del Estado" para "su propio sostenimiento".

Dejando de lado los pormenores de la formulación de SCHOPENHAUER, de sus palabras –así como de otros sistemas iusfilosóficos– se deduce que, más allá de la institución negativa, existe responsabilidad en virtud de otras instituciones, cuya nota principal es su positividad: ya no se trata de un no-dañar, sino precisamente de un actuar positivo, de un "sustentar" o "prestar ayuda" en unos casos, y de un fomento de la situación del bien jurídico en otros, aun cuando no exista una organización previa de la que se tenga que responder.

Con esto abandonamos pues la institución meramente negativa y los delitos de dominio, para adentrarnos ya en las instituciones positivas. Así como los delitos de organización devienen del quebranto de la institución negativa consistente en no-dañar, la violación de las instituciones positivas da lugar a los llamados delitos de infracción de deber, cuya primera formulación se remonta al escrito de habilitación de ROXIN en 1963.

En estos delitos lo relevante no es –aunque lo haya– el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva. Así, el deber de los padres frente a sus hijos, de los cónyuges entre sí, del administrador de bienes ajenos, del juez o funcionario público, etc. En unas ocasiones, como en el caso de los deberes de los cónyuges entre sí o de los padres frente a los hijos, el legislador no ha instituido tales deberes positivos expresamente; en otras sí. Este es el caso de los

delitos de funcionarios, o por ejemplo del delito de revelación de secretos, del de deserción, del delito de falso testimonio, etc. Si el no-funcionario, A, obliga a un funcionario, F, para que éste, a su vez, coaccione a un tercero, T, a prestar una declaración determinada en un proceso, constituyendo un delito de torturas, A tiene indudablemente el dominio del hecho sobre el mismo –puesto que actúa mediante un instrumento que obra coaccionado (F)–, pero en cambio no responde como autor puesto que del delito de torturas por parte de funcionario el autor, naturalmente, sólo puede ser un funcionario. Puesto que la cualidad de funcionario se exige expresamente, calificar como autor a un no-funcionario, incluso a un no-funcionario *con dominio del hecho*, resultaría una extensión de la punibilidad en desacuerdo con el principio de legalidad. Así pues, el dominio del hecho no es un "principio universal" para determinar la autoría. Antes bien, respecto de algunos tipos penales el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial positivo –en el ejemplo expuesto, el rol de funcionario–.

En efecto, el hombre no sólo configura el mundo externo, sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado. Se tiene, como ya se dijo "un estatus especial", que obliga a edificar un mundo en común, basado en un comportamiento solidario. Así, los deberes de los padres respecto de los hijos o los deberes estatales. El componente de solidaridad en los primeros es claro; respecto de los segundos, se puede explicar brevemente: el Estado concede el beneficio de la justicia gratuita a quien no puede pagarla –con independencia del delito por el que sea acusado–, y ayuda a sus ciudadanos por ejemplo en caso de catástrofe incluso a aquellos que defraudando impuestos no han contribuido al sostenimiento del propio Estado del que ahora reciben la ayuda.

También qué ha de entenderse por el mandato de construir u organizar un mundo en común, de fomentar el bien jurídico, puede ser aclarado aquí brevemente de la mano de un ejemplo: cuando una persona adulta ve cómo un niño de corta edad juega junto a un estanque de gran profundidad, y contando con la posibilidad de que caiga al agua abandona el lugar para evitar tener que rescatarlo, probablemente no responda –puesto que podrá alegar que cuando abandonó el lugar el niño todavía no se encontraba en peligro–, y todo lo más lo hará por la omisión del deber de socorro. Si el que ve cómo el niño juega, etc., es su padre, responderá, como mínimo, por una tentativa de homicidio, y si el niño muere, por el delito consumado. La diferencia entre ambos supuestos es clara: en el segundo, puesto que el padre se halla inmerso en la institución positiva paterno-filial se le exige un *plus*, no un mero salvamento en caso de necesidad: la construcción de un mundo en común con su hijo.

Las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues –a diferencia de las expectativas negativas del *neminem laedere*– un doble contenido: toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa –pero no al contrario–. El deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo en virtud de la institución positiva paterno-filial comprende evidentemente el deber de no dañarle. Esto, que parece una obviedad, conlleva consecuencias, en cambio, que no son reconocidas por la generalidad de la doctrina: si la madre organiza algo dañoso para su hijo, por ejemplo facilita el arma homicida a quien pretende asesinarlo, quebranta no sólo la institución negativa, sino también la positiva; lleva a cabo, pues, un delito de infracción de deber.

B. Ambas instituciones, la positiva y la negativa, deben ser diferenciadas tajantemente. En la tradición iusfilosófica se tiende a enunciar la institución negativa mediante una prohibición –"no dañes"–, en tanto que la positiva se formula a modo de mandato –"ayuda"–. No obstante, esa misma tradición iusfilosófica ha formulado, igualmente, la institución negativa como un mandato, por ejemplo, de respeto a los demás. Y es que esta forma de ver las cosas también resulta plausible. Así, en virtud del principio *duplex negatio est affirmatio* (conceptos contradictorios), es posible, desde un punto de vista lógico, formular una prohibición como un mandato o viceversa, según se dé preferencia a la acción o a su *contradictorio* –la omisión–. La consecuencia de esto es obvia: la forma externa de la norma, prohibición o mandato, no es en absoluto decisiva en cuanto a la determinación de su contenido material; si la formulación es plenamente intercambiable –mandato o prohibición como conceptos contradictorios– es evidente que no puede ser ligado a ella corolario jurídico alguno. Normativamente es irrelevante que el legislador haya formulado –en apariencia– una norma como mandato o prohibición o, en fin, cómo sea interpretada dicha norma por el juez.

Este primer nivel, perfectamente intercambiable, es un nivel lingüístico, o también denominado de los "tipos codificados". De esta manera, la tesis de que los mandatos y prohibiciones de estos "tipos codificados" son intercambiables complementa la tesis que ya se alcanzó, según la cual el autor de un delito de dominio del hecho puede quebrantar la "prohibición" *neminem laede* también mediante una omisión –a pesar de que aparentemente las prohibiciones se incumplen mediante acciones–. Dicho en otras palabras, la intercambiabilidad de los tipos codificados ofrece también una explicación al por qué del principio "prohibitivo" *neminem laede* devienen también deberes de acción, que no son, por tanto, deberes especiales.

La intercambiabilidad no rige, empero, para el concepto de "institución". Y es que la institución negativa "no-dañar" no se encuentra en una relación de

contradicción con las instituciones positivas de edificación de un mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico. En efecto, el concepto contradictorio –y por tanto intercambiable– de la institución negativa "no-dañar" es hacer algo que "dañe" el bien jurídico, pero no hacer algo que "mejore" su situación, edificar con él un mundo en común de ayuda y fomento (instituciones positivas). La institución negativa (cuya lesión supone un delito de dominio) reza: "No hace falta que organices, pero si organizas, te has de ocupar de las consecuencias de tu organización". Las instituciones positivas, que dan lugar a los delitos de infracción de deber disponen, en cambio: "Has de edificar un mundo en común con un determinado beneficiario de la institución, para su ayuda y fomento". La institución negativa y, en verdad, con independencia de su formulación como prohibición o mandato, señala únicamente que el otro debe ser respetado como persona. Las instituciones positivas exigen, además, la edificación de un mundo en común.

De este modo, "los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los conceptos inintercambiables institución negativa -institución positiva, y no de acuerdo con los conceptos intercambiables prohibición-mandato". Si un tipo penal se encuentra, aparentemente, formulado como una prohibición –por ejemplo, la prohibición de matar del delito de homicidio– esto no significará una necesaria correlación con la institución negativa, ni, por tanto, con un delito de dominio del hecho. Aquellos tipos de la parte especial que, supuestamente (según la opinión dominante), describen un delito de dominio o común, por estar formulados a modo de prohibiciones, *v. gr.*, el homicidio, pueden ser también delitos de infracción de deber, puesto que tales tipos han de ser interpretados de acuerdo con las instituciones descritas. Por ello, el padre –obligado especialmente por la institución paterno-filial– que mata a su hijo es autor de un delito de infracción de deber y no, simplemente, de uno de dominio del hecho.

C. Que el autor de un delito lo sea no por quebrantar una prohibición sino precisamente por incumplir un deber positivo resulta, según cierta doctrina, problemático. En efecto, se insiste con frecuencia, por ejemplo por autores de la importancia de GALLAS, que el estatuir obligaciones de hacer supone una moralización del derecho penal que, en un Estado que tenga por principio respetar la libertad individual, no puede aceptarse. Los deberes positivos pertenecen al ámbito de la moral, puesto que el derecho, en un Estado que respeta la libertad de los ciudadanos como bien fundamental, se ha de conformar tan sólo con prohibir conductas que lesionen o, en su caso, que pongan en peligro esferas de libertad.

Estas afirmaciones de GALLAS, también seguidas por ENGISCH y otros, no son nuevas. Así, ya en 1556 DOMINGO DE SOTO sostenía que "no porque este-

mos obligados a no hacer mal a nadie, se sigue que estemos obligados por ley de justicia a hacer bien a todos". Y argumentaba: "La prohibición del mal es más amplia que el mandato de hacer el bien [...] Por ejemplo, no podemos matar a nadie, ni despojarle de sus bienes; sin embargo, no estamos obligados a cuidar de la vida, ni de los bienes ajenos de todos, a no ser en caso de urgente necesidad; mas esto, no pertenece a la ley de la justicia, sino a la de la misericordia". Y no fue el único: KANT también incluyó los mandatos en el campo de la moral, y tildó a los deberes morales (*Tugendpflichten*) de deberes imperfectos en contraposición con los deberes jurídicos. Los deberes jurídicos, como ya se indicó, consistirían en la prohibición de dañar la esfera de libertad ajena; los morales, por su parte, en un mandato, el de procurar el bienestar de los demás, siendo estos últimos imperfectos por no poder ser exigidos coactivamente.

Sin embargo, la conclusión de que los deberes positivos no tienen cabida en el derecho penal es, al menos para la sociedad actual, incorrecta. Si bien no puede negarse que los deberes positivos para la edificación de un mundo en común restringen el ámbito de actuación propio –como se vio, hay por ejemplo que mantener la capacidad de ayuda preparada–, esta restricción es absolutamente legítima. En efecto, las instituciones positivas aseguran las condiciones fundamentales de existencia de la institución negativa, en definitiva de la libertad. Objetivo de la Constitución española no puede ser garantizar la institución negativa, la libertad individual, sin asegurar simultáneamente los medios para garantizar tal institución, medios que no son otros sino precisamente las instituciones positivas. ¿Cómo asegurar de acuerdo con la institución negativa por ejemplo el derecho a la vida y libertad de los niños menores de edad, si a la vez no se garantiza este derecho mediante unos deberes positivos de asistencia con base en la institución paterno-filial? –El motivo por el cual la tradición iusfilosófica dio cabida a las instituciones positivas pero las trató más bien como una excepción a los deberes negativos descansa en una concepción del Estado liberal en extremo, un modelo de Estado que, si ya entonces resultaba dudoso, hoy resulta insostenible. Sabido es que nuestro Estado se autodefine también como un Estado social.

D. Otro reproche frecuente a la teoría de la infracción de deber arguye que la noción de institución positiva es demasiado abstracta para poder encontrar aplicación en derecho penal. Se censura que las instituciones positivas, como tales, no se encuentran legisladas, especialmente no está regulado qué es una institución positiva, –especialmente– que las instituciones positivas deban desempeñar un papel en el ámbito de la teoría del delito.

Pero lo cierto es que esta "fatalidad" –esto se olvida demasido pronto– también es compartida por la institución negativa. Que los artículos corres-

pondientes del Código Penal amenacen con pena el homicidio o las lesiones dice en principio tan poco sobre la institución negativa como sobre la positiva. Si los casos más problemáticos de acciones a propio riesgo en el marco de la discusión sobre del SIDA, por ejemplo, caen bajo la prohibición del *neminem laedere* o no, no se encuentra recogido en los preceptos reguladores del homicidio o las lesiones, lo mismo que tampoco allí –en esto sí con razón la doctrina mayoritaria– se establece expresamente algo sobre la institución paterno-filial.

E. Desde la teoría del dominio del hecho se han formulado igualmente reproches a la teoría del delito de infracción de deber, olvidando que el delito de infracción no hace sino complementar al de dominio del hecho, sin ser en absoluto ambos incompatibles. En cualquier caso, tales críticas no son consecuentes. Así por ejemplo, o bien se adhiere uno a la teoría del delito de infracción de deber, o habría que afirmar la impunidad de la madre que deja morir a su hijo tras el parto por falta de cuidados. En efecto, de la mano de una auténtica teoría del dominio del hecho, un dominio del hecho que sea tal y no un mero disfraz para esconder una infracción de deber, no pueden ser resueltos tales supuestos. El propio GALLAS, defensor a ultranza de una teoría del dominio del hecho globalizadora (todo se debía solucionar con la teoría del dominio del hecho), hablaba en estos casos de que su sistema debía hacer, no obstante, una "concesión".

El intento más reciente de explicar estos casos desde una teoría del dominio del hecho, el del penalista alemán GEORG FREUND, tampoco ha resultado exitoso. FREUND ha intentado fundamentar, por ejemplo, que los deberes de los padres serían una contrapartida sinalagmática de sus derechos, igual que el deber de la institución negativa de responder por las consecuencias tiene su fundamento en haber podido organizar. Pero tal explicación no convence: cuando el ordenamiento jurídico impone a los padres la carga de ocuparse del recién nacido, estos no disfrutan todavía de ningún derecho sino sólo de obligaciones; si no desean las obligaciones que devienen de la institución paterno-filial es cierto que pueden dar su hijo en adopción, pero esto ya supone en sí una obligación positiva, la de ocuparse de los trámites. Si una obligación es impuesta –no se trata de una autoobligación– no se puede hablar, por definición, de una relación sinalagmática en el sentido de que la obligación es la otra cara de un derecho; la obligación será, simplemente, una imposición.

Probablemente el propio FREUND haya visto estas fricciones en su sistema, y es por ello que se cubre acentuando que el sinalagma deberes-derechos reside en una especie de "permanencia en la institución". Los deberes positivos, por ejemplo de una madre, se basarían en todo caso en su libre elección de no haber

dado su hijo en adopción. Pero tal corrección resulta igualmente insuficiente. No puede aclarar aquellos casos de deberes positivos para los que no existe una alternativa de renuncia. Así por ejemplo, no se puede "rehusar" al deber positivo de testificar en juicio, de tal manera que todo intento de justificar dicho deber a modo de sinalagma de los derechos que él supuestamente conlleva está condenado al más rotundo fracaso (¿en qué beneficia individualmente el acudir a un juicio como testigo?: absolutamente en nada). En suma: los deberes positivos tienen otro fundamento distinto que el deber negativo de no-dañar de los delitos de dominio del hecho y por ello los delitos de infracción de deber siguen otras reglas, en contra de lo que pretendían estos sectores de la doctrina.

F. Las consideraciones relativas a la "imposición de un deber positivo" y a la "permanencia en la institución" sirven también para aclarar otra cuestión: sólo existen dos formas conformes a derecho de autoexcluirse de deberes positivos.

En primer lugar, y como ya se aludió, determinadas instituciones brindan esta posibilidad siguiendo un determinado procedimiento. La adopción en la institución paterno-filial, el divorcio y la separación legal o de hecho en el matrimonio, o la excedencia de la carrera funcionarial, son algunos ejemplos de ello. Otras instituciones, esto no debe ser olvidado, no ofrecen tal posibilidad (el testigo no puede desvincularse de la institución justicia que le obliga a asistir al juicio a declarar, salvo en los excepcionales casos en que sea familiar del acusado, etc.).

En segundo término, también existe la posibilidad de autoexcluirse de los deberes positivos de una institución mediante delegación de los mismos pero siempre –y esto debe ser subrayado– respetando los institutos liberadores de la imputación objetiva. Los padres pueden por ejemplo dejar a su hijo en un hospital, sin tener que controlar en todo momento las actuaciones médicas puesto que están cubiertos por el principio de confianza, o enviar solo al colegio a su hijo adolescente pero menor de edad por estar amparados por el principio del riesgo permitido.

Sin embargo, sea porque la institución no lo permite, sea porque no se ha respetado el procedimiento adecuado, o sea porque se trata de una delegación no cubierta por los principios liberadores de la imputación objetiva, toda renuncia a los deberes de la institución positiva conlleva responsabilidad, al menos por tentativa. De esto ya se vio un ejemplo: el padre no puede dejar solo a su hijo que no sabe nadar cuando éste está a punto de caer a una piscina, y luego alegar si se ahoga que no se le pudo ayudar por no encontrarse allí. Tampoco podrá la mujer denegar los deberes de auxilio al marido si no existía entre

ellos al menos separación de hecho, ni el testigo en juicio declarar tan sólo parte de lo que vio alegando que no se siente obligado a ello.

G. Por último, y antes de pasar a la teoría de la participación, cabe señalar brevemente otra característica de los delitos de infracción de deber. Si en estos delitos la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, es evidente la irrelevancia de cómo se produzca la lesión, por acción o por omisión. Ejemplo: que el funcionario público encargado de la custodia de un preso le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcionarial mediante la acción de abrir la puerta cerrada, o mediante la omisión de cerrar por la noche la que durante el día se encontraba abierta, es absolutamente intrascendente para la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena llevada a cabo por funcionario en favor de preso a su cargo. O, no sólo comete delito de tortura el funcionario que abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión atente contra la integridad física de una persona, sino también el funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten estos hechos. A esta conclusión ha llegado de forma muy convincente la moderna doctrina colombiana (PERDOMO TORRES) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la fundamentada sentencia del 13 de noviembre de 2001 (M. P.: MONTEALEGRE LYNETT).

H. 1. El concepto de delito de infracción de deber despliega, como se ha visto, innumerables consecuencias en el marco de la teoría del delito. Pero su efecto más característico es en el ámbito de la intervención delictiva. La tesis central es: el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor –salvo alguna excepción ni tan siquiera digna de mención–, y ello con independencia de si junto a él un actuante –con o sin dominio del hecho–, un omitente o las fuerzas de la naturaleza contribuyeron a que se produjese el resultado.

Esta regla rige también para aquellos tipos de la parte especial que no han sido explícitamente positivados como delitos de infracción de deber –no se trata por ejemplo de delitos de funcionarios–, pero que deben ser interpretados a la luz de una institución positiva. Siempre que se lesiona una institución positiva se está ante un delito de infracción de deber, con independencia de la formulación externa del tipo penal, y lo que es más importante, con independencia de si se han llevado a cabo comportamientos organizativos de ayuda. Ejemplo: la madre que facilita al asesino de su hijo (de la madre) el arma homicida responde no como partícipe sino como autora. En efecto, como ya se indicó, las expectativas ligadas a la institución positiva paterno-filial son dobles –a diferencia de las de la institución negativa–. Toda institución positiva encierra

en sí misma la institución negativa. El quebranto de la institución negativa por un obligado positivamente viola también, pues, la institución positiva. Es obvio que el deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo comprende también el deber de no dañarle ni ayudar a hacerlo, lo que significa que la madre comete un delito de infracción de deber, lo que a su vez implica que es autora.

2. Sobre la cuestión de la coautoría cabe decir: a. Si coincide el quebrantamiento del deber de un obligado especial con el comportamiento del autor de un delito de dominio, por ejemplo la esposa omite impedir que un tercero mate a su marido, ambos, obligado y no-obligado, esposa y tercero, serán autores independientes. Para el obligado especial, la mujer, se trata de un delito de infracción de deber, para el *extraneus*, de un delito de dominio. Puesto que al *extraneus* no le incumbe el deber especial, ambos sujetos nunca podrán ser coautores. b. Tampoco es posible una coautoría de dos obligados por la institución positiva. En efecto, los dos obligados no lesionan los deberes de la institución conjuntamente –sólo en su forma externa–, sino cada uno por sí. Puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión, siempre individual. Varios funcionarios de prisiones que cooperan en la huida de un preso, uno no cerrando una puerta, otro abriendo otra, un tercero indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos autores. En caso de que los obligados organicen la lesión del bien jurídico de forma conjunta podrá hablarse de coautoría, pero sólo respecto del delito de dominio del hecho que *también* se cometió, y no respecto del de infracción de deber. Si los padres organizan con un tercero el asesinato de su hijo (de los padres) no existe un delito de infracción de deber en coautoría, sino, para los padres, dos delitos de infracción de deber y un delito de dominio en coautoría.

3. Los efectos de la teoría del dominio del hecho para la autoría mediata son:

a. Si un obligado especial (*intraneus*) utiliza a un tercero, *extraneus*, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho. Ejemplo: el funcionario público que se vale de un tercero que desconoce la situación para destruir unos documentos cuya custodia le estaba encomendada responderá como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos. Puesto que al fin y al cabo concurren los presupuestos externos de una autoría mediata –existe un hombre de atrás que responde y un hombre de adelante que es utilizado por aquél– no hay inconveniente en hablar aquí por motivos meramente didácticos de autoría mediata, es decir,

de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Pero en este caso habrá que aclarar que se trata de una autoría mediata simplemente terminológica, esto es, no una autoría mediata basada en los distintos tipos de dominar el hecho de un tercero.

Lo mismo sucede cuando el obligado especial no se vale de un instrumento que yerra, sino de un tercero que no puede ser autor porque no posee la cualificación especial, esto es, la pertenencia a la institución positiva: el obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante. Ejemplo: el industrial I, que posee una máquina para destruir documentos, destruye un voluminoso sumario judicial que le es facilitado por el funcionario F. A pesar de que el dominio del hecho lo tiene I, F es autor de un delito de infidelidad de documentos. Por cierto que si el industrial realizase tan sólo labores de complicidad, por ejemplo, facilitar al funcionario la máquina para que sea él mismo quien destruya los documentos, disfrutará de una doble aminoración de la pena: por un lado, la propia de su participación como cómplice; además, otra por no ser él funcionario.

b. Por último, también existe un delito de infracción de deber cuando el obligado especial no impide hechos delictivos de un tercero –por ejemplo, de un enfermo mental– del que él, en virtud de una institución positiva, es responsable.

4. Hasta ahora se han analizado las formas de autoría y participación que son posibles en el obligado especial, esto es, si el policía, los padres, etc., responden como autores, autores mediatos, cómplices, etc. Pero en sociedad no todos son padres, ni policías, etc., y el que es policía puede que no sea padre, o el que es padre sólo a veces coincidirá que también sea policía. Quiero decir: no todos se encuentran obligados a la vez por *todas* las instituciones positivas. Así pues, se plantea la pregunta de qué sucede cuando una persona no-vinculada por la institución positiva de todas formas colabora en su lesión.

a. En primer lugar puede pensarse en el supuesto de aquel *extraneus* que utiliza como instrumento a un obligado especial. En un proceso, penal por ejemplo, una de las partes engaña al juez de tal manera que le conduce a dictar una sentencia que, desde un punto de vista objetivo, constituye una flagrante prevaricación. O un particular engaña a un funcionario para que éste incluya en un registro oficial datos falsos. No siendo el hombre de atrás obligado especial por la institución –no es juez ni registrador–, hay que descartar la posibilidad de una autoría mediata. La autoría mediata no es sino una forma de autoría y por ello el hombre de atrás debe también estar obligado por la institución. Tales comportamientos del *extraneus* sólo podrán ser punibles mediante la creación de tipos penales *ad hoc* (así, en el segundo supuesto en la legislación alemana) o

a través de otros delitos también cometidos en forma de autoría mediata. En el segundo supuesto será pues posible una condena por un delito de detención ilegal cometido en autoría mediata (el *extraneus* utiliza al juez para privar de la libertad al tercero).

b. El segundo grupo de casos de intervención de terceros en un delito de infracción de deber lo constituyen la inducción, la complicidad y la cooperación necesaria. La posibilidad de tales formas de participación en la infracción de deber ajena no es en sí problemática. Incierta resulta tan sólo la cuestión de cómo debe responder el partícipe. Ejemplo: el que induce a un policía a unas torturas: ¿responde como partícipe en las torturas o simplemente en unas lesiones? ¿Y aquel que induce a un juez a prevaricar? La respuesta de la opinión mayoritaria es la siguiente: cuando se trata de un delito llamado impropio de infracción de deber –por ejemplo, el de torturas– el partícipe ha de responder por su intervención en el denominado tipo básico. En caso de tratarse de un delito propio de deber –por ejemplo, el delito de prevaricación– el partícipe no podrá obviamente responder por su intervención en un inexistente tipo básico, por lo que responderá como partícipe en el delito de infracción de deber si bien con la pena atenuada por no ser él especialmente obligado –si lo fuese no sería partícipe, sino directamente autor–.

Sin embargo, esta respuesta no satisface plenamente. En verdad, cuando se aplica la teoría del delito de infracción de deber de una forma consecuente hay que concluir, rotundamente, que dentro de dicha categoría no hay sitio para los denominados delitos de infracción de deber impropios, o, dicho de una forma más exacta, para una diferenciación entre delitos de infracción de deber propios e impropios (o "delitos especiales propios" y "delitos especiales impropios" en la terminología tradicional). O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber –tampoco "impropio"–, o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente. Pretendidas "agravaciones del contenido de injusto" de un delito de infracción de deber, respecto de delitos comunes o de dominio del hecho, es algo absolutamente desconocido dentro de la teoría de la infracción de deber, como, entre otros aspectos, quedó demostrado supra cuando expusimos los pilares iusfilosóficos de los delitos de dominio del hecho y de los de infracción de deber, o cuando rechazamos el pensamiento del dominio del hecho para éstos últimos. Estar obligado positivamente significa tener que edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico, y, en verdad –como ha sido mostrado–, con independencia de si a la vez se hubiera dañado una institución

negativa, aunque no se hubiese estado obligado positivamente (por ejemplo, en el caso del funcionario de prisiones que comete el delito de favorecimiento de quebrantamiento de condena, por acción); esto es, independientemente de si, en la terminología habitual, hay un denominado delito común subyacente o no. La institución negativa, como vimos partiendo de la tradición iusfilosófica, ha de ser diferenciada de forma clara de las instituciones positivas.

La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si, además, el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, ni tan siquiera la afirmación de que hay un delito común "subyacente", en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción (que podrían considerarse, desde las bases que aquí se están criticando, como los casos más claros de tipos "subyacentes"), pues de otra manera –es decir: *si nos estamos a la acción y no a la infracción de deber*– habría que condenar como cómplice, como ya vimos, a la madre que presta el cuchillo con el que se va a dar muerte a su hijo, en tanto que si "tan solo" hubiese omitido habría que condenarla como autora: absurdo. Y es que, como sabemos, no hay que estarse a un posible dominio del hecho sobre un delito común subyacente (que sólo daría lugar a la citada complicidad).

No hay un injusto de grado medio entre los denominados delitos de infracción de deber *propios* y los delitos comunes o de dominio del hecho, que resida en los delitos de infracción de deber *impropios*. La suposición de que el injusto de un delito de infracción de deber impropio sería distinto –¿más débil?– que el de un delito de infracción de deber propio no casa con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, en los denominados delitos de infracción de deber propios y en los impropios, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva. O bien esa lesión se ha producido –y entonces la denominación del delito de infracción de deber como "impropio" es absolutamente superflua–, o bien tal lesión no se ha producido, pero entonces no estamos ante un delito de infracción de deber: *tertium non datur*.

El hecho de que, desde un punto de vista fenomenológico, exista, aparentemente, un denominado delito común subyacente, que puede ser ejecutado mediante dominio del hecho por un no obligado positivo, resulta, para la tipicidad del delito de infracción de deber, absolutamente irrelevante. Este tema –cuando de verdad se haya cometido también el denominado delito común subyacente– es una cuestión que, simplemente, habrá de resolverse en el ámbito de los concursos.

I. Por ir finalizando, queremos analizar ahora la situación de un obligado especial que, aparentemente, comente a la vez un delito de infracción de deber y uno de dominio del hecho. Ya SCHOPENHAUER percibió la existencia de tales casos y los denominó de "doble injusticia": ésta tendría lugar cuando alguien tiene el deber "de proteger a otro de una determinada manera, con lo que el incumplimiento de ese deber ya constituiría una lesión del otro, ya sería injusto [daño para la institución positiva]; siendo así que él mismo, además, ataca y lesiona incluso precisamente al que tenía que proteger [también daño para la institución negativa]. Este es el caso, por ejemplo, de [...] un tutor que sustrae las propiedades a su pupilo, de un abogado que prevarica, de un juez que se deja sobornar, de aquel a quien se ha solicitado asesoramiento y da intencionadamente un consejo perjudicial...".

Las aseveraciones de SCHOPENHAUER, pese a enunciar magníficamente el problema del concurso entre la lesión de la institución positiva y la lesión de la institución negativa, no lo resuelven de una forma plenamente satisfactoria. En efecto, las reglas del concurso de leyes demuestran que, en realidad y por sorprendente que pueda parecer, en los casos que estamos estudiando no nos hallamos ante varios delitos ni, por consiguiente, ante un injusto "doble", sino que, antes bien, la conjunción en la persona del obligado especial de un delito común o de dominio del hecho con uno de infracción de deber fundamenta un concurso aparente entre ambos delitos o, mejor dicho, un concurso aparente de leyes.

En efecto, estamos ante un concurso aparente de leyes, en concreto, ante un caso de especialidad. Como ya se analizó, todo comportamiento del obligado positivo que lesione la institución negativa lesiona siempre también –desde un punto de vista lógico– la institución positiva (sin que esto rija a la inversa). La institución positiva correspondiente contiene todos los elementos de la institución general, esto es, de la institución negativa –el obligado positivamente no debe dañar–, y, además, al menos, un elemento nuevo: el obligado positivamente deberá edificar un mundo en común para fomento y ayuda del bien jurídico de que se trate. En suma, el obligado positivo que actúa comete el mismo delito de infracción de deber que quien omite (en virtud de la resolución del concurso aparente de leyes). Un motivo más para tratar de igual modo a los delitos de infracción de deber denominados propios e impropios, y a la participación en ellos.

J. Por último, de manera breve, debemos hacer mención a la posibilidad de una *doble aminoración* de la pena del *extraneus* partícipe en un delito de infracción de deber. La misma es posible y ya ha sido apuntada. La doble aminora-

ción tiene lugar, en su caso, de la siguiente manera: por un lado, la propia del partícipe como *extraneus*, esto es, como interviniente que no está obligado positivamente por una institución positiva (art. 30.IV C. P.). La otra puede venir determinada atendiendo al quántum de la intervención realizada (art. 30.III C. P.).

En efecto, puesto que el aporte participativo del interviniente no tiene por qué ser muy importante, sino que puede ser de complicidad, la aplicación de una única aminoración de la pena conllevaría consecuencias que chocarían con la idea de equidad, pues se impondría la misma pena a quien aportó mucho al delito de infracción de deber que al cómplice en tal delito, a pesar de que el código establece, expresamente, que para este último es una aminoración de la pena la consecuencia jurídica obligada (art. 30.III C. P.).

En otras palabras: si el aporte del partícipe ha sido tan pequeño que el mismo no debiera ser calificado sino como de complicidad, la pena debe aminorarse dos veces: una, como en cualquier caso de participación en un delito de infracción de deber, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber especial (si lo estuviese, sería autor), en virtud del artículo 30 último párrafo del Código Penal; y la otra, porque su aporte era de complicidad y, según el artículo 30.III del Código Penal, a los cómplices se les impone una pena inferior a la fijada por la ley para quien realizó un aporte más importante al delito. En caso de aplicarse tan sólo una aminoración de la pena se dejaría de tener en cuenta una de las dos circunstancias mencionadas: no se tendría en cuenta que el partícipe no estaba especialmente obligado, o no se tendría en cuenta que el aporte del partícipe tan sólo consistió en una complicidad, para la que el Código Penal establece una aminoración obligatoria de la pena.

TERCERA PARTE
IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD

PILAR GONZÁLEZ-RIVERO

Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto

I

En los supuestos en los cuales el autor realiza un tipo delictivo en una situación de defecto que él mismo ha causado y que en principio excluiría la culpabilidad, la imputación jurídico-penal del resultado típico se apoya, según la doctrina, en el comportamiento anterior al comportamiento causante del resultado típico, causante aquél a su vez del estado de defecto. Estos supuestos son conocidos habitualmente bajo el epígrafe denominado *actio libera in causa* en sentido amplio.

La doctrina mayoritaria diferencia al respecto la estructura temporal de imputación en los supuestos en que el autor causa la pérdida de su capacidad de culpabilidad y en aquellos supuestos en que el autor causa una situación de inexigibilidad, como por ejemplo el estado de necesidad exculpante[1]. Dicha diferenciación en la estructura de la imputación es debida al concepto de culpabilidad de contenido material que es defendido en la doctrina, el cual, a su vez, depende de la concepción sobre la función que realiza el derecho penal en la sociedad. Así se defiende en la doctrina que los supuestos de causación precedente de la pérdida de la capacidad de culpabilidad, al contrario de lo que ocurre con los supuestos de provocación de un estado de inexigibilidad, excluyen la personalidad jurídico-penal, haciéndose imposible en los primeros supuestos una imputación ordinaria. Consecuencia de dicha diferenciación es que, en los supuestos de causación precedente de la pérdida de la capacidad de culpabilidad, la doctrina se ve forzada, o bien a realizar la imputación penal en un momento anterior al hecho delictivo, o bien a excluir una imputación ordinaria, posibilitando en un segundo momento una imputación extraordinaria, en la que entraría a colación, como fundamento de la imputación, la causación de dicha situación de defecto, mientras que en los supuestos de inexigibilidad, se realizaría la imputación penal en el momento del hecho, ya que el autor mantendría su capacidad de culpabilidad, pudiendo estar ésta, en cierto modo, disminuida.

En contra de lo defendido por la doctrina, a la que se acaba de hacer referencia, propongo una solución unitaria dentro del ámbito de la culpabilidad para los diferentes supuestos en los cuales el autor, a través de un comportamiento precedente al causante del resultado típico, provoca su propio estado de

---

1 Cfr. a modo de acercamiento SCHÖNKE y SCHRÖDER-LENCKNER, 25.ª ed., previo al § 32, n. m. 108, con más referencias bibliográficas.

defecto o una situación de inexigibilidad. Dicha propuesta se basa en la normativización de los conceptos jurídico-penales, comenzando desde el concepto mismo de sujeto del hecho delictivo. Tal construcción normativa del concepto de capacidad de culpabilidad se esgrime frente a la acostumbrada concepción de la culpabilidad entendida como característica natural preconcebida del ser humano. Según la misma, se posibilita, en los supuestos de causación precedente por parte del autor de su propio estado de defecto o inexigibilidad, la no diferenciación en cuanto a la estructura de la imputación entre la capacidad de culpabilidad y la exigibilidad; esto es, dicha concepción posibilitaría una imputación unitaria en el momento de realización del hecho. La expectativa normativa frente al autor se mantiene, por lo tanto, en el momento del hecho, es decir, se entiende que el autor es competente por la acción delictiva llevada a cabo en estado de defecto, ya sea éste debido a inimputabilidad en sentido estricto o a un estado de necesidad exculpante o cualquier otra situación de inexigibilidad.

Desde la perspectiva del sistema jurídico-penal surge un concepto normativo de capacidad de realización del injusto, o, lo que es lo mismo, de capacidad para quebrantar la norma. El juicio de imputabilidad no es un juicio adicional al juicio sobre el injusto jurídico-penal, sino que aquél es inmanente a la imputación en sí misma. Partiendo de la premisa de que los diferentes momentos dentro de la imputabilidad son momentos del ingreso en el sistema jurídico-penal, deben definirse dichos momentos desde la óptica de la función que ejerce el derecho penal en la sociedad. El criterio normativo de "competencia" debe impregnar, pues, toda imputación realizada dentro del sistema jurídico-penal.

II

Los conceptos de culpabilidad y de imputabilidad aplicados por la doctrina dominante tanto en la forma de una comprensión tradicional de culpabilidad como de acuerdo a la teoría de la prevención general positiva tienen –al contrario de lo que aquí se propone– un carácter material. Así, se dice que la imputación jurídico-penal se debe apoyar en el juicio de la culpabilidad sobre un objeto, cuyo contenido debe extraerse del entendimiento social. En la imputación jurídico-penal se aplica para el juicio sobre la imputabilidad un criterio extrajurídico, que entiende la capacidad de culpabilidad o imputabilidad como un característica del ser humano determinable también en el autor de un delito[2].

---

2 Así WELZEL. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, pp. 40 y s.; ID. *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969, pp. 139 y 141; MAURACH. *Schuld und Verantwortung*, *passim*; ARMIN KAUF-

De manera semejante juzgan los defensores de la teoría de la prevención general positiva la existencia de capacidad de culpabilidad según premisas social-psicológicas[3].

Dicha definición de culpabilidad basada en su carácter extrajurídico es trasladada por la doctrina directamente al sistema jurídico-penal, resolviendo con ella los supuestos de la denominada *actio libera in causa* ya sea a través del llamado modelo del tipo[4], ya sea mediante el denominado modelo de excepción[5]. Como es sabido, según el primero de los modelos mencionados el autor es definido como inimputable en el momento de realización del hecho, de tal manera que la personalidad jurídico-penal es buscada y afirmada en un momento anterior al hecho delictivo. De manera semejante compensan los defensores del modelo de excepción la inimputabilidad del autor en el momento del hecho en una imputación ordinaria o de primer nivel a través de una imputación extraordinaria o de segundo nivel, en los casos en los que el autor mismo ha causado su estado de defecto.

MANN. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 138 y s.; ID. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, p. 182; ID. "Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960", en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 320; HIRSCH. *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.ª ed., previo al § 32, n. m. 170; LENCKNER. "Schuld und Schuldfähigkeit", en *Handbuch der forensischen Psyquiatrie*, t. 1, 1972, p. 40; JESCHECK. *Lehrbuch des Trafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Berlin, 1988, pp. 379, 384 y s.; SCHMIDHÄUSER. "Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung", en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, 1985, pp. 500 y s.; STRATENWERTH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1981, pp. 77 y 157.

3 ROXIN. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin y New York 1970, pp. 33 y s., entiende la prevención como complemento de la culpabilidad; al contrario, JAKOBS. *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, pp. 20 y ss. y *passim*; NEUMANN. "Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschlufl strafrechtlicher Verantwortlichkeit", en *ZStW* 99 (1987), p. 593; KINDHÄUSER. "Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", en *GA*, 1989, p. 493; STRENG. "Schuld ohne Freiheit? Der funkrionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand", en *ZStW* 101, 1989, p. 287.

4 Cfr. RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 20, nn. mm. 28d y 28e; SCHILD. "Die Straftat als 'actio libera in causa', Bemerkungen zum grundsätzlichen Problem der Zurechnung von Unfreiheit im Strafrecht", en *Festschrift für Triffterer*, 1996, p. 205; ID. *Alternativkommentar: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990, § 20, n. m. 82; parecido SCHMIDHÄUSER. *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1992, pp. 25 y ss.; cfr. SPENDEL. *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 323a, nn. mm. 24, 30 y ss.; ID. "Actio libera in causa und kein Ende", en *Festschrift für Hirsch*, 1999, p. 381; JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17/64; ID. "Die sogenannte actio libera in causa", en *Festschrift für Nishihara*, 1998, p. 120.

5 Cfr. en relación con el modelo de excepción, SCHÖNKE y SCHRÖDER-LENCKNER, 25.ª ed., § 20, n. m. 35, con más referencias bibliográficas. Cfr. KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1989, p. 127. HRUSCHKA. "Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, *BGH* 21, 381", en *JuS* 1968, p. 558, aporta distintos matices; ID. "Problem der actio libera in causa heute", en *JZ*

Frente a ello, se defiende aquí la no aplicación de un concepto de imputabilidad tomado directamente de la sociedad, entendida como algo empírico, que tenga que ser trasladado directamente al derecho penal. El concepto de imputabilidad del derecho penal no es, pues, un concepto que pueda ser construido de manera extrajurídica, extrayéndose éste de un sistema denominado sociedad que sea predeterminante para los conceptos jurídico-penales. De esta manera rige dentro del sistema jurídico-penal un criterio normativo, que es el que debe configurar también el concepto de imputabilidad[6].

III

Dicha visión de la imputación e imputabilidad se deriva de una revisión de los conceptos específicamente jurídico-penales, que permite asimismo la fundamentación de los conceptos de pena y de injusto penal con base en una imputación que reconoce el derecho del autor a ser tomado como persona[7].

El derecho entendido como resorte de la constitución de la persona debe ser mantenido en su configuración ya que sin la constatación de la vigencia de la norma no es posible amparar las condiciones de esa subjetividad. El injusto expresa una acción que por su sentido y su significado no puede ser generalizada, ni puede constituir la base de la convivencia en sociedad ya que lesiona la relación constitutiva de dicha convivencia. Por ello, tras el quebrantamiento de una norma penal, el derecho es restituido en su vigencia, a través de su contradicción mediante la imposición de una pena. Asimismo, también se restituye

---

1989, p. 312; JÄHNKE. *Leipziger Kommentar*, § 20, n. m. 78; JESCHECK. *Strafrecht*, pp. 402 y s.; KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat*, p. 127; KÜPER. "Aspekte der actio libera in causa", en *Festschrift für Lefe-renz*, p. 592; NEUMANN. *Zurechnung und "Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985, pp. 24 y ss.; ID. "Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschufl strafrechtlicher Verantwortlichkeit", en *ZStW* 99 (1987), pp. 548 y ss.; ID. "Konstruktion und Argumentation in der neuen Diskussión zur acrtio libera in causa", en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, pp. 591 y ss.; OTTO. *Strafrecht I*, p. 193; ID. "Actio libera in causa", en *Jura* 1986, p. 426; STRATENWERTH. "Vermeidbarer Schuldausschlufl", en *Gedächtsnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 495 y ss.

Cfr. en relación con el modelo de la expansión STRENG. "Schuld ohne Freiheit", en *ZStW* 101 (1989), pp. 310 y ss.; ID. "Der neue Streit um die 'actio libera in causa'", en *JZ* 94, pp. 711 y ss. Cfr. asimismo SPENDEL. *Leipziger Kommentar*, § 323a, nn. mm. 32 y ss.; ID. "Actio libera in causa und kein Ende", en *Festschrift für Hirsch*, pp. 379 y ss. Cfr. en relación con el modelo del injusto, SCHMIDHÄUSER. *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1992, *passim*.

6 Cfr. GONZÁLEZ-RIVERO. *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur Zurechnungslehre*, Berlin, 1999, pp. 162 y ss.

7 Ibíd., pp. 162 y ss.

por medio de la pena la contradicción ante la que se encuentra el autor del hecho delictivo; la pena, pues, no es sólo un mal que se impone al autor de un delito, sino que con ello se convierte en su propio derecho[8].

El derecho penal confirma, mediante la imposición de la pena, la identidad de la sociedad. Así, la pena realiza su función no únicamente para el futuro, a través de la prevención, sino que ya mediante su aplicación se realiza la función de estabilización del sistema jurídico penal y, con ello, de la sociedad misma. La función preventiva de la pena queda, por lo tanto, relegada a un segundo plano, ganando en significado la finalidad de estabilización de la norma, no siendo éste –y esto debe ser subrayado– entendido como un proceso empírico.

La persona jurídico-penal es aprehendida dentro del sistema jurídico-penal, por lo tanto, en un nivel conceptual. Así, como estructura normativa, se configura la persona atendiendo a la finalidad que ejerce el derecho penal en la sociedad, de tal manera que su definición se hace depender de las condiciones del mantenimiento de la estructura normativa[9]. Para que dicha función del derecho penal pueda ser llevada a cabo tiene que partirse de que, en principio, todo individuo es persona jurídico-penal, así como de que, en principio, se es competente por el propio comportamiento delictivo[10]. Y es que la imputación penal presupone mediante la aplicación de un criterio normativo la presencia de una persona, de un imputable, cuya inexistencia únicamente es reconocida en supuestos excepcionales. A la persona jurídico-penal se le imputa, *per se*, la capacidad del conocimiento de la norma y su motivación de acuerdo a dicha norma.

IV

Dado que la pena es una contradicción ante expresiones de sentido jurídico-penalmente relevantes, esto es, frente a aquellas que lesionan la vigencia de la norma, el concepto de imputabilidad debe referirse a la capacidad de quebrantamiento de la norma.

La imputabilidad no debe entenderse únicamente como algo relativo al deber, sino como un concepto relacionado con el mundo experimental, con el mundo sensorial, siendo necesaria su objetivización, ya que de manera diferente a lo que ocurre con el "placer del individuo", que únicamente es un placer propio, el deber y la obligación surgen gracias a la existencia de otra persona,

---

8 Ibíd., pp. 127 y ss.
9 Ibíd., pp. 140 y ss.
10 Ibíd., p. 141.

por lo que estos significan un esquema organizativo de ese mundo en común. De esta manera es necesario que los conceptos jurídico-penales, y entre ellos la imputabilidad, sean definidos de acuerdo a un criterio normativo, según el cual, por un lado, se tengan en cuenta las características especiales en la configuración psicológica del individuo y, por otro, no se olvide el respeto y mantenimiento de las bases que hacen posible la configuración de la sociedad[11].

El error, que desde mi punto de vista es cometido habitualmente por la doctrina a la hora de definir el concepto de imputabilidad, consiste en tener en cuenta las características especiales en la configuración psicológica del individuo sin considerar la necesidad del mantenimiento de las posibilidades de sociabilidad, que son a su vez requisito esencial y constitutivo de la persona. De esta manera no se consigue un nivel de imputación funcional, ya que el concepto de imputabilidad se entiende como entidad individual y anterior a todo lo jurídico, siendo éste un concepto cuyos baremos son extraídos únicamente del mundo sensorial y de la experiencia. Todo ello radica en lo que, a mi juicio, supone una equivocación básica al entender que dichas características especiales en la configuración psicológica del individuo han de ser tenidas en cuenta, *per se*, dentro del sistema jurídico-penal.

Sin embargo, según el punto de vista aquí defendido, frente a dicha comprensión de la imputabilidad son sólo relevantes para el sistema jurídico-penal aquellas características especiales en la configuración psicológica del individuo cuya valoración esté en armonía con la finalidad del derecho penal. De esta manera la imputación jurídico-penal se realiza de acuerdo al concepto de competencia. Al autor, en principio, le incumbe la comisión de su propio hecho delictivo, a no ser que se le defina como inimputable, ya sea porque lo ocurrido deba entenderse como un infortunio o porque tal hecho sea competencia de un tercero. Solamente en dichos supuestos será tomado en consideración a través de una atribución el defecto en la configuración psicológica del individuo. Si no fuera así, si la anulación por parte del autor de las capacidades psíquicas y físicas fuera trasladada directamente a la imputación penal, se tendría al mismo únicamente en cuenta como individuo, como ser psico-físico y no como persona. Si se considerase al autor que momentáneamente ha anulado sus capacidades psíquicas o físicas como inimputable, se estaría ante una contradicción, una negación del derecho subjetivo del autor a ser considerado como persona.

---

11 Cfr. en parte también JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 32, 51 y ss., 61. GONZÁLEZ-RIVERO. *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, pp. 135 y ss.

La necesidad de la vigencia de las normas sociales no es algo evidente por sí mismo; por ello se hace responsable al propio autor de otorgarse a sí mismo los motivos suficientes para obrar de acuerdo a la norma, y ello porque la vigencia de la estructura jurídica es condición indispensable para el mantenimiento de la estructura social, y ésta es a su vez condición de la existencia de la persona[12]. Así, las cuestiones relativas al conocimiento de la vigencia de la norma y a la disponibilidad para actuar de acuerdo a ella son el resultado de una atribución. A dicha imputación de capacidad jurídico-penal, esto es, a la atribución de capacidad para quebrantar una norma, le son inmanentes varios momentos que son denominados momentos de la imputabilidad: el conocimiento del injusto y la disponibilidad del sujeto para actuar de acuerdo a la norma[13]. La ausencia de dichos momentos se ve reflejada en varias constelaciones de casos como son los de incapacidad de acción, los relativos al error de prohibición y aquellos en los que la disponibilidad del sujeto para actuar conforme a la norma en una situación normal o en una situación especial se ve anulada o fuertemente reducida, como en la incapacidad de culpabilidad por enajenación mental o en los supuestos de inexigibilidad.

La falta de uno de esos momentos que definen a la persona jurídico-penal solo podría excluir la imputación en supuestos excepcionales[14]. Dicha excepción se aclara a través del criterio de competencia. Como características especiales en la configuración psicológica o física del individuo entran en consideración la falta del elemento intelectual basado en error o en un desconocimiento de la norma, o también en la minoría de edad o en una discapacidad psíquica como la resultante de una enfermedad mental. Asimismo la falta de adecuación del comportamiento del autor ante la norma se puede manifestar en los supuestos de incapacidad física, por ejemplo, en los supuestos de incapacidad de acción. De igual manera dicha incapacidad puede manifestarse en situaciones con un determinado contexto extraordinario, en situaciones en las que la incapacidad se debe al miedo, a una desorientación extrema o a un estado pasional transitorio, como son las situaciones de inexigibilidad.

---

12 Cfr. JAKOBS. "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", en *ZStW* 101 (1989), p. 527; ID. *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 24.

13 JAKOBS. *Das Schuldprinzip*, p. 24; ID. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken-Oder Verabschiebung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en *ZStW* 107 (1995), p. 865.

14 GONZÁLEZ-RIVERO. *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, pp. 178 y ss.

V

Dado que nos encontramos ante la problemática de la estructura de la imputación en los supuestos en que la imputación del resultado típico se apoya en un comportamiento precedente a la acción que realiza de manera inmediata el tipo delictivo, se entiende la necesidad del tratamiento del concepto de comportamiento precedente desde el concepto normativo de imputabilidad.

Desde dicha perspectiva se ha de analizar si la propia anulación de las capacidades psico-físicas del autor puede tenerse en cuenta de manera excepcional. El comportamiento precedente no es, en contra de lo que se defiende en la doctrina, ni el objeto de la imputación –modelo del tipo delictivo– ni el fundamento de dicha imputación –modelo de la excepción–; más aún, constituye el comportamiento precedente la confirmación de la imputación del hecho delictivo que posteriormente se comete[15].

El criterio normativo de culpabilidad aquí propuesto se refleja en cada uno de sus momentos. Así, la imputabilidad será analizada de acuerdo a la incumbencia del autor por su propio estado de defecto. El motivo o la razón por la que el autor ha causado su propio estado de defecto o la propia situación de necesidad en la que posteriormente se encuentra es decisiva a la hora de analizar si se mantiene la imputabilidad del autor o si por lo contrario, y de manera excepcional, se excluye.

VI

Así, el juicio extrajurídico sobre las capacidades psico-físicas del autor se traslada de manera excepcional a la atribución de imputabilidad cuando la situación de defecto en la que se encuentra el autor es permanente. En efecto, la exclusión de la imputación, esto es, la contemplación de un conflicto en principio subsumible bajo un tipo delictivo como algo no perteneciente al ámbito organizacional del autor cuando haya ocurrido en situación de defecto permanente, tiene lugar no ya debido a que el estado de defecto, *per se*, sea directamente relevante para la imputación penal, sino a través de una atribución jurídico-penal que determina la incapacidad del autor para el conocimiento de la norma y su disponibilidad para la adecuación del comportamiento a la misma. Y ello debido a que a quien se encuentra en un estado de defecto perma-

---

15 Ibíd., pp. 178 y ss.

nente no le es atribuible responsabilidad por el propio comportamiento, ya que quien normalmente no disfruta de las ventajas de la libertad no está obligado a responder por las consecuencias de su comportamiento. De esta manera, solamente los estados de defecto permanentes pueden suspender el derecho del autor a responder por su comportamiento o, lo que es lo mismo, sólo dichos estados de defecto tienen como consecuencia una exculpación de la imputación.

En los supuestos en los que es el propio autor quien causa dicho estado de defecto permanente entra a jugar un papel importante la idea de autopunición, constituyendo el estado de defecto permanente en el que se encuentra el autor una especie de *poena naturalis*[16]. En dichos supuestos no entra en consideración el comportamiento precedente, precisamente, debido a la perdida total de subjetividad. Con ello se demuestra que la falta de responsabilidad no se debe a la no causación por parte del autor de la situación de defecto, sino a la anulación de la personalidad del autor[17], ya que aun en el supuesto en el que el autor cause su propio estado de defecto permanente se excluye la imputación jurídico-penal. Así ocurre, por ejemplo, cuando es el autor mismo quien causa su propia situación permanente de alcoholismo o drogodependencia. Partiendo en estos casos de la doctrina mayoritaria se llegaría a la conclusión de que, habiendo causado el autor de manera dolosa o imprudente dicho estado de defecto y habiendo obrado el autor con dolo o imprudencia respecto al hecho delictivo que posteriormente comete, habría que imputar al autor dicho hecho delictivo, a pesar de encontrarse en una situación de defecto permanente. Esto ocurre cuando, frente a lo que aquí se propone, el concepto de capacidad de culpabilidad no es determinado de manera normativa, esto es, de acuerdo a la finalidad del derecho penal.

Respecto de los estados transitorios de defecto, se parte, por lo tanto, de la existencia de capacidad de culpabilidad, ya que dichos estados transitorios no excluyen la personalidad del autor en tanto en cuanto dicho estado de defecto sea habitual. Es en este punto donde se observa la normativación de dicho concepto relacionándolo en todo momento con la finalidad estabilizadora del derecho penal. Solamente los estados transitorios de defecto de rara aparición en la sociedad pueden excluir la imputabilidad del sujeto y con ello la imputación jurídico-penal del hecho delictivo.

---

16 En relación con el concepto de *poena naturalis* cfr. JAKOBS. *Das Schuldprinzip*, p. 20.

17 JAKOBS. *AT*, 18/10.

La no exclusión de la imputación, esto es, la definición del hecho delictivo como un comportamiento que no puede ser considerado como una "casualidad", no se puede hacer depender de la propia causación del autor de la situación de defecto, sino que se determina de acuerdo al concepto de competencia, cuyo contenido es fijado, como vimos, por la finalidad del derecho penal con ayuda del criterio de la habitualidad, de lo acostumbrado del motivo por el que el autor se encuentra en dicho estado de defecto. El autor que se encuentra en estado de defecto o en una situación de inexigibilidad sin poder aportar un motivo razonable por el cual se encuentra en dicho estado de defecto es tenido, de acuerdo a un criterio normativo, como capaz, cuando el autor en dicho estado de defecto realiza un tipo delictivo.

Así, a modo de ejemplo, la imputación de los estados temporales de defecto, como la embriaguez, no se fundamenta en la causación del estado de defecto por parte del autor sino, antes bien, en lo habitual del diagnóstico de la embriaguez y en lo irracional del motivo usualmente alegado por el autor. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el autor aporta un motivo razonable por el cual ha causado su propio estado de defecto el hecho delictivo realizado en dicho estado es definible para el autor como una casualidad, pudiéndose excluir en estos casos la imputación penal. El autor que provoca un estado de embriaguez para evitar los dolores de una intervención quirúrgica que se lleva a cabo de manera urgente en un lugar no aclimatado para dicha intervención y sin los medios anestésicos necesarios no será imputable por las lesiones causadas al médico en dicho estado de defecto, ello con independencia de que el autor haya previsto o debido prever la realización de dichas lesiones. El motivo por el que el autor ha causado dicho estado de defecto –evitación de dolores durante la intervención– es un motivo razonable. Dicho motivo excluye la competencia del autor, posibilita la definición del suceso como hecho acaecido casualmente para el autor y excluye, por lo tanto, la imputación penal. Por el contrario, la doctrina dominante haría únicamente hincapié en el conocimiento o previsibilidad del autor de la realización de dichas lesiones[18], y no podría excluir, en casos como éste, la imputación penal.

Asimismo de manera ejemplificativa puede pensarse en un supuesto en el cual se prescriben al autor dentro de un programa de desintoxicación determinadas drogas; en estado de intoxicación por la ingestión de las drogas, el autor realiza un determinado hecho delictivo, que anteriormente a la ingestión había

---

18 Cfr. por todos RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar*, § 20, n. m. 30; HRUSCHKA. *Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit*, p. 558.

previsto o debido prever. Ya que la ingestión de drogas en este caso concreto está controlada por facultativos competentes y tiene lugar en un proceso controlado de desintoxicación, puede ser alegada por el autor como motivo razonable por el que se ha causado el estado de defecto en el que posteriormente se ha cometido el hecho delictivo. Por el contrario –variando el ejemplo–, si suponemos que el autor ha consumido la misma cantidad de droga, que le ha provocado el mismo estado de defecto, y que, también, como antes, había previsto o debido prever la comisión del hecho delictivo, pero, a diferencia de la alternativa anterior, el autor no se encuentra en un programa de desintoxicación controlado, sino que ha obrado únicamente movido por el placer de sentirse drogado, la decisión sobre la imputación penal ha de divergir rotundamente. Así, una misma situación de defecto provoca en el primer supuesto la exculpación y en el segundo la imputación penal, por no poder definirse la situación como hecho acaecido casualmente para el autor.

De manera diferente, la doctrina mayoritaria se vería imposibilitada en el primer supuesto de excluir una imputación penal, ya que el autor había previsto o debido prever la comisión en estado de defecto del hecho delictivo, cuestión que para esta doctrina es decisiva para la imputación.

La finalidad del derecho penal decide, por lo tanto, sobre la necesidad de centrar la imputación jurídico-penal en el comportamiento precedente de la causación por el propio autor del estado de defecto. Así, en los estados de defecto permanentes, o en aquellos estados de defecto, que por su rareza no suelen ser alegados por el autor para excluir la capacidad de culpabilidad, o también en aquellos supuestos en los cuales se aporta un motivo razonable por el cual el autor ha causado su propia situación de defecto, la imputación penal no se centra en dicho comportamiento precedente ni como objeto, ni como fundamento de la imputación penal o de su exculpación, aun en el caso en que dichos estados de defecto hayan sido causados por el propio autor.

Al contrario se centrará la imputación jurídico-penal en el comportamiento precedente como confirmación de la imputabilidad del autor en los supuestos en que al autor le incumba la causación del estado de defecto en el que posteriormente se realizará el hecho delictivo, esto es, en los casos en los que el estado de defecto es habitual y el autor no puede aportar un motivo razonable por el cual dicho estado de defecto fue ocasionado por él o, en su caso, cuando un tercero es competente por la causación de dicho estado de defecto[19].

---

19 Cfr. JAKOBS. *AT* 18/25 en relación con el concepto de habitualidad. Cfr. asimismo TIMPE. "Normatives und Psyquisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums", en *GA* 1984, p. 69.

El autor no es competente, por lo tanto, por la realización del hecho delictivo cuando éste puede ser explicado como una mera casualidad, como un simple infortunio. Aquellas situaciones de defecto que se presentan de manera ocasional pueden ser interpretadas jurídicamente como la parte de infortunio que todo sistema debe poder soportar. Los criterios de imputación dependen necesariamente de la medida en la que la sociedad está capacitada para eliminar o asumir determinados estados de defecto[21]. Como resultado de ello se determinan aquellas situaciones de defecto que son alegadas usualmente por el autor como asunto suyo, en el sentido de que es el autor quien debe resolver por sí mismo dicha situación de defecto o, en su caso, a pesar de su incapacidad cognitiva, responder en el marco de la imputación penal por el hecho delictivo cometido en dicho estado de defecto[22]. Y ello, claro está, gracias a la determinación normativa del concepto de capacidad de culpabilidad y del concepto de imputabilidad que aquí se defiende. La exclusión de la imputabilidad y, con ello, de la imputación debe suponer únicamente una excepción, un caso extraordinario. La exclusión de la responsabilidad, que en principio recae sobre toda realización de un hecho delictivo, debe suponer una excepción pues si no dicho quebrantamiento en el sistema normativo supondría un retroceso de nuestra sociedad al estado natural.

Así, en los supuestos de embriaguez no tendrá lugar una exclusión de la imputación penal ya que, por un lado, lo cotidiano del defecto y, por otro, lo irrazonable de los motivos que normalmente han llevado al autor a causar dicho estado de defecto hacen imposible una definición de lo acaecido como una casualidad.

Consecuencia de ello es el juicio de imputabilidad del autor y con ello la no exculpación de la imputación penal. Únicamente en los supuestos en los que el autor alega un motivo razonable por el cual se ha causado dicho estado de defecto se excluye la imputación penal. Al respecto hay que subrayar la importancia de lo razonable del motivo por el cual el autor causa su estado de defecto, ya que una misma situación puede tener consecuencias divergentes dependiendo del motivo alegado por el autor[23].

---

21 JAKOBS. *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 11.

22 TIMPE. *Normatives und Psyuisches im Begriff des Verbotsirrtums*, p. 69.

23 En el ámbito de la inexigibilidad TIMPE. *Normatives und Psyquisches bei dem Begriff des Verbotsirrtum*, p. 69, aplica asimismo un criterio normativo, tal y como lo hace JAKOBS. "Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtkollisionen)", en *Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium Tokio, 1993*, p. 175, al explicar el motivo de la exculpación de responsabilidad en el estado de necesidad exculpante.

Cuestión decisiva para la imputación no es, por lo tanto, ni la relación subjetiva con el hecho delictivo, ni tampoco con el estado de defecto, sino, antes bien, la competencia por la causación del estado de defecto. El comportamiento precedente supone la confirmación de la no anulación de la personalidad jurídico-penal, esto es, la confirmación del mantenimiento de la expectativa normativa.

VII

De modo similar y en relación a la incapacidad de acción –situaciones de *vis* absoluta, estados de inconsciencia absoluta, situaciones de reflejo, etc.– no constituye el criterio decisivo de imputación o de exclusión excepcional ni la evitabilidad del estado de defecto ni la previsibilidad de realización del hecho delictivo sino, antes bien, la competencia por el estado de defecto. A su vez, la competencia rige por criterios de perentoriedad del contexto y por el rol del autor, y no por criterios psicológicos.

De igual manera se debe analizar la situación de estado de necesidad en principio como responsabilidad del autor. Así, los estados de necesidad provocados por el propio autor o aquellos en los que el autor se encuentra en una relación jurídica especial no constituyen una excepción a la exención de responsabilidad que en principio constituiría el estado de necesidad, sino la definición normal de imputación, esto es, la responsabilidad en virtud de competencia por organización y por institución. De este modo constituye la exclusión de la imputación en los supuestos de estado de necesidad no ya la regla general, sino la excepción.

TERESA MANSO PORTO*

Efectos jurídico-penales del error de prohibición en los sistemas colombiano, español y alemán

I. LA EVITABILIDAD INDIVIDUAL COMO PRESUPUESTO MÍNIMO DE LA CULPABILIDAD

La imputación de culpabilidad exige que el actor esté en posición de comprender el significado normativo de su comportamiento. El conocimiento de la norma, señala JAKOBS, es conocimiento de la realidad social, de lo cotidiano social[1]. De acuerdo con esta exigencia cognitiva, el derecho penal no reacciona frente a conductas realizadas con desconociendo inevitable para el autor. Pero el conocimiento de la realidad no sólo implica un saber general con respecto a qué está prohibido y qué está permitido, sino también un saber particular; es decir, el autor debe ser capaz de comprender que en el caso concreto está ante un ejemplo de lo que no debe ser. Las tres regulaciones aquí contempladas no dejan dudas al respecto.

El inciso 11 del artículo 32 del Código Penal colombiano de 2000, relativo a la "ausencia de responsabilidad", establece que "no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 11. Se obre con error invencible de la ilicitud de su conducta".

Según el artículo 14.3 del Código Penal español de 1995, "el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal".

El § 17 del Código Penal alemán de 1871 (en la redacción de 1975) establece que "si al autor le falta durante la comisión del hecho la comprensión de cometer un injusto, actúa sin culpabilidad cuando no pudo evitar este error".

Comprender el significado de la propia conducta no se restringe a lo que comúnmente se denomina conciencia de la antijuridicidad, considerada en su mayoría como un elemento de la categoría de la culpabilidad separado del conocimiento de la tipicidad (dolo), sino que presupone también la posibilidad de reconocer de modo correcto la situación fáctica (sea el hecho típico o una situación justificante), lo cual incluye también elementos de naturaleza con preferencia normativa. Por esta misma exigencia el derecho penal tampoco castiga a quien no le hubiera sido posible captar correctamente la situación de hecho o pronosticar lo que iba a acontecer.

---

* Colaboradora científica en el Instituto Max Planck de Friburgo. Ayudante científica en la Universidad de Friburgo (Alemania).

1 JAKOBS. "Normkenntnis und Normunkenntnis", en *Festschrift für Jyung Kook Lee*, Seúl, 1998, pp. 917 y ss., 922.

Si la comprensión del hecho es el conocimiento de la realidad, habrá que reconsiderar la exactitud de expresiones como la de que el autor que actuó con error de tipo sabía lo que hacía pero no sabía que estaba prohibido. Se podrá optar por un modelo de delito que en su sistemática interna distinga el dolo de la conciencia de la antijuridicidad, siempre que ello tenga algún sentido, pero si la imputación penal acorde con el principio de culpabilidad exige el conocimiento de la realidad social, entonces no se puede negar que, a los efectos que aquí interesan, el autor que desconoce el significado normativo de su hecho *no sabe lo que hace*.

Esta exigencia de la imputación "subjetiva" de un hecho penal es necesaria si se trata de determinar si la conducta del sujeto revela una falta de motivación acorde con el derecho que lesione el fundamento de la validez de las normas. Dicha determinación se alcanza estableciendo como hipótesis qué habría hecho ese mismo autor en el momento del hecho suponiendo que su motivación dominante hubiera sido la de actuar de manera fiel a la norma[2]. Si concluimos como resultado de dicha hipótesis que el autor no hubiese podido evitar la infracción –pues la posibilidad de conocer es presupuesto para poder comportarse como ha de ser–, entonces el comportamiento no nos *comunica* nada penalmente relevante; el hecho no se explica por una actitud contraria o falta de disposición individual a cumplir el derecho (culpabilidad) sino por una desorientación personal que podría tener un alto coste para el propio individuo. Ejemplo: el piloto A sufre un infarto durante un vuelo en avioneta; su acompañante B, que desconoce las normas de aviación, asume los mandos y logra afortunadamente aterrizar el aparato, quebrantando, entre otras, las reglas de altitud que protegen la seguridad del tráfico aéreo[3]. Esta afirmación implica ya que la perspectiva individual –es decir, la incapacidad del sujeto de comprender el sentido social de la conducta– y la perspectiva social –la incapacidad de dicho comportamiento de comunicarnos algo penalmente relevante– confluyen y coinciden en la imputación penal como juicio individual objetivo[4]. Sucesos que en el momento del hecho no podían haber sido comprendidos por el autor considerado desde su individualidad no son (para nosotros) hechos penales,

---

2 Cfr. JAKOBS. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin y New York, 1972, pp. 34 y ss., 41 y ss.

3 Interesa en el ejemplo, no la situación de estado de necesidad, sino el conocimiento de la norma. B puede saber que algo estará haciendo mal pero no sabrá qué concretamente o en qué medida; incluso puede que sepa que existen normas de altitud que seguramente no respeta, pero no tiene obligación de saberlo.

4 Sobre esto cfr. MANSO. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 32 y ss., 39 y ss.

porque no "nos dicen" nada en contra de la validez del ordenamiento normativo. Podrán distorsionar de modo diverso la vida social (como ocurre, por ejemplo, con los accidentes de tráfico imputables a la casualidad) y provocarán distintas reacciones por parte de ciertas instancias sociales (más obras públicas, promoción de medios de transporte colectivo...), pero su explicación queda fuera del sistema *penal*, independiente de si ha tenido que intervenir o no la institución judicial para explicar el hecho al margen de dicho sistema.

Esta exigencia mínima, consistente en que al autor le haya sido posible conocer el significado social de *su* hecho, y que es, además, constitutiva del hecho como expresión de sentido que niega la validez de la norma[5], se explica, por lo tanto, desde la propia función del derecho penal dentro de la sociedad.

II. NOTA RETROSPECTIVA

Si partimos de este principio general, cabe imaginar distintos modelos penales en función de que al autor se le den más o menos posibilidades de distanciarse de su hecho, es decir, de descontarlo de su cuenta personal[6]. Muy restringidas serían sus posibilidades en un sistema que se apoye fundamentalmente en la denominada "responsabilidad por el resultado". En el derecho germano era frecuente imputar individualmente un hecho apoyando la decisión en juicios objetivos construidos según la experiencia general. De este modo se consideraba que determinados hechos, por su fenomenología externa, tenían que ser intencionales. Por ejemplo, ocultar el cadáver de la víctima revelaba un asesinato. Mientras que otros, también según su tipología externa, se presumían imprudentes (por ejemplo, la muerte de una persona, causada por haber caído en una trampa de animales o por haber sido alcanzada por un árbol talado)[7]. En realidad no cabe hablar de responsabilidad por el resultado en el sentido de que se prescindiera en absoluto de la imputación subjetiva, sino que se trata más bien de presunciones de culpabilidad que tenían como fin posibilitar la aplicabilidad del sistema. Este modo de enjuiciar podía resultar aproximado, pero, desde una perspectiva actual, es evidente que el amplio margen de error con que opera un sistema de estas características no resulta aceptable. Y, si bien es posible que los márgenes de error beneficien, por ejemplo, al autor que planea

---

5 JAKOBS. *AT*2 1/9.

6 Acerca de los orígenes del concepto de imputación cfr. BACIGALUPO. *Principios de derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, pp. 129 y ss.

7 E. SCHMIDT. *Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1.ª ed., 1947, pp. 25 y ss.

con éxito matar a otro haciéndole caer en una trampa de animales, especialmente intolerables son siempre los "excesos", como, por ejemplo, castigar como asesino a quien, por miedo, ocultó el cadáver de la persona a quien "mató" por accidente. En definitiva, no podría afirmarse que este modelo prescindiese de si hubo o no voluntad maliciosa de delinquir, o de si el autor tuvo o no posibilidad de conocer. En concreto, las "insuficiencias" o limitaciones del sistema no implican necesariamente que tal derecho penal estuviese orientado a castigar como intencionado *lo que no se quiso* o a castigar como imprudente *lo que no se pudo prever y evitar*.

También cabría pensar que el desconocimiento no le serviría al autor para distanciarse de su hecho en un modelo de derecho penal en el que rija el principio *error iuris nocet*. Pero esto tampoco es del todo exacto, o al menos no es cierto en el sentido que semejante modelo prescinda por completo de la posibilidad de conocer por parte del autor, o que, más concretamente, castigue el desconocimiento del derecho. Así, por ejemplo, acerca de la relevancia del *error iuris* en el derecho romano estima LÖFFLER –discípulo de VON LISZT– que el principio *error iuris nocet* constituye ya una formulación equívoca, pues puede inducir a pensar que en el derecho romano el error sobre preceptos jurídicos no podía invocarse como disculpa[8]. Por el contrario, afirma que se trataba más bien de una regla procesal al servicio de la seguridad jurídica, que evitaría al juez tener que "creerse" la alegación de desconocimiento; pero dicha regla conocía excepciones en las que el error sí era "creíble" no sólo en el caso de menores, sino también en el de mujeres, soldados y campesinos; es decir, aquellos que por su condición, función social o circunstancias concretas es muy posible que no conozcan el derecho.

En este sentido ambas clases de presunciones pueden entenderse como fórmulas de simplificación del funcionamiento de la justicia.

Hoy en día estamos más alejados de estos modelos. El sistema actual no sólo dispone de medios adecuados para probar el dolo o la imprudencia, sino que además la carga de su prueba le corresponde al juez. En el caso del conocimiento de la norma tiende a imponerse la misma línea, aunque de manera particular subsisten reticencias[9]. Pero, en cualquier caso, con independencia de

---

8 LÖFFLER. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, 1895, pp. 93 y ss.

9 La línea dominante en la jurisprudencia española sigue sosteniendo que como regla general rige el principio *error iuris nocet*, mientras que el error de prohibición tiene carácter excepcional. Se trata, por tanto, de una presunción procesal de conocimiento que admite prueba en contrario. La alegación de

que puedan resultar precarios ciertos mecanismos –por así decirlo– de simplificación, y con independencia de la crítica que merezca el estado de evolución de la justicia penal acorde con los tiempos, es posible sostener que el sistema penal concibe su función como la de dar respuesta a las perturbaciones sociales cargándolas a la cuenta del responsable, que es quien no ha querido dar cumplimiento a su deber de evitar que se produjeran. Las individualidades dependen del modelo concreto de sociedad y de Estado.

III. CONSECUENCIAS DEL DESCONOCIMIENTO EVITABLE. INTERROGANTES

Expuesta en líneas generales la relevancia que tiene la (posibilidad de) comprensión del significado social del hecho para la imputación penal, corresponde analizar, retomando el tema que nos ocupa, qué consecuencias jurídicas tiene la falta de conocimiento en los ordenamientos aquí referidos. Si observamos el desarrollo dogmático de la teoría del delito producido hasta la actualidad, se puede comprobar que los elementos fácticos o normativos –más exacto, o se prefieren fácticos o normativos–, que el autor debe haber podido conocer para que el hecho se le impute en su haber, se encuadran en las diferentes categorías que hoy gozan de una gran aceptación: (acción), tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad. Esto en principio no merecería especial atención para la problemática del error, siempre que éstos sean objeto de un tratamiento similar, o que un tratamiento distinto tenga un fundamento. Al menos en caso de desconocimiento inevitable sucede que, independiente de la especie de error de que se trate, siempre se excluye la imputación penal. La cuestión es qué sucede en los demás casos, es decir cuando no se trata de errores inevitables –basta aquí con limitarse al error de tipo y el error de prohibición–. ¿Merecen todos los errores un tratamiento similar, a pesar de afectar a categorías distintas? Una comprobación al respecto, teniendo en cuenta que los sistemas aquí analizados adoptaron la vía de separar el conocimiento de la antijuridicidad y el conocimiento de la tipicidad –dolo–, cabe plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué tratamiento merece el desconocimiento acerca de la antijuridicidad, es decir, de qué modo se vinculan aquí consecuencias jurídicas al desconocimiento? Y, en segundo lugar, ¿se aprecian diferencias con respecto al tratamiento del desconocimiento en el ámbito del tipo?

---

error ha de estar "seriamente fundamentada y probada"; cfr. SSTS 10 de febrero de 1995, 5 de marzo de 1997, 4 de junio de 1997, 7 de julio de 1997, 20 de febrero de 1998, 28 de enero del 2000.

2. Por otro lado, en cuanto al alcance de las consecuencias jurídicas del error, ¿se observan importantes diferencias a efectos de pena entre un hecho cometido con error de tipo (eventualmente imprudente) y un hecho (doloso) cometido con error de prohibición?

La primera cuestión, esto es, la vinculación de consecuencias jurídicas al desconocimiento, exige analizar primero la estructura de las reglas del error ya enunciadas al comienzo, y compararlas después con la regla que, en su caso, regule el error de tipo. La segunda exige además extender el análisis a las consecuencias que, en su caso, se desprendan de la aplicación de las reglas de determinación de la pena.

IV. TRATAMIENTO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN. ¿DIFERENCIAS CON EL ERROR DE TIPO?

a. Por lo que se refiere al tratamiento del desconocimiento de la ilicitud, cabe resaltar que las tres regulaciones parten de una distinción entre errores de prohibición evitables e inevitables. Sin embargo, esto no implica necesariamente que se trate en todos los casos de una regla de estructura flexible, pues, en realidad, la línea de división evitable-inevitable afecta únicamente al requisito mínimo de la imputación; es decir, a la frontera máxima de imputación, que el sistema penal no puede rebasar –temática que no se va a analizar aquí– y no afecta propiamente a los efectos del desconocimiento evitable.

Una estructura flexible se observa en la regla del § 17 del Código Penal alemán en el sentido de que la vinculación de efectos jurídicos al error no es automática. Según el inciso segundo del citado precepto, "si el autor pudo evitar el error, se podrá aminorar la pena según el § 49 apartado 1". Por lo tanto, no todo error (evitable) beneficia al autor, sino que habrá que valorar en cada caso si un error evitable es disculpable o tan reprochable como la conciencia de la antijuridicidad. En general, hay acuerdo en que la aminoración puede excluirse cuando el error se deba a ceguera jurídica o a enemistad hacia el derecho[10].

Teniendo en cuenta que lo que al autor le es conocido de manera actual es, a su vez, el resultado de un rendimiento cognitivo también dependiente de la motivación individual en ese momento, y teniendo en cuenta también que la motivación dominante de actuar de conformidad con el derecho se debe *presuponer* para realizar el juicio de la evitabilidad, parece que esta regla puede en-

---

10 Cfr. LACKNER y KÜHL. § 17 n. m. 8; RUDOLPHI-SK. n. m. 48.

contrar una razón de ser en la propia función del derecho penal. Si el error (evitable) del autor en el momento del hecho (y, con ello, el hecho mismo) sólo puede explicarse por una actitud de indiferencia hacia el derecho por parte de éste, parece acertado negarle efectos jurídicos atenuantes inmediatos.

Sorprende en este sentido que las reglas del error de prohibición contenidas en los ordenamientos penales colombiano y español presenten una estructura distinta. En ambos supuestos el error (evitable) produce consecuencias jurídicas automáticas, pues, como lo establecen tanto el artículo 32.11 como el 14, respectivamente, si el error fuere vencible *se aplicará* la consecuencia jurídica que corresponda. Es decir, todo error beneficia al autor.

Se diría que detrás de esta estructura se esconde un punto de partida diametralmente distinto al anterior, pues, según el sistema de aminoración obligatoria, ningún caso de error puede ser penado en forma tan grave como un caso de pleno conocimiento de la antijuridicidad. El juez no decide si aplica la aminoración o no, sino sólo decide cómo la aplica en el caso concreto. El margen real del que dispone depende del sistema de reglas de determinación de la pena.

No sin fundamento, respecto de la regulación española, se ha producido en los últimos años un aumento de las críticas a una concepción de base excesivamente psicologicista en el ámbito del desconocimiento del injusto. La crítica se centra con frecuencia en el hecho que el grado de representación mental del sujeto constituiría un criterio inadecuado para determinar *la existencia de un error y su evitabilidad*[11]. Pero, paradójicamente, no se critica al mismo tiempo el hecho de que el precepto correspondiente prevea una aminoración obligatoria de la pena; ello incluso se valora positivamente. Sin embargo, sería lógico pensar que una regla que vincule una aminoración obligatoria a un dato psicológico impide *de lege lata* lo que precisamente intentan alcanzar las posturas normativizadoras, es decir, una equiparación normativa entre el conocimiento y algunos casos de desconocimiento en los que la falta de conciencia actual se deba a razones que operan en contra del autor y en los que, por lo tanto, no se justificaría una aminoración inmediata.

Una interpretación del artículo 14, donde se recogen las críticas a la orientación psicologicista en el tratamiento del desconocimiento, pero se mantiene al mismo tiempo la conveniencia de una aminoración obligatoria, es la que propone

---

11 Cfr. NIETO. *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 1999, pp. 165 y ss.; aunque se apoya excesivamente en las dificultades empíricas para constatar lo que se representó el autor.

últimamente FELIP[12]. Según este autor, la suposición de que *todos* los errores benefician al autor (art. 14) parte de la premisa de que todo error es una falta de conciencia de la antijuricidad y viceversa. Dicha premisa, sin embargo, no sería obligatoria conforme al texto legal, pues, a diferencia de lo que sucede en el § 17 del Código Penal alemán, el cual se refiere indistintamente a error y a falta de conciencia, en la regulación española nada obligaría a una relación de alternatividad entre conocimiento y error. En consecuencia, propone que el concepto de conocimiento seguro o certidumbre se amplíe normativamente a los casos en los que el hecho expresa un desinterés absoluto del autor en conocer, pues en estos casos el desconocimiento de la norma no sería el elemento que explica el hecho o, dicho en otras palabras, los casos de falta de conocimiento debida a desinterés, indiferencia o una omisión intencionada de la adquisición de conocimiento *no serían casos de error*[13]. Como resultado, la aminoración obligatoria se aplicaría solamente a lo que propiamente serían *errores*.

Esta interpretación resulta plausible y permite además un acercamiento entre las reglas española y alemana en cuanto a los resultados, a pesar de su disparidad estructural. Dado que el § 17 vincula a toda *falta de conocimiento o error* una aminoración facultativa, cabría pensar que en la totalidad del ámbito del desconocimiento actual procede llevar a cabo una diferenciación entre los "verdaderos" supuestos de error y los casos que no merecerían una atenuación de la pena.

En el caso colombiano el problema del desconocimiento actual por razones que operan en contra del autor –que en España es viable a través de una interpretación normativizadora del concepto de conocimiento del injusto y que en Alemania en cualquier caso resulta menos problemática por la existencia de una aminoración obligatoria– ha sido resuelto de manos del propio legislador. La regla del error de prohibición del artículo 32.11 establece en un último párrafo que "para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de la conducta". Por expresa disposición legal es posible extender el "conocer" a ámbitos del "poder conocer" que normativamente se equiparan con aquél. En definitiva, habrá también que diferenciar en el ámbito conjunto del desconocimiento evitable entre los errores vencibles, que son objeto de atenuación, y los casos de falta de conocimiento actual, que se igualan a la conciencia de la antijuridicidad.

---

12 FELIP. *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal*, Barcelona, 2000, p. 262.

13 Ibíd., p. 263.

Con esto se puede concluir que cada sistema encuentra, de algún modo, vías de solución al problema del desconocimiento actual por razones que operan en contra del autor, dentro del ámbito del conocimiento de las normas.

b. La segunda parte de la primera cuestión consiste en observar si hay importantes diferencias con respecto a la estructura de la regla del error de tipo. Comparando los resultados a los que se ha llegado en el caso del desconocimiento del injusto, se puede comprobar fácilmente que también la regulación del error de tipo prevé consecuencias automáticas que benefician siempre al autor, por lo que es necesario plantear el mismo interrogante; es decir, cómo se soluciona en el ámbito de la tipicidad el problema de desconocimiento actual reprochable a la motivación del autor, conocido en este ámbito como *ceguera ante los hechos*[14].

Según la regulación colombiana[15], si el autor obra con el error vencible de "que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica", éste será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa (art. 32.10 1). Por lo tanto, todo error de tipo excluye siempre la responsabilidad dolosa y deja subsistente, en todo caso, la responsabilidad imprudente. No existe en el ámbito de la tipicidad una disposición similar a la que se refiere al conocimiento *solamente actualizable* en el ámbito de la antijuricidad. Sin embargo, no parece que sea lógico operar con definiciones de error distintas dentro de un mismo sistema. Si el legislador determina un concepto de error vencible excluyendo de dicho concepto los supuestos de falta de conocimiento actual, que deberán considerarse como casos de conciencia, habría que operar con un concepto similar de error en el ámbito de la tipicidad. La consecuencia es clara. Lo que expresamente se excluye del concepto de error debe quedar integrado en un concepto de dolo que, al igual que el de conciencia de la antijuridicidad, no se restrinja al conocimiento actual, sino también a casos de conocimiento actualizable.

Por lo que respecta a la regulación española del error de tipo, dispone el artículo 14.1 II que "si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente". El paralelismo que presenta la estructura de ambas reglas, en el sentido de vincular consecuencias jurídicas al error tanto en el ámbito del tipo como en el de la antijuridicidad, es evidente. De nuevo se plantea el problema de la rigidez de dicha regla en los casos de conocimiento actualizable

---

14 En la literatura merece escaso tratamiento; cfr. JAKOBS. *AT*2 8/5 ss.

15 Agradezco a OSCAR JULIÁN GUERRERO, JORGE PERDOMO y muy especialmente a CARMEN RUIZ las informaciones relativas al sistema colombiano de medición de pena.

que, de acuerdo con un criterio normativo, sólo se explica por una actitud de indiferencia hacia el derecho del autor[16]. Dicho problema tendría que solucionarse nuevamente restringiendo la aplicación de dicha regla a los "verdaderos" casos de error, y no a todos los casos de desconocimiento actual; el principal obstáculo es aquí la dominancia de la que goza aún el concepto de dolo concebido como conocimiento actual. Sin embargo, también es notable la orientación en los últimos tiempos hacia una reinterpretación normatizadora del concepto de dolo[17].

En el caso alemán se reproduce de nuevo en el ámbito del tipo la equiparación terminológica o al menos una falta de diferenciación entre error y falta de conocimiento, pues el § 16, sin emplear el término error, dispone que "quien durante la comisión del hecho no conozca una circunstancia que pertenezca al tipo objetivo, no actúa dolosamente". Dado que la falta de conocimiento de elementos del tipo *siempre* beneficia al autor mediante la exclusión de la responsabilidad dolosa, se genera aquí una aparente asimetría con respecto a la regulación del error de prohibición del § 17, pues aquí, como ya se ha expuesto, la falta de conciencia de la antijuridicidad *puede* tener consecuencias jurídicas, pero no necesariamente.

Con este panorama, el problema del desconocimiento actual debido a una actitud de indiferencia por parte del autor ha de superar en el caso alemán tres factores de dificultad confluentes: la obligatoriedad de la consecuencia jurídica, la referencia en el texto legal no al "error" sino al "no conocer", y la todavía dominante interpretación del dolo como "conocimiento actual".

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y REVISIÓN DE CONCEPTOS

La segunda cuestión se centra en las diferencias a efectos de pena entre un hecho cometido con error de tipo (hecho eventualmente imprudente) y un hecho cometido con error de prohibición (hecho doloso aminorado). En este sentido cabe recordar la crítica de ROXIN a la postura minoritariamente defendida en España, que a pesar de la existencia de dos reglas de error no ve mayo-

16 Crítico con la poca "elasticidad" de esta regla, BACIGALUPO. "Principio de culpabilidad e individualización de la pena", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a Torío*, pp. 33 y ss.

17 Como ejemplos recientes en España, RAGUÉS. *El dolo y su prueba en el derecho penal*, Barcelona, 1999, p. 258 y pássim; FEIJÓO. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 65, 1998, pp. 269 y ss., 353 y s.

res impedimentos en la regulación legal para seguir sosteniendo la llamada teoría del dolo, de tal manera que también un error sobre la antijuridicidad del hecho concreto realizado (no acerca de si la norma prohíbe u ordena algo) excluiría el dolo[18]. Señala ROXIN al respecto que *un comportamiento penal se debe definir en atención a las consecuencias jurídicas*, y que lo contrario sería metodológicamente inaceptable[19]. En definitiva, viene a sostener que no debería definirse como *comportamiento imprudente* un comportamiento que, debido a la existencia de un error sobre el injusto, se castiga con una pena dolosa atenuada.

Una comprobación de este extremo exige echar una mirada a las reglas de determinación de la pena.

Según la regulación colombiana del error de prohibición, si el error era evitable "la pena se rebajará en la mitad" (art. 32.11 11). Según el apartado 1 del artículo 60, "si la pena se [...] disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica". En consecuencia, el nuevo marco penal se determinará deduciendo del máximo y del mínimo correspondientes al marco penal doloso que se disponga en la parte especial, respectivamente, la mitad de su cuantía. Por ejemplo, el marco doloso del delito de homicidio, de trece a veinticinco años, quedaría fijado en de seis años y seis meses a doce años y seis meses. De este modo no se mantiene ningún segmento que coincida dentro del tramo doloso original; es decir, el nuevo límite máximo (doce años y seis meses) recae ya por debajo del límite mínimo original (trece años). Como resultado sería dudoso poder afirmar que la pena *aminorada* continúa siendo una sanción correspondiente a un hecho *doloso* en términos punitivos. Pero, paradójicamente, tampoco cabe asimilar sin más la gravedad de un hecho doloso cometido con error de prohibición a la de los hechos imprudentes, pues, a efectos de la punibilidad, y continuando con el ejemplo de referencia, la pena máxima prevista para un homicidio culposo es de seis años, es decir, queda seis meses por debajo del mínimo de un homicidio "doloso aminorado".

En el caso alemán las aminoraciones no sólo son, por regla general, facultativas, sino que los marcos penales son de una extensión considerable. Del simple cálculo del nuevo marco aplicable y de su comparación con el correspondiente al delito imprudente no parece posible extraer conclusiones generales. Ello exigiría un análisis casuístico de la práctica judicial en supuestos comparables. Así, por ejemplo, en el caso de homicidio, en el que sólo se

---

18 MIR PUIG. *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 572 y ss.

19 ROXIN. "Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum", en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, HIRSCH (ed.), Köln, 1986, pp. 81 y ss.

prevé un mínimo no inferior a cinco años, aplicando las reglas modificativas del § 49.1 resultaría una pena mínima no inferior a dos años. El homicidio imprudente, por su parte, se castiga con una pena no superior a cinco años. En consecuencia, no es posible *a priori* pronosticar si en términos punitivos la pena del homicidio doloso con error de prohibición es en efecto una pena dolosa aminorada o si se asimila más a la punibilidad de los hechos imprudentes.

Dudas valorativas aún mayores a las que suscita el caso colombiano se presentan, en cambio, en la regulación española. Según el artículo 14.3, en caso de error vencible "se aplicará la pena inferior en uno o dos grados". Ya una aminoración de la pena en un grado supone una importante reducción del marco penal. La regla de cálculo del artículo 70.1 n.° 2 establece que la pena inferior en grado "se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate (que constituye el nuevo límite máximo) y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo". Así, de un marco doloso de entre uno y cuatro años resultaría un marco de entre seis meses y un año. Si se aplicara la pena inferior en dos grados se repetiría nuevamente la misma operación, con lo que la pena de uno a cuatro años se reduciría a una pena de entre tres y seis meses. Como resultado, si bien la pena "dolosa aminorada" en un grado podría coincidir en algún caso excepcional con el mínimo previsto para un hecho doloso en el caso normal (suponiendo que se aplicase la pena máxima del marco resultante), lo cierto es que en la gran mayoría de las rebajas de pena en un grado y en todos los casos de rebaja en dos grados la pena impuesta recae sin duda por debajo del marco doloso original.

No obstante que en la doctrina se habla en su mayoría de "hecho doloso aminorado", y que esto no sucede sin razón, pues sistemáticamente la cuestión del dolo se "agota", con independencia de la cuestión relativa a la conciencia de la antijuricidad, no se puede negar que, desde el punto de vista de la definición de los comportamientos penales a través de las consecuencias jurídicas, el comportamiento doloso aminorado corre el riesgo evidente de convertirse en un *término abstracto* que se distancia en modo significativo de la valoración del hecho en términos estrictamente punitivos[20].

---

20 Este aspecto sustenta también las críticas por parte de quienes, en España, todavía son partidarios de la teoría del dolo; cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho penal, Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996, p. 611, y referencias en notas 70 y 71; cfr. supra n. 18.

RESUMEN

1. El derecho penal castiga comportamientos externos explicables por una actitud personal incompatible con la validez de las normas. La imputación subjetiva sirve a la función del derecho penal. Si el actor, supuesta una dominante motivación orientada a realizar el derecho, no hubiese podido comprender y evitar el comportamiento, éste no cuestiona la validez de la norma.

2. Dentro del ámbito de lo evitable, también un rendimiento cognitivo depende de la motivación. Dado que la motivación adecuada a derecho se presupone en el autor, la vinculación de efectos jurídicos al mero conocimiento actual puede quebrar la función del derecho penal en los casos de desconocimiento evitable por desinterés, indiferencia o enemistad hacia el derecho.

3. El ordenamiento alemán prevé una aminoración facultativa en caso de error o desconocimiento de la prohibición o mandato. En el caso español se critica escasamente la rigidez de las reglas de error, si bien hay propuestas para una distinción *de lege lata* entre errores y casos de desconocimiento asimilables a la conciencia actual. El ordenamiento colombiano resuelve legislativamente la equiparación normativa entre conciencia actual y actualizable respecto al injusto.

4. La misma problemática recibe mucha menos atención en el ámbito de la tipicidad. Debido a (y a pesar de) la rigidez de las reglas de error de tipo queda como única vía de solución una interpretación de los conceptos de conocimiento y de error de forma paralela y similar al ámbito del conocimiento del injusto.

5. La comparación de las reglas de determinación de la pena en caso de error respecto de elementos del tipo o respecto de elementos del injusto permite observar una disparidad en la gravedad punitiva que arroja dudas de concepto. Concretamente habría que preguntarse si el hecho "doloso aminorado" es, en efecto, un comportamiento doloso o si, a efectos de gravedad, se trata más bien de una mera calificación provisoria que, por la propia sistemática del delito, aún no recoge todos los aspectos de la imputación subjetiva.

CUARTA PARTE
PERSONAS JURÍDICAS
Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

GÜNTHER JAKOBS

*¿Punibilidad de las personas jurídicas?**

I. PERSONALIDAD RELATIVA

Si el consejo de administración de una sociedad por acciones soborna a un funcionario a fin de conseguir, de modo indebido, para la empresa un contrato público, o celebra a favor de la empresa contratos fraudulentos, o realiza negocios ilícitos, etc., pareciera claro que hay que castigar no sólo a la persona natural que ha actuado en favor de la persona jurídica, sino también a la propia persona jurídica, y puede que quizás *sólo* a ésta[3]. En algunos países, especialmente del ámbito jurídico angloamericano, ha sido posible acumular una experiencia de muchos años en las sanciones a las personas jurídicas[4]. La problemática también es tratada de manera frecuente en la literatura más moderna[5] y precisamente de forma creciente con la tendencia de admitir una sanción. En todo caso, la cuestión central, es decir, si la sanción (aquí y en lo que sigue entendida como *coerción*) puede ser conceptuada como pena, se discute de forma controvertida tanto como antes. El espectro abarca desde el viejo apotegma *societas delinquere non potest*, pasando por la exigencia de sanciones propias, así como por la imputación de la culpabilidad de los órganos con la consecuencia de una pena basada en la culpabilidad, hasta la consideración de la posibilidad de una propia culpa por organización de la persona jurídica, de nuevo con la consecuencia de una pena basada en la culpabilidad[6].

---

* Título alemán "Strafbarkeit juristischer Personen?", CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), catedrático de Derecho Penal en la Universidad del País Vasco.

1 El presente trabajo será publicado en el Libro homenaje a KLAUS LÜDERSSEN (Edit. Nomos).

2 De la abundante bibliografía, en lo que sigue sólo se citará una selección.

3 En esta línea MARXEN. *JZ*, 1988, pp. 286 y ss., 290 y s.

4 Referencias en JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, p. 227, n. 42; en relación con Estados Unidos: A. EHRHARD. *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, 1994, p. 90 –con referencias–; últimamente se constata en la discusión que tiene lugar en Estados Unidos una tendencia que incide en la culpabilidad de la empresa (*corporate culpability*); al respecto, WILLIAMS S. LAUFER, en *Emory Law Journal* 43, 1994, pp. 647 y ss., 665 y ss., con referencias; JENNIFER A. QUAID, en *McGill Law Journal* 43, 1998, pp. 67 y ss.; PAMELA H. BUCY, en *Minnesota Law Review* 76, 1991, pp. 1095 y ss.

5 Aquí no se aspira a abarcar la totalidad de la bibliografía sobre el tema de moda. Cfr. las referencias en JESCHECK-WEIGEND. Ob. cit., pp. 226 y s.; DANNECKER, en *GA* 2001, pp. 101 y ss.; HIRSCH. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 201 y ss.; V. FREIER. *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, pp. 21 y ss.; SCHROTH. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionessubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, 1993, pp. 157 y ss. y pássim; cfr. a mayores, ENGISCH. "Verhandlungen", en *40. DJT*, t. 2 (E), 1954, pp. 7 y ss.; HARTUM, ibíd., pp. 43 y ss.; HEINITZ, ibíd., pp. 67 y ss.; SCHMITT. *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958, con referencias al derecho histórico, pp. 16 y ss.; en lo que concierne a la reforma, cfr. WEGNER, en *ZRP* 1999, pp. 186 y ss.

6 La ponencia del presidente de la Comisión de Justicia del Parlamento alemán, SCHOLZ. *ZRP*, 2000, p.

En un primer vistazo al problema se impone el pensamiento de que debería ser tanto más fácil fundamentar como pena la sanción a la persona jurídica en tanto también la persona natural, en contra de su caracterización, es concebida no como un producto de la naturaleza sino solamente como construcción en el proceso de la comunicación[7]. Uno no nace como persona, no se es (persona) a partir de la naturaleza, sino que se es bajo determinadas relaciones sociales, a saber, en el momento en que se atribuyen obligaciones y derechos. "El ser humano es considerado persona en la medida en que disfruta de determinados derechos en la sociedad civil" (§ 1, 1, 1 del *Preußisches Allgemeines Landrecht* de 1794), a lo que hay que añadir que con el disfrute de derechos se encuentra vinculado igualmente de forma primigenia el soporte de deberes. La persona se muestra como un haz de derechos y deberes, como un estatus, como un punto de referen-

---

435; ID. en *FAZ* Nr. 263 v. 11. 11. 2000, p. 23; caracteriza el resultado, pero no una orientación conceptual de ulteriores aspectos de la nueva discusión. De ahí que, a continuación, se vuelva sobre la amplia difusión internacional de imponer una pena a la persona jurídica; si bien ciertamente pueden difundirse internacionalmente errores, o lo que en un país (con *strict liability*) puede ser una costumbre en otro (en el que impere el principio de culpabilidad) puede constituir un error. De ahí que acto seguido se constate que el derecho administrativo sancionador alemán conoce el instituto de la multa administrativa a las personas jurídicas (el argumento no se invoca poco: cfr., también, por ejemplo, HIRSCH. Ob. cit., p. 11; ID. en *ZStW* 107, pp. 285 y ss., 289 y s., y pássim; ERHARDT. Ob. cit., pp. 31 y ss.; SCHROTH. Ob. cit., pp. 38 y ss.), lo que en sí es totalmente correcto, si bien deja abierta la cuestión de qué concepto es el de multa administrativa: ¿una sanción análoga a la criminal?, ¿una no criminal?; y de ser éste el caso, ¿qué es exactamente? Por último, se pone de relieve, de forma elogiosa, el modelo de imputación que domina en el ámbito alemán: la culpabilidad del órgano de la persona jurídica debe serle imputada a éste, y ello con la consecuencia de una pena criminal también dirigida a la persona jurídica. El resultado, sin embargo, se agua así de nuevo ya que se niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica (p. 439). De ahí que, en lo que concierne a la sanción, deba tratarse –nominalmente– de una "medida de seguridad" "a partir de una cualidad autónoma" (pp. 438 y s.). ¿Y qué peculiar pena es, entonces, si puede hacer la veces de una "medida de seguridad", y la "cualidad propia" no muestra la cualidad de la pena? Al menos terminológicamente de modo poco seguro DANNECKER. Ob. cit., pp. 101 y ss.: "penas contra empresas" (p. 104), "otras sanciones penales" (p. 105), "penas criminales no [...] clásicas" (p. 108), ningún "reproche personal" (p. 112), pero "un reproche por una deficiente filosofía empresarial o por una estructura organizativa deficitaria" (p. 113), "del mismo modo [...] retribución [...] lo que no es problemático" (p. 115), "pena de multa" pero no como "pena criminal" sino como una "reacción criminal autónoma": "dinero punitivo" (p. 125).

7 En relación con esto, sin considerar, sin embargo, la relatividad de la personalidad, JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 6/44 y s.; el punto de vista que ahí se sostiene de que las personas jurídicas ostentan capacidad de acción penal y capacidad de culpabilidad lo abandono. En todo caso no puedo estar de acuerdo con la crítica de SCHÜNEMAN en ID., (ed.). *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit. Arbeitskreis Strafrecht*, t. 3, "Unternehmenskriminalität", 1996, pp. 129 y ss., 137, de que la persona jurídica no puede lesionar una norma de comportamiento concreta: pues entonces no sería portadora de (derechos y) deberes, y por tanto no sería persona. Más bien puede lesionar sus deberes a través de un órgano, *en la medida en que éste no emprenda de forma necesaria negocios propios.*

cia de expectativas, que en lo que a los derechos se refiere permite *determinadas* libertades, y en el ámbito de los deberes, libertad hasta allí donde su cumplimiento se ve recortado: persona es la " restricción, atribuida de forma individual, de posibilidades de comportamiento"[8]. KELSEN ha expresado este pensamiento –parangonable a los presentes fines– con la frase de que también la persona natural es jurídica, precisamente por la atribución[9], o, dicho de modo más enérgico: "La persona física o jurídica que 'tiene' –en cuanto portador– deberes jurídicos y derechos subjetivos *es* estos deberes jurídicos y derechos subjetivos [...] La persona es sólo la personificación de esta unidad"[10].

Una segunda ojeada revela ya, sin embargo, la posibilidad de una diferenciación: a todas luces, persona no siempre equivale a persona. Así, un niño es, ciertamente, persona (§ 1 BGH), pero carece de derecho de voto, es decir, no es persona con derecho de sufragio, y en sentido jurídico-penal carece de capacidad de culpabilidad (§ 19 StGB); por lo tanto, no puede ser persona que delinque, si bien puede ser visto de otra manera en relación con las acciones no permitidas (§ 828 Abs. 2 BGB); más aún, un niño tiene (siempre) su capacidad de obrar restringida hasta que haya alcanzado el séptimo año de vida. También una culpa en el derecho civil (por ejemplo, por "imprudencia", § 276 BGH) se determina, más bien, con abstracción de la capacidad individual de prestación[11]; en derecho penal, por el contrario (hasta la medida suficiente de fidelidad al ordenamiento) se determina de forma concreta en atención al autor: la persona es constituida, por tanto, de forma diferenciada. A mayores, quien no se casa no es cónyuge (también un estatus personal), y quien no ostenta un cargo público no es persona en el ámbito de la función pública. Esto puede ser trasladado, sin gran esfuerzo, a las personas jurídicas: una asociación sin ánimo de lucro está libre del tipo de impuestos que una sociedad por acciones tiene que pagar, y ambas proceden del estatus jurídico público del Estado[12] o de una comunidad. Más aún, una persona jurídica no tiene derecho a voto en unas elecciones políticas. Resulta claro que no toda persona puede cumplir todo

---

8 LUHMANN. "Die Form Person", en ID. *Soziologische Aufklärung* 6, 1985, pp. 142 y ss., 148; TEUBNER, en *Kritl*, 1987, pp. 61 y ss., 70.

9 *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, p. 176.

10 Ibíd., p. 177.

11 Esto vale en la medida en que se trate de la lesión de deberes *contractuales*; básico, al respecto, U. HUBER, en FORSTHOFF *et. al.* (eds.). *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, pp. 253 y ss., 281 y ss, 286 y s.

12 Se muestra crítico con la concepción de considerar personas jurídicas a los Estados modernos organizados democráticamente, UHLENBROCK. *Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Saatsrechtslehre*, 2000, pp. 144 y ss.

comportamiento de forma válida, y en concreto no hay una máxima con el contenido de que toda persona puede delinquir, por el hecho de ser persona. La persona jurídica lo es sólo como lo es la persona natural: como *abstractum*, precisamente como portadora de derechos y deberes. Qué derechos y deberes pueden ser estos no es algo que venga dado por el sólo hecho de que se trata de una persona. VON LISZT, en cambio, formula el tantas veces citado argumento de que una persona jurídica puede celebrar contratos y, en consecuencia, también contratos fraudulentos o usurarios[13]. Al argumento no cabe negarle una cierto poder de sugerencia, pero, a pesar de ello, sólo linda con la cuestión; pues la indiscutible capacidad de contratar de las personas jurídicas no prueba, como ya se señaló, la capacidad de delinquir. El propio VON LISZT se habría maravillado probablemente si se llevara más allá su argumento en el sentido de que a una persona jurídica debería corresponderle también el derecho político de voto dado que es persona. Puesto de forma polémica: si persona equivaliera a ser persona, entonces la persona jurídica también tendría un derecho a no ser disuelta de forma arbitraria, o a no ser fusionada con otra, en general, a no ser mezclada entre los objetos del derecho de cosas, lo que significaría, a más de otros aspectos, que todo comercio con acciones debería ser suprimido. De forma más seria: de acuerdo con el artículo 19 párrafo 3 de la GG los derechos fundamentales también tienen vigencia para las personas jurídicas de dentro del país, pero sólo en la medida en que "su esencia les sea de aplicación"; evidentemente, todo lo que sirve para una persona natural no sirve para una persona jurídica. ¿Qué sucede entonces con la punibilidad? ¿Sirve o no sirve?

II. ACTUACIÓN EN ORGANIZACIÓN AJENA

En todo ordenamiento jurídico moderno una actuación en organización ajena es un suceso habitual: si una persona produce una determinada prestación por medio del sistema psicofísico que le ha sido atribuido, la consecuencia jurídica vinculada a la prestación no siempre alcanza, por ello, a esa persona; más bien, según el contexto, puede la prestación ser interpretada como medio de organización de otra persona, y en correspondencia con ello serle atribuida a la otra persona la consecuencia jurídica. Así es, por ejemplo, en LOCKE, y, como resul-

---

13 *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16.ª y 17.ª ed., 1908, § 28 I 2 n.3. El demoledor *argumentum ad absurdum* ya lo formuló de forma irónica V. SAVIGNY. *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 2, 1840, § 94: si fuera cierta la "vacía abstracción de una capacidad de voluntad absoluta", entonces también debería "operar en el surgimiento de relaciones familiares" y, "por ejemplo, un gremio debería por medio de la adopción poder ejercer violencia paterna sobre un hospital".

ta evidente sin ninguna explicación más detallada: "La turba que sacó mi siervo (es) [...] propiedad mía. Era mi trabajo..."[14]. En total correspondencia se encuentra el § 950 párrrafo 1, inciso 1.º del BGB, de acuerdo con el cual el que elabora una cosa adquiere la propiedad sobre dicha cosa, interpretado en el sentido de que en una industria los trabajadores no son al mismo tiempo los elaboradores; más bien, elaborador es el empresario, que emplea a los trabajadores como medio de organización suyo[15].

El ordenamiento jurídico establece a quiénes afecta la consecuencia jurídica de un comportamiento (de modo más preciso, quién se comporta en sentido jurídico), lo que, sin embargo, no significa que dependa de una regla no cognoscible, cuasi arbitraria, sino –a continuación, en forma negativa– que no depende de conexiones *naturales*. El cuerpo de *una* persona (que también sólo por atribución es cuerpo de *esa* persona), como ya se esbozó, puede producir consecuencias para *otra* persona, aun cuando la *otra* persona no se halle vinculada de forma natural con el cuerpo de la persona; la vinculación es una pura construcción jurídica. Pero entonces –de forma positiva–, ¿a qué se encuentra vinculado el ordenamiento jurídico? A los respectivos ámbitos desarrollados de la realidad social estable; dado que su estructura *es* el ordenamiento jurídico. Según ese ámbito, para no salirnos del ejemplo, el producto del trabajo puede pertenecer a los dioses, a los príncipes (de forma especial, propietarios de tierras), al clan que gobierna un grupo, a los propios trabajadores, al Estado (si se trata de un "socialismo que exista realmente"), a todos (en el comunismo), etc. Tan notorias contradicciones entre distintas partes del ordenamiento jurídico pueden ser fuente de procesos evolutivos; los fundamentos del ordenamiento jurídico deben, sin embargo, cuadrar bien si es que deben construir una realidad social estable. De este modo, excluir a las mujeres de la posibilidad jurídica de obtener propiedades por medio del trabajo sería una perturbación de la, por lo demás, ampliamente practicada igualdad. Uno solo puede tener lo uno o lo otro, y ya esta necesidad de coherencia impide configuraciones arbitrarias.

La situación que se da en el trabajo por cuenta ajena se corresponde totalmente con la de la representación: el representante declara por el representado, lo que significa que con su "cabeza" y con su "boca" (o con su "mano que escribe") es medio organizativo del representado[16]. Esta atribución no debe ser

---

14 EUCHNER. *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, hrsg. 4.ª ed., 1989, 2. Abhandlung, cap. 5.º, § 28, pp. 217 y s.

15 Cfr., tan sólo, PALANDT-BASSENGE (ID., u.a. Bearbeiter, Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, 60 Auflage, 2001), § 950, n. m. 8 y s.

entendida de forma naturalista, como si el representado, que ha dispuesto del representante como medio de la declaración o quizás también para la formación de una voluntad, debiera poder dirigirlo, dominarlo, etc., de forma permanente; antes bien, resulta decisivo, tan sólo, la calificación jurídica del representante como medio organizativo del representado. Así, por ejemplo, los padres que disponen del patrimonio de sus hijos son medios organizativos de éstos, dado que el derecho los coloca en ese estatus. Por lo demás, este entendimiento de la representación se corresponde con el aspecto central de la teoría de la titularidad del negocio jurídico de SAVIGNY: "... el representante [...] se muestra [...] como portador de mi voluntad"[17], lo que significa que puedo servirme de mí mismo para formar y transmitir mi voluntad o servirme de un representante, como *mi* medio organizativo.

Hasta el momento, se han bosquejado situaciones jurídicas (trabajo, representación) en las que prestaciones de una persona, concebida en su existencia de forma perfecta (un trabajador, un representado), producen consecuencias jurídicas (un aumento de propiedades, una vinculación a través de una declaración de voluntad) en otro, a su vez persona concebida de forma perfecta (un empresario, un representado). Pero cuando resulta posible "tomar prestadas" prestaciones, a estas prestaciones cabe atribuirles elementos que, por falta de toda capacidad comunicativa, *per se* no pueden participar en el tráfico social; por ejemplo, masas patrimoniales, agrupaciones de personas y otras muchas. Si –como se ha esbozado (mal esbozado)– una así llamada persona natural "presta" a esos elementos capacidad para desarrollar pensamientos y convertirlos en comunicación, de modo preciso la comunicación de la persona natural se atribuye al elemento, y este elemento, gracias a la prestación de su así llamado órgano –debido a la atribución–, dispone entonces de "cabeza" y "boca" y puede participar en el tráfico jurídico como persona jurídica (con lo que se trataría de una *persona individual*, no de un colectivo en cuanto órgano).

---

16 JAKOBS. *Urkundenfälschung. Revision eines Täuschungsdelikts*, 2000, pp. 73 y ss., 75 y s.

17 *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, t. 2, 1853, p. 59. El comportamiento del representante es, en sentido jurídico, comportamiento del representado. Conforme a ello HIRSCH considera que las personas jurídicas ostentan capacidad de acción, en concreto, a través de sus órganos (*Die strafrechtliche*, cit., pp. 9 y ss.; n. 6, p. 288 y ss.). Tanto más sea eso cierto, tanto menos casa esta capacidad de acción adquirida por atribución con la concepción final ontologizante, defendida, por lo demás, por HIRSCH: cfr. ID., en *ZStW* 93, pp. 827 y ss., 848; coincide, de forma crítica, SCHÜNEMANN. Ob. cit., pp. 136 y s.

III. NECESARIEDAD DE UNA ORGANIZACIÓN PROPIA DEL QUE ACTÚA

Las prestaciones orgánicas, así como las prestaciones laborales de una persona, hechas en régimen de representación, pueden, por tanto, producir efectos jurídicos en otro y, además, en los casos señalados, solamente en otra persona, no también en la propia persona que realiza la prestación: el operario no deviene también propietario del material que transforma; el representante tampoco está, él mismo, autorizado u obligado, y el órgano, al menos en principio, tampoco. En este estado de cosas se impone la pregunta: en el instante de la prestación, ¿qué es de la persona que la realiza? ¿Se ha disuelto como persona? En la medida de que se trate de meras prestaciones instrumentales, como sucede con las transformaciones que no tengan una orientación artística, se puede argumentar que la personalidad no juega papel alguno ya que, más bien, se trata de habilidades que, en principio, pueden ser remplazadas por las prestaciones de máquinas. Pero ya en esta clase de habilidades, una respuesta de este tipo se quedaría corta: es necesario aclarar cómo las habilidades de la persona que lleva a cabo la prestación pueden dar lugar al hecho de que otro adquiera la propiedad. Se requiere un acto de transferencia o de incorporación en la organización de la otra persona, es decir, es necesaria una actuación jurídica de la que, en su caso, debe responderse. Esto se muestra más claro en la representación, dado que el representante debe, al menos, tener restringida su capacidad de realizar negocios jurídicos (§ 165 BGB) para poder dar explicaciones responsables. Los órganos de las personas jurídicas deben tener incluso plena capacidad de contratar (§§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG; § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

Resulta decisivo de quién sea el ámbito organizativo en el que se va a actuar, y así, si el derecho no atribuye de forma necesaria una organización como propia a una persona, dicha persona puede ejecutar dicha organización en el ámbito de otra persona y, con ello, "prestar" su responsabilidad. Por ejemplo, no se quiere que el órgano sea parte del negocio pero sí la persona jurídica; de ahí que, en virtud de su responsabilidad por culpa *in contrahendo*, se pueda llegar a la culpa del órgano; lo mismo sucede en los incumplimientos contractuales positivos y en otras perturbaciones de prestaciones que presuponen una culpa. Nada cambia tratándose de acciones no permitidas en la medida en que se infrinja un deber, por ejemplo un deber del tráfico, que incumba sólo a la persona jurídica y no también al órgano. Dado que el órgano no tiene ningún asunto propio que organizar puede, en cuanto órgano, organizar los negocios de la persona jurídica y, con ello, también con su responsabilidad ser parte de

su organización, de modo que, como resultado, la culpa del órgano y el deber de la persona jurídica infringido se "suman" a los efectos de una acción no permitida[18]. Conforme a esto, por *esa* acción no permitida responde sólo la persona jurídica, porque lo cierto es que el órgano no ha incumplido ningún deber que sea suyo, en cuanto persona.

En ese tipo de supuestos, no se trata de la transferencia a otro de lo personalísimo, lo que por definición estaría excluido, sino de la realización de las capacidades personalísimas en el ámbito organizativo de otro, mientras no entraña contradicción alguna cómo el titular de las capacidades decide lo que va a realizar (en el ámbito organizativo del otro).

En el *cumplimiento* de deberes que afectan tanto al órgano como a la persona jurídica, el órgano puede actuar en el ámbito organizativo de la persona jurídica; entonces, por medio del cumplimiento de los deberes de la persona jurídica decaen los del propio órgano dado que nada resta por hacer en su propio ámbito. Por ejemplo, cuando no sólo la persona jurídica sino también personalmente el órgano debe retirar un producto lesivo para la salud previamente distribuido[19], el órgano puede hacerlo en cuanto organización de la persona jurídica (¡y a costa de ella!); de este modo el propio deber del órgano se vuelve obsoleto.

A diferencia del cumplimiento de deberes, otra cosa sucede cuando se trata de *infracción* de deberes que afectan tanto al órgano como a la persona jurídica: en la infracción de deberes propios se trata de una necesaria organización propia, tal y como directamente deriva de la plena competencia por la infracción de deberes. *Lo que debe serle atribuido a una persona jurídica debe, en primer lugar, poder serle amortizado al órgano, y cuando el derecho mantiene al órgano en cuanto persona con su culpabilidad, esta culpabilidad no puede serle amortizada y atribuida a la persona jurídica*[20]. Dicho por medio de un ejemplo, eso significa que quien lesiona la propiedad ajena de forma no permitida y culpable debe él mismo, a causa de una acción no permitida, resarcir los daños, y si hubiera actuado como órgano, "en

---

18 KLEINDIEK. *Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern*, 1997, pp. 183 y ss., 478 y s.

19 Como en el supuesto de *BGH* 37, pp. 107 y ss.

20 Así, v. BAR. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. 2 "Die Schuld nach dem Strafgesetze", 1907, § 72, (p. 152): "... si se toman en consideración a las personas físicas individuales como órgano de la personalidad global, entonces no pueden, simultáneamente, ser consideradas como personalidades autónomas, a no ser que se considere culpable a una inconsecuencia". También WIEACKER (en FORTSHOFF *et al.* [eds.]. *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, pp. 339 y ss., 358 y ss.) considera constitutivo, la *por sí sola* autorización u obligación de la persona jurídica, aplicado a una unión: "quod universitati debetur, singulis non debetur" y "quod universitas debet, singuli non debent". Desconocido por SCHROTH (cfr. ob. cit., pp. 186 y s.).

"en ejecución de las tareas que le competen" (§ 31 BGB), la persona jurídica debe resarcir los daños no a causa de una culpa imputable a ella, sino porque tiene que garantizar que el órgano no dañe de forma imputable. En contra no cabe alegar que, *uno actu*, se puede realizar un negocio propio y, además, uno ajeno. Ello es ciertamente posible, pero sólo como *parcialmente propio* y *parcialmente ajeno*. Los beneficios y costos deben, entonces, repartirse. Por el contrario, tratándose de un hecho punible del propio órgano nada se reparte: tiene que responder de forma plena por su culpabilidad[21].

Con independencia de la respuesta a la pregunta de si una transferencia de culpa por parte del órgano a la persona jurídica llevaría a resultados plenamente satisfactorios (al respecto, infra IV), queda claro que toda culpabilidad en un hecho criminal sólo es la propia culpabilidad del órgano, dado que este, por medio de la comisión del delito, ha infringido deberes propios y, en consecuencia, ya no es libre para decidir realizar negocios ajenos. Ciertamente, también una persona jurídica tiene el deber de evitar homicidios, lesiones, injurias, etc., pero no puede infringir este deber con la consecuencia de una culpabilidad penal, porque toda persona, aunque por lo demás también pueda actuar como órgano de la persona jurídica, hasta ahora, es decir, en lo que se refiere a comportamientos delictivos, está constituida de forma necesaria como alguien que actúa para sí misma. Para aclararlo, cabe citar, de nuevo, el argumento de VON LISZT: quien puede celebrar contratos está en la situación de poder celebrar contratos fraudulentos. Un contrato fraudulento realizado por un órgano vincula a la persona jurídica y obliga a esta a una indemnización *contractual*, dado que no se trata de una vinculación ni de un deber de indemnización del propio órgano; pero en lo que se refiere a la estafa culpable, su evitación es un deber propio del órgano, en tanto en cuanto está constituido como persona autónoma. Por eso el órgano también personalmente debe resarcir daños por culpa; sin embargo, el § 31 BGB permite que también responda la persona jurídica.

---

21 Los partidarios de la punibilidad de las personas jurídicas omiten explicar cómo se construye que un negocio sea *plenamente* del órgano como al mismo tiempo *plenamente* de la persona jurídica: el órgano tiene que ejercer en el ámbito organizativo de la persona jurídica su propia organización: ¡una contradicción! Cfr., *v. gr.*, HIRSCH. *Die strafrechtliche*, cit., pp. 10 y ss.; ID., en *ZStW*, cit., pp. 315 y ss.; ERHARDT. Ob. cit., pp. 176 y ss., 186 y ss.; SHORT. Ob. cit., pp. 184 y ss., 203 y ss.; DANNECKER. Ob. cit., p. 124; la falta de una conciencia del problema se constata también en el artículo 14 del *habeas iuris* para la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea (comp. por DELMAS-MARTY, 1988). Desde el punto de vista político criminal se muestra crítico con la conexión a la culpabilidad del órgano HEINE. Ob. cit., pp. 223 y s. Pero sin una culpabilidad del órgano –eventualmente indeterminada en lo personal– tampoco HEINE sale del paso; al respecto infra n. 47.

Todos los hechos culpables son hechos propios de los que en ellos participan; no hay una culpabilidad penal que pueda ser transferida, porque tan cierto es que el delinquir jurídico-penal no puede ser realización de negocios ajenos[22] como lo es que quien delinque debe responder por su hecho. Las personas jurídicas –comparables en esta medida a niños y personas inimputables– son, por tanto, desde luego personas, pero no precisamente "personas penales activas".

También se puede formular de un modo un tanto polémico: la argumentación de que la culpabilidad del órgano es culpabilidad de la persona jurídica, porque el órgano es parte integrante de la existencia de la persona jurídica, conduce, en primer lugar, a la exención de pena del propio órgano cuando éste delinque, dado que lo cierto es que ya no es él mismo, sino parte de la existencia de otra persona, y, en segundo lugar, a la privación de libertad precisamente del órgano, dado que, evidentemente, con él se priva de libertad a un elemento esencial de la persona jurídica. Un resultado muy poco convincente.

Esta solución no es compatible con todos los conceptos que de persona jurídica se han formulado, pero sí con todos los que se han desarrollado de forma correcta. Armoniza, como resulta evidente, con la teoría de la ficción de SAVIGNY, que sin embargo debería caracterizarse mejor como teoría de la atribución o teoría de la construcción[23]: la "esencia" de la persona jurídica consiste en la "ficción", la voluntad representante del órgano es su propia voluntad[24]; hablando en términos modernos, es el resultado de una construcción establecida por atribución. En este estado de cosas, es notorio que sólo puede adscribirse un comportamiento a una persona jurídica cuando no se le adscriba a la propia persona que actúa, y esta atribución a la persona que actúa siempre tiene lugar cuando ésta se organiza a sí misma a través de su comportamiento, es decir, cuando a partir del propio comportamiento (esta autorizada y) viene obligada, en todo caso tratándose de delitos en sentido criminal.

O. GIERKE considera decisivo la "verdadera personalidad colectiva", pero esto por sí mismo es tan poco decisivo como la cualidad de la existencia huma-

---

22 La factible separación civil entre los obligados por el negocio (la persona jurídica) y el que causa la lesión (el órgano) (supra n. 18) que posibilitaría una culpabilidad penal del órgano "no usada", está penalmente excluida, pues la regulación penal de la actuación en nombre de otro (§ 14 StGB) es suficiente en relación con la punibilidad del órgano cuando la persona jurídica no ostenta una posición de garante personalísima; cfr. JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 21/11 (y una posición personalísima no puede corresponderle a una persona jurídica).

23 Al pensamiento de KELSEN de que también una persona natural es una persona jurídica (cfr. *Reine Rechtslehre*, cit.) se aproxima ya el de v. SAVIGNY, cuando reconoce que el ser humano puede también ser conceptuado como no-persona: ob. cit., § 60.

24 Cfr. ibíd., § 90, 91; al respecto, FLUME. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. 1, 2 "Die juristische Person", 1983, pp. 33 y ss.; KLEINDIEK. Ob. cit., pp. 166 y ss., 168.

na[25]; se trata de un diagnóstico sociológico, nada más[26]. Por ello, la voluntad del órgano no debe ser sólo voluntad en representación, sino que es necesario atribuirle a la propia persona jurídica "capacidad de voluntad y de acción"[27], y ello con la consecuencia de conllevar capacidad delictiva tanto de tipo civil como penal[28], con lo que la persona jurídica "tiene que reconocer la culpa [...] (del) órgano como propia"[29]. Sin embargo, el "delito corporativo" deja remanente "un resto de culpa individual autónoma"[30] y, en consecuencia, "una punición de la corporación en cuanto tal de ningún modo" excluye "una simultánea punición del que como individuo es titular o cotitular culpable de posiciones del órgano"[31].

Pero resulta que, así hay que replicar, si la persona jurídica tiene que reconocer *jurídicamente* como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa, y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual. O bien la culpabilidad es una culpabilidad de una parte integrante de la persona jurídica y, con ello, culpabilidad de la propia persona jurídica, o bien es culpabilidad de una persona natural, o bien lo es *parcialmente* de uno y *parcialmente* de otro. Esto último es posiblemente lo que estaba pensando GIERKE cuando postula que "al individuo" no se le debe "imputar la parte del hecho punible de la que es responsable, exclusivamente, la dirección errada de la voluntad común, y que, por consiguiente, se sufre en la pena corporativa"[32]. En todo caso, la voluntad común[33], *per se*, no puede delinquir, pues primero debe pasar por la cabeza del órgano para mover su mano (así debe proceder incluso la voluntad común, cuando desea realizar un simple contrato de compraventa), y, dado que, según GIERKE, la persona jurídica debe aceptar la culpabilidad del órgano

---

25 Por tanto se valora positivamente este hecho, pero no se considera sólo el hecho decisivo; coincide TEUBNER. Ob. cit., p. 71: "no existen relaciones fijas conforme a la naturaleza de las cosas entre estructuras del ser prepositivas y la construcción jurídica, es decir, no hay un derecho natural sociológico de la persona jurídica".

26 FLUME ha señalado que tampoco v. SAVIGNY niega la verdadera naturaleza colectiva de la persona jurídica; más bien v. SAVIGNY la concibe –en cuanto dato fenomenológico o sociológico pero no jurídico– como jurídicamente poco relevante; FLUME. Ob. cit., p. 4.

27 O. GIERKE. *Genossensschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 1887, pp. 754 y ss.

28 Ibíd., pp. 755 y ss. (civilmente), pp. 771 y ss (penalmente).

29 Ibíd., p. 765.

30 Ibíd., p. 768.

31 Ibíd., p. 769; especialmente en contra v. BAR, ver nota 18.

32 Ob. cit., p. 769.

33 Ibíd., pp. 603 y ss., 630: voluntad común "como realidad psíquica"; al respecto KLEINDIEK. Ob. cit., p. 162.

como culpabilidad propia[34], ni siquiera queda resto alguno: ¡GIERKE debería contentarse *con* la punición de la persona jurídica![35].

IV. CRITERIOS DE IDENTIDAD DE LA PERSONA NATURAL Y DE LA PERSONA JURÍDICA

Pongamos el caso de que el resultado alcanzado fuera falso, y que la culpabilidad penal del órgano puede, en verdad, serle atribuida a la persona jurídica como culpa propia[36]. ¿Cuáles serían las consecuencias?

Culpabilidad es falta imputable de fidelidad a la norma. El autor no alcanza –de acuerdo con una medida objetiva– la medida de fidelidad a la norma que le es exigible. No se trata de una mera desviación de una norma –también una pieza puede desviarse de una norma y, por ello, ser rechazada– sino de una *toma de posición* frente a la norma, es decir, un acto con significado comunicativo. Una toma de posición de estas características no presupone sólo el acoplamiento de una conciencia con una exteriorización –como por ejemplo sí se da tratándose de un niño irresponsable–, sino de una conciencia que se representa en el plano de la comunicación como capaz de aprehender el significado de la norma y hacer de la norma parte de uno mismo, o, por el contrario, errarla –de forma imputable–. Únicamente una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo puede comportarse de forma culpable; de acuerdo con un entendimiento moderno –pero no inmutable– no así un niño o –aún menos, por falta de todo tipo de personalidad– un animal.

¿Puede el órgano de una persona jurídica producir una conciencia propia, competente en el plano comunicativo, que sea de la persona jurídica? Si ello fuera posible, el órgano debería concebirse a sí mismo como persona jurídica, y no de forma psicologizante –"*nosotros* somos la empresa"– sino de acuerdo con el entendimiento social general, y ello con la siguiente consecuencia: el órgano, que en esa medida se concibe a sí mismo como persona jurídica, no podría simultáneamente concebirse a sí mismo como persona independiente que asume la posición de un órgano. El resultado sería que la persona natural se disuelve, ya que, dada la falta de ulterior existencia de personalidad del órgano, no

---

34 Como en nota 29.

35 Sobre una culpabilidad corporal propia no fundamentada a través de la culpabilidad del órgano vid. Infra V.

36 En contra, especialmente V. FREIER. Ob. cit., pp. 95 y s, 105: "De forma más clara no puede describirse una pura responsabilidad por el resultado".

puede responder por su parte por un comportamiento culpable; sólo puede hacerlo la persona jurídica.

Puede quedar fuera de consideración bajo qué condiciones sociales puede sostenerse un entendimiento de estas características, ya que el entendimiento moderno sobre la materia objeto de tratamiento ciertamente no lo considera de importancia hegemónica. En el ámbito en el que se desarrolla la moderna discusión en torno a la punibilidad de las personas jurídicas, es decir, el ámbito de la actividad económica de las grandes empresas, nunca ha sido predominante. Nadie, tampoco GIERKE[37], quiere exonerar al órgano que delinque de su propia responsabilidad jurídico-penal; más bien se pretende que a la pena del órgano se añada la pena contra la persona jurídica, y precisamente esto queda excluido en cuanto constituye una doble pena por culpabilidad.

Pongamos el caso de que también fuera falso que la conciencia propia del órgano pudiera serle atribuida a la persona jurídica. ¿Qué resultaría entonces? ¡Un cúmulo de dificultades irresolubles! El problema de la unidad –el problema de la identidad de la persona natural es un hueso filosófico difícil de roer–, a más tardar desde que LOCKE emprendió el intento de desvincular la identidad de la corporeidad y producir esa identidad a través de la conciencia –procurada, sin embargo, de manera comunicativa y corporal– en cuanto unidad de conciencia del presente y recuerdos[38]: "Allí hasta donde [...] de forma retrospectiva se hace extensiva la conciencia a hechos o pensamientos pasados, hasta allí alcanza la identidad [...] (de la) persona"[39]. El tamaño del hueso no puede ser medido en este lugar[40], y mucho menos cocinado[41]. Basta con la constatación de que un derecho penal que incide en la culpabilidad como fracaso comunicativo, al igual que un derecho penal que parte de un concepto normativo de culpabilidad, debe entender los hechos punibles como manifestaciones de personas a quienes les ha sido atribuida una conciencia[42], no sólo en el momen-

---

37 Como en nota 31.

38 *Versuch über den menschlichen Verstand*, t. 1, Hamburg, 1981, pp. 410 y ss. 429 (= libro 2.°, cap. 27, párrs. 18 y ss.); al respecto, THIEL, en ID. (ed.). *John Locke. Essay über den menschlichen Verstand*, 1997, pp. 149 y ss., con referencias.

39 *Versuch*, cit., p. 420.

40 Un intento de valoración gruesa puede verse en JAKOBS. *Norm, Person und Gesellschaft*, 2.ª ed., 1999, pp. 29 y ss.

41 Una visión básica la ofrecen JAESCHKE. "Selbstwewußtsein" II, "Neuzeit", y HECKMANN. "Selbstwewußtsein" III, "Analytische Philosophie", ambos en RITTER *et. al.* (eds.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 9, 1995, columnas 352 y ss.., 371 y ss; sobre filosofía analítica cfr. también QUANTE, en ID. (ed.). *Personale Identität*, 1999, pp. 9 y ss.; cfr. también las distintas contribuciones reunidas en este tomo.

42 De modo coincidente cfr. FREIER. *Kritik*, cit., p. 120: "el injusto penal se muestra [...] en la permanente

to del hecho sino también en el momento de la sentencia y en el momento del procedimiento de ejecución. A este respecto, no basta cualquier conciencia sino la que sin solución de continuidad es idéntica; rige la siguiente conexión que hace LOCKE: "aquella acción es ejecutada por el mismo yo que ahora sobre ella reflexiona"[43] o, en su caso, a través de la sentencia y de la pena sea movida a esa reflexión[44]. De nuevo LOCKE[45]: "Esta personalidad se extiende restrospectivamente a partir de la existencia presente en el pasado sólo que a través de la conciencia, y a través de ésta participa y es responsable, y atribuye e imputa acciones pasadas que tienen el mismo fundamento y la misma causa como los del presente".

Sin embargo, la identidad de la persona jurídica, a diferencia de la de la persona natural, no se determina a partir de la conciencia sino a partir de la unidad de su constitución. Permanece invariable incluso cuando cambian los órganos: tratándose de personas jurídicas, es puro azar si un órgano que delinque es aún órgano en el momento de la sentencia; cuanto más célebre sea el caso objeto del procedimiento penal más excepcional será que se dé ese caso. Se puede sentar al sucesor en el banquillo de los acusados, si bien éste no puede establecer una continuidad con su antecesor a partir de una conciencia idéntica, sino sólo a partir de la constitución. Su conciencia es la conciencia del sucesor de una conciencia culpable, pero la condición de sucesor no se basa en la identidad de conciencia, sino en la vinculación por medio de la constitución de su conciencia con la conciencia de su antecesor. El conocimiento de tener que responder por la culpabilidad de otro y el conocimiento de tener que responder por la propia culpabilidad son dos cosas distintas.

Pero aún viene algo más: la conciencia de varios órganos puede tener un contenido contradictorio; un órgano delinque, otro rechaza una acción así –en términos literales, una situación espiritual del órgano esquizofrénica–, con lo que no resulta posible determinar qué es lo que rige. Dicho brevemente, el concepto de culpabilidad, que ha sido desarrollado para las personas naturales y que construye la identidad de éstas a partir de la uniformidad de la conciencia atribuida, no puede alargarse o deformarse para abarcar también a las personas jurídicas cuya identidad se garantiza por medio de su constitución[46]. Para aclarar esto: tras

---

usurpación de la validez y perturbación de las relaciones de libertad por medio de una voluntad en sí reflectiva". De igual modo, KÖHLER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 562.

43 *Versuch*, cit., p. 422.

44 MERKEL, en *JZ*, 1999, pp. 502 y ss. 509 y ss., 510 y s.

45 *Versuch*, cit., p. 436.

46 De ahí que no se logre nada, en contra HIRSCH. *Die strafrechtliche*, cit., p. 14, cuando bajo la evitación

la muerte de una persona natural que ha delinquido no se dicta ninguna sentencia. De manera correspondiente, ¿puede la persona jurídica, a la que se quiere imponer una pena, eludir la sentencia a través de su disolución?

V. ¿GENUINA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

En cierta medida, de acuerdo con lo reiterado hasta ahora, el problema se puede resolver fácilmente: si la persona jurídica, con independencia de la conciencia de sus órganos[47], puede ostentar una culpabilidad propia. La mirada no se dirige a la voluntad mediata del órgano sino ya a la "voluntad común" en el sentido de GIERKE[48]. La persona jurídica real, así cabría pensar, puede elaborar una constitución interna criminógena, como por ejemplo sería el caso cuando se establece como regla interna aceptada que no hay que tomar en serio las normas penales[49]. Esta constitución interna, que corrompe a todos los empleados, sería para la persona jurídica su propio déficit de confianza en la norma, su propia culpabilidad. Sin embargo, en este contexto se estaría entendiendo por culpabilidad algo distinto a lo que se entiende bajo el concepto de culpabilidad de una persona autoconsciente y comunicativamente competente. Una persona de estas características no puede estar constituida como un mero centro en el que se conjuntan adaptaciones exitosas y no exitosas a la norma, es decir, una persona que sólo soporta la personalidad de manera pasiva; por el contrario, se

---

de un "*pathos* moral" se reduce el concepto de culpabilidad a "determinadas anomalías y déficits de conocimiento"; al margen de las insuficiencias internas de este concepto de culpabilidad los momentos fundacionales de la identidad de las personas naturales y jurídicas no son los mismos. En relación con un reproche de la culpabilidad con medida "moral", ID., en *ZStW*, cit., p. 292.

47 La "irresponsabilidad individual estructural"que señala HEINE. Ob. cit., p. 198 (cfr., también, DANNECKER. Ob. cit., p. 104) se remite, sin embargo, en todo caso a una culpabilidad organizativa del órgano; así también HEINE, pp. 225 y ss.: éste quiere configurar una responsabilidad colectiva por una gestión del riesgo defectuosa a la que se añade la realización de un riesgo típico empresarial: cfr. *Die strafrechtliche*, cit., pp. 271 y ss., 288 y ss. De hecho, no se trata de una genuina culpabilidad de la persona jurídica sino de su co-responsabilidad por la culpabilidad organizativa del órgano, con lo cual la culpabilidad del órgano que actúa permanece indeterminada (determinación alternativa personal).

48 Ob. cit., pp. 603 y ss.

49 Poco claro DANNECKER. Ob. cit.: "Lo constitutivo para el injusto" es "una previa estructura organizativa deficitaria o una filosofía empresarial criminógena" (p. 117), pero los órganos deben encontrarse de poder evitar eso (p. 119); por lo tanto, se trata de la culpabilidad del órgano, también de forma mediata. Para HIRSCH. *Die strafrechtliche*, cit., p. 26; ID., en *ZStW*, cit., p. 313, el comportamiento culpable del órgano constituye el hecho de conexión; lo relevante sería que "el hecho pudiera haber sido evitado corporalmente"; lo que se señala es: "evitación de faltas a través de la elección y vigilancia de los representantes, de los déficits organizativos, de las políticas empresariales criminógenas, etc.": cfr. ID., en *ZStW*, cit., p. 313. Pero esta culpabilidad por la capacidad corporal es una culpabilidad del órgano eventualmente difusa en lo personal.

reconoce a sí misma como posibilidad propia de cumplimientos exitosos o no exitosos de la norma; hablando en términos tradicionales, se sabe libre. De una conciencia propia de estas características no cabe hablar en la persona jurídica, incluso si se la representa como persona jurídica real. La persona jurídica, en esta medida, puede –*sit venia verbo*– llevar a cabo una vida propia dado que elabora su constitución interna de acuerdo a reglas; vida propia que, de cara a las personas naturales que actúan para ella, no se explica como una pura suma de actividades. Pero esta vida propia es pura recepción pasiva ya que no puede ser aprehendida mediante reflexión por una autoconciencia en cuanto posibilidad propia. Ciertamente, un observador interno, por ejemplo un órgano, o externo puede representarse el camino que la constitución interna de la persona jurídica ha tomado o presumiblemente va a tomar en el futuro, pero en todo caso tomándolo como el "espíritu" ya formado o en formación, pero no como el "espítiru" autoconsciente que comprende su existencia como posibilidad[50]. Una culpabilidad en sentido jurídico-penal no la puede mostrar la persona jurídica en tanto persona colectiva real.

A pesar de ello, las expectativas normativas también afectan a una persona jurídica: uno puede partir de la base de que la persona jurídica va a cumplir sus contratos, que no va a realizar contratos fraudulentos, que no va a distribuir productos dañinos, etc. El mantenimiento social de estas espectativas se encuentra en sinalagma con la capacidad jurídica de la persona jurídica, y hasta ahí alcanza, del mismo modo que los órganos de las personas jurídicas pueden "prestar" su responsabilidad (supra II y III). Sin embargo una persona jurídica no puede desautorizar la norma: no puede desempeñar el rol de un autor penal por carecer de equipamiento suficiente. La expectativa de que no se va a producir una desautorización, afecta a la persona natural que actúa para la persona jurídica, sea quien sea la persona natural. La expectativa es indeterminada en lo personal, difusa, lo que sin embargo no es nada especial: en los contactos sociales anónimos la expectativa es más difusa que en los contactos entre personas "que se conocen". Después se verá (infra VII) si la reacción frente a una defraudación de un órgano o representante puede alcanzar el patrimonio de la persona jurídica.

VI. MASAS PATRIMONIALES SIN LA FORMA DE PERSONA

Volvamos a la fundamentación de la culpabilidad propia mediada por una conciencia ajena como medio de organización propio. Una fundamentación de estas

---

50 V. FREIER. Ob. cit., pp. 124 y ss., 140.

características, si es que existiera, no podría estar limitada a las personas jurídicas, y en el ámbito de éstas tampoco podría estar limitada al comportamiento de los órganos. En primer lugar, en lo que se refiere a una extensión que vaya más allá de las personas jurídicas cabe representarse el caso de una sociedad limitada en la que una única persona ostenta todas las acciones y el administrador, "en ejecución de las tareas que le competen" (§ 31 BGB), comete un delito –*v. gr.*, un contrato fraudulento–; de acuerdo con el punto de vista de los partidarios de la punibilidad de las personas jurídicas debería castigarse también a la sociedad limitada. Dicho de forma clara: podría serle impuesta una pena de multa. Pero, frustrado ante este resultado, el propietario de las acciones liquida la sociedad limitada y encarga a un apoderado general la administración de las ganancias, quien, en el desempeño de su labor de administración, sin embargo de nuevo delinque. Dado que el propietario del patrimonio no ha fomentado el hecho, éste no es asunto suyo, y permanece libre de pena, lo que significa que no se puede afectar a patrimonios aislados heteroadministrados.

No se logrará explicar el sentido de esta diferenciación, ya que el sentido no es jurídico-penal sino puramente jurídico-civil. En el siglo XIX, para el derecho civil era cada vez más perentorio dar con una regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas por acciones no permitidas, y la solución se predeterminó de forma decisiva por medio de la teoría de los órganos –la persona jurídica, por medio de sus órganos, actúa ella misma–, si bien el BGB (Código Civil alemán), como de forma especial puso de manifiesto FLUME[51], se mantuvo al margen de la polémica entre la teoría de los órganos y la teoría de la representación –a la persona jurídica *se la representa en el marco de lo jurídicamente permitido*–. Más aún, la formulación del § 31 BGB precisamente habla a favor de una ampliación de las masas sujetas a responsabilidad y de una culpabilidad propia de la persona jurídica: a la persona jurídica se la responsabiliza por daños en relación con los que el órgano ya tiene un deber de indemnización[52]. El precepto aportó una solución útil en la práctica para las constelaciones de casos más importantes[53], pero partiendo del precepto no cabe elaborar una teoría consistente.

---

51 Ob. cit., pp. 19 y ss.; KLEINDIEK. Ob. cit., pp. 210 y ss.

52 Cfr. WIEACKER. Ob. cit., p. 375; KLEINDIEK. Ob. cit., pp. 206 y ss, 311 y ss. y pássim; CHR. V. BAR, en LESER *et al.* (eds.). *Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Z. Kitawaga*, 1992, pp. 279 y ss., 285. La teoría del órgano naufraga en el deber de indemnización del órgano.

53 Sobre la problemática de la lesión de un deber mercantil que afecte sólo a la persona jurídica cfr. nota 18. En relación con la problemática de las llamadas lesiones mediatas en derecho civil cfr. la sentencia BGZ 109, pp. 297 y ss. (sentencia de los materiales de construcción) y las consideraciones al respecto de KLEINDIECK. Ob. cit., p. 368.

El interés decisivo en el contexto de los actos no permitidos de los órganos que justifica la transposición a la persona jurídica, a saber, la ampliación de la masa de responsabilidad, no tiene cabida en el derecho penal de *culpabilidad.* Aquí se trata, exclusivamente, de fundamentar la culpabilidad de la persona a la que se va a imponer una pena. Quien –de forma errada, como ya se mostró– pretenda aceptar una transposición de esas características no puede quedarse en la relación entre persona jurídica y órgano y, necesariamente, tiene que asumir la teoría de la representación y otro tipo de representaciones[54], porque de lo que se trata es de adscribir prestaciones de una persona a otra; tratándose de órganos, en general; tratándose de un representante, en el caso particular; y tratándose de un poder general, de nuevo, de forma general. Algún tipo de diferencias *jurídico penales* relevantes no han sido, hasta ahora, identificadas y tampoco resultan perceptibles.

VII. SANCIONES NO PENALES

Si no cabe la posibilidad de imponer a la persona jurídica una pena basada en la culpabilidad, para evitar confusiones no debe caracterizarse como pena la, ciertamente legítima, eventual sanción que quepa imponer. ¿Pero qué sanción vendría en consideración? La respuesta que cabe esbozar aquí de forma sintética va más allá del ámbito de la persona jurídica y, en general, afecta a la administración del patrimonio ajeno, y esto sucede siempre que el representante deba decidir por sí mismo sobre los actos concretos de administración, es decir, cuando represente al titular no sólo en su declaración sino también en su voluntad[55].

Si el titular de una masa patrimonial cede su patrimonio o parte del mismo para que sea administrado por otro, crea una situación asimétrica: aumenta la libertad del administrador –es decir, del órgano o del representante– sin que el objeto, cuya cesión da lugar a la ampliación de libertad, pueda sustraerse a la punición en caso de un delito. Esta asimetría entre la libertad de quien puede decidir por sí mismo y aquella que puede verse afectada mediante la punición es consustancial a la administración de patrimonios ajenos. Ciertamente que la asimetría no excluye el castigo adecuado de un delito del administrador –cabe incluso imponerle una pena privativa de libertad– pero queda el hecho de que

---

54 Sobre el estado de la discusión civilística en relación con la extensión del § BGB a la administración de patrimonios especiales cfr. MUCO-REUTER, en SÄCKER (ed.). Münchener Kommentar zum Bürgelichen Gesetzbuch Bd., 3.ª ed., 1993, § 31, n. m. 12.

55 Demasiado limitado el artículo 14, apartado 1, del *corpus juris* (nota 21): personas jurídicas y asociaciones que son poseedoras de propios valores patrimoniales.

el delito constituye un acto de la administración del patrimonio. En esta situación no se resuelve el problema invocando la posibilidad de castigar al administrador en *su* medio de libertad; se trata más bien de fundamentar, también, si la masa patrimonial debe quedar sustraída a la intervención penal, porque el titular no la ha administrado y tampoco pertenece al administrador[56]. La cuestión es más acuciante cuanto más distanciado esté el administrador de la persona jurídica o del patrimonio administrado. Sin embargo, en el caso de cometerse un delito, la masa estaría a disposición de *su poseedor*, pero esto no es una fundamentación suficiente para tolerar la asimetría, pues no puede llegar a producirse un delito específico de la administración *de ese* patrimonio, al no existir propia actividad administradora.

Una afectación del patrimonio heteroadministrado nada tiene que ver con una pena; ante todo se trata de una mera corresponsabilidad, en el sentido de que para demostrar el carácter defectuoso de la administración y, con ello, para compensar el daño a la vigencia de la norma producido por el administrador (de forma individual y no transferible) no sólo se reduce su libertad (o no se le reduce en el caso de que no resulte claro quién, de entre varios administradores, debe responder por el carácter defectuoso del comportamiento)[57] sino también el potencial de libertad que al ser administrado lleva a la comisión del delito. Esta afectación requiere, sin embargo, de legitimación frente al titular del potencial, es decir, del patrimonio heteroadministrado, lo que en todo caso resultaría posible cuando éste sea competente del hecho en el que se produce una situación asimétrica, esto es, cuando dependa de su propia decisión y no se encuentre legalmente previsto. En todo caso, se trata de una sanción que no tiene el nivel de pena[58], con unos elementos más pobres que los de la pena. Una sanción de estas características es necesaria cuando la persona o masas patrimoniales, similares a la persona que actúa en el tráfico social, en la riqueza de sus elementos quedan por detrás de las personas naturales, es decir, cuando carecen de una autoconciencia. En ese caso, no pueden obrar de modo culpable pero pueden *responder* de forma mediata, lo que se corresponde con lo preceptuado en el § 31 BGB. Quien disfruta de las ventajas de la administración a través de otro, debe ser hecho partícipe de la evitación de daños que ocasione el admi-

---

56 Cfr. STRATENWERTH, en GEPPERT *et al.* (eds.). *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, pp. 295 y ss, 299; DANNECKER. Ob. cit., pp. 101 y ss., 103.

57 Si se entiende *que* hay una falta previa, el lado personal, en lo que se refiere a la corresponsabilidad de la persona jurídica, puede quedar abierto; cfr. también nota 47.

58 Así SCHMITT. Ob. cit. pp. 130 y s., 178 y ss.: "medidas de seguridad objetivas" (¡sin pena de multa!); STRATENWERTH. Ob. cit., pp. 302 y ss.: medidas de seguridad con finalidad preventivo general.

nistrador, con lo que aquí, a diferencia del § 31 BGB, no se trata de daños patrimoniales, sino de daños a la vigencia de la norma. Con otras palabras, los patrimonios se encuentran vinculados sólo de forma indirecta con la lesión de la norma por parte del administrador, pero existe el suficiente vínculo con *su* lesión, precisamente para poder definir la corresponsabilidad en su contenido comunicativo como confirmación de la vigencia de la norma.

Sin embargo, con ello aún no se ha establecido la legitimación frente al tenedor del potencial. Es necesario establecer que ha elegido una forma de administración peligrosa –aun cuando se encuentre permitida–. De ahí que no se dé el caso cuando se trate de administrar patrimonios para su conservación, pero sí cuando la administración patrimonial opere bajo el presupuesto de la máxima ganancia o cuando imponga la configuración de una organización de varias personas, que puede adquirir la forma de una persona jurídica o no, con la consecuencia de una dificultosa vigilancia. Tratándose de una organización puede bastar su propia peligrosidad, *per se*, sin vinculación con la administración patrimonial, por ejemplo, tratándose de una asociación sin ánimo de lucro. En estas situaciones en las que hay que prescindir de una pena criminal en sentido estricto deben bastar estas aclaraciones para fundamentar una corresponsabilaidad.

Puede perfectamente imponerse una sanción a una persona jurídica o a una masa patrimonial heteroadministrada; tan sólo no debe bautizarse con el nombre "pena" si se quieren evitar confusiones. En un derecho penal cuyo precepto principal de medición de la pena afirma que la culpabilidad del autor es el fundamento de la medida de la pena (§ 46, ap. 1, inc. 1.° StGB) un bautizo de estas características crearía una confusión semejante a la de llamar a los ciudadanos deudores principales. Entre los conceptos jurídicos habituales "reparación civil del daño" y "pena" pueden encontrarse formas intermedias, como también es una forma intermedia entre ambos extremos –si bien en un contexto totalmente distinto– la indemnización. La sanción[59] para patrimonios heteroadministrados podría ser una sanción intermedia de estas características.

RESUMEN

1. Sólo porque sea persona, la persona jurídica no tiene por qué ser persona *a todos los efectos.*

---

59 Ulteriores sanciones deben ser objeto de discusión, en particular la curatela de la empresa, SCHÜNEMANN. Ob. cit., pp. 139 y ss.; DANNECKER. Ob. cit., p. 128, con ulteriores referencias. En relación con algunos casos de strict liability y sus esperados efectos preventivo generales negativos, cfr. FREIER. Ob. cit., pp. 183 y ss., 230 y ss., con referencias.

2. Es común en el mundo del derecho que el comportamiento de *una* persona tenga consecuencias jurídicas en *otra* persona, pero estas consecuencias sólo se producen en la otra persona, no en el que actúa.

3.a. Se excluye un actuar en una organización ajena cuando el derecho interpreta ese comportamiento, de forma necesaria, como comportamiento en la propia organización. Esto es lo que sucede en lo que se refiere a hechos punibles, como lo demuestra la propia obligación de responder de quien delinque.

b. La punición de la persona jurídica tiene que excluir la pena para el órgano que actúa.

c. La denominación "culpabilidad de la persona jurídica" es, en sí misma, contradictoria: la culpabilidad presupone identidad de la persona por medio de la conciencia, pero la identidad de la persona jurídica se determina a partir de su constitución.

4. En el mejor de los casos, una "voluntad común" es una conjunción de situaciones de sufrimiento y no puede ser hallada culpable por falta de una vinculación con una conciencia propia.

5. Cuestión distinta es si cabe legitimar sanciones no penales, y no sólo en lo que concierne a personas jurídicas sino en lo que afecta a todos los patrimonios heteroadministrados. Entre otras cuestiones, debe ser objeto de discusión una corresponsabilidad; si bien, previo a un examen más preciso de este tipo de sanción, es necesario desvincularla de *la pena*.

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ*

*¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?***

Al profesor GÜNTHER JAKOBS que siempre con generosidad me transmitió otra forma de ver el derecho y la vida.

INTRODUCCIÓN

Un tema básico para la reconstrucción teórica del derecho penal es a qué sujetos se les puede y debe reconocer capacidad de culpabilidad como presupuesto de la pena. Esta cuestión básica se presenta especialmente conflictiva con respecto a dos cuestiones, que no por casualidad son temas de candente actualidad en la dogmática en lengua española: la responsabilidad de los menores de edad (civil y política) y de las personas jurídicas y empresas. Hace un año estuve exponiendo en este lugar cómo la denominada responsabilidad penal del menor debería desarrollarse mediante un sistema propio de sanciones ajenas a la idea de culpabilidad. Hoy vengo a intentar defender las mismas ideas con respecto a las personas colectivas. Es decir, en principio, cuando nos referimos al sujeto de imputación jurídico-penal o, lo que es lo mismo, a las personas susceptibles de soportar la imposición de una pena para que ésta cumpla sus fines, el concepto queda circunscrito en la actualidad a las personas físicas mayores de edad. Sólo con respecto a éstas cabe plantearse como presupuesto de la pena si conocían o podían conocer la antijuridicidad de su comportamiento y tenían capacidad para actuar de acuerdo a dicha comprensión.

Los argumentos relacionados con la capacidad de acción y la capacidad de culpabilidad no son los únicos esgrimidos contra la responsabilidad penal de personas colectivas, pero son los puntos principales alrededor de los que gira la moderna discusión sobre el principio *societas delinquere non potest*. Otros argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia (capacidad de pena, infracción del principio de personalidad de las penas o de la idea de justicia porque se pueden ver afectadas o castigadas personas inocentes, infracción del principio *non bis in idem*, etc.) no me parecen tan decisivos como éstos. Por otro lado, cabe señalar que ciertas concepciones teóricas sobre organizaciones complejas así como la creciente presencia de una racionalidad funcional en la argumentación jurídica hacen que las objeciones tradicionales tal y como han venido siendo formuladas ya no se puedan entender como evidentes.

---

* Doctor en derecho de la Universidad Complutense de Madrid; profesor titular del área de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

** Esta ponencia ha sido realizada durante una estancia en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn dirigido por el profesor GÜNTHER JAKOBS financiada por la Fundación Alexander von Humboldt.

I. CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EMPRESAS COMO SUJETOS CULPABLES

La concepción de los entes colectivos o del autor corporativo como sujetos susceptibles de cometer acciones culpables no me parece convincente en el marco de los ordenamientos español o colombiano. Las razones principales serían las siguientes.

A. PROBLEMAS INSUPERABLES CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Al ser el principio de culpabilidad un principio general de rango constitucional, no alcanzo a ver cómo esta línea interpretativa puede superar las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de las personas jurídicas relacionadas con el concepto de culpabilidad. Se viene entendiendo que una de las consecuencias del principio de culpabilidad en su sentido tradicional es, precisamente, la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. En realidad, la cuestión de fondo no es si la persona jurídica puede ser sujeto de imputación, lo cual es obvio en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino si es legítimo resolver ciertos conflictos sociales imponiéndole una pena a las personas jurídicas que ni tienen capacidad de decidir por sí mismas ni se les reconoce alternativas de comportamiento con respecto a las decisiones de sus órganos directivos o de las personas que actúan en su nombre. Es decir, se trata de un específico problema jurídico-penal o político-criminal independiente de las consideraciones que se puedan hacer en otras ramas del ordenamiento jurídico.

A partir de estas consideraciones, los partidarios de la punición de las personas jurídicas y empresas y los ordenamientos que han recogido la responsabilidad penal de las personas jurídicas han seguido a grandes rasgos dos vías de solución:

1. La teoría de la representación o modelo de imputación (*vicarious liability*): a la persona colectiva se le imputa la culpabilidad de la persona física o de sus órganos, por lo que también se utiliza la expresión responsabilidad penal indirecta.

2. Fundamentar una culpabilidad propia de la persona jurídica o empresa distinta a la culpabilidad individual.

Ambos modelos resultan insatisfactorios por diversas razones, por lo que es preciso un tratamiento crítico por separado.

1. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN O MODELO DE LA IMPUTACIÓN

Con este tipo de fundamentaciones no se ha logrado todavía, en mi opinión, superar el inconveniente de que la culpabilidad de las personas jurídicas acaba siendo siempre culpabilidad por el hecho o la decisión de otro. Se puede comparar la problemática que presenta esta cuestión con otras materialmente similares como la del representante de un menor que actúa en nombre de éste y realiza un delito en provecho de dicho menor. No parece que nadie esté dispuesto a imputar al menor el hecho injusto y culpable realizado por el representante. ¿Porqué con las personas jurídicas la solución tiene que ser distinta? ¿Qué es lo que diferencia un supuesto del otro? En este sentido, hay una regla de verificación de legitimidad bastante útil que deberían tener en cuenta ciertos partidarios de la culpabilidad de las personas jurídicas: siempre que se afirme que una empresa debería responder penalmente se debería poder decir lo mismo de un empresario individual cuya empresa esté dirigida o administrada por otra persona. Si, por ejemplo, se quiere hacer responder como sujeto culpable a una empresa por un vertido contaminante ello también debería ser posible con el propietario individual de la empresa. Estas reflexiones muestran cómo algunos autores parten de un presupuesto erróneo. Expresado a grandes trazos, las decisiones de las sociedades mercantiles con personalidad jurídica que configuran la voluntad social se adoptan por mayoría en el órgano de participación de los socios (por ejemplo, en la junta de accionistas). El poder soberano de la compañía reside en la asamblea general (modificar los estatutos, dictar reglas sobre el funcionamiento interno, etc.). El órgano de administración toma decisiones que vinculan a la sociedad (como cualquier representante de una persona física), pero no son decisiones de la sociedad en sentido estricto, sino que los administradores toman decisiones en nombre de ella como cualquier administrador de un patrimonio ajeno (por ejemplo, el representante legal de un menor). Los administradores de una empresa tienen capacidad para obligarla, pero lo hacen actuando en nombre ajeno (art. 31 C. P. español). No es la empresa la que realiza actos jurídicos sino que ésta queda vinculada por las actuaciones en su nombre de sus órganos y representantes. Piénsese que incluso se pueden presentar supuestos en otros ámbitos jurídicos en los que un representante vincule a la sociedad habiendo llegado a actuar en contra de la voluntad social o habiendo realizado un comportamiento prohibido por la sociedad. Es decir, situaciones de esquizofrenia. La esquizofrenia puede llegar al grado de que diversos órganos estén tomando decisiones contradictorias en

relación con lo prescrito por la norma penal. Creo que después de estas consideraciones no precisa mayores explicaciones la conclusión de que el traslado directo de la responsabilidad penal del representante al representado (el titular de la empresa) resulta contrario a los principios del derecho penal moderno. La institución de la representación (*vicarious liability*), válida para el derecho civil, carece de legitimidad en el ámbito del derecho penal por ser contraria a los postulados básicos del principio de culpabilidad. Si el integrante del órgano o el representante actúa culpablemente es porque es sujeto de imputación jurídico-penal. Por ello no puede ser concebido jurídico-penalmente como parte de una persona jurídica ya que si así fuera quedaría excluida su propia culpabilidad (las partes de una persona no delinquen). No existen razones jurídicas de peso para tratar de forma distinta a la persona jurídica que es titular de una empresa o que es representada en el tráfico jurídico con respecto a cualquier persona física en la misma situación.

Además la teoría de la representación disocia la autoría de la infracción de la responsabilidad por las consecuencias de la infracción. Y ello supone una infracción del principio de personalidad de las penas derivado del principio de culpabilidad. En definitiva, la empresa acaba respondiendo de decisiones defectuosas y hechos ajenos. La teoría de la representación reconoce la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos y, por ello, le imputa una culpabilidad ajena mediante una clara infracción del principio de culpabilidad. Pero se trata de una solución insatisfactoria ya que las capacidades altamente personales o la culpabilidad no se pueden transferir ni representar.

Si se me permite la expresión no se debe olvidar además la realidad de que las empresas, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas mayores de edad, no son materialmente entes auto-administrados sino hetero-administrados. Por ello quien debe responder penalmente es quien ostenta la competencia de la administración (o quien desarrolle funciones delegadas), que es sólo la persona física. Se debe tener presente que el derecho penal es un sistema sancionador más apegado a la realidad y menos formalista que otros sectores jurídicos donde esta afirmación podría ser más discutible. En el derecho privado o en el derecho administrativo se puede asumir que la mente o el cuerpo del representante son la mente o el cuerpo del representado (teoría de la imputación).

Este modelo de solución tiene también serios problemas con el principio *non bis in idem* en la medida que se imponen dos penas a dos personas distintas (representante y representado) por la misma acción antijurídica y la misma decisión culpable. Es más, el representante o el órgano es castigado dos veces: una por su propia acción culpable y otra como parte de la persona colectiva.

En conclusión, cabe rechazar soluciones basadas en la representación o en la imputación de la culpabilidad individual al ente colectivo porque la persona jurídica acaba respondiendo no por su hecho sino por un hecho ajeno. No es extraño que este tipo de modelos hayan sido ampliamente rechazados incluso por parte de la doctrina anglosajona y de autores partidarios de la punición de personas jurídicas. En España también los partidarios de la punición de personas jurídicas han rechazado generalmente esta vía de fundamentación. Por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR ha dejado claro en sus publicaciones sobre el tema que desde el punto de vista constitucional cabe suponer que si el principio de culpabilidad constituye una garantía del derecho sancionador "tanto para personas físicas como para personas jurídicas, la sanción a una persona jurídica debe estar basada en su propia acción y en su propia culpabilidad, y no en una acción o en una culpabilidad 'tomada prestada' de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica".

2. LA REFORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD PARA EMPRESAS Y PERSONAS JURÍDICAS

Los intentos de reformular el principio de culpabilidad con respecto a las personas jurídicas o de no tratar a las empresas de forma distinta que a las personas individuales no han sido capaces de superar la falta de equivalencia material con la culpabilidad entendida en sentido tradicional ni las objeciones de que se retorna a una mera responsabilidad objetiva incompatible con el papel tradicional del principio de culpabilidad. Esta afirmación tan rotunda precisa, sin duda, un desarrollo con mayor detenimiento.

No supone incoherencia alguna –a diferencia de lo que mantienen algunos partidarios de la punición de personas jurídicas– entender que la empresa pueda incurrir en responsabilidad administrativa o civil pero no penal, ya que los fines y correspondientes presupuestos de la responsabilidad en cada rama del ordenamiento son diferentes. Otras ramas de nuestros ordenamientos posibilitan una mayor estandarización, objetivación o abstracción de la responsabilidad, o bien en ellas los presupuestos de la responsabilidad son menos estrictos. Por ejemplo, ciertas discusiones referentes a la culpabilidad y a la imputación subjetiva con respecto a las sanciones administrativas ni siquiera se podrían plantear en el ámbito del derecho penal en sentido estricto. Aunque en el derecho administrativo sancionador no se hayan encontrado problemas para que las personas jurídicas sean responsables por la negligencia de sus empleados en el cumplimiento de las disposiciones vigentes o dichos problemas se hayan podido superar, este modelo

de imputación plantea serios problemas en el ámbito del derecho penal (al igual que lo plantearía si el empresario fuera una persona individual). Al igual que en España el Tribunal Constitucional, y posteriormente el Tribunal Supremo, ha señalado en diversas ocasiones que no pueden trasladarse de manera automática, miméticamente y sin matices o cautelas los principios garantistas del derecho penal al derecho administrativo sancionador, tampoco puede actuarse de la misma manera en sentido inverso con respecto al fundamento de la responsabilidad (las garantías no operan de forma idéntica ya que se trata de ordenamientos en los que difiere el fundamento de la responsabilidad). De hecho un análisis de la doctrina existente en materia administrativa muestra cómo, en paralelo a los requisitos de la culpabilidad que se han ido diseñando por la doctrina penalista, por razones pragmáticas ha ido cobrando cuerpo una doctrina autónoma en el ámbito del derecho administrativo sancionador que carece de una base unitaria y, desde luego, de grandes profundizaciones. Las exigencias en este ámbito son mucho menores y, por ello, los problemas que presentan las sanciones para personas jurídicas son distintos.

No se puede olvidar tampoco que la responsabilidad en el ámbito del derecho administrativo o del derecho civil no es una responsabilidad conjunta o cumulativa de órgano y persona jurídica, sino que en estos casos existe una exclusiva responsabilidad de la persona jurídica (o en todo caso solidaria), lo que sería inadmisible en el ámbito penal. No es extraño en el mundo del derecho que de la conducta de una persona se deriven consecuencias jurídicas para otra, pero en ese caso no responde también la persona que ha actuado. En otros ordenamientos la persona física no es tenida en cuenta como sujeto de imputación sino sólo como medio, instrumento o elemento de la persona jurídica. En el derecho privado siempre se ha aceptado la responsabilidad colectiva bajo el siguiente axioma: *quod universitas debet, singuli non debent*. Si se quiere tomar en serio la entidad, identidad, consciencia o personalidad colectiva (*corporate actor*) –institucionalizada en muchos casos como personalidad jurídica– el derecho penal debe prescindir de la responsabilidad individual en el ámbito de la criminalidad de empresas y personas jurídicas. Esta cuestión, que ha sido dejada de lado en los trabajos monográficos españoles más recientes, como los de BACIGALUPO SAGGESE o ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, no sólo parece político-criminalmente inadmisible sino que no se puede desarrollar a no ser en una concepción alternativa de la sociedad que es evidente que no casa con la vigente.

En conclusión, el argumento de que en todo el derecho de sanciones rige el principio de culpabilidad y, por ello, las consecuencias garantistas son equivalentes para el derecho penal y el derecho administrativo sancionador no resulta

convincente ni mucho menos decisivo para adoptar una posición sobre las consecuencias jurídico-penales para empresas. Si bien el punto de partida relativo a la unidad básica de la potestad punitiva del Estado en lo referente a principios y garantías se puede llegar a aceptar como válido, de él no se deriva necesariamente que las exigencias del principio de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador tengan que ser las mismas que las que tradicionalmente se han exigido para acudir a la *ultima ratio* del ordenamiento. Esta es una tendencia que se puede constatar en el ámbito del derecho comparado. Así, por ejemplo, ha señalado TIEDEMANN en diversas ocasiones, en sus magníficos estudios de derecho comparado, cómo las dificultades que presentan los conceptos de acción, culpabilidad y capacidad penal "son evidentemente muchos menos graves cuando no se aplican verdaderas penas respecto a las agrupaciones, sino unas sanciones medio o cuasi-penales donde las categorías y principios penales pueden ser flexibles o alargados".

Obviando aquí los problemas particulares que se presentan, por ejemplo, con las sociedades unipersonales y la infracción del principio *non bis in idem*, por no centrarnos en problemas particulares, las diferencias entre personas físicas y empresas son evidentes, y los requisitos de la culpabilidad en los códigos penales vigentes tienen un substrato psicológico del que no se puede prescindir (responsabilidad subjetiva –dolo o imprudencia–, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad del cumplimiento de la norma). Cualquier solución que pase por entender que la persona jurídica puede tomar prestados estos requisitos de las personas físicas supone una infracción del principio de culpabilidad, como ya he señalado. Una de las exigencias evidentes de este principio es que la persona que sufre la sanción es la que debe reunir los presupuestos de la culpabilidad o del reproche ético-social (entendido como reproche por la falta de respeto a las normas en una sociedad plural). Debe existir una identidad entre autor y persona que sufre la sanción. Por ello no se pueden comprobar los elementos subjetivos de la responsabilidad penal en el responsable individual y a partir de ello imponer una sanción a la persona colectiva que sería la única forma de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas en el marco del derecho penal vigente. Y si no se comprueban los elementos subjetivos en una persona distinta a la empresa ya no estamos hablando de responsabilidad personal sino que se incurre en una responsabilidad objetiva propia de la responsabilidad civil de las personas jurídicas (culpa *in vigilando* o *in eligendo*). *Tertium non datur.*

Por ejemplo, una propuesta tan aplaudida por ciertos partidarios de la culpabilidad de las personas jurídicas como la de TIEDEMANN referida a "la res-

ponsabilidad por organización o por defecto de organización" –pensada en principio para fundamentar ciertas infracciones administrativas del derecho alemán pero no para crear un auténtico sistema de imputación jurídico-penal– no exime de responsabilidad siempre que haya infracción objetiva de normas administrativas o penales. TIEDEMANN ha vinculado la responsabilidad por organización con un modelo de responsabilidad anticipada de acuerdo con el cual se deben entender como delitos de la asociación aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de adopción de medidas de precaución necesarias para garantizar negocios ordinarios o no delictivos. De esta manera los hechos individuales deben entenderse como delitos de la persona jurídica en virtud de ese "defecto de organización" que consiste en la omisión previa de los preparativos necesarios para evitar los hechos individuales que en realidad lesionan o que atentan directamente contra el bien jurídico. El "injusto" de la persona jurídica consiste en la inexistencia de medidas de control, organización o vigilancia. Sin embargo, la organización correcta (falta de culpabilidad) no exime de responsabilidad por carecer de efectos disculpantes. La supuesta "culpabilidad por organización" no es tal. Se equipara culpabilidad con tipo objetivo ya que la realización de los elementos objetivos del tipo por parte de *algún miembro de la empresa opera iuris et de iure contra la persona jurídica* (responsabilidad objetiva). Una estrategia como esta que pretende determinar o motivar a las empresas a que se organicen internamente de forma correcta con base en un cálculo económico o utilitarista entre costes (de la sanción) y beneficios (de la organización defectuosa) es propia de las sanciones administrativas y de los sistemas de organización y control de la administración (autotutela ejecutiva de la administración). Sin embargo, una estrategia de estas características, propia del derecho administrativo, resulta ilegítima para un derecho penal que sólo puede perseguir sus efectos preventivo-generales mediante retribución y respetando las exigencias del principio de culpabilidad. No es extraño por ello que TIEDEMANN haya definido su concepto de la responsabilidad por organización como un concepto de culpabilidad en sentido amplio. El derecho penal no es sólo un sistema cualificado de ordenación y conducción de modelos de comportamiento. No se debe confundir conceptualmente el poder punitivo, con los límites que le son propios, con ciertas manifestaciones del poder coercitivo de la administración a la hora de dirigir la política económica y administrar riesgos colectivos. Se deben diferenciar los fines del derecho penal de los de las diversas clases de sanciones y consecuencias administrativas. La tesis de TIEDEMANN no sirve por ello en el ámbito del derecho penal, aunque pueda presentar utilidad en otros ámbitos del ordena-

miento jurídico. De hecho son argumentos similares los que se están utilizando en el derecho administrativo español, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, para fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas. La absoluta garantía de que se respetan ciertas normas de seguridad exigidas por la administración es una función ajena a un derecho penal de culpabilidad y se asemeja más a las *strict liability offences* del ámbito jurídico anglosajón; es decir, a una responsabilidad organizativa de carácter formal (infracción de reglas extrapenales más comisión de un delito por parte de una persona física). La propuesta de TIEDEMANN puede servir para justificar las multas administrativas relacionadas con las facultades correctivas y disciplinarias de la administración, pero no penas para entes colectivos. El principio de culpabilidad obliga a diferenciar la responsabilidad de la casualidad y la propuesta de TIEDEMANN no respeta este mínimo punto de partida. Se responde principalmente por ser el titular de la empresa donde se cometió el delito.

No voy a discutir que se pueda desarrollar un concepto normativo y social e, incluso, funcional de culpabilidad orientado a categorías sociales y jurídicas. El problema es que esta concepción no ha tenido un desarrollo satisfactorio en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la moderna ciencia del derecho penal. Ni un concepto normativo ni un concepto social de culpabilidad permiten superar por sí solos los problemas que plantea desde el punto de vista del derecho vigente la culpabilidad de las empresas. No se debe confundir la necesaria organización económica mediante controles externos a las empresas por parte de la administración con la culpabilidad jurídico-penal. Como he señalado desde el principio de la exposición, no basta afirmar que si las empresas responden civil y administrativamente también responden penalmente. Las diferencias valorativas entre unos ordenamientos y otros son demasiado grandes para que dicha argumentación se pueda entender como válida.

Por ello no se puede aceptar sin más que las empresas puedan ser tratadas como las personas físicas y que todo dependa de la voluntad político-criminal del legislador de contemplar sanciones penales específicas. No se puede olvidar que la actividad del legislador penal debe estar informada por determinados principios y garantías irrenunciables. El legislador no es absolutamente libre en su actividad y, por ejemplo, sólo puede contemplar penas para sujetos a los que se les reconozca (social y normativamente) capacidad de culpabilidad. Cuando se quiere realizar ciencia del derecho penal sin incurrir en el puro decisionismo, las propuestas político-criminales alternativas (especialmente del calado de las discutidas en este trabajo) deben estar basadas en modelos dog-

máticos plausibles. No basta con negar la existencia de problemas o con afirmar que los criterios desarrollados para entes con una determinada entidad biológica y sicológica siguen sirviendo para entidades que no reúnen las mismas características.

No quiero omitir alguna referencia a ciertos argumentos particulares que se han propuesto para fundamentar la equivalencia de tratamiento entre personas físicas y jurídicas:

a. La utilización de instituciones o figuras tradicionales como la *actio libera in causa* plantea problemas, ya que siempre hace falta una decisión voluntaria o libre (se entienda esa libertad o voluntad en sentido antropológico, sicológico, filosófico, metafísico, social, funcional o de otra manera). Por ejemplo, la persona jurídica carece de capacidad para evitar los injustos de sus representantes y la figura de la *actio libera in causa* sólo traslada el momento de la culpabilidad pero no aminora los requisitos de la misma. Con respecto a las empresas esta institución sirve para percibir la dimensión temporal de la posible responsabilidad penal de la empresa, pero no para fundamentarla materialmente. Además, para que haya una *actio libera* la doctrina exige al menos previsibilidad. Como ha señalado SCHÜNEMANN, en la *actio libera in causa* y en el acto de embriagarse "se toma como punto de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero", y como ha señalado un amplio sector doctrinal la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica es absoluta y no se trata de un problema temporal o de coincidencia entre la infracción de la norma y el reproche por dicha infracción. Se parta de una estructura ordinaria de imputación o de una extraordinaria, siempre hay que acudir al final a una *actio libera* o a una decisión libre del propio autor del hecho delictivo. Por tanto, al final o bien se sigue imputando a la empresa una culpabilidad ajena o se finge una acción culpable que en realidad no existe.

b. Lo mismo sucede con la referencia a otras instituciones o figuras tradicionales como la comisión por omisión. Si bien es cierto que es posible fundamentar una posición de garantía de las personas jurídicas –de ahí se derivan por delegación las posiciones de garante de las personas físicas–, esa es una cuestión relativa al tipo objetivo de la comisión por omisión. Hacen falta más elementos, sobre todo subjetivos, como la capacidad de evitación, para imponer una pena al autor, al igual que una persona física no responde penalmente sólo por ser padre de un menor de edad o por ser médico.

c. Por otro lado, las equiparaciones con la autoría mediata dejan al descubierto el problema de fondo: la persona jurídica es el instrumento en manos del "hombre de atrás" (la persona física que toma las decisiones que luego ejecu-

tan otros). Imaginarse a una persona jurídica instrumentalizando a sus órganos de decisión no es más que un dislate. Es cierto que en las empresas la estructura jerárquica facilita la autoría mediata, pero siempre entre personas físicas que se encuentran en diversos niveles de conocimiento, información global y capacidad de tomar decisiones. Sin embargo, esta cuestión ya no tiene que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino con la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas. Además la referencia a la autoría mediata plantea un problema adicional si se quiere ser consecuente con una estructura de imputación basada en la instrumentalización: las personas físicas, al entenderse como instrumentalizadas, no serían responsables penalmente. Sobre los gravísimos problemas político-criminales y preventivos que conllevaría la impunidad de los miembros individuales de la empresa no es preciso insistir. El recurso a la autoría mediata acaba sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva. Además no se debe olvidar que en el autor mediato –no en el instrumento– también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación penal. Al final se vuelven a plantear los problemas que se pretendían resolver con el recurso a la figura de la autoría mediata y se reproducen las objeciones ya planteadas con respecto a la figura de la *actio libera in causa* (debido al paralelismo de ambas construcciones dogmáticas).

d. Cabe señalar finalmente que incluso un crítico tan certero del psicologicismo imperante en la teoría tradicional del delito como JAKOBS exige siempre la evitabilidad individual como presupuesto de la imputación jurídico-penal. Por otro lado, el concepto social de culpabilidad imperante lo que se plantea es si otra persona en la misma situación habría podido evitar el injusto. ¿Cómo se resuelven esas cuestiones con respecto a empresas?

De acuerdo con todas estas consideraciones es lógico que BACIGALUPO SAGGESE concluya en su monografía "que todo intento basado en la comparación entre el individuo y la persona jurídica para establecer similitudes se encuentra condenado desde el comienzo al fracaso. No sólo porque el individuo y la persona jurídica presentan dificultades insuperables, sino fundamentalmente porque todas las categorías del delito están elaboradas a partir del individuo y de sus capacidades personales". La única solución para evitar un inadecuado trato igualitario de estados de cosas esencialmente desiguales parece ser una construcción alternativa, en todo caso analógica, de la culpabilidad penal. Pero esa propuesta a mi entender todavía no se ha presentado satisfactoriamente, como ya he señalado, aunque existan aportaciones interesantes como la de HEINE que, en mi opinión, ha llevado a cabo el desarrollo dogmático más completo de la

responsabilidad penal de las personas jurídicas o de un derecho penal de las personas jurídicas (aunque en la literatura en lengua española haya tenido más éxito la aportación de TIEDEMANN). No se trata de negar la posibilidad de su existencia o su imposibilidad ontológica, sino simplemente de constatar que, por ahora, no se ha desarrollado una alternativa o una nueva vía que resulte dogmáticamente satisfactoria y convincente. El problema no es afirmar como presupuesto de partida que existe o puede existir una culpabilidad colectiva. El problema es desarrollar dogmáticamente criterios normativos o sociales para que un órgano judicial adscriba responsabilidad penal a un colectivo por una decisión antijurídica colectiva y autónoma que tiene consecuencias nocivas. Es una idea bastante extendida en la doctrina que se precisa una nueva dogmática relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero con el derecho penal actual no es posible considerar que las personas jurídicas son capaces de culpabilidad.

Es cierto que como punto de partida general se puede afirmar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la necesidad de imponer una pena cuando lo exige el restablecimiento de la norma. Pero esta es una argumentación circular que no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe sufrir la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma. Desde la perspectiva que aquí interesa es preciso, para asumir dicha argumentación como válida, que primero se fundamente cómo lesionan o infringen las personas jurídicas las prohibiciones, mandatos o normas de cuidado con relevancia penal, y por qué debe ser competente la agrupación de esa lesión o infracción normativa y no precisamente la persona física que toma la decisión contraria a la norma penal. Es decir, de nuevo volvemos a los problemas relacionados con el principio de culpabilidad. En el marco de la actual configuración de la sociedad la vinculación de la organización empresarial al orden jurídico es una prestación que queda en manos de las personas físicas y, precisamente por ello, éstas son las que vienen sufriendo el coste de la pena en el ámbito de la delincuencia empresarial. Si ello no fuera así las personas físicas estarían sufriendo una pena que no les corresponde y que, por tanto, carececería de fundamentación de cara a las personas físicas. En un derecho penal garantista –otra cosa es el puro pragmatismo– no basta con seleccionar a cualquier responsable para que se restablezca el ordenamiento violentado. Lo que nos permite justificar individualmente la pena frente a un determinado autor, y no sólo desde una perspectiva colectiva o social (prevención), es el principio de culpabilidad. La

mera referencia a la prevención general positiva no basta para individualizar por qué un determinado subsistema o una determinada persona es la que debe recibir una sanción para que se restablezca el ordenamiento (finalidad social de la pena). Es también cierto que la teoría de la acción en sentido jurídico-penal y el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito dependen de la concepción de sujeto activo (destinatario de la norma) que se asuma, pero a partir de ahí es preciso desarrollar una teoría de la acción y de los predicados de la misma (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) acorde con esa concepción. E, insisto, no existe un desarrollo alternativo de la teoría jurídica del delito que se pueda considerar satisfactorio aunque se comparta una construcción de la culpabilidad orientada a categorías normativas y sociales y que la pena cumple una finalidad de prevención general positiva. No se puede olvidar que el orden social vigente que defiende la pena es un mundo construido entre personas físicas. Por esa razón, por ejemplo, las personas jurídicas carecen de derecho de sufragio activo y pasivo. El concepto jurídico de persona tiene que ver con la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, pero ello no significa que todas las personas tengan en nuestro ordenamiento jurídico los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades. El reconocimiento de personalidad no implica que las personas jurídicas tengan las mismas capacidades o respondan con el mismo grado de responsabilidad personal que las personas físicas, que ostentan otras capacidades y responsabilidades normativas. Por ejemplo, los inimputables y los menores de edad no dejan de ser personas en nuestro ordenamiento y por ello no responden igual que otras personas por la infracción de normas penales. Es dudoso que se pueda adscribir capacidad de culpabilidad a una persona que carece de plenitud de derechos políticos y civiles o, al menos, que no dispone del elenco de derechos del que disponen otras personas. A mayores cabría argumentar que las personas jurídicas no pueden captar el mensaje comunicativo de la pena (restablecimiento de la norma); por tanto, por su incapacidad de aprender, no son sujetos comunicativamente aptos para seguir una estrategia de prevención general positiva. Si el mensaje preventivo se entiende como dirigido contra las empresas y personas jurídicas como autores potenciales del delito ello no tiene ya nada que ver con una estrategia positiva de prevención general (dirigida a los ciudadanos o a las víctimas potenciales) sino que se trata de prevención general intimidatoria (que contiene unos elementos sicológicos o motivacionales de los que no se puede prescindir).

En este sentido cabe señalar que si la principal consecuencia del principio de culpabilidad es que se debe justificar individualmente al que sufre la pena porque merece sufrir los mayores males que puede imponer el Estado (retribución, re-

proche, etc.), los problemas relativos a la culpabilidad de los entes colectivos no tienen que ver sólo con la falta de conciencia y la incapacidad de evitabilidad individual del hecho antijurídico, sino principalmente con el hecho de que sin autoconciencia como individuo o persona, o conciencia de sí mismo o de una identidad propia a lo largo del tiempo (con el fundamento que se quiera), no existe culpabilidad. Las empresas y personas jurídicas carecen de dicha comprensión de individualidad, autoconciencia o conciencia de sí mismas sobre la que construir normativa y socialmente la culpabilidad o la vinculación al ordenamiento jurídico si de verdad se quieren tomar en serio como sujetos de imputación y no se quiere tomar prestada la capacidad de culpabilidad de las personas físicas. La mera referencia a la constitución de la personalidad jurídica o a los estatutos de la sociedad peca de formalidad y carece de consistencia material para fundamentar la culpabilidad por un injusto concreto.

Las diferencias entre personas físicas y entes dotados de personalidad jurídica se hacen mucho más evidentes en los casos más complejos, que suelen ser eludidos por los partidarios de una culpabilidad propia de las personas jurídicas y empresas (y que son los que se suelen dar en la práctica). Por ejemplo, cuando se trata de decisiones de órganos colegiados como un consejo de administración que toma la decisión de realizar una actividad contaminante teniendo cada miembro una representación distinta del hecho que han decidido e, incluso, una parte importante del órgano actúa sin culpabilidad. Así mismo en muchos casos puede resultar complejo imponerle una pena a una persona jurídica debido a su falta de identidad como sujeto. Mientras un órgano o representante puede estar realizando un delito, otra parte de la empresa puede desconocer ese dato. Es más, puede que en el mismo momento diversos órganos estén adoptando decisiones contradictorias, unas delictivas y otras correctas en relación al mismo tipo de cuestiones. ¿Se puede justificar en esos casos que la persona jurídica actúa culpablemente y que toda la persona debe responder penalmente sólo por lo que ha hecho una parte? ¿Debe sufrir toda la empresa la imposición de una pena por un defecto de organización parcial? ¿Se pueden imponer penas parciales para culpabilidades parciales o todos los casos deben ser tratados igual? ¿Sólo se pueden imputar penas en caso de que se le pueda imputar el hecho a toda la organización de la empresa, lo cual sólo sucederá en casos excepcionales? La situación se agrava si el representante u órgano que ha generado responsabilidad penal carece de vinculación con la sociedad en el momento de la condena sufriendo ésta la parte inocente. Si por razones preventivas o utilitaristas no se tienen en cuenta estos datos se están eludiendo las exigencias del principio de culpabilidad. Este tipo de cuestiones plantea

problemas tanto para la solución que pasa por la imputación a la persona jurídica de la culpabilidad de las personas físicas como para los autores que intentan desarrollar una culpabilidad propia de las personas colectivas. También cabría preguntarse, si se tiene en cuenta en serio la empresa como unidad a lo largo del tiempo, si una serie de culpas leves o pequeñas infracciones de los órganos sin vinculación entre sí pueden dar lugar a una culpabilidad colectiva, o si una serie de representaciones parciales individuales o fragmentos de representación pueden configurar, como si de un mosaico se tratara, el elemento intelectual del "dolo" de la corporación. Mientras no se ofrezca una respuesta convincente y clara a estas cuestiones no se debe intentar modificar el actual estado de la cuestión. Sobre todo cuando parece que donde se manifiesta una mayor necesidad de intervención es en las organizaciones empresariales más complejas.

Por otro lado, cabe señalar que los delitos cometidos por órganos o representantes en contra de los intereses de la empresa deberían quedar impunes como autolesiones o autopuestas en peligro cuando dichos órganos o representantes se hayan servido de los defectos organizativos de la empresa. Ésta es la única solución coherente para los partidarios de la culpabilidad de las personas colectivas. No se puede olvidar que en muchos casos de negocios antijurídicos la empresa podrá aparecer como autora a través de sus órganos o representantes y víctima de los excesos cometidos por éstos al mismo tiempo.

Conclusión: no es posible reconducir las sanciones a colectivos y la pena a individuos a un único fundamento o a una legitimación o justificación análoga de acuerdo con el contexto doctrinal y normativo actual y la regulación de nuestros derechos positivos. Las soluciones doctrinales aportadas no tienen suficientemente en cuenta las divergencias entre los diversos tipos de personalidad o incurren en una estandarización u objetivación que, aunque es válida para otros tipos de responsabilidad, resulta insuficiente para legitimar axiológicamente la imposición de una pena.

B. NO SE TIENE SUFICIENTEMENTE EN CUENTA LA REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA SOBRE LA QUE SE PRETENDE PROYECTAR LA RESPONSABILIDAD PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DEL "LEVANTAMIENTO DEL VELO"

La concepción de la empresa como persona culpable se basa en una ficción que no tiene en cuenta el substrato sobre el que el derecho penal tiene que trabajar. Se trata de teorías hechas por penalistas ajenas en mi opinión a la realidad. Como ha señalado BAJO FERNÁNDEZ, "la tendencia a la responsabilidad (penal)

de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del 'levantamiento del velo' de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo". La obsesión por penar a las personas jurídicas y la posibilidad de solventar con estas sanciones ciertos conflictos sociales pueden hacer olvidar cuál es el principal responsable de la infracción de las normas y cuál es el "centro de decisión" (y, por tanto, de imputación): la persona física. Ello es totalmente evidente en las sociedades unipersonales o aquellas pequeñas empresas cuyas actuaciones dependen de la decisión de una persona o un grupo reducido de personas. Como ha señalado SILVA SÁNCHEZ en este sentido, "las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales –las que realmente controlan– la que rige los destinos de la sociedad y, eventualmente, da lugar a la comisión de delitos. A estas personas individuales –y no al caparazón que las protege– es a quienes prioritariamente debe dirigirse la intervención jurídico-penal". Como señala este autor, lo más común en las grandes empresas es que se produzca una disociación entre la propiedad o titularidad y el control efectivo de la empresa, mientras en las pequeñas lo es que todos sus integrantes controlen los riesgos de la misma y que su explotación se encuentre más vinculada a la personalidad y decisiones de sus titulares. En las pequeñas sociedades los socios son los amos que controlan completamente las personas jurídicas, y en las grandes empresas el poder se encuentra en manos de consejeros o *managers* (aristocratización de la empresa). No deja de ser curioso que las doctrinas en el ámbito civil, mercantil, tributario, internacional y laboral con el apoyo de la jurisprudencia así como en el derecho administrativo pretendan superar la radical diferenciación formal entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de las personas jurídicas por razones materiales mediante teorías como la de "rasgar el velo", o rompiendo el hermetismo de la persona jurídica, y que ciertos penalistas inicien ahora una trayectoria contraria en relación con la responsabilidad penal. En el derecho sancionador se trabaja en la práctica descartando la apariencia social creada al objeto de ocultar la comisión de una infracción. La realidad jurídica (aplicación judicial del derecho) y la realidad social se mueven en estos momentos en un sentido contrario al de la consideración de la persona jurídica como un ente con responsabilidad independiente de la persona física. Como ejemplo de estas cuestiones se puede mencionar cómo en el artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (sobre la responsabilidad penal individual) se excluye la responsabilidad penal de personas colectivas.

Las razones de esta exclusión no sólo tuvieron que ver con razones pragmáticas relacionadas con dificultades de prueba que hubieran exigido demasiado a la Corte o con la falta de reconocimiento universal de este tipo de responsabilidad sino principalmente con una razón político-criminal: existía el riesgo de que la imputación de hechos al grupo o colectivo desviase o apartase la atención de los auténticos responsables, las personas naturales, difuminando la responsabilidad individual de los autores.

La técnica del levantamiento o rasgado del velo se aplica en aquellos casos en los que la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva o para fines que el derecho rechaza. Por ejemplo, para burlar una ley o perjudicar fraudulentamente a terceros. En esos casos mediante la apelación a la "doctrina del levantamiento del velo" se prescinde de la abstracción que representan los conceptos de persona jurídica o sociedad mercantil. Hay que tener en cuenta que el derecho penal se ocupa precisamente de los casos más graves de abusos y de lesiones de intereses públicos o privados, rigiendo en principio en este ámbito la clara necesidad de rasgar el velo que protege a las personas físicas. La persona jurídica ha sido creada por el derecho privado como un instrumento del tráfico jurídico de buena fe que permite a los individuos participar en dicho tráfico en una forma independiente de la personal que excluye por ello la responsabilidad personal (-patrimonial). No es preciso insistir en que este punto de partida no opera en el derecho penal donde se mantiene la responsabilidad personal (-no patrimonial) y donde el objeto de valoración no es precisamente la recta utilización de la empresa o persona jurídica. El derecho penal, con una perspectiva más fáctica que otras ramas del derecho con concepciones más formalistas, no se ha quedado nunca en la forma de organización, en la máscara, sino que ha venido prescindiendo de estructuras formales y ha penetrado en las mismas para descubrir el auténtico substrato personal y material de la empresa o persona jurídica y las infracciones penales cometidas dentro de la armadura legal. Esta es claramente la línea seguida por la doctrina del Tribunal Supremo español que se ocupa de la persona jurídica no desde una perspectiva formal sino como una realidad económica (SSTS del 6 de marzo y 17 de septiembre de 1990 y del 20 de mayo de 1996).

Los partidarios de la punición de personas jurídicas mediante la construcción de un concepto de culpabilidad equivalente al tradicional de las personas físicas parecen tener una cierta concepción mítica de esta institución jurídica. No sólo por las razones ya expuestas y el –coherente– tratamiento que la jurisprudencia penal viene dispensando a dichos entes, sino también porque bajo el *nomen iuris* de persona jurídica se esconden realidades –tanto fácticas como

jurídicas– extremadamente diversas y supuestos diferentes. Al menos en el derecho español los entes dotados de personalidad jurídica presentan un carácter heterogéneo que obedece a tipologías muy distintas y que prácticamente carecen de un denominador común.

Conclusión: los partidarios de la punición de las personas jurídicas no han tenido en cuenta ciertos presupuestos sociales y jurídicos (legales y jurisprudenciales) a la hora de realizar sus propuestas, y parecen partir de una idea mítica de la personalidad jurídica que no existe en la realidad. Incluso desde un punto de vista estrictamente jurídico las personas jurídicas son diametralmente distintas a las físicas (la personalidad de éstas siempre debe ser respetada sin excepciones).

II. ALTERNATIVA: LAS SANCIONES PARA EMPRESAS COMO MEDIDAS DE SEGURIDAD

En la moderna ciencia del derecho penal se encuentra bastante extendida la idea de que las consecuencias jurídico-penales para las personas jurídicas deben entenderse como medidas de seguridad que se amoldan a las nuevas necesidades político-criminales del derecho penal o, cuando menos, como consecuencias de naturaleza similar.

Mediante un análisis de las propuestas existentes sobre la construcción de una culpabilidad propia de las personas jurídicas se puede apreciar cómo la mayoría de dichas propuestas pueden servir para fundamentar un derecho penal de medidas específico para las empresas. Es más, en muchos casos casan mejor con un derecho penal exclusivamente preventivo-especial no basado en la culpabilidad. Por ejemplo, las referencias a una "responsabilidad por defecto de la organización" son perfectamente válidas para un "derecho penal de las personas jurídicas" con una estricta finalidad preventivo-especial que pretenda prevenir futuros peligros para bienes jurídicos adoptando las correspondientes medidas de seguridad. El propio TIEDEMANN, que ha buscado una fundamentación de penas para personas jurídicas desde esta perspectiva, ha reconocido que lo importante es que el derecho penal intervenga de alguna manera aunque no sea mediante penas. Las propuestas más novedosas sobre la culpabilidad colectiva, como la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial de HEINE o la culpabilidad por el carácter de la empresa de LAMPE, fundamentan en mi opinión mejor un derecho penal especial de medidas que un derecho de penas y retribución. No creo, como señala HEINE, que su modelo eluda la utilización de la vía de las medidas de seguridad y constituya una auténtica culpabilidad de la empresa.

En conclusión, muchas de las ideas expuestas por los partidarios de la imposición de penas a las personas jurídicas son útiles para desarrollar un "derecho penal de las personas jurídicas" con el que se puedan imponer medidas de seguridad o consecuencias de naturaleza similar.

Me gustaría detenerme, para fundamentar esta conclusión, en una propuesta tan desarrollada, compleja y matizada como la de HEINE, por su carácter paradigmático y por estar emparentada con las vías de fundamentación más recientes propuestas en el mundo jurídico anglosajón. Este autor deja claro que desde su perspectiva los hechos punibles individuales no suponen una condición necesaria de la responsabilidad penal de las empresas, por lo que propone una vía propia para la sanción de agrupaciones: la estabilización, activación y promoción de una autorresponsabilidad de la empresa. La finalidad o el sentido de la responsabilidad penal sería en esencia preventiva al pretender activar fuerzas colectivas para un *management* mejor y más consciente de su responsabilidad que elimine ciertos riesgos específicos de las empresas. El fundamento de la responsabilidad pènal residiría en un defecto de organización despersonalizado o en un *management* defectuoso de riesgos (ajeno a la responsabilidad individual).

Sin embargo, HEINE no deja claro por qué de ese *management* defectuoso responde la empresa y no personas individuales. HEINE considera que es culpable la empresa, por lo que debe sufrir una pena en casos graves. Yo creo que es culpable la persona física, que es la que debe sufrir la pena, y frente al objeto de ese *management* defectuoso sólo cabe actuar con medidas de seguridad. Por esta razón considero –a diferencia de lo que argumenta este autor– que la alternativa o cuestión central en esta materia no es si los riesgos empresariales se imputan a la empresa o a la sociedad que tiene que aceptarlos (riesgo permitido) o al Estado, sino si se imputan al ente colectivo o a las personas que trabajan en ese ente colectivo. No me parece suficiente argumentar que los grandes riesgos empresariales, al no poder ser controlados directamente por la administración ni ser amortiguados mediante penas individuales, son responsabilidad de la empresa que los crea y los debe controlar. Con dicha argumentación se elude el problema central.

Resulta interesante la insistencia de HEINE en el factor temporal al resaltar que el defecto que pone en peligro el medio ambiente tiene un carácter sistémico como consecuencia del desarrollo de focos defectuosos durante un largo período de tiempo. A HEINE le preocupan principalmente los peligros colectivos o comunes para bienes jurídicos individuales y los daños especialmente graves al medio ambiente ya que en estos casos la responsabilidad penal no se suele poder recon-

ducir a un hecho concreto o a una decisión concreta sino a la omisión de deberes organizativos durante un tiempo que incrementa los riesgos específicos o característicos de la empresa. Este dato resulta relevante para fundamentar la necesidad de un sistema de consecuencias preventivo-especiales.

Si bien este autor rechaza conscientemente buscar una solución a través de la vía de las medidas de seguridad, reconoce que un derecho penal de colectivos está más orientado al futuro que el derecho penal individual clásico. Se trataría de un derecho penal cuya finalidad sería mejorar prospectivamente la organización de riesgos empresariales promocionando y teniendo en cuenta la autorresponsabilidad de la empresa y pretendiendo activar la autorresponsabilidad empresarial de cara al futuro. HEINE insiste en diversos puntos de su trabajo en que, mientras el derecho penal individual tiene principalmente un carácter retrospectivo, el derecho penal de colectivos está orientado prospectivamente. Las sanciones para empresas deberían buscar según este autor activar de cara al futuro los medios de la empresa para un mejor control de los peligros que le son propios. La función del derecho penal en este ámbito sería promocionar inversiones, investigaciones y conocimientos técnicos, mayores posibilidades de control ante nuevos riesgos y reacciones adecuadas y rápidas frente a los imprevistos o situaciones de crisis. La sanción estaría orientada a evitar el descuido de deberes de organización, delegación y control del riesgo potencial que acarrea la actividad típica de la empresa. La función del derecho penal de empresas sería activar fuerzas colectivas con respecto a un tratamiento más responsable de riesgos sistémicos para los seres humanos y el medio ambiente. Es decir, el fundamento de la sanción reside en promover la participación responsable en la vida social de alguien que ha dado muestras de incapacidad para organizarse.

La afirmación de que la posición de HEINE tiene un considerable parentesco con las medidas, a pesar de lo que sostenga este autor, es también evidente porque le importa menos el hecho contaminante que el *management* defectuoso de riesgos (el estado peligroso). El resultado o el hecho delictivo no es más que un síntoma de la peligrosidad de la empresa que opera como un presupuesto de la sanción. El hecho frente al que se reacciona no es el hecho típico sino la gestión defectuosa de los riesgos que se manifiesta en el hecho típico.

A. LA EMPRESA COMO SUJETO PELIGROSO

En la línea de la doctrina dominante, no creo que sea conveniente entender que las empresas cometen injustos penales de forma equivalente a como lo hacen

los inimputables peligrosos. La razón principal es que, al igual que sucede con el principio de culpabilidad, no se ha desarrollado un concepto de acción válido para las empresas (especialmente en el marco de una teoría personal del injusto hoy en día dominante en la doctrina española). Gran parte de las insuficiencias expuestas sobre el concepto de culpabilidad se pueden extender al concepto de acción donde se reproducen los mismos problemas.

La mera referencia a que la acción de los órganos de la empresa es una acción propia de la misma, o hacer una aplicación analógica diciendo que debe ser entendida como acción propia de la misma aunque no pueda actuar directamente (teoría de la imputación desarrollada en otros ámbitos doctrinales), no resulta sin más convincente. Se identifican sin más conducta individual y conducta colectiva, así como voluntad individual y voluntad colectiva, lo cual resulta poco satisfactorio. Tampoco se puede aceptar que la capacidad de acción de las personas jurídicas se construya de forma análoga a como se hace en derecho civil.

La principal diferencia entre los problemas dogmáticos que presenta el concepto de acción con respecto al concepto de culpabilidad es que la primera cuestión supone exclusivamente un problema jurídico-penal estrictamente técnico mientras la segunda afecta a un principio garantista básico de rango constitucional. Por ello los problemas relativos a la capacidad de acción ocupan un lugar secundario en el marco de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas incluso para los propios partidarios de la punición de los entes colectivos. En realidad, no existen grandes diferencias entre la afirmación *societas delinquere non potest* y la afirmación *societas delinquere potest sed non puniri*. Por ejemplo, un autor tan representativo como TIEDEMANN mantiene que lo importante es que las acciones de las personas físicas que actúan para la empresa sean consideradas como de la empresa. Es secundario para este autor si se llega a ese resultado imputando las acciones individuales a la empresa o considerando que la entidad social actúa por sí misma mediante sus órganos.

Aunque es evidente que toda solución basada en la representación o imputación (responsabilidad penal indirecta) resulta insatisfactoria, los defensores de una concepción basada en que las empresas actúan de forma autónoma y directa, es decir que existe una capacidad de acción propia y característica de las sociedades, no tienen siquiera una posición dominante entre los que defienden la capacidad de acción de los entes colectivos.

En conclusión, sólo se pueden imponer sanciones a las empresas y personas jurídicas con la finalidad de prevenir la peligrosidad de la corporación puesta de manifiesto por los comportamientos de las personas físicas. Si la empresa o la persona jurídica no puede cometer delitos, las consecuencias que se les im-

ponen no pueden tener como finalidad prevenir que la empresa o persona jurídica vuelva a realizar hechos delictivos que no puede cometer, sino únicamente que no los vuelvan a ejecutar las personas físicas que actúan en su seno o representación.

B. LA EMPRESA COMO OBJETO PELIGROSO

Hay que otorgarle la razón, pues, a la doctrina dominante en España cuando considera que las empresas son objetos o instrumentos de la conducta de la persona física y que en el Código Penal de 1995, aunque se han contemplado determinadas sanciones para empresas y personas jurídicas como consecuencias accesorias (art. 129), no se han constituido las personas colectivas como sujetos de imputación jurídico-penal en paralelo a las personas individuales. Resulta más convincente, teniendo en cuenta las concepciones imperantes del injusto penal, entender que la empresa es un objeto o instrumento de la conducta de la persona física que un sujeto que realiza acciones típicas y antijurídicas. Dicho sector doctrinal dominante prefiere mantener la posición de que existe una tercera modalidad de consecuencias penales (consecuencias accesorias) para el autor del delito (persona física) que no se pueden inscribir en el clásico sistema dualista de penas y medidas. Se trataría de una imputación derivada de la responsabilidad de una persona física que no tendría en cuenta la persona jurídica como sujeto activo del delito. El sujeto activo seguiría siendo la persona física y no la empresa, manteniéndose así el tradicional principio romano-germánico *societas delinquere non potest.*

Considerar que la persona jurídica carece de capacidad delictiva (capacidad de acción y culpabilidad) no significa necesariamente que tenga que ser una realidad completamente ajena al derecho penal, como se extrae de la existencia del artículo 129 en el libro I del Código Penal español.

Este tipo de reacciones jurídico-penales *sui generis* tiene su fundamento en la "peligrosidad objetiva o instrumental" o "peligrosidad de la cosa" tal y como tradicionalmente ha mantenido la doctrina española (con una clara influencia de BRICOLA y SCHMITT). Por la forma de organización específica que caracteriza a una determinada persona jurídica, ésta se puede seguir prestando a ser un instrumento para la realización de actividades delictivas. En estos casos no se imponen las medidas por la prognosis delictiva de la persona colectiva sino por la probabilidad de que sea utilizada por personas físicas para realizar comportamientos delictivos o de que se convierta en un cauce idóneo para poner en peligro bienes jurídicos mediante comportamientos delictivos. Los entes que

básicamente interesan en cualquier reflexión sobre penas para colectivos, las sociedades mercantiles, no son en esencia más que un patrimonio autónomo (un patrimonio común distinto al de los socios o de las personas que realizan aportaciones) o, en todo caso, una realidad económica. Aunque no se debe desconocer que se trata de un patrimonio con una determinada forma jurídica y una particular dinámica organizativa, un patrimonio no realiza acciones antijurídicas y culpables. Un patrimonio o una realidad económica sólo pueden ser peligrosos si son utilizados de forma inadecuada (de forma similar que un cuchillo, un perro o un arma de fuego, por ejemplo). Por tanto, el juicio de peligrosidad, basado tradicionalmente en consideraciones biológico-sicológicas (con respecto a inimputables, por ejemplo), se puede amoldar a un juicio sobre determinados patrimonios o estructuras que presentan una tendencia a ser utilizados para delinquir. Mientras la idea de culpabilidad tiene grandes problemas de transformación con respecto a estructuras societarias, como he expuesto, creo que el juicio de peligrosidad se puede modelar para que verse sobre los objetos o instrumentos de la acción y no sólo sobre los sujetos. En este sentido se puede desarrollar –valga la expresión– un (impropio) derecho penal o una tercera vía de responsabilidad penal referida a personas jurídicas y empresas manteniendo el principio *societas delinquere non potest.*

La peligrosidad objetiva como presupuesto de las consecuencias jurídicas para empresas presenta indudables ventajas dogmáticas frente a otras soluciones. Se trata de un criterio que permite las modificaciones pertinentes para servir como criterio definitivo en el marco de las sanciones para sociedades. En la medida en la que se busca sobre todo prevenir hechos futuros en el marco de la actividad empresarial se puede prescindir del dolo o de la culpa de la persona física, de su conocimiento de la antijuridicidad o de sus motivos para infringir la norma penal presentes en el hecho anterior. Estos datos subjetivos, sicológicos o antropológicos no tienen que ser necesarios para decidir la imposición de una medida que pretende prevenir futuros peligros ni para determinar la duración o alcance de la misma. Es mucho más sencillo desarrollar criterios de imputación si pensamos en las consecuencias para empresas como medidas de seguridad que buscan prevenir riesgos de ciertos patrimonios constituidos como sistemas de producción.

En mi opinión esta es la mejor opción dogmática. Es preferible seguir considerando que el sujeto que comete delitos es la persona física y que la persona jurídica sólo debe ser considerada por el derecho penal como un instrumento u objeto peligroso. De esta manera se mantiene el principio *societas delinquere non potest*, que tiene una honda raigambre en nuestra tradición jurídica, sin que haya

razones político-criminales de peso para optar por otros parámetros interpretativos que tienen en cuenta la empresa como sujeto de acción e imputación y que presentan, a mi entender, una menor consistencia dogmática y, por ello, resultan más disfuncionales. Por otro lado, desde un punto de vista político-criminal, de esta manera el derecho penal no tiene que quedarse cruzado de brazos frente a evidentes problemas preventivos que se están presentando en la práctica y que han sido expuestos por los partidarios de la punición de personas jurídicas como su argumento más contundente para un cambio de paradigma.

Desde esta perspectiva es indiferente si la empresa puede volver a ser utilizada como instrumento delictivo por la misma persona que cometió el delito que motiva la intervención o la clausura u otra cualquiera. Dichas consecuencias tienen como finalidad prevenir la peligrosidad específica de la empresa, pero no la peligrosidad criminal de la persona física.

El problema sistémico que queda latente en los casos de delitos realizados en el marco de una empresa sólo se puede resolver con consecuencias jurídico-penales *sui generis* derivadas o accesorias de la responsabilidad penal individual que permitan resolver este problema de manera particularizada.

Las medidas estrictamente preventivo-especiales no suponen una respuesta tan estereotipada o prefijada como la pena, ya que están orientadas de forma exclusiva a la solución individual frente a la entidad colectiva. Por ejemplo, desde el punto de vista de la peligrosidad de la cosa o del instrumento, el órgano judicial no tiene que adoptar la misma posición frente a la infracción puntual de una gran multinacional que frente a una empresa creada exclusivamente para realizar vertidos contaminantes ilegales en beneficio de un grupo empresarial. Por ello el juez debe tener a su disposición un elenco variado de posibilidades que le permita prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma de la forma más indicada para el caso individual. Medidas como la clausura definitiva de una sociedad pueden ser evitadas con respecto a delitos económicos cometidos por grandes empresas o entidades bancarias, pero no suelen serlo en determinados casos de criminalidad organizada (terrorismo, prostitución, tráfico de drogas, tráfico de armas, etc.).

Me gustaría hacer hincapié en una cuestión relativa a la eficacia del derecho penal frente a la criminalidad colectiva. Si una de las razones por las que un sector doctrinal considera que es más deseable desde un punto de vista político-criminal imponer penas que sanciones administrativas reside en la publicidad (negativa) del proceso penal y de las consecuencias penales, ello se resuelve con la imposición de consecuencias accesorias a las empresas. Éstas intentarán evitar por todos los medios aparecer en una resolución de un órgano jurisdic-

cional penal como un "ente peligroso" para bienes jurídicos. Como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, entre otros, "la sanción penal tiene un valor simbólico innegable y de la máxima relevancia negativa para la empresa, lo que determina que su eficacia preventiva sea, sin duda, mayor". Por otro lado, los ciudadanos comprueban de esta forma con todas las garantías procesales cuáles son las agrupaciones que de forma más radical no cumplen con ciertas normas mínimas de seguridad, prevención o precaución. En estos casos especialmente graves de los que se tiene que ocupar el derecho penal el procedimiento sancionador no queda exclusivamente como una "cuestión interna" relativa a las relaciones de la persona jurídica con la administración y sus exigencias (que se puede zanjar con un acuerdo entre la empresa y la administración). En el procedimiento penal salen a la luz –con todas las garantías– los detalles sobre la organización defectuosa de la empresa. No se debe olvidar, sin embargo, que existen serios problemas de legitimidad sobre la función preventiva mediante un instrumento incontrolable e informal como es la publicidad a través de los medios de comunicación (publicidad sin garantías). Sin embargo, ello no es un problema particular de las personas jurídicas y el proceso, aunque un proceso pueda acabar con una empresa con independencia del resultado del mismo. Aquí sólo hago referencia al significado simbólico-comunicativo de las sentencias emanadas de órganos jurisdiccionales penales independientemente de los efectos secundarios del proceso, aunque dichos efectos secundarios deban motivar una actuación prudente de los órganos de justicia en este ámbito, sobre todo en lo que se refiere a las medidas cautelares. Incluso, aunque una empresa resuelva sus problemas organizativos entre el momento de la comisión del hecho delictivo y la sentencia condenatoria de la persona física, ello es un dato que puede aparecer en la sentencia quedando constancia en la misma de que la empresa representaba una especial peligrosidad en el pasado que ha desaparecido gracias a las medidas adicionales adoptadas por la entidad.

Por otro lado, la mera intervención genérica del derecho penal, con independencia de la naturaleza de dicha intervención, fomenta la creación de códigos éticos o programas de autorreglamentación y autocontrol dentro de las empresas a la hora de organizar la actividad empresarial. A largo plazo los dirigentes de las empresas acabarán buscando los medios de asegurarse la evitación de la intervención del derecho penal haciéndola innecesaria al estar la empresa correctamente organizada internamente desde el punto de vista de la detectación y prevención de peligros. Se consiguen así ciertos efectos perseguidos por los partidarios de la punición de las personas jurídicas como, por ejemplo, que en las empresas se adopten medidas de prevención y detección de

riesgos. TIEDEMANN reconoce que el efecto práctico de consecuencias como la clausura o la intervención no parece depender de su clasificación como penas o medidas de seguridad "siempre que las medidas sean impuestas por la jurisdicción penal en un proceso que, a través de su publicidad y eficaces medios de investigación, despliegue un efecto intimidante que no es necesariamente idéntico al de la sanción misma. Queda la cuestión de saber si tal modelo puro de medidas de seguridad [...] es suficientemente disuasorio en el ámbito de la delincuencia de las agrupaciones o si es necesaria una punición adicional o exclusiva". Es decir, el modelo propuesto tiene una incidencia social similar a la buscada en ordenamientos como los de Estados Unidos (*sentencing commission guidelines*) con sanciones para empresas impuestas por órganos jurisdiccionales penales sin renunciar a la coherencia dogmática. Ello no significa que normativamente la clausura o intervención tengan fines preventivo-generales, sino que socialmente presentan las mismas ventajas que otros modelos de derecho comparado que sin muchas reflexiones se pretenden importar. Es decir, las sanciones preventivo-especiales presentan también una eficacia o cumplen una función empírico-económica que no es privativa de las penas.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA EMPRESA COMO FACTOR CRIMINÓGENO

No puedo terminar sin hacer referencia a este tipo de argumentos. Puede que no le falte cierta razón al que piense que con la posición defendida en esta ponencia se explican las consecuencias jurídicas para empresas cuando éstas se constituyen con el fin de realizar o encubrir actividades delictivas. Por ejemplo, empresas constituidas para favorecer la entrada ilegal de droga en el país (o salida del país) o para crear un entramado de blanqueo de capitales. En esos casos no se plantean mayores dudas sobre que la empresa es instrumento y no sujeto del delito. Por ejemplo, cuando en los artículos 194, 221.3, 298.2 ó 299 del Código Penal español se acuerda la clausura de locales o establecimientos porque se han utilizado para cometer delitos es evidente que se trata de supuestos en los que se intenta inocuizar la peligrosidad objetiva o instrumental de esos lugares para que no puedan volver a ser utilizados con fines delictivos. Estos serían los casos en los que se podría utilizar sin problemas la técnica del levantamiento del velo debido al evidente carácter instrumental de la persona jurídica en manos del autor o de los autores del delito.

Sin embargo, puede haber supuestos, especialmente en casos de grandes empresas o de organizaciones complejas, en los que parezca que la dinámica se

invierte y que es la empresa la que "instrumentaliza a sus miembros" (por ello algunos autores intentan hacer fructífera la institución de la autoría mediata en este ámbito), no suponiendo materialmente éstos más que piezas que cumplen funciones para la empresa susceptibles de ser sustituidas en cualquier momento por otras personas que cumplan las mismas labores (carácter fungible de los integrantes de la empresa). Es preciso plantearse que quizás ciertas modalidades de criminalidad de empresa presenten ciertas peculiaridades que hay que tener en cuenta ya que son distintas a las de otros ámbitos en los que el derecho penal ha adoptado tradicionalmente medidas de clausura o cierre como los delitos relativos a tráficos ilegales (drogas, armas, etc.) y a la prostitución.

En este sentido, en los trabajos especializados se insiste mucho en el dato empírico o criminológico de que la agrupación crea un ambiente o un clima que facilita e incita a los autores físicos a cometer delitos en beneficio de la agrupación. Existe en ciertos casos una relación causa-efecto entre la pertenencia a un colectivo y la comisión de hechos delictivos. Es cierto que las personas que forman parte de un colectivo tienen en muchos casos comportamientos distintos a los que tendrían al actuar en solitario (empresas, bandas juveniles, grupos de hinchas en el fútbol, desmanes colectivos como los que se están viviendo en Argentina, etc.) y que puede existir una actitud criminal de grupo dentro de la cual se diluyan las inhibiciones, la responsabilidad individual y el conocimiento de lo antijurídico, o que el grupo proporcione motivos, explicaciones y justificaciones para cometer un hecho delictivo (lo que los criminólogos denominan mecanismos de neutralización, que neutralizan los vínculos con el orden normativo). El autor actúa de forma distinta a como lo haría fuera del colectivo. El autor no concibe su conducta como desviada ya que se ha comportado conforme a las reglas del grupo o conforme al rol que el grupo le ha asignado o conforme a las expectativas o reglas de conducta del colectivo. Ello se ve potenciado cuando no existe una víctima individualizada sino que el bien jurídico afectado es de carácter colectivo y, por tanto, difuso y cuando el trabajo dentro de una gran organización implica un distanciamiento del objeto de ataque. Los partidarios de la intervención del derecho penal contra sociedades mercantiles insisten en que las consecuencias penales deben combatir este factor criminógeno de la dinámica de grupo. Sin negar que las empresas con sus políticas o estrategias pueden provocar hechos delictivos y hacer que las decisiones individuales no sean plenamente autónomas sino que se encuentren configuradas o estimuladas por la entidad, para resolver este problema no hace falta acudir a la pena como instrumento de retribución. En mi opinión, la reacción más idónea para combatir este indudable factor criminógeno consiste en

medidas preventivo-especiales como las defendidas en esta ponencia basadas en la peligrosidad objetiva o instrumental de la agrupación aplicadas por órganos jurisdiccionales penales. Estos datos empíricos y criminológicos relativos a la dinámica de grupos o colectivos no son más que datos que explican las motivaciones del autor –persona física– a la hora de llevar a cabo un hecho delictivo pero no tienen una relación específica con una supuesta culpabilidad de la entidad colectiva. De dichos datos no se deriva consecuentemente la existencia de una culpabilidad colectiva sino simplemente la necesidad político-criminal de una intervención adicional a los tradicionales mecanismos de responsabilidad penal contra ese factor criminógeno.

La persona que realiza el hecho culpablemente es la persona física. Desde este punto de vista subjetivo el autor individual se amolda a la actitud o ética criminal de la agrupación con objetivos individuales. Por ejemplo, no perder el empleo o promocionarse dentro de la empresa, o simplemente tener un sentimiento de satisfacción en el seno del grupo o sentirse reconocido por el colectivo. Incluso se puede asumir que en muchos casos surgen conflictos individuales cuando el comportamiento adecuado a derecho choca con las reglas de comportamiento del grupo o colectivo donde uno está inmerso, o que existe una interiorización subconsciente de reglas o sentimientos propios del grupo ajena a influencias externas al colectivo. Pero al final la persona a la que hay que imputar la decisión contraria a la norma (prohibición, mandato, de cuidado) es siempre a la persona física que dentro de la agrupación actúa de forma libre y responsable (entendiendo esa libertad y responsabilidad en sentido funcional y no ontológico, antropológico o metafísico). Se ha absolutizado en muchas ocasiones demasiado la influencia negativa de la organización en sus integrantes como explicación causal de la criminalidad de empresa, concibiendo a los sujetos que trabajan en una estructura compleja de forma mecanicista, sin tener suficientemente en cuenta la autorresponsabilidad de los individuos. La lesión del derecho no es imputable a ese ambiente o clima al igual que no son imputables los delitos sexuales a una determinada visión social de la mujer o de las relaciones sexuales, o los delitos por móviles racistas a determinados sentimientos colectivos, aunque los estudios criminológicos puedan resaltar la influencia de estos datos en los comportamientos individuales. Cuando se quiere combatir un factor criminógeno se crea una figura delictiva especial que adelanta el ámbito de protección e intervención del derecho penal. O, por poner otro ejemplo sobre "criminalidad de grupo", sería absurdo pretender que en el ámbito de la delincuencia juvenil la pandilla pasara a ser sujeto de imputación por tratarse de un importante factor criminógeno en determinadas edades. En

una sociedad libre los ciudadanos pueden agruparse libremente de forma informal –pandillas– o más formalizadas –personas jurídicas–, siendo una cuestión individual el respeto de la norma en el marco de la agrupación. La referencia a los efectos de la agrupación en el comportamiento humano sólo permite explicar por qué en algunos casos un individuo se ve motivado a cometer un hecho delictivo y con ello se señala un problema político-criminal digno de consideración, pero no obliga a modificar las estructuras tradicionales de la responsabilidad penal.

Desde esta perspectiva se puede apreciar cómo el derecho penal clásico cumple perfectamente sus funciones de prevención general a través de la retribución de los hechos delictivos cometidos por las personas físicas. La ética del "respeto al derecho" frente a la ética de "cualquier cosa en beneficio de la empresa o de la agrupación" o la "lealtad a la asociación" o la "solidaridad con el grupo" se estabiliza perfectamente con penas a las personas físicas sin necesidad de imponer penas a las personas jurídicas. Se trata de que el derecho penal demuestre que en cualquier ámbito social el respeto a la norma (que pretende proteger bienes jurídicos) es la única máxima o pauta de conducta a seguir. En términos convencionales, lo que se le reprocha al sujeto, y por ello se impone la pena, es respetar las máximas egoístas de la empresa de acuerdo con el cálculo costes-beneficios en lugar de determinadas reglas esenciales de convivencia.

Sin embargo, no se puede negar que las investigaciones más recientes sobre esta modalidad de criminalidad colectiva o de empresa han puesto de manifiesto un dato criminológico que no debe ser obviado por el ordenamiento penal. En muchas ocasiones es preciso adoptar en las sentencias determinadas medidas (clausura, suspensión de actividades, intervención, etc.) para evitar que en el marco de una empresa concreta se sigan llevando a cabo comportamientos delictivos. El derecho penal debe tener un instrumental adecuado para poder luchar contra las políticas y estructuras societarias que hacen que sus integrantes se vean motivados a delinquir. A pesar de ello, como ya he manifestado más arriba, no me parece más que un dislate considerar que la persona física es un instrumento absolutamente determinado por el grupo o colectivo (autoría mediata). Si bien es cierto que las empresas generan una cultura propia, son los integrantes de la misma los que eligen lo medios concretos para desarrollar esa cultura de la organización. Las personas físicas que trabajan para empresas no dejan en general de ser personas que tienen el deber de respetar las normas para pasar a ser medios organizativos del ente colectivo. Si la regla general no fuera ésta habría que prohibir en general las empresas por su carácter intrínsecamente peligroso, lo cual es absurdo ya que en la mayoría se respetan las nor-

mas penales o, como ya he señalado con mayor detalle, habría que castigar por razones preventivo-generales sólo a las personas jurídicas y no a las personas físicas. En este ámbito el derecho penal debe actuar con consecuencias preventivo-especiales específicas para aquella empresa que aparezca ante el órgano de justicia como un factor criminógeno y un foco de peligro permanente (más allá de sus miembros individuales) para bienes jurídicos básicos.

En el mismo sentido el establecimiento de medidas de seguridad (o, si se quiere, consecuencias de naturaleza similar) encaminadas a luchar contra la peligrosidad objetiva de la empresa permite una lucha político-criminalmente eficaz contra la utilización de empresas o estructuras societarias para burlar la persecución penal o para eludir responsabilidades penales, o bien como instrumentos delictivos.

CONCLUSIONES

Las sanciones para empresas a disposición de órganos jurisdiccionales penales deben pretender prevenir la peligrosidad objetiva de la empresa con el objeto de que no pueda volver a ser utilizada para que personas físicas cometan hechos delictivos. El sujeto que comete delitos es sólo la persona física, mientras la empresa puede ser considerada por el derecho penal como un instrumento, estructura u objeto peligroso. La necesidad de imponer dichas medidas se debe sustanciar en el mismo procedimiento seguido contra la persona física autora del delito. La empresa no es una persona imputada en el proceso sino un objeto sobre el que se debe discutir en el procedimiento.

Una penúltima consideración obligada por el contexto en el que se desarrolla esta ponencia. Seguramente el profesor JAKOBS estará de acuerdo con la primera parte de mi ponencia que niega la posibilidad de culpabilizar y punir a los entes colectivos. Pero también es seguro que no compartirá la idea de que otro tipo de sanciones como las aquí diseñadas tengan naruraleza penal (cfr. la parte final de su ponencia sobre el concepto de delito contra la persona). Esta cuestión terminológica es desde mi punto de vista una cuestión secundaria. Lo decisivo es si determinados problemas político-criminales que se han destacado con respecto a la delincuencia en organizaciones se deben combatir con penas en sentido estricto u otro tipo de sanciones. Si desde una perspectiva apriorística definimos conceptualmente el derecho penal sólo como el ordenamiento que se ocupa de la acciones culpables estas sanciones no podrán ser definidas como derecho penal. Otra cuestión es cómo en el contexto de cada sociedad se encuentra diferenciado el ordenamiento jurídico-penal de otros ordenamientos. La cuestión iuspositi-

vista de si se deben definir estas medidas para combatir la peligrosidad objetiva como consecuencias jurídico-penales, como derecho policial, como derecho administrativo o de otra manera sólo se puede contestar tras un análisis sistemático del ordenamiento vigente en cada país.

Una última reflexión, quizás la más importante de este trabajo, es que la actual tendencia hacia la punición de empresas sólo se puede entender como parte de una tendencia más general de utilizar instrumentalmente el derecho penal queriendo conseguir mediante la imposición de males o restricciones de derechos algún tipo de efecto social o de solución a los problemas de una determinada sociedad sin meditar sobre la personalidad y la culpabilidad en cuanto fundamento y presupuesto de la pena como institución ni sobre las características y naturaleza de ésta. Ello nos conduciría a una reflexión general sobre la función del derecho penal y, en especial, de la pena en las sociedades contemporáneas que debe ser desarrollada en otro lugar. La cuestión relativa a la punición y culpabilidad de actores colectivos (o como se les quiera denominar) es una cuestión central para el futuro desarrollo de la dogmática de la teoría jurídica del delito. Ningún problema que tenga que ver con el contenido material del principio de culpabilidad es un tema marginal. Esta ponencia sólo ha pretendido resistirse –en la medida de lo posible– a esa dominante manipulación perversa del derecho penal moderno que se está desviando de los postulados clásicos sin saber a dónde puede ir a parar. Como en otras cuestiones la dogmática tradicional dispone de un instrumental suficiente para resolver los problemas de las sociedades del siglo XXI y ofrecer soluciones realmente progresistas y no disfuncionales.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO SAGGESE, S. *Curso de derecho penal económico*, BACIGALUPO ZAPATER (dir.), Barcelona, 1998.

BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, M. "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en *Anuario de Derecho Penal*, 1981.

BAJO FERNÁNDEZ, M. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual", en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de*

otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.

BAJO FERNÁNDEZ, M. "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995.

BAJO FERNÁNDEZ, M. "Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas", en *Estudios jurídicos*, homenaje al profesor AURELIO MENÉNDEZ, t. IV, Madrid, 1996.

BAJO FERNÁNDEZ, M. "Culpabilidad y persona jurídica", en *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, La Coruña, 1998.

BRICOLA, F. "Il costo del principio 'societas delinquere non potest' nell'attuale dimensione del fenomeno societario", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1970.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. "Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 27, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Un medio eficaz de protección del medio ambiente? Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones y asociaciones de personas", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 10, 2000.

HEINE, G. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden, 1995.

HEINE, G. "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung-nationale Konsequenzen", en *Österreichische Juristenzeitung*, 1996.

JAKOBS, G. "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", ponencia presentada en este III Seminario sobre filosofía y derecho contemporáneo.

LAMPE, E.-J. "Systemunrecht und Unrechtsysteme", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106.

SCHMITT, R. *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, Stuttgart, 1958.

SCHÜNEMANN, B. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Colonia y otras, 1979.

SCHÜNEMANN, B. "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", en *WISTRA* 82 (trad. de BRÜCKNER y LASCURAIN SÁNCHEZ en *ADP* 88).

SCHÜNEMANN, B. "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995.

SCHÜNEMANN, B. "Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenkuratel", en B. SCHÜNEMANN (edit.). *Unternehmenskriminalität. Deutsche Wiedervereinigung* III, Colonia, 1996.

SCHÜNEMANN, B. *Unternehmenskriminalität. Deutsche Wiedervereinigung* III, Colonia, 1996.

SCHÜNEMANN, B. "Placing the Entreprise Under Supervision ('Guardianship') as a Model Sanction Against Legal and Collective Entites", en ESER, HEINE y HUBER (edits.). *Criminal Responsability of Legal and Collective Entities*, International Colloquium, Berlín, 1998, Friburgo, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en J. M.ª SILVA SÁNCHEZ (coord. ed. española). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995.

TIEDEMANN, K. "Die 'Bebussung' von Unternehmen und dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988.

TIEDEMANN, K. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.

TIEDEMANN, K. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras agrupaciones y empresas en derecho comparado", en *La reforma de la justicia penal*, estudios en homenaje al profesor KLAUS TIEDEMANN, GÓMEZ COLOMER y GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), Castellón de la Plana, 1997.

TIEDEMANN, K. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 6.

TIEDEMANN, K. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*, Lima, 1999.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", en *Poder Judicial*, n.º 46.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Vigencia del principio 'societas delinquere potest' en el moderno derecho penal. Requisitos sustantivos y procesales para la exigencia de responsabilidad criminal a las personas jurídicas", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n.º monográfico 1/99.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español", en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (coords.). *El nuevo derecho penal español*, Estudios penales en memoria del profesor JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, Pamplona, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra, 2000.

JAIME LOMBANA VILLALBA*

Medios de comunicación y derecho penal

Derecho penal y medios de comunicación: dos mundos cercanos, compenetrados y complementarios. El mundo del derecho penal siempre estará rodeado de la prensa hablada y escrita, y los medios de comunicación dedican gran parte de sus espacios a los asuntos que ocupan a la jurisdicción penal.

La labor profiláctica y de denuncia de los medios de comunicación en el plano de lo ideal le brinda al Estado la seguridad de que su aparato jurisdiccional estará informado de hechos que justifican la puesta en marcha del andamiaje penal, para confirmar y profundizar lo denunciado por el medio de comunicación; o, por el contrario, para descartar o desvirtuar la información, como puede suceder en los casos de juicios de opinión, pero sin relevancia para la última instancia de control social.

Tampoco cabe duda de que los medios de comunicación en países como Colombia deben cumplir un papel importante en la lucha contra la corrupción política y administrativa. Si miramos retrospectivamente a Colombia, ninguno de los grandes y sonados procesos judiciales de importancia hubiese surgido si no fuera por la denuncia, el control y la supervisión de los medios de comunicación. En lo personal, he constatado, como abogado de distintas instituciones de derecho público, la necesidad de acudir a periodistas aguerridos, de aquella valiosa mayoría a la que le duele la patria, para que denuncien en sus periódicos o noticieros hechos de corrupción, inclusive judicial, como fueron los casos donde se pretendía archivar, a las escondidas y con maniobras de toda clase, procesos penales por hechos de millonarias cuantías, en los cuales siempre resultaba lesionado el Estado colombiano. Gracias a la valiente labor de reconocidos periodistas se logró frenar, por la intervención decidida de los medios de comunicación, actos de encubrimiento judicial en contra del bienestar de los colombianos y de bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

Sin la positiva labor de los medios de comunicación la corrupción en el mundo moderno sería todavía mayor. Tenemos, por ejemplo, la delincuencia de "cuello blanco", en la que incluyo aquellos casos de corruptos contratistas que desfalcan al Estado colombiano, con la anuencia y beneficio de funcionarios públicos; los puntuales miembros del sistema financiero que se aprovechan de su posición para otorgarse créditos favorables a través de terceros, o realizar operaciones bursátiles con comisiones no autorizadas; o aquellos casos de personas que en cumplimiento de la función pública lesionan el bien jurídico de la

---

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Rosario (Bogotá); especializado en Derecho Penal en

administración del Estado con hechos tan conocidos como solicitar comisiones por los auxilios y proyectos que tramitan en Hacienda y Planeación Nacional, así el gobierno de turno les dé el nombre que quiera, cohonestando también con la corrupción, a cambio de apoyar en el Congreso los proyectos de ley propuestos por el poder ejecutivo; o llegando al extremo de solicitarle porcentaje o cuota a quienes con su recomendación obtienen un puesto en el Estado, normalmente de baja significación, pues si se trata de cargos de nivel directivo lo que se les exige son contratos.

Ese significativo número de protagonistas de la corrupción le teme más a la sanción social derivada de la publicación periodística oportuna, la cual hacen efectiva los medios de comunicación al denunciar y sancionar socialmente con el estigma de la corrupción al "personaje público", pues poco miedo le tienen los delincuentes de cuello blanco al propio proceso penal.

Si no fuera por estos medios de comunicación, la justicia, por lo menos en Latinoamérica, en muchos casos se amedrentaría ante el poder y la capacidad de manipulación de estos personajes de la corrupción, que encajan dentro de un modelo de criminalidad sofisticado, demostrando una ausencia de temor por la función sancionatoria de las normas penales y disciplinarias.

Estos nefastos y sucios hombres de nuestra sufrida y corrupta Hispanoamérica intentan por todas las vías jurídicas apegarse falsamente al principio de legalidad, y además se amparan con forzados y equivocados argumentos a los ingredientes objetivos y subjetivos de la tipicidad, al igual que recurren a su capacidad de contratar habilidosos abogados, o inclusive llegan al extremo macondiano[1] de cambiar la legislación para poder salir o facilitar su salida de prisión: y, aunque no se crea, muchas veces lo consiguen.

Igualmente, encuentro que los medios de comunicación ejercen una función de apoyo a aquellos operadores de justicia honestos, quienes se atreven a enjuiciar y encarcelar a corruptos y delincuentes. Son los medios de comunicación, a través de algún periodista enamorado de la causa del Estado social, los que muchas veces se convierten en garantes y protectores de funcionarios judiciales que se atreven a denunciar y encarcelar a los más altos exponentes de la delincuencia de cuello blanco latinoamericana. Esa delincuencia que SUTHERLAND identificó con la figura del "camaleón", porque algunos exponentes de la política nacional siempre adoptan el color de la rama que los sostiene, nos re-

---

Bruselas; actualmente realiza estudios de doctorado en Derecho Penal en la Universidad de León, España.

1 Expresión que los colombianos tomamos de GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, para ilustrar que en Colombia la realidad en veces es más rica que lo imaginario.

cuerda a personajes que durante los años de gobierno son los favorecidos absolutos del régimen por haberlo llevado al poder; pero antes de finalizar el período constitucional empiezan a financiar los gastos de campaña del candidato de oposición.

Gracias a esa función social de los medios de comunicación se consolida, cada vez más, una franja de opinión que busca el final del bipartidismo en Colombia, para luchar contra un tercer partido que han parido los dos tradicionales grupos políticos, el liberal y el conservador: el partido de los contratistas, integrado por "altos empresarios" de la denominada delincuencia de cuello blanco, además de algunas multinacionales que se apropian de miles de millones de pesos en sobrecostos provenientes de la contratación estatal, cuando en Colombia se cierran hospitales infantiles y se echa a la calle a cientos de niños con enfermedades de atención urgente, porque supuestamente el Ministerio de Salud no tiene los recursos para pagar siquiera la nómina de los médicos. La salud debe ser garantizada a los colombianos, según reza nuestra Carta Política.

En ese sentido la Corte Constitucional de Colombia entiende la libertad de expresión y la de prensa como garantías democráticas para luchar contra la corrupción y los abusos eventuales de los dirigentes.

Directamente ligado a la libertad de expresión, la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes[2].

En las sedes de juzgados penales, tribunales, en las cortes, en los despachos de procuradores y fiscales, siempre se encuentran periodistas prestando guardia, especialmente en un país como Colombia donde, sin duda, los periodistas laboran más que sus colegas de otras partes, porque en Colombia todos los días, desafortunadamente para sus nacionales, hay noticia por el alto nivel de corrupción pública, además del conflicto armado que vivimos.

Lo cuestionable es que en los medios no siempre se maneja el lenguaje jurídico de manera adecuada; los términos específicos del derecho penal no se utilizan con el rigor jurídico con que se debería. Con frecuencia se publica sin diferenciar lo doloso de lo imprudente.

---

2 Corte Constitucional. Sentencia C-010 del 19 enero de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Otras expresiones, como prescripción, imputado, sindicado, procesado o declarante, muchas veces son sinónimos para los periodistas, y así lo proyectan a la opinión pública, cometiendo grandes injusticias; y en otros casos, incurren en conductas típicas, en contra de la honra y del buen nombre de los protagonistas de esas noticias.

Debo detenerme un poco en precisar quién es periodista y qué se debe entender por noticia. Periodista será quien se ocupe de informar a la opinión pública, a través de los distintos medios de comunicación, hechos –u opinar sobre éstos– en los que está involucrado el interés general. Parte de la doctrina[3] entiende que la noticia "descansa sobre el presupuesto de poseer un interés general para la opinión pública". El mencionado requisito de obrar como periodista, y en aras del interés general, resulta entonces clave para poder contar con las protecciones constitucionales ante el riesgo que implica en la práctica el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de prensa.

El interés de la presente investigación es precisamente la reseña y estudio de los terrenos del derecho penal que se bordean cuando se ejerce la labor periodística, partiendo del concreto análisis de los delitos de injuria y calumnia, y de la amplia relación entre los medios de comunicación y la criminalidad. Así, me limitaré, por lo amplio del tema, a plantear sólo algunas posiciones jurisprudenciales y doctrinales en los delitos de injuria y calumnia en supuestos de responsabilidad penal de personas que laboran en un medio de comunicación. Y como resulta apenas natural por la influencia académica de mis maestros, los catedráticos DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA y MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, abordaré en especial los temas de causalidad e imputación objetiva, la legítima defensa, autoría y participación, y el elemento riesgo permitido en los delitos de prensa, advirtiendo que dejo de tocar otros no menos importantes, lo que haría interminable este escrito.

I. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE DOLO E IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR COMETIDOS POR PERIODISTAS

Al acudir de nuevo a LUZÓN PEÑA, y a su maestro alemán ROXIN, pretendo estudiar algunos aspectos puntuales del dolo y la imprudencia en los delitos contra la honra cometidos por periodistas, y sus consecuencias.

---

3 HERRERO TEJEDOR. *La crónica*, 1995, p. 207.

Desde WELZEL, con el finalismo se acepta mayoritariamente que el dolo pertenece a la parte subjetiva del tipo de injusto[4], por lo que esto será requisito para la estructuración típica de la conducta; en consecuencia, se debe, en relación con el elemento cognoscitivo o intelectual, sostener que el dolo requiere conocimiento de los elementos objetivos del tipo, "pero no consciencia de la antijuridicidad o prohibición, que es un requisito distinto del dolo, que pertenece en la culpabilidad; pues, por una parte, si el dolo es requisito de la antijuridicidad, ésta existe o no con independencia de que el sujeto sea consciente de la misma"[5].

Para los finalistas el elemento cognoscitivo del dolo se referirá únicamente al tipo indiciario o tipo positivo, y no al conocimiento sobre la ausencia de las causales de justificación; en tal sentido, si un profesional de la información difunde una noticia y sabe que con esto deshonra a alguien, actúa con dolo de injuriar o de calumniar, a pesar de que al mismo tiempo sea consciente de que está amparado por su obligación de informar la verdad, en un tema de interés general, como puede ser una denuncia fundada de corrupción. En cuyo caso, según LUZÓN PEÑA[6], estaríamos en presencia de un "dolo natural" o "dolo neutro".

Ahora bien, si se mira la posición dogmática de quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo, la tipicidad o injusto típico se debe entender en sentido amplio, y para que haya dolo se deben conocer no solamente los elementos objetivos del tipo indiciario, sino que demanda igualmente el conocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de causas de justificación.

Entonces, desde la postura doctrinaria asumida por LUZÓN PEÑA[7], para poder afirmar que existe dolo del periodista se requiere, además de conocer que la afirmación emitida o publicada es objetivamente injuriosa, tener conciencia de que no se está obrando amparado por una causal de justificación, es decir, que la información no es cierta y que no se publica en interés general; o por el deber de informar un hecho de interés público, que, aunque injurioso en lo objetivo, no cumple con el elemento subjetivo del injusto, precisamente por la convicción de obrar bajo el lícito amparo de una causal de justificación.

Pero bien puede darse el caso que el periodista publique en situación de error lo que en la teoría de los elementos negativos del tipo tendrá consecuencias distintas. Pues, para quienes no asumen esta teoría, el error sobre los lla-

---

4 LUZÓN PEÑA. *PG*, 1996, p. 402.
5 Ídem.
6 Ibíd., p. 403.
7 Ibíd., p. 404.

mados elementos indiciarios del tipo, como puede ser el error sobre la identidad de a quién se le imputa el hecho deshonroso, o el incluir en una lista de dirigentes corruptos a alguien como partícipe, sin que esa persona tenga nada que ver en los hechos denunciados, sería un error de tipo, vencible o invencible según el supuesto de hecho, pero error de tipo que afectaría el dolo que demanda el tipo; lo que desvirtúa la responsabilidad penal del periodista, al no contemplarse dentro de la ley penal colombiana la estructura imprudente para la injuria ni para la calumnia. El error de tipo excluye al dolo, mientras que si el error recae sobre la convicción de estar amparado por una causal de justificación estaríamos ya en presencia de un error, pero de prohibición, que afecta sólo la culpabilidad del hecho doloso en el esquema clásico.

Ahora bien, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, la convicción errada del periodista de estar amparado dentro de una causal de justificación, como lo puede ser la ponderación de bienes jurídicos del estado de necesidad, lo colocaría en un error de tipo, y en ausencia de dolo. Concluyendo con LUZÓN PEÑA, el dolo exige el conocimiento sobre los elementos positivos y sobre la ausencia de los negativos del tipo de la injuria o la calumnia.

Las consecuencias civiles variarán en materia de la supuesta actuación del periodista, pues si se está o no en presencia de dolo tendría diferentes consecuencias en el ámbito del derecho civil para la indemnización de perjuicios; ya habrá que mirar en esa jurisdicción si el error se cometió en una circunstancia de invencibilidad, pues de haber sido vencible no cabe duda de la obligatoriedad de pagar los perjuicios materiales y morales causados por no haber actuado dentro de la órbita de permisividad del riesgo en materia de periodismo, con un deber objetivo de cuidado, habiendo lesionado por esa imprudencia el bien jurídico del honor.

Con relación a si existe un segundo elemento del dolo, es decir, si además del elemento conocimiento debería haber un segundo ingrediente subjetivo que es la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, o no requiere de ésta, la doctrina y la jurisprudencia han estado divididas entre la "teoría de la voluntad" y la "teoría de la representación", imponiéndose por mayoría la de la voluntad, teoría que comparte LUZÓN PEÑA; aunque otros importantes autores, como SCHMIDHÄUSER, JAKOBS, KINDHÄUSER, BOTTKE, GIMBERNAT, SILVA, piensan que para la configuración del dolo no es necesario la exigencia de la voluntad, sino que es suficiente con el conocimiento en un grado específico de que se van a realizar los elementos objetivos del tipo[8].

---

8 Ibíd., p. 405.

Como en todos los tipos de estructura intencional o dolosa, los delitos de injuria y calumnia que pueden llegar a cometer quienes laboran en los medios de comunicación, para su tipificación, podrían tener una de las tres formas distintas de dolo, definiciones que tomaremos de ROXIN, y que iremos ejemplificando con temas de prensa para sacar conclusiones sobre si caben o no esas tres clases de dolo en la injuria y la calumnia, así como en sus diferentes modalidades.

Dolo directo de primer grado se da cuando se publica con el conocimiento y voluntad absoluta de injuriar, o por lo menos cuando el autor conoce las consecuencias de su información publicada y las persigue; de otro lado, en el dolo directo de segundo grado se abarcan todas las consecuencias que, a pesar de no ser perseguidas, el sujeto prevé se producirán con seguridad, como cuando el periodista quiere calumniar sólo a uno de los socios de una compañía, pero publica involucrando a los demás con el material periodístico y calumniador; y con dolo eventual actúa "quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad"[9].

Nos parece fundamental detenernos a estudiar brevemente el dolo y sus elementos, para así intentar una descripción de la conducta dolosa eventual en los delitos de injuria y calumnia cometidos por periodistas, y buscar, desde la postura dogmática de ROXIN, seguida casi en su integridad por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, delimitar los casos donde cabe la imputación por lo menos doloso-eventualmente en los delitos objeto de este trabajo de investigación. Empezamos desde cuando la acción objeto del juicio de imputación típica no contó por lo menos con un dolo eventual; muy a pesar de que la acción se haya realizado con imprudencia consciente, para el campo del derecho penal colombiano será atípica absoluta.

ROXIN parte, para distinguir las tres formas de dolo, de la descripción de éste como: "saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias de tipo legal"[10]; y de la manera como se presenta la interacción de esos elementos. Para ROXIN, "En el caso de la intención, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado", y cuando la parte subjetiva de la acción se presente por lo menos de esta manera existirá un dolo directo de primer grado; en cambio, en el "dolo directo (de segundo grado) el 'saber' es todo lo exacto que es posible", lo que hará que exista dolo, pues el

9 Ibíd., p. 415.
10 Ibíd., p. 416.

saber es tan fuerte que así el elemento volitivo sea menos intenso que en los casos de intención se puede calificar el resultado de querido, aunque no lo persiga. Y al definir el dolo eventual enseña ROXIN:

> La relación en que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base, pero en cualquier caso él mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto del *dolus directus* (de segundo grado) también el saber relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción, tanto del elemento intelectual como del volitivo, se encuentra una disminución de la sustancia dolo que en los casos límite aproxima muchísimo, haciéndolo ya apenas distinguible, el *dolus eventualis* a la imprudencia consciente[11].

Defiende ROXIN la opinión de que la "realización del plan" no sólo es una garantía de verificación del dolo directo de primer y segundo grados, sino que además "sirve de directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia"[12]. Señala además ROXIN que ese criterio de realización del plan también resulta útil con los problemas que se pueden presentar de desviación de los cursos causales.

Situación que puede presentarse con cierta frecuencia en los temas tratados por la prensa, en especial en países con problemas de violencia serios, como sería el caso de una información que se realiza de manera dolosa para deshonrar, afirmando que determinado funcionario fue el autor de unos desfalcos al erario público; pero, además de la deshonra pública, por la información la persona es secuestrada por un grupo guerrillero para hacerle un juicio político como consecuencia de dicha noticia.

Serán entonces casos de dolo directo de primer grado de un delito contra el honor cuando el autor conozca el carácter injurioso de su afirmación en una publicación y quiera el resultado. Por ejemplo, cuando se afirma en una publicación que alguien en calidad de profesor de un colegio corrompe menores en sus clases, caso en el cual se verificará un dolo directo de primer grado, en el delito de injuria; pero si el periodista denunciante sabe que el sector de la ciudad donde labora el profesor tiene especiales conflictos, y se puede presentar la posibilidad que el profesor sea linchado, resultándole indiferente al periodista si el resultado de lesiones se produce, éste deberá responder como determinador[13] de lesiones personales dolosas, por la modalidad eventual.

---

11 Idem.

12 Ibíd., p. 417.

El periodista no puede ampararse en la libertad de expresión haciendo un uso perverso de su posición y utilizando el medio de comunicación en el que ejerce su función, ni manipular la información violando los derechos del afectado, caso en el cual habrá responsabilidad penal del periodista; así lo reconoce la Corte Constitucional colombiana:

> Las informaciones judiciales no pueden estar basadas en especulaciones sobre hechos inciertos ni en conclusiones deducidas apresuradamente por los periodistas, pues se corre el riesgo de tergiversar los hechos, tornando la información en falsa o engañosa, o de lesionar el buen nombre, la honra, la intimidad o la dignidad de personas o instituciones. Por ello, en estas materias los medios de comunicación deben limitarse a hacer la exposición objetiva y escueta de lo acaecido, absteniéndose de efectuar análisis infundados y de inclinar, sin evidencias, las opiniones de quienes reciben la información. Hacer que el lector, oyente o televidente considere verdadero algo que no ha sido establecido, merced al uso sesgado de titulares, comentarios, interrogantes o inferencias periodísticas equivale a mentir, y si, al hacerlo, el medio de prensa involucra a personas en concreto de manera irresponsable no hace uso del derecho a informar sino que viola derechos del afectado[14].

De tal manera que en situaciones como la descrita en la providencia anterior, de configurarse hechos con esas características de la información, es decir sobre hechos inciertos, con apreciaciones subjetivas, bien pueden darse casos de vulneración a bienes jurídicos tutelados por la ley penal, incluyendo obviamente el del honor, con dolo directo de primero o segundo grados, según las circunstancias del hecho.

En el plano de lo real no parecería sensato encontrar casos donde el informador actúe dolosamente, además de conductas contra el honor, buscando un interés adicional como la muerte de una persona o el secuestro de un dirigente. Pero llama la atención el hecho que en España se hayan producido inclusive casos fallados donde se condenó a un periodista, VINADER[15], como autor de homicidio imprudente, lo que raya con las posiciones restrictivas de la autoría del dominio del hecho y con posturas aún más restrictivas como la de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

---

13 Art. 30 C. P. colombiano: "Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad".

14 Corte Constitucional. Sentencia T-259 del 1.° de junio de 1994, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

15 Sentencia del 29 de enero 1983.

Tal vez el caso VINADER ha sido uno de los más sonados en España, porque en este se condenó a un periodista que fue procesado por imprudencia temeraria por haber publicado en la revista *Interviu* información donde identificó el nombre de un confidente de la policía del País Vasco. Tiempo después de la publicación ETA asesinó al informador, y VINADER fue condenado, pero después fue indultado.

La sentencia citada del caso VINADER dice en uno de sus apartes:

> Es incuestionable que no es misión de los periodistas realizar investigaciones parapoliciales para investigar la realidad de los hechos delictivos o de otra naturaleza, ni se puede exigir a los profesionales de la información un absoluto contraste de la veracidad de toda la que reciben y transmiten, lo que implicaría no ya una ilegal limitación a la libertad de expresión, sino la muerte de la información, si les es exigible, con mayor rigor que a cualquier otro ciudadano, dada la distinta proyección social que la de uno y otro puede tener, la observancia de aquellos deberes objetivos de cuidado imprescindible para evitar que se puedan poner en peligro bienes jurídicos protegidos por otros derechos tan fundamentales como el de la libertad de expresión.

También en España se conoció del caso Gal, donde los integrantes de una banda con este nombre utilizaron a tres destacadas plumas para revelar secretos de Estado de la lucha antiterrorista[16].

He mencionado los anteriores ejemplos para ilustrar cómo en el mundo moderno de los medios de comunicación todos aquellos que laboran en esa importante actividad de informar deben ser conscientes del alcance de los tipos penales a los que están expuestos como consecuencia de su función, y vemos que no solamente son la injuria y la calumnia –que dicho sea de paso tienen una punibilidad excesivamente baja, y además la legislación penal colombiana permite la retractación voluntaria del autor o partícipe, eximiéndolo de la responsabilidad penal–[17], sino que puede haber riesgos de enfrentarse a otros tipos penales, especialmente aquellos que cubren el tema financiero, de orden público, o de administración pública o justicia. Los periodistas deben observar las reglas del deber objetivo de cuidado para no verse expuestos a circunstancias verdaderamente graves como las de los casos mencionados.

---

16 *El Mundo*, 20 de febrero de 1999. En ese artículo se hacía la advertencia a quienes publicaban que podían convertirse en un caso similar al de XAVIER VINADER.

17 Art. 225 C. P. colombiano: "No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos".

Menciono hipotéticamente algunos ejemplos, como son los listados que se hacen con frecuencia, en revistas especializadas, donde se publican los salarios o utilidades de las personas: cuánto ganan los que más ganan, en cuánto están valoradas las fortunas de ciertos ciudadanos. Esto a sabiendas de que existen los decretos 001 y 002 de las FARC que dan la orden de secuestrar a toda persona que tenga más de un millón de dólares. O el publicar que una empresa haga aportes a un grupo dentro del conflicto armado colombiano, lo que quizá haría despertar la antipatía del grupo opuesto, que en los niveles de violencia e irracionalidad del conflicto: desde la óptica del ciudadano medio, se debe conocer el evidente peligro de muerte o secuestro que se genera a quien aparezca en una publicación de esa naturaleza.

Lo mismo sucede con frecuencia en casos en que se hacen acusaciones mentirosas a una persona por no ser del aprecio del periodista, o se hacen de manera imprudente sin haber hecho la investigación periodística con el rigor necesario. O se denuncian supuestos actos de corrupción, cuando el ciudadano medio sabe que las personas vinculadas al informe sobre corrupción serán declaradas objetivos militares de la subversión. Me parece que el tema de la ponderación de intereses, al cual me refiero más adelante, permite y faculta al informador o periodista hacer esta clase de publicaciones, pero siempre y cuando tenga un ánimo imparcial en la noticia e impere el interés general en la publicación, y, por sobre todo, que haya prueba de veracidad sobre los hechos.

Ejemplo de esto son las recientes publicaciones de la Contraloría General de la República[18], cuyo fin es únicamente el interés general y las cuales buscan que se conozcan quiénes son los personajes de "cuello blanco" que han desfalcado al país, así se afecte su honra personal o se puedan derivar otras consecuencias. En este caso ya no se podrá afirmar que las consecuencias sean derivadas de la publicación de un libro, sino que la causalidad y el juicio de imputación objetiva del resultado se encontrarán precisamente en el obrar indebido y vulnerador de bienes jurídicos trascendentales, como la administración pública, de quien se apropió de dineros del Estado, y no en la divulgación de estas publicaciones.

Aunque algunos estudiosos de la dogmática han criticado la solución dada por la justicia española al caso VINADER, como lo hace GIMBERNAT, quien objeta la decisión con un argumento de causalidad, en el sentido de que nunca se

---

18 Hago referencia a las obras que sobre los más sonados casos de corrupción ha publicado la Contraloría General de la República, desenmascarando la delincuencia de cuello blanco, tanto en el sector público en materia de contratación administrativa, como en la banca oficial, en épocas recientes.

pudo probar la relación causal entre la publicación y la muerte, y le asiste toda la razón, pues que jamás se probó dentro del proceso el que los asesinos de ETA hubiesen leído el artículo de VINADER, ni mucho menos que ese artículo hubiese determinado a los homicidas para la ejecución; otros, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, consideran desacertada la decisión de la justicia española, pero ya no por un problema de prueba de la causalidad sino porque la conducta imputada al periodista jamás reunió los presupuestos de la autoría, y porque VINADER evidentemente no fue el autor del homicidio. Encuentro que ambas críticas a la sentencia VINADER son válidas, y resulta en especial contundente descartar la autoría de VINADER puesto que jamás ejecutó la acción de matar, exigida por el tipo penal, de tal manera que en esa sentencia condenatoria encuentro una medida equivocada de carácter político criminal, en el sentido que la justicia española, tal vez de buena fe, quiso sentar un precedente ante un sector de la prensa –por lo menos irresponsable– pero contrariando las reglas del dogma penal. *En conclusión, dos situaciones censurables: de un lado, un periodista* que juega con la vida de las personas, por producir una noticia a todas luces desacertada, y, del otro, que la administración de justicia viole principios rectores y garantías, para buscar un fallo de conveniencia.

En casos como el comentado anteriormente se hace imperioso precisar la línea divisoria entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, para lo cual procedo a recordar lo que al respecto afirma ROXIN:

> Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo, reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo– en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente, y la que justifica su más severa punición[19].

Resulta importante la figura del dolo eventual en los delitos de injuria y calumnia ante situaciones en las que un periodista no persiga ni pretenda directamente la acción de injuriar, tampoco pretenda el secuestro o la muerte de una persona como consecuencia de su información, pero sepa que el hecho (muerte o secuestro) puede llegar a producirse eventualmente con la noticia: no obstante, el informador la acepta como posible y continúa publicando su informe[20].

---

19 ROXIN. *PG*, 1997, p. 425.

20 El ejemplo ha sido propuesto con base en la estructura que le asigna LUZÓN PEÑA al dolo eventual en *PG*, 1996, p. 418.

II. ALGUNOS PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Se debe tener siempre presente la manera como se produce la noticia. La realidad es que hay alguien que lidera la noticia, además de unos colaboradores de diferentes rangos y especialidades en un noticiero, que van desde el consejo de redacción, el director del noticiero, los subdirectores, los periodistas que cubren la fuente respectiva, redactores, editores, y presentadores, hasta las fuentes que suministran e instrumentan la noticia. Con base en esta estructura me detendré a estudiar lo expuesto por sectores doctrinales importantes, y a confrontarlo con los artículos 29[21] y 30[22] del Código Penal colombiano, con el fin de resolver algunos problemas de autoría y participación que pueden presentarse respecto de un medio de comunicación en casos de informaciones injuriosas o calumniosas.

El sistema penal colombiano parte entonces de una diferenciación entre autores y partícipes, donde será autor del delito de injuria "el que haga a otra persona imputaciones deshonrosas", lo que incluye tanto al coautor como al autor mediato.

Desde el plano doctrinario hay una posición, ya descartada en España[23], lo mismo que en Colombia, que parte del concepto unitario de autor, en el cual todo aquel que interviene en la acción de una manera objetivamente imputable será calificado como autor. Ese concepto unitario de autor[24], siguiendo a TRIFFTERER[25], se orienta en los principios, según el cual autor es cualquiera que colabore o intervenga en la realización de un tipo penal, y todo el que interven-

---

21 Art. 29 C. P. colombiano: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.
"También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente; y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado...".

22 Art. 30 C. P. colombiano: "Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad...".

23 DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, p. 73.

24 Detalladamente, ibíd., pp. 47 y ss.

25 Citado por GÓMEZ TOMILLO. *Libertad de información y codelincuencia*, 1998, p. 192.

ga en el delito responderá por su aporte[26], lo que algunos han criticado por lo extensivo en la aplicación del concepto de autoría.

El concepto unitario de autor en la doctrina española se rechaza en forma unánime[27]. El concepto extensivo de autor intenta, a diferencia del unitario, establecer un criterio distintivo entre autores y partícipes. Este concepto se identifica con las teorías subjetivas[28]; así, serán autores los que intervengan en un hecho delictivo con ánimo de autor, y serán partícipes aquellos que lo hagan con *animus socii*. Las teorías subjetivas se apartan de los tipos penales y de su función, produciendo una inseguridad jurídica inadmisible, por lo que esas teorías subjetivas son rechazadas.

El concepto más defendido por la doctrina y la jurisprudencia es el concepto restrictivo de autor. El problema es delimitar cuándo se está ante una contribución de autor y cuándo ante una de partícipe, y es ahí donde la doctrina se divide, encontrándonos con diferentes teorías: teorías objetivo-formales y teorías objetivo-materiales.

Las objetivo-formales parten, para definir al autor, de los tipos legales: autor es el que realiza todos o alguno de los actos formales ejecutivos descritos en el tipo; sin embargo, esas teorías no dicen cuál es la acción típica realizada, y la doctrina mayoritaria las rechaza por entender que no explican ni la autoría mediata ni la coautoría[29]. Por lo que a las antiguas teorías objetivo-materiales[30] se refiere, en la actualidad no son defendidas por ningún autor relevante, siendo, por el contrario, dominante la teoría del dominio del hecho.

Como versiones heterodoxas de la teoría del dominio del hecho nos encontramos con la determinación objetiva y positiva del hecho, y también con la teoría de la pertenencia del hecho de MIR PUIG[31], de la que no me ocuparé. En este escrito partiré de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, creada por LUZÓN PEÑA y desarrollada por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

---

26 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, cit., 1991, pp. 45 y ss. Estudio extenso de todos los autores que soportan el concepto unitario de autor.

27 Cfr. ibíd., p. 64, nota 73.

28 Aunque también ha sido defendido desde perspectivas objetivas, cfr. la exposición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Ob. cit., pp. 259 y ss.

29 Cfr. ibíd., pp. 411 y ss.

30 Ibíd., pp. 535 y ss.

31 MIR PUIG. *PG*, 5, 1998, pp. 367 y ss.

Resulta entonces acertada y garantista la posición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien respalda el concepto restrictivo de autor de LUZÓN PEÑA: "Del dominio objetivo y positivo del hecho, o si se prefiere, para evitar posibles dificultades lingüísticas, la determinación objetiva y positiva del hecho"[32]. El sustrato o base de la autoría, es decir de la auténtica realización del delito doloso, como en el imprudente, se halla, según LUZÓN PEÑA[33], en la determinación objetiva del hecho, del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. "En ella se encuentra la base objetiva de la autoría; es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. Tal conducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente, y sin dejar libre capacidad de respuesta, el curso del acontecer típico, fija el sí y el cómo de éste, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección"[34]. Cuando a ese sustrato en el delito doloso se le añade una decisión consciente y final, pasa a denominarse dominio del hecho. Esa misma realización objetiva del hecho típico se requiere en el delito imprudente. En lo que à la coautoría se refiere, ha sido en ese ámbito en el que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y LUZÓN PEÑA han criticado de manera más dura la teoría del dominio funcional del hecho[35], puesto que califican el dominio funcional del hecho como un dominio negativo, mientras que la determinación positiva del acontecimiento típico es distinta, y más que el mero poder o capacidad de impedir o contener el curso del hecho.

Siguiendo a LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO encontramos entonces una delimitación clara entre el concepto de autor y el de partícipe, entendiéndose que sólo será autor quien realice la acción típica nuclear[36], teniendo en cuenta siempre la redacción del tipo penal en la parte especial:

> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no afirma cómo puede deducirse, de lo que expresan algunos de sus críticos, que en todos los casos en que un tipo legal describe más de una acción unas sean nucleares y otras no, sino que simplemente admite la posibilidad (al menos como mera hipótesis) de que los criterios de interpretación generales, aplicados a algunos de los tipos de la parte especial que describan en el tipo más de una acción, hagan constatar que, en algún caso, la ley configura una parte de la conducta como central, y otra u otras como meramente instrumentales de ellas (aunque muy impor-

---

32 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, cit., 1991, p. 690.
33 LUZÓN PEÑA, en *ADPCP*, 1989, p. 894.
34 LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *AFDUA*, 2000, p. 67.
35 Ibíd., pp. 69 y ss.
36 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, cit., 1991, p. 507.

> tantes); en definitiva, el carácter central o accesorio de un elemento típico no tiene por qué depender necesariamente de que el mismo se exprese en forma de acción o de otra manera; el hecho que siempre que en el tipo se exprese un elemento en forma de acción tenga que conducir necesariamente a considerarla de autoría le parece excesivamente formalista[37].

Resulta entonces fundamental para la calificación de autor verificar que esa o esas personas hayan afectado el centro de desvalor del injusto. De tal manera que sólo será autor quien ejecute ese núcleo central de la acción y afecte ese centro de desvalor del injusto. De modo que en los delitos de injuria y calumnia deberá restringirse el concepto de autor sólo a quien así proceda frente a la acción descrita en el tipo que protege el bien jurídico del honor, y sólo para quien haga a otro una imputación deshonrosa; obviamente, como ya lo expresé al hablar de los elementos positivos (objetivos y subjetivos) y los negativos del tipo, con la verificación de los otros ingredientes típicos.

Es así como Díaz y García Conlledo analiza en forma amplia algunos casos[38], tanto desde los anteriores principios dogmáticos como desde la parte especial del Código Penal, solidificando por completo el concepto restrictivo de autor, aunque apartándose en algunos puntos con Woelk[39], pues el español acude directamente a la norma para establecer si el sujeto posee el co-dominio funcional del hecho. Tienen en común los dos autores unas acciones, las cuales ambos distinguen dentro de un mismo delito de dos actos, que merecen la consideración de autoría, y otras, la de participación. Lo anterior, para casos como los de los artículos 179 del C. P. español, bajo el convincente argumento de que el legislador prohíbe en especial unas cosas. Y precisamente me ocupo del análisis de este punto, por cuanto en el C. P. hay artículos que se refieren en específico al tema de los delitos contra el honor, ejecutados a través de medios de comunicación, como el artículo 209: "Las injurias hechas con publicidad...", y en el artículo 211: "La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante".

---

37 Luzón Peña y Díaz y García Conlledo, en *AFDUA*, 2000, p. 62, n. 28.

38 Díaz y García Conlledo. *La autoría*, cit., 1991, pp. 506 y ss. Citando a Gimbernat: "El autor único del delito de violación es quien yace; quien realiza la fuerza es un partícipe muy importante, tan importante que el propio tipo ha descrito la actividad que realiza, que por eso mismo se puede considerar una acción ejecutiva (de las más claras) y permite que su conducta sea calificada de cooperación ejecutiva del artículo 141 C. P. y castigada con la pena del autor....".

39 Gómez Tomillo. *Libertad de información*, 1999, pp. 236 y 237.

GÓMEZ TOMILLO[40] plantea algunas críticas a las tesis de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y WOELK, al estudiar la llamada responsabilidad en cascada, y dice que no se puede pretender, frente a la legislación española, considerar sólo como autor a quien realice la acción típica nuclear, pues en su concepto el que una de las personas que contempla el artículo 30 del C. P. español y no actúa con dolo, entonces, no podría ser autor. Pues bien, en mi concepto le asiste razón a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, por cuanto si la persona no ha desarrollado la acción central del tipo, pues no puede ser autor de la conducta descrita en la norma. Ese es el objetivo de la norma, el alcance de prohibición del tipo, y por ende sólo será autor quien ejecute una acción relevantemente injuriosa.

Si, para los efectos de la injuria, el director de una publicación difundida en un noticiero no conocía la falta de veracidad de la imputación, entonces no podrá ser procesado como autor. O si, por ejemplo, el director de un periódico no conocía, aun por descuido, el que se publicaría una nota injuriosa contra un tercero, pues ese director no podrá ser autor porque precisamente no ejecutó ni aportó nada al núcleo de la acción descrita en el tipo; lo anterior sin desmedro de la responsabilidad civil que le quepa por los perjuicios causados.

Luego, si no se ejecuta por parte de la persona de manera dolosa la imputación deshonrosa, con el conocimiento de ese segundo acto de la publicación, no será autor. En el caso de la legislación penal colombiana la solución es más simple, porque autor será quien desarrolle el núcleo de la acción al imputar a alguien un hecho deshonroso, y el tema de la ejecución de la conducta utilizando medio de comunicación o de divulgación colectiva se consagra como un agravante contemplado en el artículo 223 del C. P. Y por cuanto no se tiene una norma en el sentido del artículo 30 del C. P. español, donde se establece la denominada responsabilidad en cascada.

Aunque en el derecho penal colombiano no existe, como en el español, una responsabilidad en cascada, la Corte Constitucional colombiana expresa acerca de la responsabilidad del director del medio, derivada de su deber de velar por las obligaciones legales:

> La Corte comienza por precisar que los medios de comunicación, si bien son libres, tienen responsabilidad social. La disposición parcialmente acusada desarrolla precisamente ese principio de responsabilidad social, puesto que el deber general que impone el artículo, en su aparte no acusado, aparece justificado, a fin de proteger valores constitucionales. En la medida en que los programas periodísticos pueden vulnerar la hon-

---

40 Ibíd., 1998, p. 241.

> ra o la intimidad de terceras personas, puesto que divulgan informaciones y noticias, y opinan sobre ellas, es razonable exigir que se identifique a los autores de los distintos conceptos y comentarios que se transmiten, a fin de precisar quién debe responder por afirmaciones injuriosas, inexactas o que invaden la privacidad de las personas. Ahora bien, es una función elemental del director de esos programas velar para que esas obligaciones legales sean cumplidas. Y si eso no ocurre, es natural suponer que ocurrió un error *in vigilando* de parte del director del programa, quien permitió que fueran transmitidos conceptos o comentarios sin precisión de quién es su autor. En tales circunstancias resulta razonable que la ley haga responsable al director por esa culpa, pues de no ser así no sólo la ley estaría permitiendo una vulneración impune de las normas que regulan la actividad de los medios, sino que, además, las personas afectadas quedarían totalmente inermes frente a eventuales agresiones de parte de los radionoticieros y radioperiódicos, pues no tendrían a quién responsabilizar por los ataques injustificados que puedan haber recibido. Con todo, es obvio que estas sanciones o responsabilidades solidarias son legítimas siempre y cuando la ley garantice al director del programa un debido proceso, en donde pueda defenderse de las acusaciones, y pueda eventualmente demostrar su irresponsabilidad[41].

Independiente de que en Colombia, como se dijo antes, no haya una norma que regule el tema de la autoría y participación en los delitos y faltas que se cometan utilizando medios de comunicación, donde se excluya de manera expresa, como en el C. P. español, la responsabilidad penal de los partícipes, me parece importante analizar el tema de la responsabilidad de los colaboradores no necesarios en las publicaciones, en la llamada responsabilidad en cascada del actual artículo 30 del C. P. español[42], al cual se ha llegado después de una evolución que desde GROIZARD[43] se señalaba como los casos donde el autor del texto no debería ser responsable penalmente, y era justo ahí cuando el escrito había sido publicado sin su conocimiento o consentimiento, o cuando en todo caso el au-

---

41 Corte Constitucional. Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

42 Art. 30 C. P. español: "En los delitos o faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria, de acuerdo con el siguiente orden: 1. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2. Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. 3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

43 GROIZARD. *El Código Penal de 1870*, 1873, p. 558.

tor del artículo había manifestado una expresión contraria respecto de la impresión o publicación.

De esa responsabilidad en cascada se deduce una responsabilidad excluyente y subsidiaria de quienes hayan redactado el texto o producido el signo y de quienes les hayan inducido; después, los directores de la publicación o programa en que se difunda; en tercer lugar, los directores de la empresa.

La doctrina ha estudiado los distintos argumentos para explicar la responsabilidad de quienes participan en la noticia, no sin señalar que esas posiciones muchos las han percibido como tesis contrarias a las premisas dogmáticas de la autoría, o como una especie de responsabilidad objetiva subsidiaria[44].

III. LA AUTORÍA FICTICIA

Una primera tesis para establecer la responsabilidad de los determinadores de la noticia, directores del programa o de la publicación, y directores de la empresa, fue la de la autoría ficticia, la cual se fundaba en el principio de efectividad y declaraba como responsables, ante la ausencia o dificultad de identificación del autor de los escritos impresos, a los directores de los periódicos, a los editores de los demás impresos y, en ausencia de éstos, a los impresores, en los casos que no se pudiese establecer la identidad del autor real.

Muy a pesar del principio de efectividad que se sustentó en su momento, bajo el inquisidor argumento de que se evitaba la impunidad, esa tesis de la ficción resulta absolutamente inaceptable, pues contradice todos los principios rectores del derecho penal, y en especial el principio de culpabilidad, como el de causalidad e imputación personal del resultado, que para la ley penal colombiana están consagrados expresamente en los artículos 12 y 9.° del Código Penal.

Ya he afirmado que esta tesis de la ficción resulta inaceptable en materia jurídico-penal, lo cual no implica que tenga validez en el ámbito de la responsabilidad civil. Consiste en fundar esa responsabilidad ficticia en la obligación que tienen los directores, editores y empresarios por la negligencia o ausencia de control en la naturaleza delictiva del texto publicado, siendo esa ausencia del deber objetivo de cuidado el fundamento de la responsabilidad por la publicación. ANTÓN ONECA[45] presentó una serie de críticas advirtiendo además la ausencia de lógica jurídica al establecer una responsabilidad objetiva para los subsidiarios cuando no era posible determinar al autor real.

---

44 BATISTA GONZÁLEZ. *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, 1998, p. 71.

45 ANTÓN ONECA. *Derecho penal*, 1985, p. 486.

Fueron abundantes las críticas a esa autoría ficticia. Autores como ORTEGO COSTALES y RODRÍGUEZ MOURULLO[46] señalan que la admisión de esa postura corresponde, sin duda alguna, a un sistema de responsabilidad objetiva totalmente prohibido por el dogma penal. Ahora bien, no deja de llamar la atención lo expresado por JIMÉNEZ ASENJO: "Es claro que la vigilancia eminente que estos cargos han de ejercer sobre sus publicaciones no les autoriza a seguir un desconocimiento inocente de lo que en su propio diario se ha verificado por lo menos a título de negligencia o complacencia punible"[47].

Una segunda tesis fue la de la autoría real, sustentada por GROIZARD:

> Tres entidades concurren en un delito de imprenta. El autor del original, el autor del acto de publicación, el autor del acto de la impresión. Podrá suceder que estos tres papeles los desempeñe un solo individuo, pero para el objeto de nuestro análisis lo que importa es consignar la concurrencia de los tres actos: la creación del original, su impresión y su publicación; y como cada uno de ellos puede ser desempeñado por diferentes personas, los productores de estas tres operaciones son los que se ofrecen a nuestra consideración revestidos del carácter de agentes principales del delito, responsables en primer término del daño moral o material producido por el impreso. Así es que ni siquiera considera la ley responsables a un mismo tiempo al autor del escrito, al director de la publicación y al impresor. Aun éstos, agentes principales, causa directa del delito, porque delito no hubiera habido desapareciendo cualquiera de ellos, ni aun estos mismos, repetimos, son todos a la vez responsables del mal que causaron y que han tenido en su mano evitar[48].

IV. CATEGORÍAS DE ACCIÓN Y NO BASARSE SOLAMENTE EN EL ESTATUS PROFESIONAL

Esta segunda tesis, que se fundamenta supuestamente en la libertad de expresión, tampoco encuentra respaldo en los principios rectores del derecho penal. Ahora pasemos a examinar una tercera tesis, la expuesta por VIVES ANTÓN[49], quien critica las dos tesis antes comentadas, por contrariar precisamente el concepto de autor, atribuyéndole esa calidad a quienes no lo son. Por tales razones VIVES ANTÓN centra su tesis en la búsqueda de un concepto de autoría, cuya base es la responsabilidad subsidiaria según las categorías de acción, y no en meros estatus profesionales: "Director y editor son respectivamente quienes

---

46 Cfr. BATISTA GONZÁLEZ. *Medios de comunicación*, cit., p. 74.
47 JIMÉNEZ ASENSO. *Delitos de imprenta*, 1954, p. 716.
48 GROIZARD. *El Código Penal de 1870*, cit., p. 556.
49 VIVES ANTÓN. *Libertad de prensa*, 1977, p. 84.

resultaren haber dirigido o dispuesto la publicación y difusión de la obra. Aparte, naturalmente, que en la mayoría de los casos el director a efectos administrativos lo será también a efectos penales. Pero la dualidad es posible. Puede suceder que a efectos administrativos la titularidad de la dirección la ostente una persona determinada, mientras que la dirección efectiva sea llevada por otra"[50].

VIVES ANTÓN limita el concepto de la autoría en estos delitos de prensa al exigir que será director quien haya dispuesto la publicación en el periódico, y editor el que legalmente haya pagado y dispuesto la publicación de un impreso no periódico. Entonces, para VIVES ANTÓN será importante en materia penal la verdadera participación o ejecución de la función de dirigir o publicar, debiéndose verificar probatoriamente si la relación jurídica de administración fue efectiva en el plano real[51].

De tal manera que aun bajo un sistema de responsabilidad en cascada deben respetarse los presupuestos de la autoría; partiendo de un concepto material de autor, deben verificarse las exigencias de la teoría del dominio del hecho. Por esto, en los delitos que se requiere una expresión, autor será quien manifiesta su pensamiento, y sólo será partícipe quien no lo declara personalmente.

Por lo anterior, en la obra de BATISTA GONZÁLEZ se busca consolidar el concepto de autor en estos delitos. En ese objetivo la autora busca una propuesta inicial en algunos doctrinantes alemanes quienes consideran que en materia de delitos cometidos a través de medios de comunicación para ser autor es preciso ser titular de la declaración o expresión. La mencionada autora cita cómo para SCHÖNKE, SCHORÖDER y CRAMER "en la cuestión de quién proviene un documento es decisivo, en primera línea, quién ha hecho de él su propia declaración. Ello no depende de quién lo haya realizado de propia mano –teoría de corporeidad (*Körperlichkeitstheorie*)–. Por el contrario, lo decisivo es de quién proviene espiritualmente el documento. El creador de un documento, por lo tanto, no es necesariamente quien lo ha escrito sino quien se valió de él para realizar una declaración a la que se siente obligado"[52].

Ante esa postura, BATISTA GONZÁLEZ formula críticas en las que de los delitos que requieren publicación sólo podrá ser autor quien domina el hecho de la publicación, "que evidentemente puede ser un sujeto distinto al redactor del texto o productor del signo"[53]. En este preciso punto me parece que le asiste

---

50 Ibíd., p. 95.
51 BATISTA GONZÁLEZ. *Medios de comunicación*, cit., p. 79.
52 Ibíd., p. 86.
53 Ibíd., p. 87.

razón a los citados alemanes, pues si bien es cierto la ley penal española tiene ese preciso ingrediente del artículo 30: "En los delitos o faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos...", no lo es menos que la conducta nuclear del tipo especial imputado, o sea la del delito o falta respectiva, y no solamente el hecho de publicar, resultando acertado el criterio de calificar de autor a quien ha hecho del documento la corporeidad de su pensamiento, conociendo su evidente publicación.

Ya dije que a efectos de la ley penal colombiana el tratamiento es bien diferente de la española, por cuanto el Código colombiano no trae la expresa exclusión de responsabilidad penal a los cómplices, ni de quienes hubieren favorecido personal o realmente, tal y como se consagra en el artículo 30 del C. P. español.

Y se consagra en el artículo 223 del C. P. colombiano un agravante cuando las injurias o calumnias se cometieren utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública.

Ahora bien, el hecho de que no se tenga en el Código colombiano un artículo para los delitos cometidos a través de medios de difusión no significa que jurisprudencialmente no se vayan a presentar múltiples problemas, de autoría y participación (recordemos que los partícipes no están excluidos, como sí sucede en la ley penal española), al establecer la eventual responsabilidad de directores, editores y empresarios de esos medios de difusión.

De la mano de la jurisprudencia y doctrina española y colombiana, intentaré fijar unos criterios generales, de ausencia o no de responsabilidad penal, y de precisar en qué casos se puede tener dominio del hecho como criterio de autoría.

V. TEORÍA DEL REPORTAJE NEUTRAL

En casos de aplicación de la teoría del reportaje neutral[54], quien se limite a reproducir lo que otros han dicho, ya sea citándolos o reproduciéndolos, quedará exento de responsabilidad criminal, y será autor quien inicialmente haya dado o proferido la declaración. Pero en aquellos casos en que el periodista publica el pensamiento o la información que ha dado otro sin publicar la fuente, el periodista puede acogerse al derecho de reserva de la fuente, pero entonces asume la responsabilidad penal de lo afirmado.

Luego, no es que se desconozca el derecho a la reserva de la fuente, lo que pasa es que el periodista decide si guarda o no la reserva de quien le entregó la información, y se le respeta, pero entonces el informador asume la responsabilidad de la información publicada. Claro, en el mundo periodístico, parte del

---

54 Idem.

profesionalismo del informador corresponde a la seriedad en el tratamiento de la noticia, su ponderación, y por sobre todo la seriedad y transparencia de sus fuentes. Un profesional de la información diligente buscará la noticia en forma hábil, pero sólo la emitirá o publicará cuando tenga elementos serios de confianza en su fuente, y sobre todo de veracidad del contenido de la información, y cuando esté convencido de que lo informado por la fuente no obedece a intereses oscuros, como bien pueden ser rencores profesionales entre abogados, o la persecución de un reconocido enemigo político, o casos donde un contratista corrupto denuncia la adjudicación de otro de similar condición, entre muchos otros ejemplos; es decir, debe simplemente abstenerse, pues es en ese límite donde justo empieza a operar el ámbito de relevancia del dolo eventual.

Se puede argumentar que si un informador no revela su fuente ello hará que asuma la autoría de lo publicado, y por tanto la posible responsabilidad penal, dejando un sabor de posible vulneración a la libertad de prensa, valor supremo de un Estado democrático. La respuesta ante la anterior inquietud debe ser no, puesto que el no revelar la fuente no significa que no se pueda demostrar la veracidad de lo informado o publicado. Ahora bien, cuando lo informado resulta objetivamente falso, por prueba directa del ofendido, en una solicitud de rectificación, en muchas situaciones la sola demostración de las calidades de la fuente, su seriedad, su cercanía o proximidad con la información harán que desde un plano de imputación objetiva la conducta esté dentro del nivel de permisividad del riesgo, que eliminaría el elemento subjetivo de la imputación, precisamente por una situación de error, bien sea de tipo o de prohibición según el caso.

Me atrevo a afirmar que en situaciones donde la información entregada por la fuente resulta objetivamente falsa no existe tan siquiera un impedimento ético en revelar su fuente, pues ante esa situación resulta claro que el periodista así mismo tiene otro deber ético ante la verdad, y otro de contenido social ante la justicia penal, en la búsqueda de esa verdad. Para respaldar mi posición, acudo a la Corte Constitucional colombiana que en importantes fallos expresa: "Los medios masivos de comunicación tienen una responsabilidad social, sobre todo porque ellos, y la televisión en especial, condicionan en gran medida el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes; de ahí la misión formativa de los medios de comunicación social, que no pueden invertir el orden de valores de la sociedad, so pretexto de una mal entendida igualdad"[55].

---

55 Corte Constitucional. Sentencia T-539 del 30 de noviembre de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

De ahí que el artículo 20 constitucional consagre el principio de la responsabilidad social de los medios de comunicación, de manera que el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que está sujeto y que se le pueden exigir cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas. Por consiguiente, los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no se vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general. La responsabilidad de los medios surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información, durante el cual los principios de la imparcialidad y la veracidad deben prevalecer, en orden a garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin que por ello se desconozca el derecho de aquellos de informar libremente, pero siempre dentro de los límites del bien común, del orden justo y del respeto de la dignidad y de los demás derechos de las personas[56].

El periodista debe tener especial cuidado en el manejo de las fuentes, y todavía más cuando se trate de temas de carácter especializado, como: tecnológicos, de salubridad pública, materias jurídicas específicas, medio ambiente, o hidrocarburos, entre muchos otros. En casos como los mencionados, el deber de cuidado del periodista debe incrementarse, y buscar la disminución del nivel de riesgo, para así no solamente salir de la posible imputación doloso-eventual, sino también de la imprudente; aunque en Colombia no tiene relevancia jurídico-penal desde los tipos de la injuria y la calumnia, sí genera una responsabilidad civil, por la circunstancia de vencibilidad del error, recordando que la invencibilidad del mismo dará la seguridad de que tampoco se configuran presupuestos de responsabilidad civil.

Serán entonces muchas las situaciones especializadas y de gran variedad a las que se verá enfrentado, especialmente el periodismo investigativo, y esos profundos niveles de especialidad no serán obstáculo para que la prensa investigue y publique, con apego a la verdad, lo que resulta de interés general; pero también debo advertir lo que ya ha expresado la Corte Constitucional, al comentar el nivel de responsabilidad que acompaña a la libertad de prensa:

---

56 Corte Constitucional. Sentencia T-094 del 2 de febrero de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

> Si se tiene en cuenta la función periodística de denuncia de un hecho manifiestamente injusto, en el cual, sin ser acusado, aparece el accionante como propietario del predio y presidente de la sociedad urbanizadora y afirmando circunstancias implícitas de convalidación del desamparo, al solicitar tranquilidad o paciencia, que están de por medio personajes importantes, que resultaron probadas en la acción, y que muestran que el periódico no faltó a la verdad de los hechos, y sí cumplió con la responsabilidad social que le corresponde de agenciar los intereses colectivos, evitando situaciones como las de que se ocupó[57].
>
> La responsabilidad crece en la medida en que aumenta la ya de por sí muy grande influencia que ejercen los medios no solamente en la opinión pública sino en las actitudes y aun en las conductas de la comunidad. Un informe periodístico difundido irresponsablemente, o manipulado con torcidos fines; falso en cuanto a los hechos que lo configuran; calumnioso o difamatorio, o erróneo en la presentación de situaciones y circunstancias; inexacto en el análisis de conceptos especializados, o perniciosamente orientado a beneficios políticos o a ambiciones puramente personales, resulta mucho más dañino cuanta mayor es la cobertura (nivel de circulación o audiencia) del medio que lo difunde, pero en todo caso, con independencia de ese factor, constituye en sí mismo abuso de la libertad, lesión muy grave a la dignidad de la persona humana y ofensa mayúscula a la profesión del periodismo, sin contar con los perjuicios, a veces irreparables, que causa, los cuales no pueden pasar desapercibidos desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas[58].

En la vida diaria del periodismo se pueden encontrar una variedad de ejemplos o casos hipotéticos, pero que con seguridad son las situaciones que enfrenta el periodista en su búsqueda diaria de la noticia. Esos hechos se presentan como consecuencia de la importante función social que desempeñan los medios de comunicación, y porque casi siempre a la fuente la acompaña un interés oculto con la búsqueda de la publicación, que no todas las veces se le revela al periodista.

Pueden darse supuestos que van desde un operador judicial que pretende generar en la opinión pública un mal concepto de un gobernante, político o contra un compañero de funciones a quien se pretende manchar o estigmatizar para truncar su carrera, hasta casos de otro informador o periodista que filtra a un colega la noticia, precisamente porque él sabe que su director no se atreve a publicarla.

En los ejemplos citados se dan figuras que, sin ser desconocida por nosotros la trascendencia dogmática de cada una de ellas, muy por el contrario, constituyen temas de la más profunda investigación científica en materia de

---

57 Corte Constitucional. Sentencia T-048 del 15 de febrero de 1993, M. P.: Fabio Morón Díaz.

58 Corte Constitucional. Sentencia T-080 del 26 de febrero de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

autoría, tales como la inducción y la autoría mediata. Me limitaré entonces a unos conceptos básicos sobre esas figuras, siguiendo la obra de MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para continuar con el objeto central de este escrito, es decir, la relación del derecho penal y los medios de comunicación.

Trabajos de autoría como los de ROXIN y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO llevan a los sectores mayoritarios de la doctrina moderna a la adopción de criterios restrictivos de la autoría, distinguiendo claramente la inducción de la autoría mediata: "Una coacción o la utilización de quien sufre un error hace al sujeto de atrás figura clave del acontecimiento, a diferencia de si se hubiera limitado a una incitación o un mero consejo"[59].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO expone en su obra: "ROXIN explica que a la forma de dominio que caracteriza a la autoría mediata la denomina 'dominio de la voluntad', porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio fundamentado en la ejecución inmediata de una acción, sino 'en el poder de la voluntad conductora'"[60].

Y enseña que ROXIN divide las razones que fundamentan la existencia de dominio de la voluntad en cuatro grupos, que para nuestro estudio tiene importancia: 1. Dominio de la voluntad por coacción; 2. Dominio de la voluntad por creación o utilización de error en el instrumento; 3. Dominio de la voluntad por creación o utilización de inimputables o jóvenes, y 4. dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder. Señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que ROXIN dedica además otros apartados a la posibilidad de que se presente la autoría mediata "utilizando 'instrumentos' dolosos (problemas del instrumento doloso no cualificado y sin intención) y a otros problemas de la autoría mediata"[61].

En materia de delitos cometidos a través de medios de comunicación, la figura de la autoría mediata puede presentarse con cierta frecuencia por el afán de terceros de utilizar a los medios de comunicación en empresas criminales. Veamos un caso en que una fuente interesada logre ganar la confianza de un periodista, "filtrándole" una información confidencial sobre la vida económica de un funcionario, para que sea publicada, como puede ser la entrega de una escritura pública que demuestra que ese funcionario recibió de un particular un valioso bien inmueble por un asunto que estaba a consideración del servidor público. El periodista desconoce que la escritura es falsa, y publica esa información. Será entonces autor mediato el interesado que indujo en error al pe-

---

59 ROXIN. *Taterschaft*, 4.a, 1984, p. 142, citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, cit., p. 594.

60 Idem.

61 Ibíd., p. 596.

riodista, pero claro, el error era vencible (imprudencia consciente), ya que el periodista tenía la obligación de confrontar en la oficina de registro respectiva si ese documento era legítimo, o por lo menos llamar previamente al afectado con la noticia para que éste diera su versión de los hechos. Pues bien, la información se emitió en error de tipo, el cual, siendo la vertiente negativa del dolo, haría que la conducta fuese atípica por ausencia de estructura imprudente dentro de la legislación colombiana; no sucedería lo mismo en el derecho penal español vigente.

Sobre la obligación de examinar por parte del periodista la seriedad de la fuente la Corte Constitucional colombiana dice:

> Es fundamental que los medios de comunicación, previamente a la publicación del aviso o anuncio, adopten las medidas pertinentes, tendientes a rechazar los anuncios que desconozcan los principios enunciados o que puedan generar polémica o denuncia, si su contenido no tiene el respaldo de una fuente conocida. Y es allí donde deben asumir el gran reto de examinar, verificar y comprobar el contenido del anuncio, en orden a institucionalizar la veracidad y la honestidad en la información[62].

Otro caso de autoría mediata, en materia de publicaciones objetivamente falsas, puede ser el de la coacción que hace una persona (hombre de atrás) sobre un informador llevándolo a publicar algo en contra de su voluntad, mediante la fuerza.

No cabe duda que para el periodismo español hay mayor garantía en su ejercicio de la libertad de prensa y en la libertad de expresión, cuando se excluye directamente a los partícipes, y esa búsqueda de mayor garantía para el ejercicio de la libertad de expresión fue el fundamento del artículo 30 del C. P. español.

Tampoco sería correcto castigar las publicaciones de escritos cuyo autor, o quien lo escribió, no deseaba el que trascendiera la esfera de lo privado. De lo que no cabe duda es que en el derecho penal colombiano los problemas de autoría y participación en los delitos de prensa se asumirán como para cualquier otro delito, aunque cada día se hace más notoria la intención de los querellantes en vincular al proceso penal a los representantes legales de las respectivas empresas de comunicación, sus juntas directivas, directores de emisión, presentadores, que por su popularidad y fama hacen que el proceso penal tenga cierta trascendencia, sin olvidar la figura del tercero civilmente responsable.

El derecho penal europeo se ha ocupado de la llamada criminalidad de empresa, para lo cual acude a SCHÜNEMANN en el sentido de que la actividad de la empresa parte de una organización jerárquica, con la característica escisión

---

62 Corte Constitucional. Sentencia T-381 del 31 de agosto de 1994, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

entre acción y responsabilidad, puesto que esa división de trabajo dificulta a veces la identificación del autor del hecho; por eso advierte SCHÜNEMANN de que a veces la organización de la responsabilidad empresarial se convierte en una organizada irresponsabilidad[63].

En Alemania, adicionalmente a los preceptos penales de responsabilidad omisiva[64], se encuentra una expresa referencia a la omisión del deber de vigilancia. Los alemanes establecen una responsabilidad penal subsidiaria fundada en la omisión de ese deber de vigilancia. El Código Penal italiano, de manera similar, establece responsabilidad por el hecho propio y omisivo del director o vicedirector responsable del periódico, cuando no ejerza el control necesario para impedir la comisión de un delito mediante la publicación. Y en el caso de la prensa no periodística, el artículo 57 bis contempla una responsabilidad alternativa y subsidiaria, y sólo en el caso de que el autor de la publicación no sea conocido o imputable, y cuando el editor sea desconocido o no sea imputable, entonces responderá el impresor[65].

---

63 SCHÜNEMANN. *Cuestiones*, 1988, p. 531.

64 El artículo 13.1 StGB señala: "El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal es solamente punible de acuerdo con esta ley, cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca, y cuando la omisión corresponda a la realización de un tipo legal a través de una conducta activa". Y el artículo 8.° OWiG en parecidos términos, en vez de referirse a la ley penal, se refiere a "un precepto que sancione con multa", y en vez de hablar de punibilidad habla de "comisión de ilícito administrativo". El párrafo 1 del artículo 130 OWiG establece: "El que como titular de un establecimiento o de una empresa omita dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que corresponden al titular como tal, y cuya lesión está amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes". Así, por ejemplo, el artículo 21 de la Ley de Prensa del Land de Renania del Norte-Westfalia, "Ley de Prensa del Land NW de mayo de 1966", dispone:
"(1) La responsabilidad penal por hechos punibles cometidos mediante un impreso se determina según las leyes generales.
"(2) Si mediante un impreso se ha realizado una figura de delito de una ley penal y
"1. En impresos periódicos, el redactor responsable, o
"2. En otros impresos el editor ha infringido dolosa o negligentemente su deber de mantener libre de todo contenido punible, en tal caso será condenado con pena de prisión de hasta un año, o con multa, en tanto no sea ya sancionable por esta actuación, según el párrafo 1, como autor o cómplice. Si el acto antijurídico que realiza la figura de delito de una ley penal, cometido mediante el impreso, sólo puede ser perseguido a petición o con autorización, en tal caso la persecución de la infracción prevista en la frase 1, presupone que la petición ha sido presentada o la autorización concedida": BATISTA GONZÁLEZ. *Medios de comunicación*, cit., pp. 98 y 99.

65 Ibíd., p. 99.

VI. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, Y EL NIVEL DE RIESGO PERMITIDO, EN LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA COMETIDOS POR PERIODISTAS

Una de las modificaciones positivas del nuevo Código Penal colombiano es la de que el artículo 9.° impone como requisito para que una conducta sea punible, además de la trilogía de escenarios dentro de la clásica teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), un importante criterio que no se venía aplicando sino excepcionalmente en Colombia, y es que "la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado"; entonces para el estudio de los delitos de injuria y calumnia, además de la prueba de causalidad, se requiere un juicio de imputación objetiva y precisar los elementos que debe reunir ese juicio de imputación objetiva, y el concepto de riesgo permitido en la función de informar y opinar de los medios de comunicación.

Los protagonistas de la prensa están diariamente expuestos a factores de riesgo, no sólo en relación con el tradicional bien jurídico de la honra, el cual es el primero en que se piensa por la asentada concepción de que los delitos a que se está expuesto desde un medio de comunicación son normalmente el de injuria y la calumnia. Lo anterior es en parte cierto, pues si bien la mayoría de las veces cuando un periodista se enfrenta a la jurisdicción penal es precisamente para que se investigue si se vulneró sin justificación la honra de alguien; pero no podemos negar que en el mundo moderno los informadores están siempre bordeando situaciones de riesgo en relación con otros bienes jurídicos tutelados penalmente, como la vida y la integridad personal. Así se constata con el caso VINADER[66], ya analizado antes. De igual manera, se corren riesgos en materia financiera, a los que puede llegarse por pánico económico, por informaciones al público no ciertas o inexactas que afectarían la confianza de los clientes y generarían una corrida financiera. Otra posibilidad es la que consagra el inciso 2.° del artículo 302 del C. P. colombiano: "En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios", a lo que podría llegarse con informaciones de orden público mal manejadas, que incluso pueden ser ciertas.

También están expuestos a responder penalmente los periodistas y quienes participan en la contratación, organización y publicación de las páginas clasificadas, por la publicación de avisos o entrevistar con fines comerciales a estafa-

66 Ibíd., p. 42.

dores que, aprovechándose de la ignorancia de algunos sectores de la población, anuncian en los medios de comunicación con diversidad de ardides y maniobras engañosas, utilizando como falsa motivación múltiples ganancias, mejor vida, amores futuros, fidelidad del cónyuge, amante perfecto y servicios de la más variada índole. Responderán penalmente de esas funciones dentro del noticiero o periódico si se reúnen los elementos de causalidad e imputación jurídica, y también según el grado de su aporte.

Sobre el tema de la publicidad la Corte Constitucional colombiana ha proferido pronunciamientos, que bien valen la pena tener en cuenta:

> En lo que concierne a la declaratoria de inexequibilidad de la prohibición de propaganda a espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares, consideramos que si bien tales actividades no están prohibidas expresamente por la Carta, por lo cual son de libre ejercicio por los particulares, la protección de la buena fe de los particulares, tan a menudo asaltada por quienes se dedican a esos oficios, ameritaba la proscripción de la publicidad en torno a las mismas. Si bien ellas son toleradas, no tienen por qué ser fomentadas por el Estado a través del uso de un bien público, cual es el espectro electromagnético[67].
>
> No es contradictorio, ni en sí mismo viola la Carta, que la ley prohíba la publicidad comercial a una actividad que es legal, puesto que es válido que las autoridades establezcan distintas formas de mercado pasivo para aquellas ocupaciones que son toleradas, pero que la sociedad juzga necesario desestimular. Sin embargo, para que una medida de esa naturaleza no sea discriminatoria, ni violatoria del pluralismo, tienen que existir no sólo razones muy claras que expliquen esa interdicción, o restricción de la publicidad, sino que además la medida debe ser proporcionada al logro del objetivo que se pretende alcanzar[68].
>
> Es inherente a la actividad evitar que, aprovechando las frecuencias dadas en concesión por el Estado a particulares y la ingenuidad de la gente, individuos inescrupulosos promuevan formas de aprovechamiento económico y de explotación, basándose sólo en el engaño y no en su preparación científica. Es verdad que las autoridades deben proteger también a las personas en sus creencias y que están garantizadas la libertad de conciencia y la de cultos, pero dar rienda suelta a la aludida propaganda, sin control alguno y sin mecanismos de defensa de los oyentes, no es precisamente la forma más idónea de hacerlos efectivos. Se atenta gravemente contra ellos cuando las concepciones espirituales y religiosas de la población pueden resultar fácilmente distorsionadas a través de la manipulación de los medios de comunicación y de la ignorancia de mu-

---

67 Corte Constitucional. Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

68 Ibíd., salvamento parcial de voto.

> chos. La norma encajaba perfectamente en un estatuto de radiodifusión, concebido justamente como normatividad orientada a regular las actividades de los concesionarios con miras a proteger el interés superior de la comunidad. El artículo no se oponía a los mandatos ni a los principios de la Constitución. A la inversa, la realizaba, en cuanto permitía la vigilancia estatal sobre los medios para asegurar que a través de ellos se obtuvieran resultados en favor de la cultura, y no de la incultura y la ignorancia, de los colombianos[69].

Por fortuna el garante de la Constitución en Colombia ha reiterado en su jurisprudencia que el Estado debe intervenir en la regulación de la publicidad para precisamente proteger los bienes jurídicos trascendentales de la Carta Política, sin que esto signifique limitación o censura alguna. Cosa bien distinta es que algunos medios de comunicación, por su afán económico, acepten todo tipo de publicidad, incluyendo casos donde inclusive se podría discutir la participación activa y típica por la publicación en un medio de comunicación de anuncios engañosos, inductores o abiertamente ilegales, como pueden ser las clínicas de abortos "clandestinos", o si se anuncia en diarios de circulación nacional, luego el Estado debe regular y controlar la publicidad, en lo que falta mayor esmero. Sobre estos aspectos la Corte Constitucional colombiana ha dicho:

> La ley puede regular en forma más intensa el contenido y alcance de la divulgación de la publicidad comercial, y por ende, el control constitucional es en estos casos menos estricto. En términos generales, y conforme a los criterios metodológicos establecidos por esta corporación, una regulación de la publicidad comercial se ajusta a la Carta, si constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo. Por ende, una norma de ese tipo puede ser declarada inexequible sólo si de manera directa vulnera derechos fundamentales, o recurre a categorías discriminatorias, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas. Es decir, si la ley que regula la publicidad comercial no vulnera claramente la carta fundamental ni establece regulaciones manifiestamente irrazonables o discriminatorias debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información de mercado[70].

Cuando se labora en un medio de comunicación se corre el riesgo de afectar esos bienes jurídicos que se protegen penalmente. Lo que pasa es que político-criminalmente la justicia penal colombiana no se ha cuestionado ese tipo de participación de los medios de comunicación en ese tipo de criminalidad; de pronto pudiera pensarse en un temor de la justicia, aun de la penal, de lo que

---

69 Idem.
70 Idem.

representan los medios de comunicación. Pero lo que importa para este trabajo de investigación es determinar cómo funciona la causalidad y la imputación objetiva en este tipo de delincuencia.

No son pocas las dificultades que ofrece la teoría de la relación causal en su problemática científico-natural y filosófica de su concepto[71], y en el campo de los delitos cometidos a través de los medios de comunicación, pues habrá algunos eventos cuyo examen de causalidad no ofrece mayor complicación para confirmarla, como puede ser el pánico financiero derivado de una publicación dolosa, pagada por la competencia que genera una "corrida" de los ahorradores de una entidad.

Pero igualmente existen otros casos donde la causalidad resulta muy discutible, como podría ser una noticia en la que un periódico o noticiero (o ambos medios simultáneamente) publica un supuesto caso de error médico en el tratamiento clínico de una niña menor, y el padre, días después, mata al médico tratante. ¿Existe relación de causalidad entre la emisión que sostenía falla médica, que posiblemente no existió, y la muerte del médico?

La imputación objetiva se impone como un criterio corrector de los problemas que ofrece la causalidad[72], y acudiendo de nuevo a ROXIN y LUZÓN PEÑA haré algunas consideraciones sobre la imputación objetiva en materia de medios de comunicación.

Tenemos como punto de partida en la imputación objetiva que:

> En consecuencia, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica[73].
>
> La imputación objetiva del resultado presupone inexcusablemente que exista relación causal material entre la acción y el resultado, pues sin relación de *causalidad*, o sin estar ésta comprobada, ya no se discute si se imputa jurídicamente ese resultado; en cambio, en los delitos de *comisión por omisión* o supuestos de *omisión impropia* no hay causalidad

---

71 ROXIN. *PG*, 1997, p. 346.

72 Idem. ROXIN reconoce como doctrina dominante, para comprobar la relación de la causalidad, la teoría de la equivalencia: "Esta trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir que es válida como causa toda *condicio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado". En las páginas posteriores, ROXIN cuestiona la teoría de la condición, considerando que además de inútil puede inducir en error, especialmente en los casos de causalidad hipotética y alternativa.

73 ROXIN. *PG*, 1997, p. 362.

material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos[74].

De lo anterior se concluye que sólo cuando no haya una probada relación causal entre la acción y el resultado en los delitos cometidos a través del medio de comunicación se entraría a realizar el juicio de imputación objetiva. Luego, en los eventos de participación de un periodista mediante publicación, en un curso causal por acción, debe existir como punto de partida prueba de ese aporte causal, para luego pasar a establecer si es posible imputar objetivamente el resultado. De tal manera que cuando se investiga a un periodista porque probablemente su publicación generó un delito determinado de acción, se debe probar de manera certera la relación causal. No hay cabida para las probabilidades ni para las convicciones subjetivas, y resultaría incorrecto dogmáticamente, y aberrante en el plano judicial, el condenar a un periodista por presumir que un informe produjo un homicidio o un secuestro, sin la prueba de la relación de causalidad como primera medida.

La solución es distinta en los delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, donde "no hay causalidad material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos"[75].

Ahora bien, como para la imputación objetiva de un resultado, se debe verificar la adecuación de la acción y del curso causal, que esa acción cree un riesgo desaprobado por la norma, la concordancia con el fin de protección de la norma y, siguiendo a LUZÓN PEÑA, como subcriterio dentro de éste, la realización del peligro de la acción[76].

Tenemos entonces que como punto de partida de la imputación objetiva está la adecuación de la conducta, lo que demanda que el resultado deba ser previsible, desde una posición *ex ante*[77], y esa *previsibilidad* objetiva del resultado se juzga *a priori*, en las condiciones de tiempo, modo, y lugar en que se encontraba la persona, y según el criterio del hombre medio ideal.

Debe igualmente en materia de imputación objetiva distinguirse entre adecuación de la acción y adecuación de la causación del resultado. La acción debe ser adecuada para "producir ese tipo de resultados. Si de una acción dolosa o

---

74 LUZÓN PEÑA. *PG*, 1996, p. 376.
75 Ibíd., p. 377.
76 Ibíd., p 378.
77 Ibíd., p. 379.

imprudente es, objetiva y normalmente, previsible que se pueda derivar un resultado típico, eso significa que la propia acción supone una *creación de riesgo penalmente relevante*, esto es, que la acción implica el mínimo de peligrosidad para ser significativa a efectos del tipo"[78]; y menciona LUZÓN PEÑA cómo un sector de la doctrina, entre esta ENGISH y MAIHOFER, por esa razón, habla de pretendibilidad objetiva, pues con una acción peligrosa se está pretendiendo objetivamente el resultado.

Con lo anterior, si un periodista –resaltando de nuevo la importancia del contexto en el que se cumple la acción– es consciente de que su noticia o la materia de lo publicado es peligrosa, y que está incrementando el nivel de riesgo de homicidio o secuestro a una persona determinada a quien se involucra en la información, la conducta no sólo es adecuada sino que en lo subjetivo se encuentra ya el elemento cognoscitivo del dolo. Si el periodista no es consciente o no conoce la nocividad o el efecto de incremento del nivel de riesgo con la publicación, se daría una circunstancia de error, como podría suceder con un periodista extranjero que obtiene una información por Internet, y con base en ella publica en Colombia, sin tener real consciencia ni voluntad de incrementar el nivel de riesgo a la persona que terminan secuestrando.

Cuando se trate de establecer responsabilidad penal de un periodista por una publicación a la que se le atribuye un resultado típico, dentro de ese juicio de imputación objetiva resulta necesario examinar el fin de protección de la norma y la realización del peligro inherente a la acción, en la concreción del peligro en el resultado *relación de riesgo o relación o nexo de antijuridicidad*[79]. Luego, si el resultado que se imputa al periodista no tiene de manera concreta relación con el riesgo, "o no es la realización o concreción del peligro o peligros típicos y por ello relevantes de la acción, no es uno de los concretos resultados que la norma pretendía evitar y por eso tal resultado no se le puede imputar jurídicamente a la acción como obra de su peligrosidad, sino que nuevamente su producción será obra del azar (por aparición de otros factores peligrosos)"[80].

Cuando un periodista publique una información, con la que se ponga o se aumente el riesgo, pero no cumpla con ese requisito de la realización del peligro en el resultado, se excluirá la imputación objetiva.

También en materia de medios de comunicación suele suceder con frecuencia que el titular del bien jurídico ofendido sea quien haya permitido o

---

78 Idem.
79 Ibíd., p. 382.
80 Ibíd., p. 383.

creado esa relación de peligro a su bien jurídico; casos en los cuales según el artículo 32 del C. P. colombiano[81] se presentará una ausencia de responsabilidad, como cuando alguien resuelve confesar ante la justicia en búsqueda de beneficios punitivos, el periodista al publicar la comisión de un ilícito de esta persona, no sólo no reúne los ingredientes objetivos del tipo al ser cierta la imputación típica, sino que además está cubierto por la causal de ausencia de responsabilidad del consentimiento del titular del bien jurídico, pues la persona confesó, en búsqueda de beneficios punitivos, descartándose cualquier acción en contra del periodista, como en casos donde se hayan confesados hechos no ejecutados por el sindicado .

Agradezco a todos por permitir la realidad de este encuentro científico, dándonos una oportunidad privilegiada al mundo jurídico colombiano de estudiar y defender una libertad valiosa y esencial para nuestra propia existencia: la libertad de prensa.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal*, t. I, 2.ª ed., anotada y corregida por JOSÉ JULIÁN HERNÁNDEZ GUIJARRO y LUIS BENEYTEZ MERINO, Madrid, Akal, 1986.

BATISTA GONZÁLEZ, MARÍA PAZ. *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, Dykinson, 1998.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDOS, MIGUEL. *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, Granada, Comares, 1998.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA. *El Código Penal de 1870 comentado y concorado*, V, 1873.

HERRERO TEJEDOR, FERNANDO. *La crónica de tribunales en los medios. Derecho penal para profesionales de la información*, Madrid, Comares, 1995.

JIMÉNEZ ASENJO, ENRIQUE. *Delitos contra el honor*, Barcelona, Seix, t. VI, 1975.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL. *Curso de derecho penal*, Madrid, Universitas, 1996.

---

81 Art. 32 C. P. colombiano: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo".

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL y MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en *AFDUA*, Alcalá, 2000.

ROXIN, CLAUS. *Derecho penal, Parte general*, Madrid, Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, BERNARD. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADCP*, 1988.

VIVES ANTÓN, TOMÁS. "Libertad de prensa y responsabilidad criminal", en *La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Madrid, Instituto de Criminología de la UCM, 1977.

QUINTA PARTE
TEMAS DE PARTE ESPECIAL

GÜNTHER JAKOBS

*Sobre el concepto de delito contra la persona**

I. PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

La respuesta habitual a la pregunta relativa a qué es un delito contra la persona podría ser la siguiente: la lesión de bienes de la persona. Si se formula en un sentido más estricto se trataría sólo de los bienes personalísimos, mientras en un sentido amplio –sobre el que se basa este trabajo– también englobaría otros bienes en tanto se trate de bienes de la persona. Más adelante se contestará a las cuestiones adicionales de qué significa lesionar y de qué bienes se trata. La primera cuestión se explica como perteneciente a la parte general del derecho penal como teoría de la causalidad, del dolo o de la imprudencia, entre otras. La segunda, como una cuestión de parte especial entendida como construcción teórica de las concretas figuras delictivas y sus peculiaridades, es decir, del homicidio, de las lesiones corporales, de las detenciones ilegales, así como otros atentados contra la libertad, y, de acuerdo con el sentido amplio de delito, contra la persona, del que se parte en este trabajo, del hurto, de la estafa, de la administración desleal y otros delitos. Hasta el momento falta un desarrollo de las relaciones existentes entre dichos ámbitos, ya que mientras la doctrina se remite, por un lado, a reglas abstractas, por otro lado analiza figuras aisladas o, al menos, de una homogeneidad discutible.

Es habitual que cuanto mayor sea la intensidad con la que un elemento del delito esté o parezca estar caracterizado por la sociedad con mayor facilidad se vea desplazado a la parte especial, tal y como ha sucedido con la teoría de la adecuación social que se ha explicado como conjunto de *topoi* para la interpretación de la parte especial[1], o cuando se ha entendido que la teoría de la conducta no permitida se debía expulsar a la parte especial[2]. Sin embargo, la concreta configuración en la parte especial debe aparecer como una realización de la parte general, ya que, de lo contrario, no es más que azar y no merece la pena dispensarle tratamiento científico. En definitiva, los delitos contra la persona, o bien son una consecuencia del concepto de persona, o no son más que un cajón de sastre. En este trabajo se intentará llevar a cabo una construcción teórica a partir del concepto de persona, es decir, una homogeneización de las piezas

---

* Traducción realizada por BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid.

1 HIRSCH, en *ZStW* 74, pp. 78 y ss.

2 ARMIN KAUFMANN, en VOGLER *et al.* (eds.). *Festschrift für H.-H. Jescheck*, t. 1, 1985, pp. 251 y ss., 269 y s. Sobre ello JAKOBS, en DORNSEIFER *et al.* (eds.). *Gedächnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. y 271 ss., 287 y s.

sueltas. Para ello me limitaré a la persona tal y como está plasmada en el derecho penal vigente[3], discutiendo sólo ocasionalmente la legitimidad de dicha plasmación[4].

II. LA PERSONA COMO CONCEPTO JURÍDICO

Comienzo con un ejemplo gráfico: ¿nos encontramos ante un delito contra una persona si un ser humano mata a golpes a otro ser humano en un momento histórico indeterminado? *Per se*, no. Pues no ha quedado determinado si autor y víctima eran realmente personas, es decir, si se encontraban jurídicamente vinculados y, por ello, eran titulares de derechos y deberes[5]. Ciertamente hoy en día es evidente que cada ser humano es también una persona, pero históricamente dicha equiparación ha carecido de validez durante siglos. Desde una perspectiva jurídica lo relevante no es, pues, que un ser humano mate a otro (esto no es más que un suceso natural que, como tal, no puede ser delictivo) sino que una persona, infringiendo con ello su deber, mate a otra, que con ello ve lesionado su derecho. El delito no es más que la infracción del deber o, visto desde otro lado, la lesión del derecho de la persona.

Las cosas no son de otra manera en relación con la (otra) propiedad; sólo si se trata de una propiedad que debe ser respetada por el autor se convierte la lesión en algo delictivo. Como es sabido, el fundador de la teoría del trabajo de la propiedad, JOHN LOCKE[6], pensaba que quien elaboraba una cosa o hacía que se elaborara adquiría por derecho natural un título de propiedad contra cualquiera. ROUSSEAU[7] le opuso la siguiente objeción: "¿Con qué derecho nos exigís remuneración por un trabajo que no os hemos encargado?". Esta objeción tiene como significado que el que no tiene que ofrecerle a los no-propietarios otra cosa que exclusión destruye la personalidad de éstos, y con ello la vinculación normativa.

---

3 Cfr. sobre ello también JAKOBS, en COURAKIS (ed.). *Festschrift für D. Spinellis*, Atenas, 2001.

4 Algunos principios en JAKOBS. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá, 2000.

5 Si en § 1 1 1 ALR sólo se mencionan derechos, se hace referencia seguidamente en § 2 a una "sociedad cohesionada", es decir, a relaciones recíprocas.
ALR es la abreviatura del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794 que era un código con todas las normas vigentes en esa época para los Estados prusianos (n. del trad.).

6 *Zwei Abhandlungen über die Regierung* (Dos ensayos sobre el gobierno), edición a cargo de EUCHNER, 4ª ed., 1989, pp. 216 y s. (=II § 27).

7 *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen* (Sobre el origen de la desigualdad entre los hombres), en WEIGANDT (ed.). J. J. ROUSSEAU. *Schriften zur Kulturkritik* (Escritos para la crítica de la cultura), 1971, pp. 61 y ss., 227.

Es evidente, y nadie defendería otra cosa, que no son sólo el paso de la vida a la muerte por parte de la víctima ni la conversión de la propiedad a destruida o sustraída por sí mismas los resultados del delito, pues en cada minuto mueren en el mundo algunos hombres, en cada hora cientos y en cada segundo se degradan cosas de inmenso valor, sin que se pueda hablar de delitos. Los seres humanos mueren sencillamente como consecuencia de su debilidad senil; las cosas se echan a perder como consecuencia de catástrofes naturales, y todo ello no da lugar a una lesión jurídica. Tan trivial como suena, todo esto nos enseña que la vida y la propiedad no son bienes jurídicos en el marco de cualquier relación. Sólo son bienes jurídicos en el ámbito de un vínculo jurídico, mientras no son tales en relación con el entorno del derecho, es decir, con la naturaleza.

En lo que respecta al contenido de dicha relación jurídica, con lo dicho hasta ahora queda fundamentada para cualquiera o, lo que es lo mismo, para cualquier persona que carezca de un estatus especial, una relación negativa[8] a la que es preciso que me refiera en primer lugar. El otro no debe ser lesionado ni perjudicado de alguna otra manera. Si, por ejemplo, se encuentra en una situación de necesidad por infortunio, mala gestión o por una desgracia, nadie tiene que ayudarle, salvo claro está personas con el estatus positivo de auxiliador si se excluye el deber general de ayuda en los casos de catástrofe (§ 323 C. P. alemán). El derecho no es, en la medida que se trate de una relación negativa, una institución para maximizar bienes, sino la libertad; a cada uno le pertenece su ámbito de organización.

No se debe entender un ámbito de organización de estas características como un ámbito claramente acotado, o sólo como un recinto con límites naturales, sino más bien como el total de todos los actos de configuración que una persona puede emprender sin perturbar a otros y, viceversa, que el otro continuamente lleva a cabo como atribución de su organización. Se trata, pues, como no cabía esperar de otra manera, de límites determinados normativamente. Si la arrogación de una organización comienza fuera del ámbito de organización y todo el que no-se-arroga se mantiene en el ámbito de organización, se puede formular en un sentido formal lo que se entiende como persona en el marco de una relación negativa: el ámbito de organización, y también lo que se entiende por un delito contra una persona: arrogación de una organización.

Todo lo dicho hasta hora es válido también para la omisión en la medida que ésta atañe a las relaciones negativas de todas las personas. Por ejemplo, el

---

8 En profundidad sobre la distinción entre deberes negativos y positivos, SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung* (Delito de deber y participación), 1999, pp. y 51 ss., 67 y ss., con ulteriores referencias.

que conduce un coche tiene que frenar, o el dueño de un perro tiene que llamarle en caso de necesidad; de lo contrario, se le imputa al titular de los deberes de seguridad el curso lesivo (el atropello de un peatón o el mordisco del animal en el cuerpo de un niño) como obra suya; se trata de una organización cuyo *output* daña a otro y por ello usurpa una organización ajena en la medida que no impide dicho *output*. Esto también es válido para los denominados deberes de salvamento basados en la injerencia[9]. En estos casos parece ciertamente, en una primera impresión, que el autor no se arroga la configuración de una organización ajena ya que no la empeora sino que omite mejorarla. Sin embargo, esa apariencia se queda en el ámbito de lo fenotípico, pues el autor, debido a su organización precedente, tiene la incumbencia de no permitir desgraciadas consecuencias temporales y de otro tipo a la desolada situación de la víctima, por lo que en caso de omisión se trata consecuentemente de resultados de su organización. De nuevo un ejemplo: si un perro ataca, es indiferente si se le sujeta fuertemente en el acto o se tiene que buscar un vehículo para transportar a la víctima del mordisco. En todo caso la persona que está al cuidado del perro permite una expansión de su organización al ámbito de la víctima si no adopta las medidas necesarias; en todo caso su organización ha terminado donde no le corresponde, en el ámbito de organización de la víctima.

Un delito contra la persona es la lesión de un derecho y, con ello, de una parte de la persona. La oración no se puede formular en sentido contrario: no toda lesión de un derecho de la persona es un delito contra la persona, sino en todo caso lo es la lesión de un derecho garantizado, es decir, de un derecho que constituye a la persona en su actual existencia, de manera que puede ser defendido mediante legítima defensa (propia o de un tercero)[10]. Derechos de carác-

---

9 JAKOBS, en CANARIS *et al.* (eds.). *50 Jahre Bundesgerichtshof* (50 años del Tribunal Supremo Federal alemán), t. 4, 2000, pp. 29 y ss., 30 con nota 5.

10 JAKOBS, en HIRSCH *et al.* (eds.). *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. y 791 ss., 801 y ss., 804 y s.; TIMPE. *Die Nötigung* (El delito de coacciones), 1989, pp. 70 y ss., 72 ss. En los supuestos en que el titular legítimo del derecho lo defiende, arbitrariamente se suele encontrar la argumentación de que el titular meramente fáctico puede ser coaccionado ya que éste sólo se puede ver privado de su posición, fuera de los derechos de necesidad, en el procedimiento previsto para ello; ARZT, en STRATENWERTH *et al.* (eds.). *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, pp. 823 y ss., 834 y ss.; ID., en KÜPER *et al.* (eds.). *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, pp. y 641 ss., 645 y s.; sobre ello acertadamente GUTMANN. *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff* (La libre voluntad como concepto jurídico), 2001, pp. y 276 ss. Es correcto entender que el titular legítimo del derecho sólo puede intervenir en casos especiales de autoayuda, lo que no significa que fuera de ese ámbito le corresponda al usurpador un derecho como consecuencia de su libertad, su derecho: en aquellos ámbitos ajenos al monopolio de la violencia estatal tiene la oportunidad pero no el derecho de utilizar un derecho ajeno; si la oportunidad (un simple reflejo jurídico) se ve destruida antijurídicamente (!) pierde una oportunidad pero no la libertad. En todo caso en los su-

ter más débil, especialmente simples obligaciones (que no se corresponden con un deber de garante del obligado), abren la posibilidad de ampliar la existencia de la persona pero no están garantizados.

Anteriormente se ha expuesto cómo la persona se corresponde con su ámbito de organización, lo que no significa otra cosa que jurídicamente consiste en la continuidad en la coordinación y la administración de derechos y deberes. Si de partida se habla todavía de un titular de derechos y deberes, debería dejarse claro posteriormente que dicho titular no tiene que ser algo material. Aunque a las personas físicas se les adscriba un cuerpo, es suficiente, como en el caso de las personas jurídicas, la diseñada continuidad en la coordinación y la administración de derechos y deberes. KELSEN[11] lo formuló con acierto de la siguiente manera: "La persona física o jurídica, que –como titular– tiene deberes jurídicos y derechos subjetivos, *es* esos deberes jurídicos subjetivos y derechos subjetivos, es un conjunto de deberes jurídicos y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente con el concepto de persona".

Por consiguiente puede sacarse la siguiente conclusión provisional: ni delinque el ser humano como esencia natural ni es la víctima de un delito contra la persona simplemente un ser humano. Más bien consiste tal delito en la lesión del vínculo jurídico, por lo que el resultado del delito es la lesión del derecho. Por ejemplo, el homicidio no es un delito porque acaba con una vida humana sino porque la persona tiene un derecho de mantenerse en su cuerpo; en concreto, porque ese derecho forma parte de la personalidad. El derecho no se ocupa de lo corporal sino de la propiedad del cuerpo. Ello significa que la lesión del derecho no se debe concebir como lesión de un cuerpo, sino sólo como ofensa del derecho a un cuerpo.

III. LESIÓN DEL DERECHO

A. COACCIONES

1. VIOLENCIA

En todo caso, y de ello depende, la persona sólo puede ser lesionada en su derecho, de lo cual se deduce que en la medida que una persona no es titular de

---

puestos de "injustos sin precedentes" (HEGEL) se podría argumentar que hasta que no exista un fallo judicial no tiene por qué ser válido el *statu quo* como un orden de paz, sino también como un orden de bienes.

11 *Reine Rechtslehre* (Teoría pura del derecho), 2ª ed., 1960, p. 177.

un determinado derecho (en concreto, que no existe en un determinado derecho) tampoco puede ser lesionada. Esto suena trivial porque lo es, pero no es extraño que se desconozca, como se puede señalar de manera ejemplificante para empezar en el ámbito del delito de coacciones. La violencia es entendida conceptualmente en Alemania de acuerdo con un amplio sector doctrinal y la jurisprudencia, y en contra de la opinión de otro sector de la literatura[12], como "actuación violenta basada en la causación actual de un mal"[13]. Es evidente que una situación como esa se presente ante cada persona que sufra una variación del mundo, perjudicial para sus intereses con independencia de que tenga o no un derecho a que no existan variaciones de ese tipo[14]. El que me obliga a cerrar los ojos, de manera que me impide leer, ejercita violencia; pero, ¿también la ejercitaría el librero que a medianoche apaga las luces de su escaparate impidiéndome continuar la lectura de los títulos expuestos? Si el que me quita la comida, de tal manera que me obliga a pasar hambre, ejercita la violencia, ¿también la ejercería el excursionista que llegando antes que yo a un lugar de avituallamiento adquiere de forma totalmente legal la última ración de comida de tal manera que me quita el bocado de la boca? ¿Ejercita la violencia tanto el que no me deja transitar por una vía pública como el que no me deja acceder a su jardín en el que quería coger sus cerezas maduras?

La doctrina y la jurisprudencia quieren corregir los resultados absurdos indicados mediante la cláusula de reprobabilidad recogida en el tipo de coacciones[15], pero este es un camino errado: en cada segundo caso de los pares de ejemplos expuestos la violencia está ausente, además de que, por supuesto, no sea reprobable. Debido a la ausencia de cualquier tipo de lesión de derechos falta desde un principio una arrogación de otro ámbito de organización aunque sea sólo de forma parcial (como sucedería, por ejemplo, en los casos de sustracción sin intención de apoderamiento), de tal manera que ya no es posible hablar de violencia. Viceversa, no se trata en cada primer caso de violencia, cuya reprobabilidad y con ello su carácter injusto quedaría pendiente de fundamentación, sino que es evidente que existe un injusto debido precisamente a que se trata de una violación de los derechos constitutivos de la persona[16].

---

12 En especial GEILEN, en GEERDS *et al.* (eds.). *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. y 445 ss.; ID., en *JZ* 1970, pp. 521 y ss.

13 SCHÖNKE y SCHRÖDER-ESER (LENCKNER *et al.*, colaboradores, SCHÖNKE y SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch*, 26.ª ed., 2001) antes de § 234 y ss., n. m. 8, con referencias.

14 TIMPE, JAKOBS. Ob. cit.; SK-Horn (RUDOLPHI *et al. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, BT (*PE*), 5.ª y 6.ª ed., situación: 50. entrega, 2000) § 240, n. m. 39 y ss.

15 SCHÖNKE y SCHRÖDER-ESER. Ob. cit., § 240 n. m. 20 ss., 23, con referencias.

16 Sobre los derechos garantizados cfr. supra nota 10.

2. INTIMIDACIÓN

No resultan menos confusos los argumentos de un amplio sector de la doctrina con relación a las coacciones mediante intimidación (*vis intimidatoria*). Se definen como intimidación tanto los casos de un mal permitido como los de un mal prohibido, sin hacer depender la relevancia penal de la conducta de que la acción anunciada se encuentre prohibida o de que la omisión anunciada sea obligada[17]. Si no se tiene en cuenta el concepto de intimidación dentro del contexto de los delitos contra la persona no hay nada que objetar contra este tipo de construcciones. Es evidente que un padre puede amenazar a su hijo con no llevarlo al zoológico si sigue haciendo escándalo por la comida, o un novio a su novia que la dejará si no se muestra complaciente. Pero en el contexto de los delitos contra la persona no basta con un dolor espiritual sino que se debe producir una lesión de un derecho, y ésta sólo se puede constatar si se amenaza con una acción cuya no realización está garantizada a la víctima o con la omisión de una conducta débida.

Los representantes del punto de vista aquí criticado no pueden alegar nada en contra, pero han redefinido el objeto de combate: según ellos no se trata básicamente de lo que esté permitido hacer u omitir, sino que más bien lo decisivo es con qué se puede intimidar[18]. Aunque se pueda ejecutar una determinada conducta, esta perspectiva considera que no está permitido avisar anteriormente con respecto a qué conducta del otro se tendría la intención de actuar. En un conocido caso de la jurisprudencia alemana[19] un detective de unos grandes almacenes le hizo saber a una ladrona que no revocaría la denuncia por hurto, que ya se encontraba en el correo, si ésta no realizaba determinadas prestaciones sexuales. Casi nadie dudaría en denominar como reprobable dicha explotación de la situación de necesidad de la mujer, pero con ello no se ha llevado a cabo lesión jurídica alguna. Esto resulta evidente si modificamos el ejemplo, de tal manera que la propuesta de arreglo del asunto, satisfactoria para ambas partes, partiera de la ladrona, y el detective simplemente aceptara; exactamente igual que la ladrona del caso inicial consideraría escandaloso el trato en el supuesto de la variación, y por ello no realizaría una oferta como esa, en el caso inicial puede rechazar la oferta del detective –no se le ha arrebatado nada–.

---

17 Cfr. BGH 31, pp. 195 ss., 198 ss.; SCHÖNKE y SCHRÖDER-ESER. Ob. cit., § 240 n. m. 20, con referencias.

18 Materialmente este es el tipo de argumentación que utilizan todos aquellos autores que quieren fundamentar la antijuridicidad con la simple falta de relación.

19 Cfr. BGH 31, pp. 195 y ss.

Como la variación propuesta hace saltar a la vista la vinculación de la denuncia con los servicios sexuales, no constituye una amenaza; todavía falta el aviso de que se quiere empeorar el mundo en perjuicio de la ladrona. Más bien la situación ya pinta bastante fea: la ladrona no puede legalmente hacer nada contra una denuncia, desde el punto de vista del derecho tiene que soportarla. La oferta de verse libre de la denuncia no la perjudica sino que ensancha su horizonte[20]; recibe una oportunidad a la que no tiene derecho.

Sin duda alguna, se aprovecha el detective de la situación de necesidad de la mujer. Si se quiere construir un injusto a partir de esta idea no hay que acudir al injusto propio de las coacciones sino al injusto del que especula con la necesidad ajena (usura). Debería quedar claro que el usurero que especula con la necesidad ajena no lesiona la libertad de la víctima, pues deja abierta siempre una posibilidad más de conducta que cualquier otro que rehúsa cualquier tipo de negocio con la persona que se encuentra en la situación de necesidad[21]. Se puede tratar de un injusto en la medida que el autor proceda con medios inadecuados; opera de acuerdo con las reglas de mercado, aun cuando se eche de menos la condición esencial de influirse recíprocamente o, por lo menos, ésta se encuentre fuertemente cercenada por la existencia de una situación de necesidad. Sólo podría existir un delito contra la persona si el autor fuera responsable de la situación de necesidad, no siendo este el caso. Lo que resta solamente es la protección *del mercado* mediante la prohibición de su excesiva explotación.

B. ENGAÑO

I. ESTAFA

Además se ha ignorado de forma generalizada la necesidad de una lesión de un derecho en el ámbito de los delitos contra la persona cuando el hecho se realiza

---

20 JAKOBS, en BAUMANN *et al.* (eds.). *Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für K. Peters*, 1974, pp. 69 y ss., 81 y ss.; en este sentido, fundamental GUTMANN. Ob. cit., con una exposición de la discusión jurídica teórica tanto histórica (pp. 28 y ss.) como actual (pp. 61 y ss.), en especial sobre la diferenciación entre intimidación y oferta (pp. 87 y ss., 149 y ss.), así como sobre la intimidación en el tipo de las coacciones (pp. 268 y ss.). GUTMANN ofrece para la solución aquí defendida algunas "consideraciones adicionales" dignas de tomar en consideración (pp. 282 y ss.). Sin embargo, no comparto la opinión de que no existe como derecho la "libertad" por realizar (p. 283); es decir, la libertad de un comerciante (aunque se le podría adelantar otro comerciante) de vender a un cliente. Existe sin duda un derecho al acuerdo aunque se encuentre condicionado por una publicidad exitosa, ya que el poder publicitar los productos es un derecho que consiste en la "competencia publicitaria".

21 JAKOBS. Ob. cit., pp. 85 y s.; GUTMANN. Ob. cit., pp. 204 ss.

con engaño[22]. Esto no afecta –aunque también– sólo a la estafa (según mi concepción también a las falsedades documentales[23]) sino a cualquier hecho realizado por un autor mediato a través de un instrumento que actúa engañado. En primer lugar, en lo que se refiere a la estafa debería ser evidente que cualquier mentira que dé lugar a error, disposición y perjuicio, no puede suponer un fraude, es decir, no existe estafa cuando el perjudicado no tiene derecho a exigir en interés de su patrimonio la omisión de informaciones erróneas[24]. Por ejemplo, si el comprador le pregunta al vendedor si el precio que le ha pedido no puede ser rebajado, negándolo el vendedor, aunque con una mayor tenacidad por parte del comprador habría disminuido el precio, tras lo cual el comprador se cree la respuesta y realiza el pedido, éste ha sufrido una pérdida patrimonial condicionada por el engaño. Sin embargo, como carece del derecho de exigir del vendedor la manifestación de su cálculo como medio de protección de su patrimonio, dicha negación es realmente una mentira, que se ha realizado en un ámbito en el que no cabe exigir jurídicamente la verdad como medio de protección de disposiciones patrimoniales perjudiciales.

La problemática ha sido tratada recientemente por PAWLIK[25] de forma extensa, habiendo desarrollado detalladamente en su trabajo, con una perspectiva sistemática de cuándo existe o no un derecho a la verdad, o dicho de forma más exacta, un derecho a no ser engañado. Este autor ha vinculado en forma estrecha esta cuestión a la sistematización de las posiciones de garante. Dejando de lado mayores peculiaridades, baste aquí señalar que en el ámbito de la incumbencia, en virtud de organización como fuente de las posiciones de garante, determina la especial relevancia práctica tanto de la aceptación formulada en forma de promesa[26] de preocuparse de una actualización de la información de la víctima en su lugar como del deber del tráfico[27] consistente en no empeorar la información.

2. AUTORÍA MEDIATA

De forma totalmente análoga se puede sistematizar la autoría mediata, lo cual no debe ser considerado extraño ya que la estafa no es más que un supuesto

---

22 Sobre la orientación como condición de la libertad, JAKOBS. *Urkundefälschung. Revision eines Täuschungsdelikts* (Falsedad documental. Revisión de un delito basado en el engaño), 2000, pp. 11 y ss.

23 Ibíd., pp. 35 y ss.

24 Sobre la prohibición de engaño como deber en la relación negativa, JAKOBS. Ob. cit., pp. 5 y ss.

25 *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug* (La conducta no permitida en la estafa), 1999.

26 Ibíd., pp. 140 y ss.

27 Ibíd., pp. 183 y ss.

específicamente tipificado de tal modalidad de autoría. Para constatar la presencia de una autoría de estas características no resulta suficiente la simple concurrencia de un desnivel de conocimientos con la causación de una lesión por parte del que dispone de conocimientos superiores, ya que puede ser cosa del que dispone de conocimientos inferiores (o de otra persona) superar dicho defecto cognitivo[28]. Esto es válido en especial para los casos de autolesión por error debido a indiferencia[29]. Por ejemplo, con independencia de que un invitado consuma alcohol en exceso, el anfitrión puede seguir ofreciéndoselo y no tiene que recordarle los riesgos para su salud. El invitado no tiene derecho a ser tratado por el anfitrión como si éste fuera una niñera. Además no hay autoría mediata si la superioridad es un conocimiento especial, ya que éste no pertenece al rol en el que actúa la persona[30]. Otro ejemplo al respecto: un estudiante de ingeniería que durante las vacaciones trabaja como peón en una empresa de construcción debe echar hormigón en la cubierta de un garaje encuentra, a causa de sus conocimientos especializados como estudiante, que el armazón ha sido colocado de forma completamente equivocada y la cubierta se derrumbará en cualquier momento. Esto sucede seis meses después, cuando son destruidos los coches aparcados en el garaje. Es cierto, el estudiante tenía un conocimiento superior frente a sus patronos y los posteriores usuarios, pero sólo como estudiante y no como peón, actuando sólo como tal peón en su puesto de trabajo. En otras palabras, los otros no tienen derecho a que en ese tipo de trabajo active sus conocimientos especiales (salvo en lo que respecta a la omisión del deber de socorro –§ 323 c C. P. alemán–).

Tiene que haber por tanto un derecho de la víctima a que la persona que conoce el curso lesivo no cause el daño a través de una persona desorientada. Si a partir de esto hacemos una comparación con la estafa, se presenta el caso cuando el que dispone de conocimientos superiores ha asumido la información del que se encuentra en la situación de ignorancia (por ejemplo, dirigir al conductor de un camión que sale marcha atrás de una calle estrecha) o ha desinformado de manera contraria a los deberes del tráfico al que se encuentra en dicha situación (por ejemplo, le proporciona a la víctima una bebida envenenada en un contexto en el que cabe contar con la entrega de alimentos). Más ejemplos[31] y particularidades pueden ser omitidas ya que lo decisivo es sólo el siguiente principio: no hay delito contra la persona sin lesión de un derecho.

---

28 JAKOBS. *GA*, 1997, pp. 553 y ss.
29 Ibíd., p. 557.
30 Ibíd., pp. 564 y ss.
31 Ibíd., pp. 562 y ss., 567 y s.

Es preciso adelantarse a una objeción. Uno se podría preguntar: ¿no existe siempre una lesión de un derecho cuando finalmente la vida, la propiedad o cualquier otra cosa han sido aniquiladas? Volviendo al ejemplo del estudiante de ingeniería que trabaja ocasionalmente, si al final se destroza la propiedad, ¿no se trata siempre de una lesión de un derecho? ¡De ninguna manera! La propiedad sólo es un derecho en la medida en la que tiene que ser respetada por otros sin que éstos puedan apelar a su libertad de actuación. En palabras de WELZEL[32]:

> El sentido del derecho no reside en que éste defienda bienes jurídicos ideados como incólumes contra toda influencia lesiva, sino que de las innumerables funciones, en las que el bien jurídico se encuentra inmerso actuando y padeciendo, elige y prohíbe las que resultan intolerables para la existencia de una comunidad ética y ordenada. No prohíbe cualquier menoscabo de bienes jurídicos (tampoco "de modo general"), sino que proporciona protección siempre sólo contra determinadas clases de ataques que superan la medida de las afectaciones que se consideran indispensables para poder desarrollar la vida organizada en comunidad a través de funciones (activas) vitales. ¡Sólo existe protección de bienes jurídicos en relación con determinadas clases de menoscabos!

C. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO, LA POSESIÓN

Después de estas observaciones sobre violencia, intimidación y engaño deben agregarse todavía, a manera de conclusión, dos indicaciones sobre la relación entre una lesión de un derecho y el concepto de patrimonio, así como entre una lesión de un derecho y la sustracción. Es evidente de qué hablamos cuando nos referimos al concepto de patrimonio: si un delito contra la persona exige una lesión de un derecho, sólo puede pertenecer al patrimonio aquello que o bien es un derecho de la persona o que puede ser utilizado con derecho. Queda excluida como elemento patrimonial una posición antijurídica, pues en este caso no puede ser *per definitionem* una lesión de un derecho. En sentido contrario, tampoco presta ayuda alguna la referencia a la posibilidad de una posesión fáctica de una posición de esas características; pues en la medida en que se trata sólo de algo fáctico no se trata de un dato jurídico sino de algo ajeno al derecho. El análisis jurídico de la posesión fáctica sólo puede tener un resultado: se trata de una posesión antijurídica.

---

32 En *ZStW* 58, pp. 491 y ss., 516.

Si se prescinde por completo de las aporías que lleva implícitas el concepto económico "puro" o "extremo" de patrimonio[33] (se olvidan las reglas del derecho civil, el hecho del fraude o del expolio de la posición acredita, su falta de valor fáctico, etc.), cuestión que no será tratada aquí, se puede verificar que la jurisprudencia y los autores que han dado lugar a un concepto de patrimonio de estas características no pueden entender lógicamente como algo evidente los delitos patrimoniales como delitos contra la persona. En una sentencia todavía de referencia del Tribunal Supremo alemán (el denominado caso del torno[34]) se muestran estas ideas con toda claridad. Según esta resolución, la limitación a derechos y posiciones reconocidas jurídicamente "tiene en cuenta unilateralmente el contenido esencial del delito como una lesión de un interés individual; desconoce que el delito también debe ser valorado como una lesión del deber del autor; pasa por alto la actitud ejercitada y no tiene en absoluto en consideración la peligrosidad que se ha manifestado para el orden jurídico público"[35]. Aquí no se considerará que la referencia a la "lesión del deber" no es más que una argumentación circular y que no resulta evidente cómo puede ser peligroso para el orden jurídico público que los miembros del hampa se engañen unos a otros o incluso se exterminen. Sólo quiero llamar la atención sobre una cuestión: en estos casos la protección de la persona retrocede, y cabe precisar que de forma absoluta.

Es cierto que la protección de la persona no desaparece de forma absoluta sino sólo de manera parcial si se trata como hurto, tal y como hace la doctrina totalmente dominante, la sustracción de una cosa hurtada previamente[36]. Esto se debe a que la protección de la posesión del ladrón da lugar a un orden pacífico, aunque no consista en una adscripción patrimonial, y por lo tanto puede considerarse la sustracción al ladrón de la cosa que ha hurtado previamente como perturbación de la paz, aunque no se trata de un elemento que configure

---

33 CRAMER. *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, pp. 89 y ss.; SCHÖNKE y SCHRÖDER-CRAMER. Ob. cit., § 263, n marg. 80.

34 En BGH 2, pp. 364 y ss.

35 Ibíd., p. 368. Recientemente KARGL, en *JA* 2001, pp. 714 y ss., 719. El argumento de KARGL de que el que se ha comportado antijurídicamente no queda a continuación fuera de la ley se desvía del asunto; de lo que se trata es de si el autor tiene derecho a una conducta actual (es decir, al uso de la cosa robada). La referencia de KARGL al hurto contra el ladrón supone la continuación de un principio ya erróneo; cfr. sobre ello el siguiente párrafo en el texto.

36 Cfr. LK-RUSS (JÄHNKE *et al.* [eds.]. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 15ª entrega, 1994, § 242, n. m. 18; KINDHÄUSER. *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, Teilband 1, Eigentumsdelikte* (Derecho Penal, Parte Especial II. Delitos contra los derechos patrimoniales, Parte 1, Delitos contra la propiedad), 2ª ed., 1999, 2/34, con las correspondientes referencias.

un delito contra la propiedad. Por supuesto que el que toma la cosa del ladrón afecta con ello a la propiedad de la víctima de la primera sustracción. Si establecemos un paralelismo con la utilización de cosa hallada se trataría de una apropiación indebida: ¡si bien es cierto que la ruptura de la relación del ladrón con la cosa carece de significado jurídico, la propiedad de la víctima de la primera sustracción se mantiene para el derecho como algo inviolable! En la medida que la perspectiva dominante vincule la ruptura de la relación del ladrón y de la cosa con el ataque contra la propiedad, se acaba remitiendo, si establecemos una comparación con la posición referida a la protección de posiciones patrimoniales meramente fácticas, a la peligrosidad general del autor pero ya no a la protección de la persona. Es cierto que en este caso queda todavía un delito contra la persona en una configuración reducida, pero en todo caso se trata de algo distinto a un ataque contra posiciones patrimoniales meramente fácticas. Se lesiona la propiedad, si bien no se trata de una propiedad asegurada mediante posesión.

IV. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Recapitulo: una persona es la diseñada continuidad en la coordinación y la administración de derechos y deberes. Los derechos han sido expuestos como propiedad en un sentido amplio: de la vida, del cuerpo o de cosas, además del derecho a una administración sin violencia ni intimidación, del derecho a no verse desorientado y de algunas cuestiones más que habría que mencionar para completar la enumeración. Dichos derechos no fundamentan para una persona posición alguna ajena a las posiciones de otras personas, sino, recordando las palabras de WELZEL, "contra determinados tipos de agresiones"[37]. La concreta modalidad de las agresiones viene siendo determinada por la doctrina moderna con ayuda de las reglas de la imputación objetiva; en concreto, con el apartado de reglas referido a la determinación de la conducta no permitida[38]. La idea fundamental de esta doctrina (aquí no es posible ir más allá) dice así (en relación con los delitos de comisión): una lesión causal de un bien no tiene que ser siempre también una lesión de un derecho; antes bien, podría ser competente

---

37 En *ZStW* 58.

38 JAKOBS. *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 7/35 y ss. (riesgo permitido), 51 y ss. (principio de confianza), 56 y ss. (posiciones de garante), 59 y 24/13 y ss. (prohibición de regreso), 7/125 y ss. (actuación a propio riesgo); sobre la perspectiva distinta de HIRSCH, en ESER *et al.* (eds.). *Festschrift für Th. Lenckner*, 1998, pp. 119 y ss.; como trabajo más reciente cfr. JAKOBS, en WEIGEND *et al.* (eds.). *Festschrift für H. J. Hirsch*, 1999, pp. 45 y ss.

de ese deterioro del bien la propia víctima u otra persona, o la víctima podría tener que soportar la pérdida como una desgracia (*casum sentit dominus*).

– En este sentido las conductas que están cubiertas por el riesgo permitido no lesionan ningún derecho; si se produce un daño la víctima tiene que soportarlo como una desgracia si nadie más ha participado. Como ejemplo cabe referirse a la participación en el tráfico viario conforme a las normas.

– Cabe añadir que las acciones que pueden dar lugar a un daño no son lesiones de un derecho, si es tarea de otra persona conjurar dicho daño, pudiéndose confiar en un cumplimiento de la tarea en el caso concreto. Por ejemplo, en el tráfico viario se puede *confiar* en los casos normales que las personas obligadas ceden el paso a los que tienen preferencia.

– Además, el que realiza una acción por completo estereotipada socialmente no participa en lesión de derecho alguna si otros transforman de modo previsible el proceso en un hecho delictivo. Por ejemplo, quien devuelve un préstamo no tiene que preocuparse de si el receptor del pago consigue un explosivo para un atentado gracias a ese dinero. Es evidente que el atentado es una lesión de un derecho, pero el deudor que devuelve el dinero no ha participado en dicha lesión: *prohibición de regreso*. Modifico el ejemplo para todo aquél que albergue dudas: una deuda es cancelada a su debido tiempo y el acreedor utiliza la suma recibida de forma delictiva: ¿se habría podido negar el deudor al pago arguyendo que no está garantizada la utilización legal de la suma por entregar por parte del acreedor?

– Y, finalmente, nadie tiene que tener a otra persona bajo su tutela en la medida en que es de su incumbencia configurar por sí mismo su ámbito de organización; si la configura defectuosamente se trata de una *actuación a propio riesgo*.

Ilustremos un supuesto de lesión de un bien sin la correspondiente lesión de un derecho con un ejemplo en relación con el instituto mencionado en último lugar, la actuación a propio riesgo[39]: mi vecino sufre una lesión en un brazo y por ello me pide que le taladre un agujero en la pared en un determinado lugar de su casa. Como nuestra casa tiene una construcción idéntica, sé que por ese lugar pasa la conducción eléctrica y se lo aviso al vecino. Éste contesta, al borde del enfado, que no debo detener mi trabajo por exceso de escrúpulos. Si él tuviera el brazo sano ya habría terminado la obra. Yo taladro sabiendo que no

39 Una amplia documentación sobre el estado de la cuestión de este instituto se pueden encontrar en CANCIO MELIÁ, en *ZStW* 111, pp. 357 y ss.; en este mismo trabajo, en pp. 372 y ss., también se manifiesta convincente contra una solución psicologizante ("conocimientos superiores" o de tipo similar).

es improbable que destroce la red eléctrica, lo cual sucede. Me ofrecí a mi vecino en el rol de un asesor especializado y él me relegó al rol de peón; es decir, me encargó la simple ejecución de tareas de cuyo resultado él mismo asumía el peligro. El que degrada a otro a la categoría de peón debe aportar los conocimientos especializados necesarios, procurárselos de otro modo o, en todo caso, resolver él mismo el problema del daño. El peón no lesiona derecho alguno del que ha rechazado la ayuda si actúa como un peón.

V. DEBERES POSITIVOS

Hasta ahora me he ocupado sólo de los deberes negativos, los deberes que tiene cualquiera de no lesionar, teniendo que ocuparse de la ausencia de *outputs* peligrosos provenientes del propio círculo organizativo. Se trata, como expuse al principio[40], no sólo de deberes de omitir determinados movimientos corporales (es decir, observar prohibiciones), sino también de deberes de actuación negativos (es decir, deberes de observar omisiones) en aquellos casos en los que amenaza con verse lesionado el derecho de otra persona mediante la configuración del propio ámbito de organización: deberes del tráfico, por asunción o por injerencia.

A partir de la existencia de los deberes positivos, deberes especiales que siempre contienen los negativos como base irrenunciable de cualquier sociedad organizada, el obligado debe configurar un mundo –parcialmente– común con el tutelado, es decir, evitarle incluso daños que el especialmente obligado no ha causado, así como proporcionarle en general ciertos beneficios[41] (de escasa relevancia en derecho penal). Como ejemplo, cabe pensar en la relación de los padres con sus hijos, o del médico que asume un tratamiento con el paciente. En caso de que el especialmente obligado no cumpla las exigencias da lugar al quebrantamiento de un derecho, pues el beneficiario tiene derecho a la prestación de ayuda. Sin embargo, la situación no queda adecuadamente descrita mediante la referencia a una "arrogación de una organización", ya que la situación de necesidad no tiene su origen en una organización del (positivamente) obligado. En los casos de infracción de deberes positivos debería hablarse mejor de una negación de solidaridad.

Puede vincularse esa negación con una lesión de un bien, como sucedería si los padres en caso de una enfermedad no proporcionan a su hijo la asistencia médica necesaria. No obstante, si los padres no fomentan de forma suficiente el

---

40 Sobre la arrogación de una organización mediante omisión supra II.

41 SÁNCHEZ-VERA. Ob. cit., pp. 51 y ss.

desarrollo tanto corporal como espiritual del niño (§ 171 C. P. alemán) resulta en cierta manera incorrecto querer concebir las oportunidades de desarrollo como bien jurídico del niño. Se puede describir mucho mejor el injusto si no se destaca lo que se destruye sino lo que no se lleva a cabo; esto es, llevar adelante para el niño un mundo en común que tenga como consecuencia un desarrollo óptimo. No se trata, pues, de la destrucción de una oportunidad como bien sino de negar un desarrollo mediante la negación de solidaridad. Se puede aceptar que desde una perspectiva jurídico-penal esto sólo sea apreciable en la mayoría de los casos si se convierte en un déficit para un bien, es decir, en un deterioro de la salud.

Finalmente, habría que preguntarse qué es entonces lo que tienen en común la arrogación de una organización como infracción de un deber negativo y la negación de solidaridad como infracción de uno positivo. En ambos casos se trata del quebrantamiento de un rol. En el caso de la arrogación de una organización se trata del quebrantamiento del rol general de cualquier ciudadano sujeto al ordenamiento jurídico, mientras en el caso de la negación de la solidaridad se trata del quebrantamiento del rol de una persona con un deber especial. En todo caso la persona lesionada tiene un derecho a la observación del rol, o dicho con mayor exactitud, el derecho es una parte de la persona.

VI. ¿LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS?

A partir de lo ya expuesto debería quedar claro que la concepción de un delito contra la persona como lesión de un bien jurídico no pasa de ser una concepción incompleta. Si bien es cierto que se pueden concebir la vida, la integridad física, la propiedad y muchas cosas más como bienes de la persona, con esto se ha ganado poco, ya que la pregunta decisiva y más difícil es cuándo esos bienes son jurídicos[42]. La respuesta no puede ser que siempre, sino que depende del correspondiente contexto social, y la estructura de dicho contexto viene configurada por el derecho (en los delitos contra la persona por derechos), no por bienes. Carece de valor la referencia al bien jurídico de la persona sin referirse a deberes negativos y positivos, a las posiciones de garante y a la imputación objetiva entendida como no permisión de la conducta.

Sin embargo, con todo ello sólo se ha caracterizado el aspecto objetivo del delito contra las personas. La específica protección jurídico-penal de bienes, o mejor dicho la específica estabilidad jurídico-penal de derechos es todavía más

---

42 WELZEL, en *ZStW*, cit.; JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 2/7 y ss., 12 y ss., 22 y ss.

limitada Todo aquel que reconozca un tipo subjetivo no puede dudarlo: si faltan el dolo o la previsibilidad individual, no existe un injusto.

Se puede ir todavía más allá. No se reacciona de una forma *específicamente penal*[43] sólo frente a un injusto. *El derecho penal* no garantiza a la persona, es decir, al –si se quiere[44]– portador de derechos y deberes, o mejor dicho a la unidad de derechos y deberes tal y como está constituida, que no tiene que contar con un injusto, sino solamente que no tiene que contar con una conducta culpable. En otra palabras, el derecho penal garantiza la validez de la norma[45]. En el *derecho penal* aparece la persona con sus derechos sólo de forma limitada a través de su tarea pública de garantizar la validez de la norma. Sólo se garantizan *jurídico-penalmente* los derechos de la persona si entran en escena bajo el foco de un daño para la validez de la norma. Pero esto sería otro tema.

RESUMEN

1. Desde el punto de vista jurídico, una persona no es un cuerpo animado o algo similar, sino un ámbito de organización; lo que quiere decir, la diseñada continuidad en la coordinación y la administración de derechos y deberes.

2. Un delito contra la persona es en el ámbito de los deberes negativos arrogación de una organización y, con ello, lesión de un derecho.

3.a. Los derechos lesionados mediante fuerza no son *per se* violencia.

3.b. La amenaza de una conducta permitida no es una amenaza que lesione un derecho.

3.c. El engaño sólo se puede considerar un medio de cometer el hecho si se lesiona un derecho de la víctima a no ser desorientada directamente o a través de una persona interpuesta.

3.d. Un concepto puramente económico de patrimonio no permite fundamentar un delito patrimonial como un delito contra la persona, debido a la ausencia de una posición jurídica. Tampoco se puede explicar la sustracción de la posesión del ladrón como hurto.

4. El que cumple con los deberes de su rol, es decir, no actúa de forma objetivamente imputable, no lesiona derecho alguno.

---

43 Sobre las medidas de seguridad, JAKOBS. Ob. cit., 1/53 y ss.

44 Cfr., sin embargo, supra II *in fine*.

45 LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien in einer funktionalen Revision* (El concepto de delito. Líneas fundamentales en una revisión funcional), 1999, pp. 190 y ss., 203 y ss.; JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff* (El concepto jurídico-penal de acción), 1992, pp. 41 y ss.

5. Los deberes positivos no se infringen mediante una arrogación de una organización sino en virtud de una negación de solidaridad cuya prestación corresponde al rol.

6. Los delitos contra la persona no se pueden concebir como lesión de un bien jurídico. Se gestionan como lesión de un derecho a través de la tarea jurídico-penal, que consiste en garantizar la validez de la norma.

TERESA MANSO PORTO

La consumación en los delitos contra el medio ambiente: comparación de los modelos colombiano, español y alemán

La tipificación penal de conductas relacionadas con alteraciones del medio ambiente ha generado diferentes modelos de legislación en los que convergen la definición de bienes jurídico-penales "nuevos" y el empleo de diferentes variantes típicas con una función propia. Ello ha generado estructuras de imputación de difícil sistematización, lo cual encuentra también un claro reflejo en la discusión doctrinal. Según la definición formal de consumación, el delito se consuma cuando se han realizado todos los elementos del tipo penal. La cuestión viene predeterminada, por tanto, por lo dispuesto por el legislador. Pero la decisión del legislador, apunta JAKOBS[1], *debe* estar a su vez respaldada por un fundamento material, que permita determinar y explicar tanto el momento de consumación material como las variaciones con respecto al principio general. Según ROXIN, el delito se consuma con la destrucción del bien jurídico y la consumación exigiría, además, que "el objeto de la acción", como materialización de un "bien" que por su parte es de carácter "ideal", sea alterado de manera "real". Pero –matiza JAKOBS– "con ello aún no se ha dicho nada acerca del grado de abstracción con el que se determine el bien jurídico". Las pretensiones de mi exposición, que se centra en la criminalización de conductas que lesionan el medio ambiente, son, en realidad, bastante modestas, si se piensa que la tarea verdaderamente pendiente en este campo no es una *revisión* en un ámbito de larga tradición jurídico-penal, sino, primero, la "re-construcción" del medio ambiente como medio "social"[2], es decir, la definición del concepto material y de la protección penal del medio ambiente desde una base teórica específicamente social y desde la función del derecho penal dentro del sistema social. Mi exposición toma como punto de partida un presupuesto material que hoy por hoy sigue sufriendo una falta de clarificación teórica, como es la consideración del medio ambiente como bien jurídico penal. El objetivo del análisis, que en buena parte se desarrolla en un plano formal, es describir lo que sería un "armazón" de tipos penales con una estructura interna más o menos consecuente y compatible con la consideración del medio ambiente como bien jurídico, para confrontarlo con la regulación positiva comparada. Ello servirá para resaltar algunas disfunciones y aspectos críticos que se revelan en este ámbito de la parte especial. Los resultados no vienen sino a confirmar lo cons-

---

1 JAKOBS. *Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person, Festschrift für Claus Roxin*, Berlin y New York, 2001, pp. 793 y ss. A partir de ahí realiza este autor una revisión *material* de los momentos de consumación en el ámbito de los delitos *contra la persona*, que pretende ser una contribución hacia la *generalización de la parte especial*.

2 Cfr. MUSSIG. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994.

tatado al comienzo, es decir, el déficit material que aqueja la construcción teórica del medio ambiente como parte de la realidad social.

I

La localización dentro de la legislación penal especial de un conjunto de delitos encabezados bajo la rúbrica de "delitos contra el medio ambiente" parece indicar que estamos ante un bien jurídico que goza de protección penal "autónoma". Ello sin perjuicio de que existan múltiples formulaciones del bien jurídico, orientadas en concepciones más o menos antropológicas, que ya reflejan la pluralidad –cuando no la falta de principios– que reina en este ámbito: el aprovechamiento del medio ambiente, la integridad del medio ambiente, la explotación racional de los recursos naturales, la conservación del sistema ecológico o de sus concretas manifestaciones: el agua, el suelo, el aire, las plantas o los animales, etc. Lo mínimo que se puede decir es que la existencia de esta regulación penal especial parece indicar que se ha abandonado la idea de que las alteraciones del medio ambiente no son sino un *medio o modo* particular de lesionar otros bienes jurídicos, particularmente, un modo de comisión de delitos contra bienes altamente personales (vida o salud). Sistemáticamente no tendría sentido establecer una sección especial ordenada en función de un modo especial de comisión y no en función de los bienes jurídico-penales específicos, pues, en cuanto medios de lesionar bienes personales individuales, ya serían punibles según las reglas generales –al menos, en grado de tentativa dolosa–.

2. Este último razonamiento puede emplearse a la inversa, es decir, la consideración del medio ambiente como bien jurídico autónomo exige una explicación más allá del argumento de que no sería razonable *esperar* a la lesión material, eventualmente irreversible, de bienes altamente personales, pues, como decía, las conductas contaminantes ya serían punibles antes de materializarse en resultado de lesión. Eventuales lagunas de punibilidad, especialmente los comportamientos imprudentes (o los de dolo eventual, para quien niegue en este caso la punibilidad de la tentativa), quedarían cubiertas mediante delitos de peligro concreto, sin que por ello se tenga que *cambiar* de bien jurídico. Con un ejemplo: una norma penal que determine que es punible poner en peligro (dolosa o culposamente) la salud de las personas contaminando las aguas (acaso, vertiendo aguas residuales en una zona próxima a una playa pública), criminaliza una conducta típica de contaminación que el legislador pretende castigar con una pena porque pudo haber lesionado *bienes jurídicos altamente personales*, aunque no necesariamente, y por ese motivo, la conducta quiebra ya la validez

de la norma que protege dichos bienes jurídicos. La especificación del modo de comisión como alteración dañina de las propiedades del agua no altera el hecho de que lo que se castiga es la creación de un peligro para la salud que pudo haberse materializado en una destrucción material de *ese* bien jurídico.

Ahora bien, ¿qué sucedería si se cambiara la *formulación* "poner en peligro la salud contaminando las aguas..." por otra del tipo: "el que contamine las aguas de un río poniendo en peligro la salud de las personas..."? Cambiar la estructura gramatical resaltando la acción de contaminar, ¿bastaría para afirmar que el medio ambiental agua se haya "convertido" en el bien jurídico protegido? Parece que no. Con un ejemplo paralelo, un tipo penal que castigue el *empuñar un arma de fuego* hacia una persona castiga la puesta en peligro de la vida de las personas y no el modo de empleo de armas de fuego, aunque la redacción del tipo sea un tanto inusual. Del mismo modo, la existencia de normas penales que castiguen alteraciones del medio ambiente que pongan en peligro la salud de las personas no implica que se haya configurado un nuevo bien jurídico denominado "medio ambiente".

3. Por otro lado, si es cierto que se ha abandonado la idea de que las alteraciones del medio ambiente sean sólo un modo de lesionar otros bienes jurídicos, ello tendría que implicar un claro alejamiento de la perspectiva *individual*. Pues ni siquiera extendiendo la criminalización más allá de aquellas conductas (dolosas o culposas) que *hubieran podido* causar lesiones a bienes individuales tendría que cambiarse la perspectiva. Es decir, existen alternativas para castigar penalmente comportamientos en un estadio previo a la lesión material o puesta en peligro concreta de bienes jurídicos altamente personales, sin *alterar* la perspectiva de dichos bienes jurídicos.

La variante más tímida sería la de reducir las exigencias en cuanto a la creación de un peligro concreto[3]. La variante más drástica, aunque también la más problemática, consistiría en tipificar comportamientos *porque generalmente* se consideran peligrosos para los bienes jurídicos: delitos de peligro abstracto. La consumación formal reside aquí en la realización del comportamiento, independientemente de la producción de un peligro en el caso concreto, es decir, el peligro no es un elemento del tipo[4]. En el marco de esta variante, se trataría de que el legislador defina conductas tales como el vertido ilegal de residuos al agua como comportamientos externos perturbadores, porque generalmente pueden

---

3 Cfr. JAKOBS. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW* 97, 1985, pp. 751 y ss., 766 y ss, n. 20.

4 Cfr. STS del 17 de noviembre de 1997.

dañar la salud de las personas. De hecho, existen buenas razones para exigir de los ciudadanos, y especialmente de aquellos que ejercen ciertas actividades económicas o comerciales a las que es inherente la afectación del medio ambiente, que en la configuración de sus ámbitos de competencia restrinjan u omitan ciertas alteraciones. El hecho de que no se pueda establecer qué consecuencias puede tener un comportamiento desviado en cada caso concreto y, en general, las deficiencias empíricas en cuanto a los efectos que pueden desencadenar las alteraciones medioambientales no parece tener mucho peso como argumento limitador, salvo que la sociedad pretenda convertir primero al medio ambiente en un laboratorio experimental para poder hacer juicios de previsión más exactos. La tendencia es, lógicamente, a la inversa: reducir alteraciones para no soportar el riesgo de sufrir efectos perjudiciales.

Por otro lado, los peligros a que está expuesta la criminalización por la vía de delitos de peligro abstracto han sido objeto de abundante crítica en la doctrina. Uno de los riesgos de *desbordamiento* inherente a la creación de delitos de peligro abstracto considera JAKOBS que reside en una criminalización basada en el criterio unidimensional de la protección de un bien. La determinación de comportamientos de riesgo permitido debe encontrar límites racionales, por ejemplo, atendiendo igualmente a la esfera jurídica del autor potencial[5]. Este es un aspecto importante a tener en cuenta, pero desde el punto de vista de los bienes protegidos también se ha criticado que la definición de alteraciones medioambientales como peligros abstractos ignora a veces la inexistencia de un contexto material y temporal que los vincule suficientemente con bienes individuales[6].

4. Una tercera vía que JAKOBS plantea como posible medida "neutralizadora" de la ilegitimidad de la criminalización de conductas anteriores a las de lesión o creación de peligro es la protección de bienes jurídicos *anticipados*[7]. Dentro de esta tercera alternativa se trataría de reforzar la base cognitiva necesaria para mantener la confianza en la validez de las normas. Ello implica que no sólo se tenga en cuenta la dimensión de la norma en su relación con el autor potencial (denominado destinatario de la norma) sino también en relación con los potencialmente afectados. En este sentido, cabría plantear en qué medida la protección del medio ambiente va dirigida a reforzar la seguridad cognitiva de

---

5 JAKOBS. Ob. cit., p. 753.

6 Críticamente, SEELMANN. "Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht", en *NJW* 1990, pp. 1257 y ss, refiriéndose a la concepción de KINDHÄUSER en n. 30.

7 JAKOBS. Ob. cit., pp. 773 y ss.

que no se pongan en peligro las condiciones de vida humana, protegiendo tanto el espacio de actuación humana como la utilización racional de los recursos. Este aspecto, que ya ha sido resaltado por algunos autores, reemplaza el vacío funcional que resulta de la desaparición del "bien-individual-último" del contexto delictivo y, en definitiva, confirma que de lo que se trata no es de "abandonar" la perspectiva de los bienes individuales sino de engarzar un nuevo aspecto a partir de la función social que cumplen las expectativas de comportamiento que garantiza el derecho penal de cara a *los otros destinatarios* de las normas. Esta perspectiva debe adquirir significación en la definición material del bien jurídico medio ambiente[8].

5. En cualquier caso, la criminalización de conductas que afecten de forma directa al medio ambiente o alguna de sus manifestaciones, considerados *como bienes jurídicos*, implica consecuencias desde el punto de vista del empleo de diferentes estructuras típicas, las cuales deben presentar una coherencia interna y funcional. En principio, cabría pensar que, al menos en el aspecto formal, lo que aquí ha de acontecer no es sino una repetición del esquema general. Una parte importante de los tipos delictivos que consistan en agresiones directas del bien jurídico (en principio, objeto de la acción) deberían configurarse como delitos de resultado de lesión, siempre y cuando la consumación pueda interpretarse como la "destrucción" del bien jurídico. Ello no implica, por otro lado, que haya que pensar aquí en una destrucción física irreversible o total. Al igual que, por ejemplo, causar ciertos daños a un vehículo es una consumación de daños en las cosas que destruye un derecho de su propietario también cuando los daños físicos sean reparables, sería absurdo equiparar la destrucción jurídica del medio ambiente o de alguna de sus manifestaciones con su total aniquilación física. Así, por ejemplo, la emisión de sustancias químicas al aire que altere de manera no insignificante su composición en la zona afectada destruye un bien jurídico, con independencia de que el medio conserve aún su "capacidad regeneradora".

En un segundo paso, se podría pensar en criminalizar también otras conductas que no sean de resultado de destrucción material, sino de una puesta en peligro de los medios ambientales. En puridad, cabrían aquí conductas previas a la alteración medioambiental que hayan puesto en peligro algún medio. Sin embargo, las diferentes fenomenologías pueden dar lugar a estructuras de imputación poco claras. Por ejemplo, es posible que se castiguen alteraciones medioambientales que a su vez pongan en peligro elementos específicos como

---

8 Cfr. MÜSSIG. Ob. cit., p. 224.

la flora o la fauna, o incluso la salud de las personas. En estos casos, según el esquema general, ya no estaríamos propiamente ante un *adelantamiento* de la punibilidad en un estadio anterior a la lesión del bien jurídico medio ambiente, sino ante una consumación material especialmente cualificada, en cuanto que dicha puesta en peligro pueda considerarse como un *plus* añadido a la alteración medioambiental que constituya el supuesto general.

En un tercer paso, cabría pensar, por último, en la criminalización de comportamientos que *generalmente* se consideren por sí mismos dañinos, sin atender al resultado de peligro en el caso concreto: delitos de peligro abstracto (contra el medio ambiente).

II

1. La regulación alemana de delitos contra el medio ambiente despliega un extenso "arsenal" de estructuras típicas en respuesta a la consideración del medio ambiente como bien jurídico y al alejamiento de la perspectiva de los bienes jurídicos individuales[9]. El primer grupo dentro de los delitos que ocupan actualmente la sección número 28 del Código Penal alemán bajo la rúbrica de "delitos contra el medio ambiente" lo integran precisamente aquellos que protegen penalmente el agua, el suelo y el aire como medios específicos del entorno ambiental y criminalizan, por tanto, determinadas conductas que los menoscaban o perjudican. Un segundo grupo es el de aquellos tipos delictivos que castigan formas de comportamiento típicamente peligrosas, siempre y cuando se dé como presupuesto que se haya generado un peligro concreto. Por último, el tercer grupo lo forman aquellos delitos que castigan determinados comportamientos que según las reglas de experiencia se sabe que producen efectos negativos en distintos medios del entorno. Estos últimos conforman el núcleo de delitos de peligro abstracto.

2. Como ejemplo del primer grupo, cabe señalar el tipo más conocido y de mayor relevancia práctica, que es el de la alteración o contaminación de las

---

9 Para una visión general del modelo alemán cfr., FRISCH. *Grundlinien und Kernprobleme des deutschen Umweltstrafrechts*, en LEIPOLD (ed.). *Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan*, Heidelberg, 2000, pp. 361 y ss.; una visión comparada en HEINE. *El derecho penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura Convención europea sobre el derecho penal del medio ambiente*, Miguel Polaino Navarrete (trad.), en CPC 63, 1997, pp. 653 y ss., especialmente 656 y ss. y 666; ID. *Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al derecho penal alemán*, Miguel Polaino Navarrete (trad.), en CPC 61, 1997, pp. 51 y ss.

aguas (*Gewässerverunreinigung*). El § 324 del Código Penal alemán dispone que quien de forma no autorizada contamine las aguas o altere perjudicialmente sus propiedades será castigado con la pena de privación de libertad de hasta 5 años o con pena de multa. La conducta básica es, por tanto, la alteración de las propiedades del agua o de su estado de calidad en cuanto a pureza, composición química, temperatura, etc., mientras que la contaminación se considera un subtipo dentro de esta conducta. La alteración tiene que ser "perjudicial" para que la conducta sea punible. No basta una alteración valorativamente neutral, como, por ejemplo, remover la arena del fondo del agua.

De este modo, el delito contra el agua constituye un ejemplo de protección completa, es decir, abarca cualquier alteración no autorizada, ya sea directa o indirecta, dolosa o culposa, en grado de consumación o de tentativa. Por ello se ha dicho que el bien jurídico "agua" goza de una protección penal que va más lejos que la de la libertad o la propiedad.

Como ejemplo del segundo grupo, cabe citar el tipo agravado del delito de producción de ruidos, del apartado segundo del § 325a, que exige que se haya puesto en peligro efectivamente la salud de otro o animales o cosas ajenas. En esta variante, considerada como delito de peligro concreto, plantea interrogantes a los efectos de esta exposición. En cuanto delito de peligro concreto, sólo constituiría un *adelantamiento* de la protección penal con respecto a las lesiones efectivas a animales, personas o incluso a cosas. Pero si se ha de mantener como delito que protege el medio aire mediante un tipo agravado, habrá que entender que la afectación del aire, es decir, la producción de ruidos que tiene relevancia penal se define típicamente como aquella que genere ciertos peligros ulteriores. Como resultado, se estaría utilizando un delito de peligro concreto no tanto como herramienta para criminalizar comportamientos anteriores a una lesión no producida, sino para especificar o cualificar el resultado de *lesión* más grave producido.

Dentro del tercer grupo, el de los delitos de peligro abstracto, el más importante es la manipulación ilegal de residuos o deshechos peligrosos del § 326[10], que castiga el depósito, desagüe o eliminación de deshechos o basuras peligrosos sin autorización. Dado que la pena prevista es la misma que correspondería a un delito de lesiones dolosas (!) –privación de libertad de hasta 5 años o multa– la punibilidad se limita a la manipulación de determinados des-

---

10 Cfr., sin embargo, SEELMANN. Ob. cit., p. 1259, que considera la variante del ap. 1 núm. 3 (manipulación de residuos que por su clase, estado o cantidad sean capaces de alterar perjudicialmente el agua, el aire o el suelo) como delito de peligro potencial o abstracto-concreto.

hechos o residuos, que respondan a las características que la propia ley especifica. Adicionalmente, una cláusula reductora (apartado 6) excluye del tipo la manipulación de cantidades tan reducidas que en ningún caso podrían tener efectos perjudiciales para el medio ambiente.

Como delito de peligro abstracto, no exige ninguna alteración efectiva de un medio, ni tampoco un peligro concreto. Sin embargo, según JAKOBS, éste u otros tipos penales considerados generalmente como de delito de peligro abstracto podrían interpretarse como delitos de lesión, en cuanto que se lesiona el aprovechamiento (*Nutzbarkeit*) del medio ambiente. Una cosa no sólo pierde su utilidad cuando determinadas alteraciones químicas, biológicas o físicas se hayan producido efectivamente, sino también cuando se da la mera posibilidad de que hayan tenido lugar, es decir, cuando se ha roto la confianza en que se conserven en estado óptimo. En último caso, el daño se podría cuantificar en la tarea que ha de llevar a cabo la administración para esclarecer la situación. La diferencia con respecto a otros delitos de lesión estaría en que lo que se lesiona no es el objeto de la acción, sino la relación del titular de un derecho con dicho objeto[11].

III

1. Para extender el análisis de las estructuras típicas en el marco de la consideración del medio ambiente como bien jurídico a los sistemas español y colombiano (ap. v), se ha de prescindir aquí de las grandes diferencias (en ciertos casos, deficiencias) sistemáticas en este ámbito de la parte especial[12]. Para ceñirme al problema que aquí se trata, sólo haré alusión a conductas de contaminación y a algunos tipos de resultado de lesión o de peligro abstracto, de relevancia ilustrativa para esta exposición.

2. El actual sistema español de "delitos *contra* los recursos naturales y el medio ambiente" parece construirse también desde la consideración del medio ambiente y de sus manifestaciones como bien jurídico-penal. El tipo penal que integra el núcleo principal de conductas contaminantes del agua, el aire y el suelo es el artículo 325.1 del Código Penal español de 1995. En él se castiga a quien con incumplimiento de la normativa medioambiental realice alguno de los comportamientos incluidos en una extensa relación casuística (emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas) los

---

11 JAKOBS. Ob. cit., p. 768, n. 22.

cuales "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". A estas conductas se añade, además, la captación de aguas.

Pues bien, antes de analizar este tipo penal omnicomprensivo[13] hay que señalar que la caracterización de su estructura típica en la dogmática española ha generado todas las opiniones posibles. La mayoría jurisprudencial y doctrinal señalan que se trata de un tipo penal *de peligro*, que no exige ninguna *lesión* para que se considere realizado el tipo penal[14]. A partir de ahí se dividen las posturas entre los partidarios de un delito de peligro *concreto*[15], de uno *abstracto*[16] y de uno hipotético, "idóneo" o "suficiente" (con algunas otras variaciones terminológicas); estos últimos se inspirarían en lo que en Alemania se ha deno-

---

12 Por citar algunos ejemplos, la legislación española regula en un mismo título los delitos contra el medio ambiente, los de ordenación del territorio y de ordenación del patrimonio histórico y, sin embargo, no incluye entre los primeros conductas como la manipulación de sustancias radioactivas, que se regulan en el título siguiente entre los delitos de riesgo catastrófico. O, por mencionar otro ejemplo, segrega en capítulos distintos "los recursos naturales" y la "flora y la fauna", aunque estos últimos integran igualmente los sistemas naturales, a los que también se hace referencia en los delitos del primer grupo. Y, por último, recoge en un mismo tipo conductas contaminantes y de explotación irracional de recursos, mientras que parte de estas últimas, concretamente las que afectan al suelo, se incluyen en otros tipos. Por su parte, la regulación colombiana recoge entre los "delitos contra los recursos naturales y medio ambiente" conductas de entidad tan dispar como la manipulación genética o la contaminación con fines terroristas, y difícilmente se prestaría a una distinción entre conductas de contaminación y explotación irracional de recursos, en tanto que incluye un tipo específico de contaminación a través de la explotación de yacimiento minero o hidrocarburo.

13 Así HEINE, en CPC 63, cit., 656.

14 PRAT GARCÍA y SOLER MATUTES señalan que "es pacífica tanto la doctrina como la jurisprudencia en [cuanto a que] el delito ecológico del artículo 325 se configura como delito de *peligro*". *El delito ecológico como delito de peligro o de riesgo*, Barcelona, 2000, pp. 29 y ss. Existen, sin embargo, opiniones distintas.

15 Aquí se llega, generalmente, a caracterizaciones mixtas. Así, VERCHER NOGUERA. "El uso del derecho penal para la protección del medio ambiente en España", en *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá, 2000, pp. 369 y ss., 383; RODRÍGUEZ RAMOS. *Derecho penal*, Parte especial III, Madrid, Universidad Complutense, 1999, p. 184, que califica la acción típica como conducta de "contaminación": pp. 182 y s.; PRATS CANUT, en *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, art. 325*, pp. 867 y ss., 874, matiza que se trata de un "resultado doble": uno de lesión, integrada por un acto de contaminación, y otro de peligro para el ecosistema. Una postura algo distinta en PRATS CANUT y MARQUÈS I BANQUÉ, quienes, por un lado, consideran correcto que el peligro forme parte del tipo (lo que apuntaría a la tesis del delito de peligro concreto), pero añaden que no se debe acreditar el peligro sino la idoneidad general del *acto de contaminación*; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, QUINTERO (dir.), 2.ª ed., art. 325, pp. 1575 y s.; según BOIX REIG y JAREÑO REAL, "estamos ante un tipo de peligro concreto y de resultado": *Comentarios al Código Penal de 1995*, VIVES ANTÓN (coord.), v. II, art. 325, p. 1598; últimamente, SILVA SÁNCHEZ. *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp. 46 y s., quien señala que el tipo exige un resultado "físico-natural" que además sea imputable jurídicamente –requisito que, en realidad, no lo distingue de otros delitos de resultado–, y un peligro "grave" que debe considerarse un elemento normativo del tipo: pp. 78 a 80; CARO CORIA. *Derecho penal del medio ambiente*, Lima, 1999, opta por un delito de peligro concreto, si bien apunta que la gravedad depende del "grado de afección al bien jurídico-penal": pp. 615 y ss., 621.

minado "delito de idoneidad"[17] (*Eignungsdelikt*), y que en España se ha adoptado como categoría intermedia. Excepcionalmente, se ha sostenido que el artículo 325.1 es un tipo *de resultado de lesión*[18].

Comenzando por la jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo ha reiterado que el delito contra el medio ambiente que se sanciona en el artículo 325 del Código Penal español es un delito de peligro *concreto* que se consuma con la creación del riesgo a través de alguna de las actuaciones establecidas en el tipo, sin que sea necesaria para que tenga lugar la efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, puesto que, en este caso, estaremos ante un delito de lesión que se castigará separadamente[19]. Alguna sentencia en sentido contrario dio ocasión al Tribunal Constitucional de pronunciarse al respecto. El juez constitucional admitió que "el tenor literal de la norma no expresa textualmente la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente"[20], pero concluyó que no es instancia competente para dilucidar cuál de las interpretaciones es la correcta.

La postura aún mayoritaria despierta, sin embargo, algunos interrogantes ya anticipados anteriormente. Partiendo de que la estructura del delito de puesta en peligro concreta de un bien jurídico se corresponde, por definición, con una imputación en fase previa a su lesión material, parecería que la interpretación jurisprudencial que exige dicho peligro concreto está pensando, en realidad, en peligros para bienes jurídicos individuales. Sin embargo, esto no es plausible, pues estaríamos hablando de la modalidad típica que ya está expresamente recogida como agravante en el segundo apartado del artículo 325. Si, por el contrario, el bien jurídico supuestamente protegido es, en efecto, el medio

---

16 Originalmente SILVA SÁNCHEZ. "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal", en *La Ley*, 1997, t. 3, pp. 1714 y ss., 1716, quien se muestra aquí crítico con su legitimidad; TERRADILLOS BASOCO. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Derecho penal del medio ambiente*, TERRADILLOS (ed.), Madrid, 1997, pp. 35 y ss., 48.

17 Son los denominados, en otras terminologías, delitos de peligro potencial o de peligro abstracto-concreto, en los que la decisión sobre la idoneidad para lesionar no le corresponde al legislador sino al juez; cfr., p. ej., SEELMANN. Ob. cit., p. 1258.

18 Así POLAINO NAVARRETE. "Landesbericht Spanien", en *Straftaten gegen die natürlichen Ressourcen und die Umwelt*, GÜNTER HEINE (ed.), Friburgo 1997, pp. 497 y ss., 512 y s., para quien las conductas de contaminación subsumibles entre los modos de comisión previstos en el delito integran el tipo penal en cuanto que afecten a los objetos típicos modificando su estructura y composición natural; cfr. así mismo GARCÍA RIVAS. *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, pp. 111 y ss., en especial 115 (con referencias en nota 289) y 116.

19 STS del 3 de marzo de 2000.

20 STC del 9 de marzo de 1999.

ambiente en cualquiera de sus manifestaciones, cabría preguntarse qué acciones son las que al recaer directamente sobre él (también objeto de la acción) y alterarlo de forma "real" e incluso en términos superiores a lo que la normativa administrativa permite solamente crean un peligro concreto para el bien jurídico que no se materializa en un resultado de lesión. En otras palabras, ¿cómo se podría contravenir la normativa medioambiental vertiendo aguas residuales al mar, emitiendo sustancias químicas al aire, excavando arbitrariamente el suelo o depositando en él productos en estado de descomposición sin llegar a producir una alteración real del medio ambiental? Por otro lado, la dirección a la que apuntan los "esfuerzos" interpretativos cabe presumir que consiste en *limitar* la punibilidad a las alteraciones ambientales de mayor entidad, lo que contrasta con la función propia de los delitos de peligro. Y, finalmente, los únicos delitos de lesión que, según el Tribunal, se castigarían "separadamente" serían los de lesión de bienes jurídicos individuales, pues aparte del artículo 325.1 no existiría ningún otro tipo básico de *lesión del medio ambiental* (exceptuando aquí los espacios naturales protegidos, la flora y la fauna). Ello implicaría que entre la puesta en peligro concreta del medio ambiente y la puesta en peligro de bienes individuales a través de alteraciones del medio ambiente (art. 325.2) existiría un vacío legal inexplicable, que es, precisamente, el delito de resultado de lesión del medio ambiente. En consecuencia, la solución más plausible y capaz de armonizar estructura típica y razón de la punibilidad en el caso de alteraciones ambientales "que pongan en peligro el equilibrio de los sistemas" sería no obviar una lesión material sino, al contrario, considerar el artículo 325.1 como delito de resultado de lesión medioambiental y concentrar los esfuerzos en precisar cuáles son los resultados relevantes según las exigencias del tipo. Los problemas de determinación que aquí se plantean no son distintos a los de otros delitos de esta clase, si bien se acusa en este campo la falta de tradición jurídica. Así, por ejemplo, tampoco son lesiones corporales típicas cualesquiera contactos o alteraciones físicas más o menos molestas (un pellizco en un brazo o seccionar un pelo), pero nadie pensaría en prescindir completamente de la afectación "real" a la hora de determinar qué concepto de incolumidad personal rige en la sociedad.

No creo que esta interpretación difiera radicalmente de la mayoritaria *en los resultados prácticos*, pues lo que unos denominan peligro concreto, sin poder negar convincentemente que exista una alteración (física), y lo que aquí se denomina resultado de lesión penalmente relevante son en ambos casos las contaminaciones graves –si se quiere, peligrosas–, penalmente relevantes. La ventaja de la interpretación aquí defendida es que no "adultera" la estructura funcio-

nal propia de los tipos penales de peligro y constituye un paso consecuente con la definición del medio ambiente como bien jurídico.

Los partidarios de un delito de idoneidad o peligro hipotético, como DE LA CUESTA, sostienen así mismo que "la alteración perjudicial de la composición natural o previa de la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas [...] no es ni resultado de la acción ni condición objetiva de punibilidad"[21]. Argumentan que ello se justificaría porque lo que el legislador quiere no es castigar la contaminación, sino evitarla. Por tanto, los vertidos, las emisiones, etc., serían modalidades de acción que no llegarían a constituir el resultado, sino que en unas ocasiones contaminarían y en otras no, sin que el juez tenga que comprobarlo[22]. Como contrapartida, se sostiene que la consideración del resultado como elemento del tipo plantearía los siguientes problemas:

– Restringiría el ámbito de protección del tipo.

– Generaría "importantes problemas de causalidad referidos a la determinación del concepto de contaminación y la delimitación de las conductas 'contaminantes'".

– Por último, dado que toda contaminación conlleva la lesión de algún elemento medioambiental sería absurdo exigir posteriormente que tal lesión a su vez "pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales", pues éste ya habría sido alterado.

La supuesta restricción del ámbito de la protección del tipo no es convincente, pues allí donde no haya resultado típico se seguirían aplicando las reglas generales para castigar esos mismos comportamientos peligrosos; pero además, sería extraño castigar penalmente el comportamiento anterior al resultado material de lesión pero no éste último. Dicho en términos vulgares, sería como "empezar a construir la casa por el tejado".

En cuanto a los problemas de causalidad que se aducen, tampoco esto es acertado en la medida que, como se reconoce en el tercer argumento, todo acto de contaminación produce una alteración del medio ambiental. Cualquier emisión o vertido provoca necesariamente una transformación, salvo que las sustancias emitidas o vertidas tengan la misma composición que el medio afectado. Supuestos como la concurrencia de causas, que suelen aducirse como dificultad principal[23], ni tienen por qué excluir la imputación del resultado ni tampoco constituyen

---

21 DE LA CUESTA. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2.ª ed., Valencia, 1999, p. 240.

22 Ibíd., p. 241.

23 Así, p. ej., TERRADILLOS. Ob. cit., p. 48; PRATS CANUT. Ob. cit.

una peculiaridad exclusiva de esta clase de delitos[24]. La dificultad no está, por lo tanto, en demostrar una alteración física[25]. Por lo demás, la determinación de qué es una lesión medioambiental no es el problema a evitar, sino, precisamente, *el* problema objetivo-normativo que se debe resolver desde el sistema penal, aplicando criterios extraídos a partir del propio concepto jurídico-penal de medio ambiente en sus distintas manifestaciones. En este sentido, la exigencia del artículo 325 de "que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" no ha de entenderse como una simple reiteración, sino –y en esto habría un cierto punto de acuerdo– como "cláusula de idoneidad". Esta, si bien no sería imprescindible en el texto, podría cumplir la función de insistir en la necesidad de restringir las alteraciones a las penalmente relevantes según la finalidad del precepto. Ahora bien, la existencia de dicha cláusula en un texto legal no predetermina la calificación general del delito como de resultado o de peligro, pues la "idoneidad para algo" se puede predicar respecto a un resultado, a un peligro o a cualquier otro elemento del tipo[26].

Por último, el derecho penal sí quiere castigar la contaminación, pero no para "salvar" bienes, pues para eso siempre llega tarde, sino para confirmar contrafácticamente la validez actual del medio ambiente como parte de la realidad normativa, con independencia de que dicha validez pueda ser igualmente defraudada con un comportamiento anterior a la destrucción material (que no necesariamente física) del bien jurídico.

IV

En el Código colombiano resulta especialmente significativa y compleja la relación entre el artículo 331 de "daños en los recursos naturales" y el artículo 332 de "contaminación ambiental". El artículo 331 penaliza formas de *daño* a los

---

24 Cfr. KLEINE-COSACK. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, pp. 119 y ss.

25 Como señala KLEINE-COSACK, aludiendo a la jurisprudencia, cuando es conocido que se ha realizado un vertido –o una emisión, etc.–, y de qué sustancias, la alteración es un resultado inevitable, y no ha de ser probado (p. 86).

26 Ejemplos en HOYER. *Die Eignungsdelikte*, pp. 18 y ss. y pássim. Incluso un delito de resultado de lesión, como el de la contaminación de aguas en el § 324 del Código Penal alemán, podría considerarse como delito de idoneidad (*Eignungsdelikt*), aunque formalmente dicha cláusula no aparezca en el tipo (KLEINE-COSACK. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, p. 125), pues es necesario comprobar que se trate de una alteración "perjudicial", lo que implica ya un concepto de relación (pp. 89 y ss.). HOYER tampoco excluye que un concepto material de idoneidad pueda ser aplicable a otros delitos que no contengan literalmente dicho término (p. 199); cfr., en cambio, DE LA CUESTA AGUADO. Ob. cit., p. 138, donde asocia este elemento únicamente a la acción (p. 138).

recursos naturales que les causen una "grave afectación". El artículo 332 castiga, con una pena ligeramente superior, la *contaminación* del aire, el suelo, las aguas o "*demás* recursos naturales" que ponga en peligro la salud o determinados recursos explícitamente mencionados. Una delimitación general entre ambos tipos según que los comportamientos afecten a recursos naturales o afecten al agua, el suelo y las aguas como medios específicos no parece practicable. El artículo 332 añade a los medios específicos señalados los "*demás* recursos naturales", admitiendo así que tanto unos como otros son recursos naturales, parte del medio ambiente. Por su parte, el artículo 331 menciona los "recursos naturales" refiriéndose a los que se contienen en ese título, con lo que, nuevamente, abarcaría todos. En segundo lugar, una delimitación general entre conductas de dañar y conductas de contaminar tampoco es factible, pues toda contaminación constituye un daño, y en cualquier caso ambas constituyen *alteraciones* físicas que en cada caso pueden ser de distinta o, mejor, de la misma gravedad.

La distinción ha de residir en que la consumación material, que en el artículo 331 consiste en la *lesión* que cause una afectación grave a los recursos, en el artículo 332 debe contener un *plus*: la alteración grave del medio ambiente debe además poner en peligro otros bienes jurídicos. El tipo penal exige, por tanto, la puesta en peligro de la salud, pero también menciona, alternativamente, la puesta en peligro de otros recursos determinados (fauna, flora, bosques y recursos hidrobiológicos) los cuales, como bienes jurídicos medioambientales especiales, gozarían de este modo de una protección adelantada. Como resultado, estaríamos ante una combinación en un mismo tipo de, por un lado, *adelantamiento* de la protección penal *de la salud de las personas* a través de la criminalización de comportamientos de *puesta en peligro concreto*, y, por otro lado, de *adelantamiento* de la protección penal *de ciertos recursos medioambientales*, es decir, de bienes jurídicos y a su vez *adelantados o interpuestos*, a través de la criminalización de comportamientos de puesta en peligro concreto de dichos bienes jurídicos. De este modo, la estructura de imputación de este tipo complejo se revela ciertamente irregular, pues el adelantamiento de la punibilidad de bienes adelantados se castiga con la misma pena prevista para la puesta en peligro concreta de bienes jurídicos altamente personales. En la medida en que el peligro concreto se genere mediante una lesión material punible del bien interpuesto, con respecto a éste último se estaría castigando con la misma pena la consumación material y la mera puesta en peligro.

V

Resumen de conclusiones:

1. La falta de una base teórica específicamente social en la definición del medio ambiente como bien jurídico penal y el dominio de la perspectiva de bienes jurídicos individuales genera estructuras de imputación atípicas desde el punto de vista de su función con respecto al bien jurídico.

2. La definición del medio ambiente como bien jurídico-penal, típicamente objeto de la acción, permite configurar un buen número de tipos penales de lesión de manera consecuente.

3. El recurso a delitos de peligro concreto en los que domina la perspectiva del peligro para otros bienes jurídicos desplaza al medio ambiente como bien jurídico y relega las alteraciones medioambientales a medios modos de lesionar, o bien genera interpretaciones confusas.

4. El recurso a delitos de peligro concreto y de peligro abstracto *contra* el medio ambiente requiere una legitimación especial en cuanto que se trate de castigar conductas en fase anterior a la lesión de bienes jurídicos "adelantados". Muchos de estos delitos pueden ser redefinidos, sin embargo, como lesiones o lesiones cualificadas del medio ambiente.

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano

PARTE PRIMERA: PROLEGÓMENOS

I. MATERIA OBJETO DEL ESTUDIO: LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS

Los delitos de funcionarios, pese a lo que pudiera parecer *prima facie*, no pueden ser identificados exclusivamente con los incluidos en el título XV del Código Penal colombiano referido a los "Delitos contra la administración pública" (arts. 397 a 434), si bien es cierto que en este título se recogen prácticamente los más significativos, como los "clásicos" del prevaricato (arts. 413 y ss.), el cohecho (arts. 405 y ss.) y el peculado (arts. 397 y ss.), junto con otros no tan conocidos para el lego, como la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), el asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421), etc.

Pero, como digo, ni todos los delitos que se incluyen en este título son delitos de funcionarios, ni todos los de funcionarios se incluyen en dicho título XV. Así, no lo son los recogidos en el artículo 407, referido al cohecho por dar u ofrecer, que se refiere al particular, en el artículo 429, referido, de nuevo, al particular que ejerza violencia contra el servidor público, el del artículo 430, etc.

Por lo demás, también hay delitos de funcionarios que no se incluyen en este título XV del Código Penal. Esto sucede, al menos, respecto de dos grandes grupos de delitos.

En primer lugar, han quedado fuera una serie de delitos de funcionarios que, a pesar de estar positivados expresamente, se encuentran en otros lugares del Código Penal, fuera del título XV. Así, el favorecimiento de voto fraudulento (art. 392), la mora en la entrega de documentos relacionados con una votación (art. 393), la denegación de inscripción (art. 396) o el favorecimiento de la fuga de presos (art. 449), etc.

En segundo término, a todos estos delitos de funcionarios expresamente positivados habría que sumar otro grupo de delitos de funcionarios que no se encuentra expresamente tipificado como tal, sino que ha de inferirse de la dogmática general de los delitos de omisión. En efecto, han quedado fuera de la mención expresa del Código Penal en su parte especial, aunque no así en su parte general a través del artículo 25, aquellos delitos en que un funcionario en su ámbito de competencia deja que un tercero lleve a cabo un delito que él, por ser de su competencia, debía impedir. Así, por ejemplo, el guarda forestal que, conscientemente, no avise ante un incendio responderá en virtud del artículo 331 del Código Penal (daños a los recursos naturales), puesto que, como fun-

cionario, estaba indudablemente en posición de garante de impedir el resultado. Lo mismo cabe decir del funcionario de policía que no impide un homicidio que se va a producir, de tal modo que responderá por el artículo 103 del Código Penal, etc.

II. UNA PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL

A. Conocida es la distinción entre la parte general y la parte especial del derecho penal. El propio Código Penal titula su libro primero con la rúbrica "parte general", en tanto encabeza su segundo libro con el correspondiente "parte especial". La parte general se suele definir como el "común denominador" de la parte especial. Se trata de normas –explicado a grandes rasgos– que informan sobre cómo se han de aplicar los tipos de la parte especial, o, en su caso, en qué supuestos éstas no han de ser aplicadas. La parte especial, por su parte, contiene las normas de comportamiento concretas, o dicho de una forma fácilmente entendible, los delitos en particular.

Así pues, y como su propio nombre lo indica, la parte general de los códigos penales señala las pautas según las cuales han de analizarse los diferentes delitos de la parte especial. La parte general es, por ello, un producto de una elaborada teoría del delito que ofrece un esquema para la comprensión y solución de los diferentes problemas de la parte especial. Y es que resulta evidente que los jueces no pueden crear cada vez que tienen que aplicar un tipo de la parte especial una teoría del delito *ad hoc* para él. Pero, aparte de esta obviedad de carácter práctico, la distinción entre parte general y especial adquiere también relevancia en el plano dogmático. Así, por ejemplo, la opinión mayoritaria sostiene que la prohibición de la analogía en contra del reo únicamente rige para las normas de la parte especial y no para las de la parte general. Otro tanto cabría decir de la aplicación de la costumbre como fuente del derecho penal, etc. Baste recordar a este respecto que figuras como la comisión por omisión o la denominada autoría mediata, figuras de la parte general, fueron aplicadas por la jurisprudencia y reconocidas por la doctrina antes de toda regulación positiva sobre ellas (actuales arts. 25 y 29 C. P.).

Aunque "la tarea propia de la dogmática de la parte especial, por lo tanto, es la de particularizar el concepto general del delito en relación con los hechos punibles concretos que componen el catálogo de acciones prohibidas y punibles del ordenamiento jurídico", esto es, "ayudar" a la parte general, a veces puede suceder lo contrario, a saber, que sea la parte especial la que nos dé la pauta sobre la parte general: en ocasiones también es posible extraer de la mano

de los delitos de la parte especial una serie de normas con vigencia para un determinado grupo de delitos, como a continuación veremos como ejemplos para los delitos de funcionarios.

No todas las normas de la denominada parte general están positivadas en los códigos penales. Incluso muchos de los conceptos que encontraron asiento legal en el proceso codificador, *v. gr.*, las reglas del error, del dolo, etc., no se agotan en las palabras de la ley. Así, por ejemplo, las reglas del error se encuentran necesitadas de complementación ya desde el momento en que se reconoce que no son de igual aplicación al derecho penal fundamental (o "nuclear") que al derecho penal accesorio. Tampoco el concepto de dolo, del que tanto se ha escrito, agota su contenido en el artículo 22, aun siendo éste ciertamente detallado. Pues, ¿cómo se ha de llevar a cabo la imputación subjetiva: de una forma normativa o psicologizante? En definitiva, ¿cómo sabemos lo que quería el autor? Estas, y otras muchas, son preguntas que obviamente no encuentran respuesta adecuada en la parte general positivada de los códigos penales, aunque es obvio que tanto éstas como las respuestas que se les dé pertenecen a la parte general.

Estas son las "otras normas" de la parte general. En efecto, la obligada generalidad y, por tanto, relativa indeterminación de las normas de la parte general ha exigido al práctico y al teórico el desarrollo de reglas y criterios allende lo positivado, que permitan la adecuada aplicación de las normas de la parte especial. Estos criterios, que en la ciencia penal alemana han sido denominados como "*teorías generales de la parte especial*" (E. WOLF, K. TIEDEMANN), son, por ejemplo, la clasificación de los delitos en delitos de peligro o de resultado, la especificación de las denominadas leyes penales en blanco, la singularización de los llamados delitos de apropiación, el establecimiento de unas reglas de causalidad e imputación objetiva, de imputación de conocimientos, y, por lo que aquí interesa, *la clasificación de los delitos en delitos de dominio del hecho y delitos de infracción de deber.*

Estas metarreglas a las que me refiero, como digo, no encuentran habitualmente plasmación expresa en la parte general de los códigos penales, pero no por ello dejan de ser normas de la misma. Ayudan a la aplicación de los distintos tipos de la parte especial, puesto que indican a qué tipos y de qué forma se han de extender las otras normas de la parte general, sus compañeras de viaje positivadas. Sin estas metarreglas de la parte general, la parte general positivada sería inaplicable, por lo que *en las positivadas se ha de ver también la autorización* a los jueces para desarrollar y utilizar estas otras reglas dogmáticas. En definitiva, se trata de metarreglas de la dogmática que son aplicadas por los

jueces a la luz de los avances de la dogmática jurídico-penal y sus apoyos iusfilosóficos, así como de su propia jurisprudencia. No sin razón FEUERBACH, en su *Tratado de derecho penal*, había denominado a la parte general, parte filosófica, y a la parte especial, parte positiva.

Las reflexiones que a continuación se exponen pretenden constituir el inicio de una parte general del tema objeto de este estudio, los delitos de funcionarios. El método es –ha sido–, pues, inductivo, por cuanto se adquiere un conocimiento general de los delitos de funcionarios de forma ascendente, a saber, mediante el estudio de los principios que se cumplen en ellos uniformemente en la parte especial. Para convertirse luego en método deductivo, por cuanto se infiere de las pautas así obtenidas una regularidad para *todos* los delitos de funcionarios. En las próximas páginas se recogen, en forma resumida, las conclusiones obtenidas a la luz de esta metódica. Se quiere con esto poner en duda la afirmación de HANS WELZEL según la cual el título dedicado a los delitos de funcionarios –WELZEL se refería lógicamente al Código Penal alemán– contendría "un conjunto bastante asistemático de delitos". Puede que tenga razón VIVES cuando afirma: "No hay [...] más parte general de la parte especial, que la propia parte general", pero, en todo caso, las reflexiones que a continuación se exponen se refieren a un ámbito de la parte general frecuentemente olvidado, a las "teorías generales de la parte especial" que ya fueron mencionadas.

B. Como ya se ha aludido, las metarreglas a las que me refiero, de la parte general de los delitos de funcionarios, se basan principalmente en el hecho de que estos delitos pertenecen a la categoría de los denominados delitos de infracción de deber –aunque no todos los delitos de infracción de deber sean delitos de funcionarios–. Hagamos, pues, una breve presentación de esta categoría.

En general, hay dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos importante al hecho delictivo –*delitos comunes o de dominio del hecho*– (con dominio o sin dominio del hecho), o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su *cuidado y fomento*; esto es, mediante un deber especial –*delitos de infracción de deber*–. En el primero de los supuestos, en los delitos de dominio, es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos. En el segundo de los supuestos –en los delitos de infracción de deber–, en cambio, bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una rela-

ción institucional positiva (de fomento y ayuda), con anterioridad al hecho delictivo. Por ejemplo, cuando alguien facilita a un tercero un arma para que éste cometa un homicidio (art. 138 C. P.), es evidente que ambos –autor y partícipe– han organizado de forma defectuosa, y que si tal organización delictiva no se hubiera producido ellos no hubiesen entrado en contacto con el bien jurídico. Según se considere que su organización constituye o no un aporte con el que domina el hecho delictivo, su responsabilidad será como autor o coautor, o tan sólo como partícipe, pero en cualquier caso –si no concurren otras circunstancias–, y debido a su organización defectuosa, ambos responderán. Estos son los delitos de dominio del hecho, también llamados, últimamente, de organización.

Ejemplo paradigmático del *delito de infracción de deber* es, en cambio, el de la madre que deja morir de hambre a su hijo u omite impedir que un tercero le lesione. En efecto, que la madre se encuentra vinculada con su hijo con independencia del hecho delictivo, en virtud de la patria potestad, no requiere aquí de mayores explicaciones. En el ejemplo propuesto es cierto que ella, y debido a que tan sólo omite, *no domina el hecho* en el sentido habitual de este concepto –en el segundo supuesto es claro que el hecho es dominado por el tercero que lesiona–, pero no por esto ha de quedar la madre libre de responsabilidad. En efecto, debido a la institución positiva patria potestad, la madre, sin duda, tiene un deber positivo de cuidado respecto de su hijo. Puesto que la relación es positiva –la madre debe cuidar de su hijo y *no sólo no dañarle* como en la relación negativa de los delitos de dominio–, es claro que, aunque en el caso concreto *no haya organizado nada*, deberá impedir la muerte de su hijo, dándole de comer o evitando las lesiones de manos de terceros. Estos delitos, a diferencia de los de dominio del hecho u organización, tienen su base en un comportamiento solidario o de ayuda. Se trata de un comportamiento solidario porque, *aunque no se haya organizado nada*, existe un deber positivo que vincula siempre, y que obliga a ayudar y fomentar el bien jurídico. Un deber de ayuda que no se basa en una *auto*obligación mediante una organización previa, sino, como digo, en un deber solidario. Lo cual diferencia a estos delitos de los de dominio del hecho o de organización. En ellos se responde simplemente porque se ha organizado algo dañino, porque se ha realizado un aporte –sólo o con otros– a un hecho criminal, lo cual, obviamente, no tiene nada que ver con una obligación nacida de un deber de solidaridad.

Pero no sólo los casos de la madre y su hijo se han de considerar como de infracción de deber. También, entre otros, los delitos de funcionarios, aquellos que en la antigua terminología se denominaban de forma visionaria "delitos

especiales", son considerados hoy como delitos de infracción de deber. Los funcionarios del Estado tienen deberes especiales, deberes que no posee todo ciudadano, y que, como a continuación se explicará, al igual que en el caso de la madre, son deberes positivos de cuidado y fomento basados en una solidaridad estatal en sentido amplio, respecto de los bienes jurídicos que entran en su competencia. Veamos un ejemplo: imaginemos un ciudadano tan poco cívico que lleva varios años sin pagar sus rentas al Estado. Imaginemos también que, tras descubrirse esta circunstancia, se le incoa por este motivo un procedimiento administrativo, o, incluso, pensemos que se encuentra procesado por un delito de evasión fiscal. Pues bien, incluso en este caso, ese ciudadano seguirá teniendo derecho a algunas prestaciones estatales fundamentales, como dije, con base en una solidaridad estatal. Si se produce un robo en su casa, la policía no podrá argüir que no interviene porque la víctima no contribuye con sus rentas al mantenimiento de la seguridad interior del Estado (entre otras instituciones, al sostenimiento de la propia policía), y si su vivienda resulta afectada por el fuego, tampoco en aquella circunstancia podrá ampararse el cuerpo de bomberos para no extinguir el incendio; por último, por mencionar otro ejemplo, también este ciudadano tendrá derecho al beneficio de la justicia gratuita –incluso para defenderse de las imputaciones de evasión fiscal–.

Con todo esto se quiere decir que no es necesario que el bombero, el policía o el juez actúen movidos por impulsos solidarios –en realidad, en gran medida actúan porque se les paga un sueldo–; pero ellos no son sino la correa de transmisión de una fuerza nacida en la solidaridad y que, según los casos, hunde sus raíces en el Estado social, en principios humanitarios, etc. El Estado ofrece protección por motivos de solidaridad –*v. gr.*, mediante la policía o el aparato judicial– también a aquellos que no pueden pagarla, incluso a aquellos que no han contribuido –de forma contraria a su obligación– a su sostenimiento. Por ello –junto con otros motivos que aquí han de dejarse de lado–, en la actualidad la moderna dogmática penal considera los delitos de funcionarios como delitos de infracción de deber: el funcionario tiene un deber positivo de cuidado y fomento respecto de los bienes jurídicos que son de su competencia, un deber especial que nace de su cargo como servidor del Estado (art. 20 C. P.).

Tras estas breves pinceladas sobre los delitos de infracción de deber paso ya, pues, a la parte general de los delitos de funcionarios con base principalmente en su pertenencia a esta categoría.

PARTE SEGUNDA: DELITOS DE FUNCIONARIOS

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos de funcionarios son delitos de infracción de deber. Aunque en ocasiones se sostiene que no todos los delitos que puedan cometer los funcionarios públicos (o autoridades), en relación con el ejercicio de sus cargos, son reconducibles a un denominador común, según la teoría del delito de infracción de deber que ha sido presentada muy resumida supra se ha de afirmar lo contrario: la calificación como de delitos de infracción de deber une a todos los delitos de funcionarios, ya que, como se infiere sin más de la teoría de la infracción de deber, si bien no todos los delitos de infracción de deber son delitos de funcionarios, todos los delitos de funcionarios lo son de infracción de deber, como, por otra parte, reconoce la doctrina mayoritaria en Alemania.

Esta tesis ya ha encontrado apoyos entre la doctrina científica más moderna en España y Colombia. Así, para el primero de estos países, BACIGALUPO señala que "los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo con los principios del Estado de derecho", clasificando, por tanto, a estos delitos como de infracción de deber. Por ello, el bien jurídico dañado con tales comportamientos residiría en la confianza de todos los ciudadanos en el ejercicio de la función administrativa o judicial, según los principios constitucionales. También la jurisprudencia española ha avanzado en este sentido. Ya en 1974 señalaba:

> El alegato del recurrente se sustenta en el erróneo pensamiento jurídico de considerar la malversación de caudales públicos como un delito eminentemente patrimonial o de defraudación del erario público, cuando en realidad, si bien existe ese fondo de quebranto patrimonial, *sobre él prima, y aquí reside la verdadera naturaleza jurídica* y entraña del delito apreciado, *la infracción del deber* de fidelidad inherente a quien se constituye por oficio público o por cualidad asimilada depositario judicial o investido de tal condición por la interposición de la autoridad... (STS de 26 de septiembre de 1974).

Últimamente el Tribunal Supremo ha calificado ya de forma expresa el cohecho como un delito de infracción de deber (STS del 12 de febrero de 1997).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en su reciente y conocida sentencia del 13 de noviembre de 2001 (M. P.: MONTEALEGRE LYNETT), recoge también esta moderna doctrina de forma muy convin-

cente y señala: "Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas de las sociedad", aclarando que "se trata de deberes positivos, porque, al contrario que los deberes negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos"; y afirma correctamente –en relación con el quebranto de los deberes del Estado como delitos de infracción de deber:

> El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente [...] En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que éstos cometan en contra de los habitantes.

Aunque es cierto que hay importantes voces discrepantes, no lo es menos que incluso autores que en general no han abrazado la categoría del delito de infracción de deber argumentan de forma parecida a como lo haría ésta, al menos en lo referido a los delitos de funcionarios. Referido al delito de prevaricación de funcionario del artículo 404 C. P. español, resalta, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE en este sentido el carácter supraindividual del bien jurídico, como es propio de los delitos de infracción de deber:

> Sujeto pasivo del presente delito es la propia administración pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho-deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa, por parte de los titulares a los que la misma corresponde. De modo adicional y secundario puede ser también eventualmente afectado con la conducta típica el propio administrado, en la esfera de los legítimos intereses administrativos que conforme a derecho le asistan, y sobre los que incida, perjudicándolos, la arbitraria resolución recaída.

También GONZÁLEZ RUS considera que en el delito de prevaricación del Código Penal español resulta relevante ante todo "la lesión de la administración de justicia", aunque ésta –en ocasiones– pueda suponer "al tiempo un peligro abstracto para bienes jurídicos personales", en cuyo caso "deberá apreciarse el

correspondiente concurso de delitos cuando se produzca la lesión efectiva de alguno de ellos ([...] prevaricación judicial y detención ilegal, por ejemplo)". Con esto es indudable que de nuevo se subraya el carácter de infracción de deber del delito de prevaricación. Por último, el propio MUÑOZ CONDE, quien rechaza la categoría del delito de infracción de deber, también realiza en ocasiones concesiones en este sentido: "En cuanto a su naturaleza [la del delito de malversación de caudales públicos] ésta es, por una parte, *común a todos* los delitos comprendidos en el título XIX, en cuanto constituye una *infracción del deber* de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración...".

Y es que, en efecto, la cualidad de funcionario en estos delitos no califica simplemente el delito al modo que podría hacerlo la circunstancia agravante número 9 del artículo 58 C. P. colombiano, que dispone que son circunstancias de mayor punibilidad "la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad por su cargo [...] oficio o ministerio". Por contra, estos delitos de funcionarios quebrantan, en todo caso, una institución positiva estatal, sea la institución justicia –como en el prevaricato (arts. 413 y ss. C. P. colombiano)–, sea la administración pública –como en el cohecho (arts. 405 y ss. ibíd)–. Precisamente debido a la trascendencia y envergadura de la institución positiva dañada es por lo que estos delitos tienen una gran repercusión pública y conmueven grandemente a la conciencia social: que quien tiene que dictar sentencias justas las dicte injustas; que el policía, quien tiene que proteger, cometa lesiones; que el que ha de velar por la reserva de ciertos secretos los divulgue, etc., no puede sorprender que produzcan una gran alarma social.

Del daño de una institución positiva estatal, de esta especialidad propia de los delitos de funcionarios como delitos de infracción de deber, se derivan, al menos, dos consecuencias inmediatas que no necesitan ya de prueba particular.

En primer lugar, puesto que la lesión del bien jurídico "confianza de los ciudadanos en la limpieza de la justicia o en una correcta administración pública de acuerdo con los principios del Estado de derecho" es lo que da lugar a los delitos de funcionarios, posibles lesiones de otros bienes jurídicos distintos suponen, en su caso, el concurso de nuevos delitos, pero precisamente eso, concurso de delitos y no la agravación del delito de funcionario que es absolutamente independiente. Así, en el delito de prevaricato, y pese a como quizá pudiera interpretarse el artículo 415 C. P. colombiano, no se deben llevar a cabo distinciones en orden al establecimiento de la pena, según que la sentencia prevaricadora haya sido dictada en causa criminal por delito o en el resto de los procedimientos, ni, por otro lado, atendiendo a si la sentencia se ejecutó o no (como, por cierto equivocadamente, hace el Código español). En efecto, el

hecho de que la sentencia injusta haya sido o no ejecutada nada tiene que ver con la infracción del deber del juez, sino que, en su caso, dará lugar a un concurso con otros delitos, como puede ser el delito de detención ilegal, el de estafa, etc. En caso contrario resultaría beneficiado el juez que mediante una sentencia prevaricadora privase de la libertad a alguien (agravación de la pena del delito de prevaricación), frente a aquel que sin ser juez –y sin sentencia– llevase a cabo la misma privación de libertad.

La segunda consecuencia se refiere a la tradicional clasificación doctrinal de los delitos especiales o de infracción de deber en propios e impropios, con importantes consecuencias en el ámbito de la participación, de las que nos ocuparemos infra (VII. E). Según lo que se acaba de exponer, tal clasificación ha de ser puesta en duda. En efecto, ya que tanto en el caso del denominado delito de infracción impropio como en el del propio nos hallamos así mismo ante el quebrantamiento de una institución positiva estatal de fomento y ayuda a un determinado bien jurídico, la distinción que tradicionalmente se venía realizando entre delitos de funcionarios propios e impropios resulta, cuanto menos, superflua, amén de que si se quieren inferir conclusiones de ella las mismas resultarán equivocadas. En todos los delitos de funcionarios la infracción de deber *fundamenta la pena* y no sólo la eleva, como se sostiene para los llamados delitos de funcionarios impropios. No se puede decir que allí donde haya un tipo denominado básico y luego otro referido a los funcionarios estemos ante un caso de agravación para los funcionarios, pues se trata de un delito totalmente diferente: en el –mal– denominado tipo básico, un delito de dominio; en el delito de funcionario, un delito de infracción de deber.

II. TIPO OBJETIVO: EQUIVALENCIA ACCIÓN-OMISIÓN

Como la moderna doctrina colombiana ha puesto de manifiesto recientemente (PERDOMO TORRES), de la mano de reflexiones iusfilosóficas, en los delitos de infracción de deber la distinción acción-omisión es absolutamente superflua. Así, pues, en los delitos de funcionarios, como delitos de infracción de deber que son, existe una equiparación absoluta entre el comportamiento que quebranta el deber por medio de una omisión y aquel que lo hace a través de una acción. Esta conclusión no es ya una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino más bien de lógica jurídica: si un funcionario debe cumplir un deber positivo, su incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone (acción) como si simplemente no actúa para cumplirlo (omisión). Algunos ejemplos pueden demostrar a qué me refiero.

Que un juez no incluya en la sentencia hechos que fueron probados (omisión) o incluya hechos que no lo fueron (acción) no puede tener obviamente relevancia alguna respecto del delito de prevaricación, sino sólo atendiendo a un pensamiento naturalista que se quede en la fenomenología, en el aspecto externo del comportamiento. En ambos casos, en el comportamiento activo y en el omisivo, el juez ha infringido igualmente su deber, por lo que en ningún caso se justifican las diferencias punitivas entre el prevaricato por acción (art. 413) y el prevaricato por omisión (art. 414) del Código Penal colombiano. Pues, en estos casos, ¿profiere el juez una resolución manifiestamente contraria a la ley (art. 413 = acción), a saber, la sentencia injusta, o, antes bien, omite un acto propio de sus funciones (art. 414 = omisión), es decir, el no recoger los hechos probados como debiera? Como vemos, estamos ante una distinción artificial. El dilema es, pues, irresoluble, porque la diferenciación acción-omisión carece de sentido. Cuando González Rus afirma que "no son casos de omisión sino de acción aquellos en los que la injusticia proviene de haber silenciado o ignorado en la decisión aspectos relevantes de la misma", parece más bien un intento de maquillar el resultado para afirmar una acción, allí donde había una omisión (aunque, como digo, desde nuestra perspectiva esto sería, de todas formas, irrelevante). Lo mismo cabe decir del funcionario que a sabiendas y de forma injusta no impone una sanción a un ciudadano (omisión) por tratarse de un amigo suyo o, al contrario, se la impone a un enemigo suyo (acción).

Por las mismas razones, carece de significación jurídico-penal para la afirmación de la tipicidad del artículo 419 del Código colombiano el hecho de que un funcionario utilice información privilegiada para comprar unos terrenos que pronto van a ser recalificados para pasar a ser edificables –con el importante aumento de valor–, o cuando usa la información para no vender unos terrenos suyos improductivos, sobre los que ya había firmado incluso un precontrato, porque se entera que van a ser recalificados.

La distinción acción-omisión también es irrelevante, por citar un nuevo ejemplo, respecto del funcionario que revelare un secreto del que ya tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo (art. 418 C. P. colombiano). A pesar de la utilización de la expresión "dar a conocer", que al parecer se refiere a un comportamiento activo, la infracción del deber de funcionario puede ser quebrantada siempre igualmente por acción o por omisión. El inspector de Hacienda que deja el expediente –o no lo retira tras su estudio– sobre los ingresos de un determinado contribuyente encima de la mesa (omisión) para que un tercero se entere de los datos que le interesan ha revelado la información de la misma manera, que si él mismo hubiese entregado el expediente para su cotejo

(acción). Por último, lo mismo cabe decir, desde luego, del peculado del artículo 397 C. P. colombiano que amenaza con pena al servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, etc. La referencia al provecho ajeno no debe dejar lugar a dudas: el funcionario que deja que sea un tercero quien tome los bienes, puesto que él, como funcionario, se halla en posición de garante, responderá igualmente por no impedir. La acción de tomar se ha de equiparar a la de omitir impedir el resultado que puede ser producido así mismo por un tercero. Esta conclusión se ve todavía más clara en el peculado del artículo 398 del Código Penal colombiano.

Así lo ha entendido el propio legislador *de forma expresa*, también respecto de otros delitos. En el delito de peculado por uso del artículo 398 se castiga expresamente del mismo modo al "servidor público que indebidamente use" (acción) que al que "permita que otro use" (omisión). En el delito de omisión del agente retenedor o recaudador del artículo 402 C. P. colombiano se amenaza con pena al agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro del plazo establecido, de tal forma que lo que el legislador está mencionando expresamente es una omisión, la de consignar las sumas, que, evidentemente, equivale a la acción correspondiente, a saber, la de consignar pero menor cantidad que la que debiera. Se podrá decir que esto último no es sino una reformulación de la "omisión de consignar" en una acción de "consignar menos cantidad de la debida", y es cierto, pero esto lo único que demuestra es que en este tipo de delitos de infracción de deber la acción o la omisión son equivalentes; hasta tal punto que los comportamientos se pueden reformular de un modo u otro (acción u omisión).

Lo mismo sucede en el delito de cohecho, en el que el comportamiento típico es a veces activo, a veces pasivo, por cuanto se equiparan, acertadamente, recibir dinero u otra utilidad, o aceptar su promesa (según los casos, acción u omisión). En efecto, la conducta típica consiste, según los artículos 405 y siguiente del Código colombiano, en la desarrollada por el servidor público que en forma activa solicita el dinero, o en aquel que "tan sólo" acepta la promesa remuneratoria, siendo ambos comportamientos equivalentes. Pero es que, además, el legislador, con acierto, también iguala el porqué de tal ilícita remuneración, equiparando de nuevo la omisión o el retardo de un acto propio de su cargo, esto es, un comportamiento pasivo, con la ejecución de un acto contrario a los deberes oficiales, esto es, un comportamiento activo, sin duda. Y ello es correcto porque, en ambos casos, hay siempre una infracción de deber, lo que hace equivalentes, *per se*, acciones y omisiones. También en el artículo 410, sobre el delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales, establece esta asimilación propia de los delitos de infracción de deber, o, al menos, como venimos insistiendo, así debe ser interpretado. Así, tan punible es el servidor público que, por razón del ejercicio de sus funciones, tramita contrato sin observar los requisitos legales esenciales –acción– como el otro que lo que realiza es una omisión: celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de dichos requisitos.

Dos últimos ejemplos: en el artículo 423 se tipifica el empleo ilegal de la fuerza pública, y, una vez más, se aunan en un solo precepto, y con la misma penalidad, la acción y la omisión. Así, es punible por este delito el servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto arbitrario o injusto, esto es, para llevar a cabo una acción, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, esto es, en sí, la omisión de cumplimiento de la orden legítima. Para concluir, también el delito de soborno transnacional, artículo 433 del C. P., señala de forma expresa que el servidor público puede infringir su deber tanto realizando como omitiendo el acto de que se trate en el ejercicio de sus funciones, indistintamente.

Por todo esto es bien correcta la sentencia de la Corte Constitucional colombiana antes mencionada, del 13 de noviembre de 2001 (M. P.: MONTEALEGRE LYNETT), donde se equipara la omisión de los agentes de la fuerza pública de no impedir violaciones de los derechos humanos a la acción de haberlos causado ellos mismos:

> ... para que un miembro de la fuerza pública sea garante se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que éstos cometan en contra de los habitantes.

III. TIPO SUBJETIVO: IMPUTACIÓN SUBJETIVA AL ROL

A. Problema clásico de ciertos delitos de funcionarios es el de la imputación subjetiva. ¿Cómo saber, por ejemplo, si el funcionario X tenía dolo de prevaricar; y si quería cometer tráfico de influencias? O un caso muy habitual: en el artículo 397 colombiano se penaliza el peculado por apropiación de caudales públicos de quien con dolo se apropie en provecho suyo o de un tercero de

bienes del Estado; por su parte, el artículo 400 criminaliza el denominado peculado culposo para aquel que por culpa dé lugar a que dichos bienes estatales se extravíen, pierdan o dañen, es decir, aquellos supuestos en los que no hay ánimo de apropiación; ¿cómo distinguir, pues, si el funcionario tenía ánimo de apropiación o no? Por último, uno de los casos más problemáticos: en virtud de los artículos 413 y 415 del Código Penal es reo del delito de prevaricato el juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución manifiestamente contraria a la ley. Teniendo en cuenta la gran cantidad de sentencias que son revocadas por sentencias de tribunales de instancias superiores, es decir, sentencias que en la práctica fueron consideradas injustas, la imputación subjetiva del delito de prevaricación se convierte en decisiva: de su concurrencia o no a título de dolo dependerá en definitiva la punibilidad, pues en derecho penal colombiano –a diferencia, por ejemplo, del español– la prevaricación imprudente no es punible (cfr. art. 447 C. P. español).

Pues bien, a pesar de lo que habitualmente se cree, la prueba del dolo se resuelve en los delitos de funcionarios de igual manera, o incluso más: de forma precisamente más sencilla, que en los delitos comunes de dominio. En efecto, la imputación subjetiva que se ha de realizar tiene como referente, como principio de identificación, un determinado rol, el rol de funcionario de una determinada administración, de un juez o magistrado, etc., por lo que la imputación podrá basarse simplemente en ese rol. Imaginemos que un juez dicta una sentencia que ha sido revocada por una instancia superior. Suponiendo que la sentencia se considere injusta y que se cumplan los demás requisitos del tipo objetivo, el tipo subjetivo no resulta tan dificultoso como parece *prima facie*. Es cierto que difícil es indagar desde un perspectiva psicológica si el juez dictó o no la sentencia a sabiendas de su injusticia –y en este presupuesto se basan los que creen que la imputación subjetiva resulta en estos casos especialmente dificultosa–. O mejor dicho, resulta imposible. Qué supo el juez efectivamente nos es, ciertamente, imposible de averiguar. Pero es que –desde luego, por ello– la ley tampoco puede referirse a este conocimiento. Antes bien, la imputación subjetiva se lleva a efecto de forma bien distinta.

En efecto, atendiendo al papel social que una determinada persona desempeña, se le atribuyen unos determinados conocimientos, tal y como la jurisprudencia española y alemana ha sostenido en numerosas ocasiones. Igual que existen unos conocimientos mínimos siempre atribuibles por el hecho de ser persona –*v. gr.*, todo el mundo sabe que dejar sin respiración durante cierto tiempo a alguien le provocará la muerte–, existen otros conocimientos mínimos asociados a determinados roles. Ejemplos de la jurisprudencia española:

un empresario fabricante de licores conoce, ya por el hecho de serlo, la existencia de una determinada marca de ginebra muy difundida en el mercado español ("Larios"), y por ello no se puede amparar en un supuesto desconocimiento cuando, a imitación de aquélla, produce otra ginebra denominada "Lirios" (cfr. STS español del 22 de julio de 1993); o también: un empresario aceitero no puede desconocer el peligro que conlleva para la salud el consumo de aceite que ha contenido anilina, y ello precisamente por ser empresario dedicado a la comercialización de aceite, todo ello a los efectos de la comisión de un delito contra la salud (cfr. STS del 23 de abril de 1992, caso del denominado "aceite de Colza"); o, por poner un último ejemplo: difícilmente puede desconocer el entrenador de un equipo de alevines la edad de los chicos a los que él mismo entrena: tal conocimiento le es atribuido en su rol de entrenador del equipo, a los efectos de la posible comisión de un delito de abusos sexuales a menores (cfr. STS del 9 de julio de 1997).

Pues bien, lo mismo sucede con el rol de juez o de funcionario. En los delitos de funcionarios no responde todo sujeto, sino solamente aquel que, por su condición de servidor público, se encuentra obligado por un deber especial. Nos hallamos, pues, también, ante un rol especial –el propio de los delitos de infracción de deber–. Y es éste el aspecto clave: si lo dicho supra sobre la atribución de conocimientos al portador de un determinado rol resulta claro respecto de los roles que no dan lugar a delitos de funcionarios, lo es aún más en estos delitos, donde precisamente se trata de un rol *especial*, definido de forma precisa mediante unos determinados deberes. A la persona que ostenta este rol se le atribuyen unos determinados conocimientos, por el mero hecho de ser juez o funcionario.

Probablemente, el lector cauto se estará preguntando si esto es lícito en Derecho penal, puesto que estamos reconociendo que se trata de una imputación de conocimientos y no de una averiguación de los conocimientos que tuviese el autor. La respuesta es: no sólo es lícito, sino que es la única posibilidad que tiene el juzgador en materia de la prueba del dolo, y, como acabamos de ver en las sentencias citadas, es práctica habitual. De nuevo, un sencillo ejemplo: cuando alguien dispara a su vecino en la cabeza a escasos centímetros de distancia, la prueba del dolo resulta relativamente sencilla: si la persona que disparó no es un inimputable y está normalmente socializada, de nada servirán sus –falsas– excusas de que ella únicamente tenía dolo de lesionar; o bien es inimputable, y por tanto no se le considera persona capaz a la hora de realizar la imputación subjetiva, o bien es imputable, y entonces se imputa a su rol "persona" el conocimiento de que un disparo a escasos centímetros de la cabeza

supone la muerte del que lo recibe y, por tanto, siempre habrá dolo de matar: *tertium non datur*.

No de otra forma se ha de operar en los delitos de funcionarios en general, y en la prevaricación en particular. La imputación subjetiva se realiza tomando como base el rol de funcionario o juez y los conocimientos que a él se han de atribuir. Un alegato que pretexte que no se tenían tales conocimientos es, pues, por lo general, una mera *protestatio facto contraria*, donde el *factum* es el hecho de ser funcionario, y, como digo, los conocimientos que por ello se poseen.

Que la imputación subjetiva va referida sólo y exclusivamente al rol lo demuestra también el caso inverso al expuesto: cuando un juez, en su rol, no puede usar de unos conocimientos que, como persona, posee, por ejemplo, cuando el juez no puede usar determinadas pruebas por haber sido éstas obtenidas de forma ilegal. Unas escuchas telefónicas demuestran que A es culpable –como el juez sabe–, pero no pueden ser usadas porque existe un defecto procesal; el juez, como persona, tendría que condenar –conoce el contenido de las escuchas ilegales–: en cambio, como juez, en su rol de juez, tiene que absolver por falta de pruebas, es decir, hacer como si no supiese lo que realmente sabe. Es más: si se estuviese a su psique –y no a los conocimientos que se le deben imputar en su rol de juez–, entonces habría que condenarle al menos por la tentativa de prevaricación, puesto que él, como persona –en su psique, no en su rol de juez–, está convencido de la culpabilidad y, por tanto, de la injusticia de su sentencia.

B. El otro elemento tradicional del dolo, y que incluso el artículo 22 del Código Penal colombiano recoge expresamente, es el volitivo: "y quiera su realización", dice dicho precepto. Sin embargo, las nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales en España y Alemania, han llevado a que el análisis de la concurrencia de la voluntad, en una imputación subjetiva realizada de acuerdo con el rol, haya quedado reducida a una mera cuestión terminológica. En efecto, si el dolo, según ese mismo artículo 22, consiste, en primer lugar, en el "conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal", el elemento volitivo se deducirá, *per se*, de dicho conocimiento. Pues, como viene sosteniendo el Tribunal Supremo español, quien conoce que su comportamiento va a dañar un determinado bien, o, al menos, que lo pone en grave peligro, y, a pesar de ello, actúa, no podrá decir de forma convincente que no "quería" el resultado. En otras palabras: quien sabe de la generación del riesgo de producción del resultado, y, a pesar de ello, actúa, obra con dolo, y su alegato de que no quería el resultado será un mero *venire contra factum proprium* no atendible por el juzgador.

Por lo que respecta a los delitos de funcionarios que venimos tratando, esta conclusión ya fue percibida correctamente para el prevaricato a finales del siglo XIX por OPPENHEIM, un discípulo de BINDING: "El dolo de todos los delitos de prevaricato reside, pues, en el conocimiento del carácter de torcimiento del Derecho de la acción, así como en *la voluntad* del resultado prevaricador *que se infiere ya de por sí de ese conocimiento*".

IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

También respecto de la antijuridicidad en los delitos de funcionarios se pueden señalar, al menos, dos aspectos para la parte general que aquí se está esbozando, al hilo de haber clasificado todos los delitos de funcionarios dentro de la categoría de los delitos de infracción de deber.

En primer lugar, las autorizaciones administrativas en los delitos de funcionarios no constituyen causas de justificación, sino motivos de atipicidad. En alguna literatura científica se cuestiona, en efecto, si la actuación del funcionario de acuerdo con las normas estatales, de acuerdo con una autorización administrativa, es una causa de justificación o un motivo de atipacidad de su comportamiento. Ejemplos de ello serían los casos en que se usa de medios procesales permitidos como el registro del domicilio, o la violación del secreto de conversaciones telefónicas, etc. En estos casos, entiendo, como digo, que se debe afirmar ya la atipicidad del comportamiento: si se respetan las reglas de la institución positiva, se posee la correspondiente orden judicial de registro o de escuchas, hay que afirmar directamente que nos hallamos ante una forma de comportamiento atípica, puesto que es la propia ley –esto es, las reglas por las que se rige la institución positiva– la que permite dicho comportamiento. El deber –de la institución positiva– es parte del tipo, y allí donde tal deber no existe hay atipicidad. Se ha de reconocer, no obstante, que, como enseñan los diversos institutos de la imputación objetiva, en el ámbito de la tipicidad también se ha de tener en cuenta el *contexto* en el que actuó el autor –esto ya lo percibió WELZEL con su teoría de la adecuación social y así fue puesto de manifiesto por CANCIO MELIÁ–, por lo que sin lugar a dudas existe una cierta confusión entre los niveles de las causas de justificación –eminentemente una valoración *en contexto*– y las de atipicidad, lo que hace que la importancia de la cuestión que acaba de ser discutida haya de ser relativizada.

El segundo punto de la parte general de los delitos de funcionarios en el ámbito de la antijuridicidad se refiere al consentimiento (art. 32.2 C. P. colombiano). En efecto, el consentimiento de la víctima como causa de justificación

es difícilmente imaginable en los delitos de funcionarios. Así, el consentimiento en estos delitos afectaría a la institución positiva estatal administración pública o de justicia, pero ésta resulta, para el sujeto individual que pretende consentir –la víctima–, indisponible. En general, el consentimiento del lesionado se justifica sólo cuando el que consiente es el único lesionado, por lo que aquí, en donde existe –sólo, o, por lo menos, también– una institución positiva de la generalidad, no podrá operar el consentimiento con efectos liberadores. Ejemplo paradigmático es el delito de prevaricato: aunque las partes implicadas en un proceso consientan en una sentencia injusta, por ejemplo porque la parte acusadora prefiere una sentencia condenatoria rápida –aunque injusta– que una condenatoria –una vez practicadas todas las pruebas– tiempo después, y el condenado porque la pena que ahora "le ofrecen" es menor de lo que podría ser después, esto no afectará al delito de prevaricato. Las partes nunca pueden renunciar con eficacia a la institución positiva "confianza de los ciudadanos en una correcta administración pública y de justicia de acuerdo con los principios del Estado de derecho". La otra cara de la moneda es que una pena de privación de libertad no puede ser aplicada por un funcionario de prisiones en su propia casa y a su libre arbitrio. El delito de prevaricato y el pensamiento del *volenti non fit injuria* no son compaginables. Lo mismo sucede en el delito de cohecho, artículo 405 C. P. colombiano, en donde el servidor público y el administrado están en connivencia para la realización, retraso o no realización de un acto de su cargo, y, a pesar de ello, es decir, a pesar del consentimiento del particular en el cohecho, el ilícito sigue siendo, naturalmente, delito.

Por parecidos motivos, es difícilmente imaginable una situación de legítima defensa o estado de necesidad en los delitos de funcionarios y, en especial, en el delito de prevaricato. En efecto, en caso de que, por ejemplo, un juez "se defienda" de las amenazas del acusado de un delito o de un demandado, dictando una sentencia injusta –favorable al reo o demandado– se afectaría –sacrificándola– la institución positiva de la confianza de todos los ciudadanos en la limpieza de la administración de justicia, y además, en su caso, también la institución negativa respecto de terceros. Un juez no puede alegar miedo para dictar una sentencia injusta, y, por lo demás, tampoco podrá alegar estado de necesidad porque, por su cargo, tenía el deber jurídico de afrontar (art. 32.7 C. P.). Lo mismo sucederá con el cohecho, el tráfico de influencias u otros delitos. De nuevo, pues, se trata de instituciones positivas y, como tales, indisponibles.

V. ERROR DE PROHIBICIÓN Y DELITO PUTATIVO

En general, lo mismo que sucedía en el ámbito de la imputación subjetiva, la existencia de un error de prohibición, así como la cuestión de su evitabilidad, se rigen de acuerdo con los presupuestos de imputación a un rol. Esto quiere decir: tratándose de funcionarios de policía, inspectores de hacienda, jueces etc., es dificilmente imaginable la existencia de un error sobre la existencia de los delitos de funcionarios, ya que a tales roles se les debe atribuir una serie de conocimientos también en estos ámbitos. Rara es la oposición a los cuerpos del Estado que no incluye en sus temarios referencias a las consecuencias jurídico-penales de la infracción de los deberes propios a la plaza a la que se oposita. La posibilidad de un error de prohibición es, pues, remota. Por los mismos motivos, en caso de afirmar la existencia de un error de prohibición, éste casi siempre habrá de ser considerado como evitable y, por tanto, punible y no exonerante completamente de resposabilidad.

Otro aspecto que caracteriza a la totalidad de los delitos de funcionarios, y que por tanto puede ser considerado como parte general de ellos, es el tratamiento de los supuestos inversos al error de prohibición. Cuando el funcionario o un particular creen quebrantar un deber que en realidad no les incumbe, no nos hallamos ante tentativas punibles, sino ante un delito putativo y, por tanto, impune. La misma respuesta merecen los casos en que un particular, creyendo que es funcionario, comete un delito de funcionarios, sólo descubriendo su verdadera condición de no funcionario en un momento posterior, por ejemplo, durante el juicio. La pertenencia a una institución positiva, es decir, un deber jurídico especial, se tiene o no se tiene, pero, naturalmente, su imaginación es irrelevante; quien no posee el deber no lo puede infringir; no hay norma que lo establezca, de tal modo que no hay tentativa sino delito putativo.

VI. "ITER CRIMINIS": ADELANTO DE LA PUNIBILIDAD

Puesto que el momento relevante en los delitos de funcionarios es la infracción del deber, la sola infracción del mismo ya da lugar al comienzo de la tentativa o incluso al delito consumado. En comparación con los delitos comunes, se produce, pues, habitualmente, un adelanto de la punibilidad, a saber, al momento de la infracción del deber. Comportamientos que, si nos hallásemos ante un delito común, se encontrarían aún en la denominada fase previa –y por tanto, impune– se sitúan en los delitos de funcionarios ya dentro del campo de la

tentativa o incluso del delito consumado, en suma, del ámbito de lo punible. La explicación es sencilla: desde el momento en el que un comportamiento infringe el deber funcionarial sitúa a su autor ya en desacuerdo con el Derecho, siendo una cuestión de política criminal si tal comportamiento se eleva a la categoría de delito consumado o, por lo menos, se deja que se rija por las reglas generales de la tentativa. En todo caso, ha de haber punibilidad.

El Código Penal recoge expresamente numerosos ejemplos de esta particularidad. Así, en su artículo 434 castiga al servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración publica –"por ésta sola conducta", aclara el legislador– con pena de prisión de uno a tres años. Se trata únicamente de asociarse, lo que habitualmente podría ser, incluso, un acto preparatorio –todavía no se ha cometido el delito contra la administración, de que se trate–, que aquí ha sido elevado a la categoría de consumación. El solo concierto basta. Lo que, en sí, es un acto previo –asociarse–, y que como tal debería ser o bien impune o bien, como mucho, tentativa, es elevado a la categoría de delito autónomo y consumado, precisamente porque ya se ha producido la infracción de deber.

Lo mismo ocurre con el artículo 408 del Código Penal colombiano, en el que se equiparan conductas de preparación o de ejecución con la consumación: para la tipicidad del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades es indiferente que sólo se haya "tramitado" (fase previa) o que ya se haya "aprobado" o "celebrado" el contrato ilícito. O, por citar un último ejemplo de regulación expresa: en el delito de concusión se castiga al servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, de tal manera que la mera solicitud, sin recibir nada a cambio (que, en sí, podría parecer sólo tentativa), es considerada ya por el legislador como consumación.

Pero, ante todo, ejemplo paradigmático de esta particularidad de los delitos de funcionarios lo constituye el delito de cohecho (arts. 405 ss. C. P. colombiano), aunque el legislador no lo haya regulado así expresamente. Pues bien, se viene interpretando de forma unánime que si un servidor público solicita dinero u otra utilidad, aunque dicha solicitud no sea aceptada por el particular supone ya cohecho. La demanda de la contraprestación económica –la dádiva– es ya *per se* punible, con independencia de que la oferta del funcionario sea aceptada o no por el particular. De esta manera, se equipara la "mera" solicitud de la dádiva al hecho de recibirla efectivamente –en sentido material–. El motivo de esta equiparación ya se expuso antes: el funcionario que solicita la dádi-

va, aunque esta solicitud no sea cumplimentada, ha quebrantado ya su deber funcionarial de igual modo que el funcionario que recibe la dádiva o aquel que acepta el ofrecimiento o promesa de la dádiva. Parecidas modalidades a las del cohecho encontramos en el tráfico de influencias (art. 411 C. P. colombiano): el servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro o ocho años, y ello con independencia de que se obtenga el beneficio o no.

VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

A. AUTORÍA

Las mayores particularidades de los delitos de funcionarios se encuentran en el ámbito de la participación. Es por ello que precisamente en este campo se puedan establecer unas mayores pautas para la resolución de supuestos relacionados con estos delitos, en definitiva, la parte general que aquí se está proponiendo.

Ya hemos visto que tanto el que quebranta el deber de funcionario por acción como el que lo hace por omisión responde; es decir que la omisión de cumplimiento del deber se equipara a la acción por la cual se quebranta positivamente el mismo, puesto que en ninguno de los dos casos, por acción o por omisión, se cumple con los presupuestos de la institución positiva administración pública o de justicia.

La consecuencia inmediata que tiene lo dicho a nivel de participación es que en este ámbito se equiparan las formas de autoría y participación: el que quebrante el deber con su comportamiento será autor, aunque su aporte al hecho delictivo, aparentemente, sea de participación. La explicación es sencilla: si –como vimos– quien omite cumplir el deber es autor del delito, también lo será quien omite impedir que sea un tercero el que dañe la institución positiva protegida por el deber especial; y, por ende, también habrá de ser autor quien, estando obligado especialmente, ayudó a un tercero (sea éste asimismo obligado especial o no) de forma que el deber también se incumplió. Esto no es una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino, como ya expuse, de lógica jurídica. Quien tiene que ocuparse de una determinada institución positiva, respondiendo en caso contrario como autor, lo hará en el supuesto de que él mismo cause el daño, pero también, naturalmente, en el supuesto de que no salve el bien protegido por la institución positiva y que se encuentre en peligro, y finalmente también cuando ayude a un

tercero a dañar el bien. En este último caso, a pesar de que su acción fue *aparentemente* de ayuda, responderá también como autor.

Esta conclusión ha sido adoptada –acertadamente– por el legislador de forma expresa en algunos delitos de funcionarios. Algunos ejemplos de ello: El artículo 398 del Código Penal colombiano dispone que es reo del delito de peculado por uso el servidor público "que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado...", de tal modo que cuando permite que otro use no es calificado su comportamiento como de complicidad, sino, correctamente, como de autoría. El artículo 449 del Código Penal, que tipifica el favorecimiento de fuga, castiga de igual manera –como autor– tanto al servidor público que procura la fuga del detenido o condenado como al que simplemente la facilita, de manera que se eleva a autoría lo que, en sí, y aparentemente, era una acción solamente de participación (facilitar). También el artículo 322 del Código Penal equipara formas de participación reuniéndolas todas bajo el manto de la autoría, añadiendo incluso que la forma de intervención es indiferente ("o de cualquier otra forma facilite"): "el servidor público que *colabore*, *participe*, transporte, distribuya, enajene *o de cualquier otra forma facilite* la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines [...] incurrirá en multa...". Un último ejemplo: en el delito de concusión del artículo 404 C. P. colombiano se equipara una típica forma de participación, la instigación, a la autoría, cuando se señala que "el servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o *induzca* a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad [...] incurrirá en prisión...". Las mismas reglas –siempre autoría– rigen para aquellos delitos que sean de funcionarios –y, por tanto, de infracción de deber–, aunque la redacción literal del tipo no sea tan clara al respecto como en los ejemplos que acabamos de exponer. Pero esta conclusión se deduce de su tratamiento como delitos de infracción de deber; en definitiva, de la parte general que estamos construyendo.

Por todo ello, es correcta la tan repetida sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 13 de noviembre de 2001 (M. P.: MONTEALEGRE LYNETT) cuando afirma que los miembros de las fuerzas del orden que no impidieron las violaciones de derechos humanos son *autores* de los delitos correspondientes, y no algo así como partícipes en los delitos que cometieron los autores directos de dichas violaciones. Los militares tenían un deber positivo especial, de tal modo que, si han de responder, lo harán siempre en calidad de autores, y no como meros partícipes en ilícitos ajenos.

B. AUTORÍA MEDIATA (AUTORÍA MEDIATA "HACIA DENTRO")

Algunos de los tratadistas españoles de la parte especial, así como parte de la siempre influyente dogmática alemana, señalan que en los casos que acaban de ser expuestos, en los que el funcionario consiente que sea un tercero quien dañe un determinado bien que estaba protegido (también) por la institución positiva, se ha de hablar de autoría mediata cuando ese tercero sea inimputable; y, según otros, incluso, aun cuando el tercero sea imputable, en cuyo caso completan la figura de la autoría mediata con la del autor detrás del autor.

Si bien es cierto que por mantener una terminología tradicional o por motivos didácticos se puede hablar aquí de autoría mediata (en el sentido de que hay un hombre de adelante que no responde del delito de funcionario –como en la autoría mediata el instrumento no responde– y un hombre de atrás, el funcionario), *en puridad*, sin embargo, entiendo que no sería necesario recurrir a tal construcción. En efecto, el hombre de atrás es, en rigor, autor *inmediato*. Su deber positivo de cuidado –como funcionario– es personalísimo y siempre inmediato, y por ello no lo incumple mediatamente, sino siempre de forma inmediata. Un deber de custodia de los documentos, o del secreto, o de los caudales públicos, etc., se posee –y por tanto, en su caso, se incumple– de forma inmediata, esto es, con independencia de si es un tercero o fuerzas naturales los que desencadena la situación de necesidad. Con esto se quiere decir: si el funcionario no impide que un tercero tome dinero de la caja es autor inmediato del peculado, igual que lo sería si no impidiese –pudiendo hacerlo– que los efectos públicos resultasen dañados debido, *v. gr.*, a una inundación. En cualquier caso, como ya se señaló, puesto que en definitiva la estructura *meramente externa* del delito es idéntica a la de una autoría mediata –hay un hombre de atrás que responde a pesar de existir un hombre de adelante–, no habría inconveniente, por razones didácticas, en mantener la terminología de autoría mediata también para estos casos.

Lo expuesto rige también, *mutatis mutandis*, para el caso de que el *intraneus* se valga de otro *intraneus* como instrumento. También aquí, la denominación del supuesto bajo la rúbrica de autoría mediata resulta posible pero superflua.

C. EXCURSUS: ¿AUTORÍA MEDIATA DEL PARTICULAR A TRAVÉS DE UNA FUNCIONARIO COMO INSTRUMENTO? (AUTORÍA MEDIATA "DESDE FUERA")

En principio, el particular que use a un funcionario como instrumento en un delito de funcionarios resulta impune. No puede responder del delito de fun-

cionarios, en calidad de autor mediato, porque él no es funcionario, y el autor mediato no deja de ser un autor, por lo que habrá de reunir en su persona todas las cualificaciones del tipo. De la participación en un delito de funcionario no puede responder, a su vez, por faltarle al actor principal, al funcionario, el dolo. El ejemplo clásico es el de aquel que engaña a un juez para que encarcele a su enemigo (del tercero) mediante una sentencia injusta.

En este caso y en supuestos parecidos no hay delito de funcionario alguno, pues el único funcionario actuante no lo hace con dolo y, en general, se descarta una participación en un hecho imprudente –si es que, en su caso, la imprudencia fuese punible–. No habiendo, pues, delito de funcionario, lo único por lo que quizá se haya hecho responsable el hombre de atrás es, por ejemplo, por un delito de detención ilegal llevada a cabo por particular, o por una estafa, ambos en autoría mediata, utilizando como instrumento al juez para que detenga a un tercero en el primer caso, le condene a pagar una cantidad de dinero en el segundo, etc.

D. COAUTORÍA

Aunque un funcionario y un particular coincidan en la comisión de un delito, no es posible hablar de coautoría. La coautoría presupone un único criterio de imputación para todos los coautores, y en el supuesto planteado nos hallaríamos ante dos diferentes: por un lado, la imputación del hecho al funcionario con base en el quebrantamiento de su deber funcionarial a modo de delito de infracción de deber; por otro, la imputación del hecho al particular con base en su organización defectuosa a modo de delito común. Así, por ejemplo, si un funcionario y un particular llevan a cabo conjuntamente un ilícito penal ambos serán autores independientes, uno de un delito de funcionarios y el otro por un delito común, en concurso con su participación en el delito de funcionarios. Un particular no puede nunca convertirse en coautor de un delito de funcionarios, puesto que el coautor no es sino un autor, y como autor de un delito de funcionarios sólo puede responder, obviamente, un funcionario. De todas formas, como a continuación veremos (infra F), si su aporte al hecho delictivo ha sido efectivamente de una quasi-coautoría esta circunstancia será tenida en cuenta en la fijación de la pena.

Otro sector de la doctrina sostiene que, al menos, habrá que considerar como coautores a aquellos funcionarios que estén inmersos en el mismo deber, por ejemplo, a los diferentes miembros de una sala que votan a favor de la sentencia prevaricadora. Sin embargo, tampoco aquí creo que sea necesaria la

figura de la coautoría. Los jueces, incluso los jueces de un tribunal colegiado, no tienen un deber conjunto, sino que cada cual tiene su propio deber personalísimo que quebrantará también de forma individual. Esto se cumple en todos los delitos de funcionarios. Esta es la consecuencia de la existencia de un deber especial personalísimo. Así, cuando un funcionario de prisiones, de los varios que vigilan la prisión por la noche, deja la puerta de una celda abierta para que un preso pueda huir, el funcionario es ya punible por tentativa, independientemente de que los otros funcionarios también faciliten la huida o no. La responsabilidad de cada uno es independiente, según el artículo 449 del Código Penal colombiano.

E. PARTICIPACIÓN DE UN "EXTRANEUS" EN DELITOS DE FUNCIONARIOS

Por último, tema de gran interés en cuanto a los delitos de funcionarios es el de la participación delictiva de un no funcionario en el hecho cometido por un funcionario. También aquí se puede construir una parte general.

Tradicionalmente, la doctrina científica distingue entre delitos de infracción de deber propios e impropios, o, por lo que se refiere a la materia objeto de este estudio, entre delitos de funcionarios propios e impropios. En los primeros, según esta opinión, el delito funcionarial tendría correspondencia con uno común de no funcionario, *v. gr.*, el peculado respecto del hurto o la apropiación indebida; en tanto que en los segundos, en los propios, el delito funcionarial no tendría un delito común correspondiente, como sería el caso del delito del prevaricato. Según esta misma doctrina, a la participación del *extraneus* en los delitos de funcionarios impropios le sería de aplicación una regla según la cual el funcionario responderá por el delito funcionarial, en tanto el extraño lo hará por el común, independientemente de cuál haya sido su contribución al hecho concreto. Por contra, en los delitos de funcionarios propios, en la prevaricación, por ejemplo, se responderá a título de partícipe en ella, si bien con una aminoración de la pena.

Esta diferenciación entre delitos de funcionarios propios e impropios es, en mi opinión, innecesaria y errónea. El partícipe en un delito de funcionario debe responder por el *único* delito que ha sido cometido, el de funcionario (ej.: el peculado), por tanto, por el delito cometido por el autor, y no por un delito, por ejemplo por el hurto, que sólo ha sido cometido en la construcción del intérprete. Puesto que los deberes de los delitos de funcionarios son personalísimos, las reglas de la accesoriedad sufren una variación en el sentido de que el

no-obligado –precisamente por no encontrarse vinculado por el deber especial– goza de una aminoración de la pena, *que siempre es igual*, con independencia de si existe un delito parecido "común" al delito de fucionario, esto es, con independencia de si el delito de funcionario es de los (mal) llamados propios o impropios. Si se induce a un habilitado de una empresa pública a sustraer dinero de las nóminas a pagar, el habilitado quebranta la institución positiva, esto es: la confianza en los funcionarios del Estado, y esto es un delito de funcionario –peculado–, de igual rango que cuando se induce a un juez a prevaricar. La tradicional calificación de este delito como delito de funcionario *impropio*, puesto que el peculado sería un hurto cuando no sea cometido por un funcionario, a diferencia del prevaricato (delito de funcionario *propio*), que solo puede ser cometido por un funcionario público en sentido amplio, no es pues, desde mi punto de vista, correcta. En este sentido, ya la sentencia del Tribunal Supremo español del 9 de marzo de 1973 señalaba acertadamente: "El delito denominado de defraudación cometido por funcionario público, con abuso de su cargo, que tipifica el artículo 403 C. P. [de 1973], más que un delito agravado o circunstanciado, ya que no recarga la pena propia de la defraudación, sino que impone una sanción diferente, con la agregación de la pena de inhabilitación especial, es en puridad una infracción criminal especial o independiente...". La consecuencia que ello tiene para la punibilidad del partícipe en un delito de funcionario ya ha sido señalada: siempre la misma aminoración de la pena para el partícipe, con independencia de que el delito sea considerado, como hasta ahora, como propio o impropio.

F. POSIBILIDAD DE UNA DOBLE AMINORACIÓN DE LA PENA

Como consecuencia lógica de lo que se acaba de exponer, es posible que, en ocasiones, sean necesarias dos aminoraciones consecutivas de la pena para el partícipe en un delito de funcionarios. Una, de la que se acaba de hablar, cuyo fundamento reside en el hecho de que el partícipe no posea el deber especial del funcionario (art. 30.IV C. P. colombiano). La otra puede venir determinada, en su caso, atendiendo al quántum de la intervención realizada (art. 30.III C. P. –por no ser autor, sino cómplice–).

En efecto, puesto que el aporte participativo del interviniente puede no ser muy importante, es decir, no ha de ser obligatoriamente de quasi-coautoría –para la que el Código Penal no dispone aminoración de la pena–, sino que puede ser de complicidad –donde dicha aminoración genérica sí está prevista (de una sexta parte a la mitad: art. 30.III C. P.)–, la aplicación de una única

aminoración de la pena en los casos en los que el partícipe *extraneus* sea cómplice conllevaría consecuencias que chocarían con la idea de equidad, pues se impondría la misma pena a quien mucho intervino (quasi-coautor) en un delito de funcionario (quien haya llevado a cabo un aporte participativo muy importante) que al cómplice en tal delito –aporte menor– (art. 30.III C. P.), a pesar de que, como digo, el Código establece expresamente que para este último es una aminoración de la pena la consecuencia jurídica obligada.

Así pues, si el aporte del partícipe es pequeño, habrá que aminorar la pena dos veces: una, como en cualquier caso de participación en un delito de funcionario, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber positivo especial (si lo estuviese, sería autor y no partícipe), en virtud del artículo 30.IV del Código Penal; y la otra, porque su aporte era pequeño, era de complicidad, y según el artículo 30.III a los cómplices de un delito se les impondrá una pena con una importante reducción respecto de la pena del autor. En caso de aplicarse tan sólo una aminoración de la pena, en estos casos se produciría un agravio comparativo con el caso de que el aporte de intervención fuese muy importante y se dejaría de tener en cuenta una de las dos circunstancias mencionadas: no se tendría en cuenta que el partícipe no estaba especialmente obligado por la institución positiva, o no se tendría en cuenta que el aporte del partícipe tan sólo consistió en una complicidad, para la que el Código Penal establece una aminoración obligatoria de la pena.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en febrero de 2003

Se compuso en caracteres Ehrhardt de 12 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post Tenebras Spero Lucem