

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Intervención delictiva e imputación objetiva

Dr. HEIKO H. LESCH

Asistente Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Bonn

Traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES

Ayudante Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Bonn

1.^a PARTE: Fundamentos de una teoría de la intervención delictiva en sentido normativista

I. *Sobre la dogmática jurídico-penal en sentido naturalista y en sentido normativista*

En un mundo desmitificado, el derecho penal sólo puede ser ejercido razonablemente entendido como un derecho penal funcional. Función es —y en esto todavía reina unanimidad— la garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano (1); esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del Hombre. En lo demás no existe acuerdo.

(1) JHERING, *Der Zweck im Recht*, tomo 1.º, 5.ª ed., Leipzig 1916, p. 378, v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.ª ed., Berlin 1892, pp. 9 y s., 12 y s.; MEZGER, *ZStW* 55 (1936), 7 y s.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin y New York 1973, p. 12; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 8, 360.

La dogmática naturalista explica esta convivencia humana en la forma de *Hobbes*. El hombre del naturalismo, impregnado de la filosofía de *Hobbes*, es el individuo, soberano, libre y no ligado a un orden preestablecido; el individuo, en su origen asocial, cuyas relaciones sociales sólo se definen mediante lo externo (2). Todos los intervinientes se encuentran en un estricto vínculo externo respecto de esas relaciones sociales; las relaciones se tienen en cuenta sólo en la medida en que son útiles para los intereses egocéntricos del individuo (3). La Sociedad se muestra como una unión de egoístas racionales que —como si todavía estuviesen en el estado natural— se encuentran los unos junto a los otros aisladamente, tan sólo en una forma exterior (4). Que Sociedad origine identidad; que, por tanto, los individuos sean determinados internamente a través de las relaciones sociales en las que ellos viven; que, en definitiva, ellos mismos no puedan entenderse con independencia de su pertenencia al grupo, es, en este sentido, algo totalmente inimaginable.

La dogmática jurídico-penal normativista, como yo la entiendo, adjudica a las relaciones sociales una esencia íntegramente distinta; y en verdad, una esencia fundida en la tradición de *Rousseau* y *Hegel*. *Rousseau* describe al individuo del estado natural presocial, como un animal salvaje y aislado, que no posee —sin lenguaje ni relaciones sociales— identidad. «Todo conocimiento que exige reflexión; todo a lo que se llega sólo a través de ordenar ideas que sólo se perfeccionan sucesivamente, parece quedar totalmente fuera del alcance del hombre salvaje, falto de comunicación con sus semejantes, a saber, falto del instrumento que sirve para tal comunicación y falto de las necesidades que la hacen necesaria» (5). Ante todo, el individuo se constituye en «persona real» mediante la «relación con otras personas» (6), esto es, mediante el contacto social con el *alter ego*; por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo ser-para-sí característico del animal (7), en tanto tal existencia llega a una individualidad reflectora. *Comunicación* (8) es pues el proceso social elemental de la constitución

(2) Véase HOBBS, *Grundzüge der Philosophie*, editado por Frischeisen-Köhler, Leipzig 1918, 3.ª parte, *Lehre von Bürger* (orig.: *De Cive*), cap. 1.º, p. 79 y ss.

(3) Cfr. KERSTING, *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg 1992, p. 90.

(4) Cfr. HIRSCHBERGER, *Geschichte der Philosophie*, Band 2, 13.ª ed., Freiburg/Basel/Wien 1988, p. 198.

(5) ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondaments de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1762, p. 129 y s. (=not. 5 a la p. 21).

(6) Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Theorie Werkausgabe (redacción Moldenhauer/Michel), tomo 7.º, Frankfurt 1976, § 331, p. 498.

(7) Cfr. HEGEL, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, cit. de los *Jenaer Schriften 1801-1807*, Theorie Werkausgabe (redacción Moldenhauer/Michel), tomo 2.º, Frankfurt 1986, p. 505 (remitiéndose a ARISTÓTELES).

(8) Comunicación posee una unidad tripartita: *Información* (selección entre un repertorio de posibilidades), *expresión* y *comprensión*. Véase LUHMANN, *Soziale Systeme*, 1.ª ed., Frankfurt 1987, pp. 193 y ss., 203.

de sentido en el trato entre seres humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social (9).

La diferencia entre la dogmática penal «naturalista» y la «normativista» se puede, de esta manera, reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir, a qué se entiende por Sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma. Todo esto va a ser aclarado a continuación.

II. Fundamentos de una dogmática jurídico-penal naturalista

El naturalismo, que se establece desde *Hobbes* hasta el apogeo del positivismo francés e inglés (*Comte, Quételet, Mill, Spencer*) en la mitad del siglo XIX bajo la impresión que producen los avances de la ciencia, limita toda investigación humana a la observación (10) (empirismo), a conexiones exteriores de las cosas en su coexistencia y sucesión (11), esto es, más exactamente: a aquello que se puede pesar, medir y calcular. La visión de las cosas racional, causal, y técnico-mecanicista, adquirida con este punto de vista, es una «ideología de la industrialización, específica de Europa Occidental» (12), la «ideología de poder de la clase burguesa de la época industrial, que edifica su dominio sobre la Naturaleza así como sobre el Hombre en base a la influencia causal prevista de forma inteligente» (13). Se parte de que el mundo es exactamente previsible tanto estática como dinámicamente, esto es, en la regularidad sucesiva de sus fenómenos. Esto es válido también para toda vida en Sociedad, que está sometida a leyes causales inamovibles estática y dinámicamente (14). La filosofía social se transforma de este modo en física social («physique sociale»); en «mecánica social» (15), en la cual, la Sociedad y las relaciones sociales se reducen a regularidad técnica, a causalidad mecánico-externa.

(9) LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 3.ª ed., Berlín 1986, pp. 25, 60 y ss.

(10) COMTE, *Die Soziologie. Die positive Philosophie im Auszug*, ed. por Blaschke, Stuttgart 1974, p. 79.

(11) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/New York, 1975, p. 30.

(12) SCHELER, *Die Wissensformen und die Gesellschaft*, 2.ª ed., Berlín, 1960, p. 68.

(13) WELZEL (not. 11), p. 48.

(14) COMTE (not. 10), pp. 82 y s., 118 y ss.

(15) V. JHERING (not. 1), p. 71 y ss.

Mediante este prisma técnico-mecanicista del naturalismo, el Estado se manifiesta sólo negativamente, como instituto jurídico, protector de una sociedad atomizada; el Estado se limita con su ordenamiento jurídico a garantizar una convivencia exterior sin dificultades, de los individuos en su existencia individual, y a impedir extralimitaciones en esferas de libertad ajenas, por parte de individuos no adaptados totalmente. Esto fue apadrinado evidentemente tanto por el utilitarismo de la época burguesa económico-industrial de comienzos del liberalismo, como por la formulación kantiana del imperativo categórico (16): en ambos casos, las condiciones esenciales de la coexistencia social son entendidas sólo bajo el aspecto de la tendencia al disfrute de seguridad o felicidad del individuo, autárquico y aislado exteriormente; asimismo, tales condiciones no van más allá de que estos respeten sus respectivos estados de posición. Dicho abreviadamente: la convivencia humana se tematiza exclusivamente mediante el aspecto de la limitación negativa de las esferas individuales de intereses o deseos de poder (17). Esto se corresponde con la forma de ver las cosas típica del derecho *civil*, que v. *Jhering* formuló de la siguiente manera: «Cada derecho del derecho privado está ahí para proporcionar al Hombre algún beneficio, para cubrir sus necesidades, para fomentar sus intereses, sus objetivos... A una cosa que es capaz de prestarnos este servicio le llamamos *bien*... Por consiguiente un *bien* constituye el contenido de un derecho de cada uno» (18).

Fue un discípulo de v. *Jhering*, v. *Liszt*, quien definitivamente trasladó también al derecho penal esta forma de pensar naturalista, no diferenciadora y monista, que se corresponde con una definición del Derecho ajustada a determinaciones civilistas funcionales: «Para que no se encienda la guerra de todos contra todos es necesario un orden de paz, una delimitación de las esferas de actuación, la protección de unos intereses y el rechazo de otros... El ordenamiento jurídico limita los ámbitos de actuación de cada uno; determina hasta dónde puede actuar libremente la voluntad y, especialmente, hasta dónde puede extenderse, exigiendo o negando, en las esferas de voluntad de los otros sujetos de derecho; el ordenamiento jurídico garantiza la libertad, el poder-querer, y prohíbe la arbitrariedad; eleva las relaciones vitales a relaciones jurídicas, los intereses

(16) Cfr., por ejemplo, SPENCER, *Die Prinzipien der Ethik*, edición alemana autorizada de Vetter/Carus, tomo 2.º, Stuttgart 1893, pp. 50 y ss.; MILL, *Der Utilitarismus*, trad. de Birnbacher, Stuttgart 1976, pp. 11 y ss.; cfr. también, v. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III. parte, 2.ª ed., Leipzig 1871, pp. 327 y ss.; SPENCER ya se refirió, por cierto, a la existencia de este paralelismo entre las concepciones jurídicas utilitarista y kantiana, *ibid.* (not. 16), pp. 295 y ss.

(17) Sobre esto, cfr. también, MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, Frankfurt 1993, pp. 84, 87 y ss.; C.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo 1.º, Berlín 1840, pp. 331 y ss.

(18) V. JHERING (not. 1), p. 328.

vitales a bienes jurídicos» (19). *Mezger* refundió más tarde esta determinación funcional con la «fórmula del máximum mutuo de satisfacción de intereses» (20). Con este caldo de cultivo alcanzaron su apogeo los dogmas de la «unidad del ordenamiento jurídico (21) y de la «unidad de la antijuricidad» (22), así como la teoría del «injusto objetivo» (23); éste último derivado sobre todo del campo del derecho civil. Antijuricidad material sería, por tanto, aquello que contradijese el ya mencionado ordenamiento del Estado, esto es, el ordenamiento que delimita tan sólo negativamente y es, en este sentido, «neutral» (24); es decir, desde este punto de vista, antijuricidad material es entendida como una perturbación de las condiciones externas que satisfacen las necesidades de un individuo aisladamente considerado, o bien, o como lesión causal exterior de un interés humano jurídicamente protegido, o como lesión de un bien (o de un objeto) jurídico (25).

Así, la sucesión entre delito y pena encuentra en la dogmática naturalista una explicación externo-causal elemental (26): el delito, como lesión de un bien (o de un objeto) jurídico (27), y la pena, como protección preventiva contra la pérdida de tales bienes (u objetos) jurídicos mediante prevención especial y/o general (28). Con ello, la función del derecho penal se corresponde plenamente con aquélla del derecho de policía (esto es, del derecho de defensa ante peligros) (29). Una diferencia entre el derecho civil y el penal no se encuentra en el objeto a regular, en ambos casos: un suceso causal del mundo exterior, sino sólo en el, ya retrospectivo, ya prospectivo, fin perseguido: en derecho civil se trata de la compensación por lesiones exterior-causales de bienes (o de objetos) jurídicos, *una vez que éstas ya se han producido*; en derecho penal de la prevención de tales lesiones, *cuando aún están por producirse*.

(19) V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.^a ed., Berlín 1892, p. 10; asimismo todavía, *EL MISMO*, en la 21.^a/22.^a ed. de su manual, Berlín y Leipzig, 1919, pp. 4 y ss.; además, NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), p. 287.

(20) MEZGER, *ZStW* 55 (1936), pp. 7 y ss.

(21) Véase ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935.

(22) En contra, LESCH, *NJW* 1989, p. 2310; *EL MISMO*, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe* (1992), pp. 260 y ss.

(23) Cfr. v. JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Eine Festschrift*, Gießen 1867, pp. 5 y ss.

(24) MEZGER, *ZStW* 55 (1936), pp. 7 y ss.

(25) Cfr., otro punto de vista, SCHAFFSTEIN, *ZStW* 55 (1936), p. 31.

(26) V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2.º tomo, Berlín 1905, p. 289.

(27) V. LISZT, *Lehrbuch* 21.^a/22.^a ed. (not. 19), p. 5.

(28) V. LISZT, *Lehrbuch* 5.^a ed. (not. 19), pp. 12 y ss., 15.

(29) Véase especialmente, RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und strafrechtlichen Zurechnungsformen*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (ed. por Schünemann), Berlín/New York, 1984, pp. 70 y ss.

III. Crítica a la fundamentación de la dogmática penal naturalista

Los fundamentos señalados de la dogmática naturalista son criticables desde dos puntos de vista:

1) En primer lugar, debe ser señalado, que el naturalismo se basa en una teoría de la Sociedad ya superada desde hace tiempo, que valoraba de forma incorrecta las condiciones fundamentales de la coexistencia social. Un primer movimiento en contra del sistema natural-positivista se desarrolló ya en los años treinta (30) por parte de la llamada escuela de *Kiel*, que consideró el delito como quebrantamiento de un deber (31); asimismo, el sistema naturalista fue también criticado desde la dogmática de *Welzel* (32). Mientras que la teoría del delito como quebranto de un deber tuvo originariamente motivaciones nacionalsocialistas, y por ello sus ideas básicas no fueron continuadas tras la caída del nacionalsocialismo, el pensamiento de *Welzel* alcanzó una gran acogida. *Welzel* parte de que la existencia común social es un *mundo funcional*, en el cual todos los bienes jurídicos, necesariamente y desde un principio, se encuentran en un intercambio mutuo de efectos y reacciones («en tráfico»), esto es, con una función animada, en la cual sólo se completa su existencia como bienes jurídicos sociales (33). Para él pues, los conceptos contenidos en los tipos penales no son «conceptos causales de lesiones causales de bienes jurídicos», sino *conceptos de relaciones y significado social*; por consiguiente, conceptos, cuyo contenido se deduce de su función en el conjunto social, y que son infinitamente más complejos y llenos de significado que los meros elementos naturalistas causales. Por el contrario, en la definición de delito como lesión de bienes (objetos) jurídicos queda lo decisivo sin mencionar; esta concepción parte de una contemplación del «museo del mundo», en el cual los bienes (objetos) jurídicos en principio están asegurados de toda merma y por ello, toda intromisión fundamenta, de entrada, injusto. Este juicio, según *Welzel*, no está de acuerdo con un mundo social y funcional.

Welzel plantea su crítica al sistema naturalista de entendimiento del delito —al contrario que la escuela de *Kiel*— ya en lo referente al concepto de acción. La doctrina naturalista, en correspondencia con su visión empírica y mecánico-causal del mundo, había definido la acción en primer término como «la causación de un cambio en el mundo exterior» (34),

(30) Análisis detallado, LESCH (not. 22) pp. 134 y ss.

(31) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín 1935; EL MISMO, *DSiR (=GA)* 1935, pp. 97 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 55 (1936), pp. 18 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 57 (1938), pp. 295 y ss.; DAHM, *ZStW* 57 (1938), pp. 225 y ss.

(32) Véase sobre esto, LESCH (not. 22), pp. 149 y ss.

(33) WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/New York 1975, pp. 140 y ss., especialmente, allí también, la not. 28.

(34) V. LISZT, *Lehrbuch* 5.^a ed. (not. 19), p. 128; y *Lehrbuch* 21.^a/22.^a ed. (not. 19), p. 118; MEZGER, *Strafrecht*, 2.^a ed., München/Leipzig, 1933, pp. 95 y ss.

esto es, como un «espectro exangüe» (35) y libre de sentido. Frente a esto, *Welzel* pone de relieve que la acción debe ser entendida como un fenómeno con sentido, con significado social (36). Desgraciadamente, este pensamiento que *Welzel* había expuesto originariamente en su teoría de la adecuación social (37), no fue desarrollado posteriormente por él; en cambio, en vez de este desarrollo, definió el contenido de la acción tan sólo con base en la voluntad final de ejecución, es decir, sencillamente con base no en una interpretación *social*, sino, en una *individual* realizada por el sujeto que actúa. Ésta es, empero, una visión del problema demasiado reducida. La Sociedad es un sistema social (38), que se conforma a través de los contactos sociales entre los sujetos que actúan, y que se compone, por ello, de conexiones de acciones, con sentido. La situación en la que se actúa no es pues solamente una situación individual, sino siempre una social. Junto al actuante también se presentan en ella otros individuos que son igualmente actuantes en un sistema social, y que de igual forma se orientan como tales según las acciones de otros sujetos (39). Así pues, en los contactos sociales, los participantes se encuentran siempre en dos roles: como sujetos y como objetos de la interacción. Y así las cosas, la definición de la acción no puede estar simplemente referida al sujeto motivacionalmente, sino siempre a la Sociedad (externamente). En otras palabras: acción es un tipo sociológico y no psicológico; ella se muestra no sólo como ejecución de su intención, sino también determinada como percepción, esto es, como documentación de su propia intención (40). En tanto en cuanto lo único que hizo el finalismo fue subjetivar el concepto de acción de los causalistas, es decir, simplemente enriquecerlo con el momento de la voluntad final de ejecución, no tuvo éxito el adentrarse en una auténtica dogmática social-normativista. De esta forma, no consiguió superar el naturalismo sino tan sólo lo modificó (41).

En cualquier caso, lo que *Welzel* en su punto de partida acertadamente sí reconoció, merece ser recordado nuevamente: las condiciones fundamentales de la coexistencia social, que entran en consideración en derecho penal, no pueden ser suficientemente englobadas —y esto en contra de lo argumentado por el naturalismo— mediante una división tan sólo externa de las esferas de acción —esto es, no se trata de bienes (objetos) jurídicos—. La Sociedad no se constituye tan sólo (aunque

(35) Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, p. 17; WELZEL (not. 11), pp. 95, 107.

(36) WELZEL (not. 33), pp. 124 y ss., 130, 141, 151.

(37) WELZEL (not. 33), pp. 149 y ss.

(38) LUHMANN (not. 8), pp. 20 y ss.

(39) PARSONS, *Aktor, Situation und normative Muster*, ed. y traducido por Welzel, Frankfurt 1986, p. 140.

(40) Detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 241, 253 y ss., con más referencias de literatura.

(41) En el mismo sentido, REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), 114 y ss.: EL MISMO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 946 y ss.

también) por medio de la integración de intereses individuales, sino mediante el contacto social de personas cuyos bienes jurídicos se extienden sobre otras esferas de interés, y con ello, están expuestos necesariamente a peligros o incluso a su pérdida. Tarea del ordenamiento jurídico no puede ser, por tanto, la protección absoluta de bienes rígidos sino —si es que se trata de bienes jurídicos— sólo la organización de «el estar en función», del *trato* con los bienes jurídicos. Estas reglas del trato son tenidas por obligatorias, como condiciones fundamentales de organización social. El derecho penal asume la garantía de esta obligatoriedad y asegura con ello la orientación necesaria en los contactos sociales, con objeto de que el Hombre se pueda comunicar entre sí (42).

2) Como ya se indicó, la dogmática naturalista no sólo supone una falsa evaluación de las condiciones fundamentales necesarias para la coexistencia social, sino que además es criticable desde una apreciación estrictamente jurídico-penal. Así, el modelo argumental naturalista no está en condiciones de establecer una conexión interior y funcional entre delito y pena. Esta crítica, que además es aplicable a cualquier teoría preventiva de la pena, fue ya formulada por *Binding* en el siglo pasado (43):

«En verdad la teoría relativa ve en la acción culpable del delincuente un *presupuesto* necesario de la pena, pero *no* precisamente el fundamento de la misma. Muy por el contrario, el delito constituye sólo un síntoma para la existencia de un fundamento de la pena que se encuentra ajeno a ella... El verdadero fundamento de la pena en las teorías relativas es un peligro que se ha hecho patente por medio del delito, pero de ninguna manera, uno creado y amenazante para la *seguridad futura* de la Sociedad... La llamada teoría intimidatoria no impone una pena al asesino porque haya asesinado, sino porque además de él, en el país vive un pueblo con afanes asesinos que debe ser intimidado de posteriores delitos mediante el ejemplo avisador. La teoría de mejora, desarrollada así prácticamente de forma benéfica, encarcela al ladrón no porque haya violado bien y libertad ajenos, sino porque se ha acreditado como integrante inseguro de la Sociedad, y porque en esa falta de seguridad moral dormitan peligros futuros.

(...) El delito no es pues motivo sino sólo presupuesto necesario de la pena. Pero, ¿por qué? ¿Por qué sólo se pena después de que se ha delinquido? ¿Por qué es el delito el único síntoma mediante el cual se pueden conocer los peligros que amenazan a la Sociedad? ¿Cómo llega entonces la teoría relativa a la punición de un hecho que no es fundamento de la pena, de un hecho que sólo ha destapado el verdadero

(42) Una descripción más exacta de esta función, LESCH (not. 22), pp. 239 y ss., con más referencias de literatura. Véase también, REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), pp. 115 y ss.; EL MISMO (not. 41), pp. 947 y ss.

(43) BINDING, *Zeitschrift für das Privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart* IV (1877), pp. 420 y ss. Cfr. también, BACIGALUPO, *FS Welzel*, pp. 478 y ss.

fundamento de la pena, a saber, la inseguridad de la Sociedad? ¿No sería más correcto otorgarle el agradecimiento de la Sociedad? ¿No sería desde este punto de partida tan sólo admisible responder al delito con una mejora de los mecanismos de culpabilidad y policía? ¿Y como puede la teoría relativa justificar degradar al delincuente, esto es, a un Hombre, como objeto del experimento consistente en saber si mediante la punición se pueden impedir fuentes de futuros males para otros Hombres igual que él? Aún más, puesto que este experimento en muchos casos transcurre sin éxito, como lo demuestra la pena, y su único motivo sería la utilidad, ¿equivoca su fin!... Pero una teoría de la pena que no sabe explicar por qué se impone ésta, por qué sólo la impone después de que se ha cometido el delito, por qué se le impone al delincuente a pesar de que su hecho no otorga el fundamento jurídico de la pena,...tal teoría no puede ya pretender un sitio en nuestra ciencia».

En otras palabras, se quiere decir lo siguiente: En una interpretación preventiva del derecho penal el injusto siempre es algo futuro que se tiene que evitar y que en sí no debe producirse —se trata de prevención—. Injusto se convierte por ello en un defecto de funcionamiento: el sistema del derecho penal ha fallado; es demasiado tarde para una protección del bien (objeto) jurídico dañado. El fin de una sanción preventiva no es tampoco lograr que se considere como no realizado el injusto de una lesión de bienes (objetos) jurídicos. Esta sanción no puede ni sanar, ni compensar mediante una reparación por daños y perjuicios, la lesión del bien (objeto) jurídico ya producida. En cambio, se trata sólo de evitar injustos futuros. Desde una interpretación preventiva, la sanción no se ocupa pues del dominio sobre un conflicto ya producido, sino que toma éste como motivo de una reacción, cuya utilidad se debe desplegar en el futuro. Con ello, y resumiendo, el delito es tan sólo presupuesto y no, fundamento de la pena. Sin embargo, esta concepción no es aceptable desde el punto de vista de la compensación de la culpabilidad; entendiendo aquí por culpabilidad, la realización culpable del tipo faltando todo contexto exculpante (44) y consecuentemente, por compensación de la culpabilidad, la resolución del conflicto social producido. El objetivo de la dogmática jurídico-penal normativista aquí sostenida es poner de manifiesto una relación funcional entre pena e injusto (45). Puesto que la pena ni puede compensar, ni puede considerar como no producida la lesión del bien (objeto) jurídico, toda consideración naturalista tiene que ser totalmente superada.

(44) La realización antijurídica del tipo es pues elemento de la culpabilidad; cfr. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlín/New York, 1991, 17/2.

(45) LESCH (not. 22), p. 233 y ss. Al significado jurídico-penal de una relación teleológica entre hecho punible y pena se ha referido también ya BACIGALUPO, *FS Welzel*, p. 477 y passim.

IV. *Fundamentos de una dogmática jurídico-penal normativista*

Los cimientos de una teoría jurídico-penal normativista se encuentran en la teoría de la pena de *Hegel* que, para una mayor claridad, se reproducirá brevemente (46). En *Hegel*, hecho penal y pena no son aclarados como una secuencia de dos males causal-exteriores consecutivos, sino que son interpretados en un plano simbólico-comunicador, en un plano de la significación:

«La lesión, en cuanto [se refiere] sólo a la existencia exterior o a la posesión, es un *mal*, un *daño* en cualquier forma de la propiedad o de la capacidad; la eliminación de la lesión como daño es la satisfacción civil a modo de *indemnización*, en la medida en que tal pueda tener lugar» (47). Pero el delito ante el que la pena reacciona es «la coacción como fuerza, ejercida por el sujeto libre, la cual...lesiona el Derecho en cuanto Derecho» (48). La única «existencia positiva» de esa lesión «es como *voluntad particular del delincuente*». La lesión de esta voluntad particular en cuanto voluntad particular existente es, por tanto, la eliminación del delito, *que de otro modo sería vigente*, y es el restablecimiento del Derecho» (49). La pena es, en otras palabras, una «negación de la negación» (50).

Con esto se quiere decir lo siguiente: El delito no produce sólo un mal aprehensible empíricamente («la lesión en cuanto se refiere sólo a la existencia exterior o a la posesión»), sino —y tan sólo esto es penalmente relevante— un esbozo del mundo individual («voluntad particular») por parte del autor, a saber, su contradicción del Derecho, universal y objetivo, como la coordinación de bienes racional (51). La pena es el rechazo de esa contradicción («negación de la negación»), es la restauración del Derecho. *Hegel* percibió que resulta evidentemente irracional definir la pena simplemente de forma negativa, como una reacción, reflejada mediante un mal aprehensible empíricamente, frente a un delito entendido por su parte como un mal simplemente causal-exterior (en sentido del derecho civil). El hecho jurídico-penal y la pena no se asientan pues en el plano del ensamble de dos males, sino que lo hacen en el plano de la razón: el delito es lo irracional y la pena restablece de nuevo lo racional. De esta forma, la pena no es un mal, sino que es, en sí misma, racional; esto es, definida positivamente:

(46) Cfr. sobre todo también, SEELMANN, *JuS* 1979, pp. 687 y ss.

(47) HEGEL (not. 6), § 98.

(48) *Ibid.* § 95.

(49) *Ibid.* § 99.

(50) *Ibid.* § 97/adición.

(51) En tanto que ésta sea racional, lo que en este contexto no es de importancia.

«Si se considera el delito y su eliminación, en cuanto que ésta se determina en el futuro como pena, simplemente como un *mal*, se puede contemplar evidentemente como algo irracional querer un mal simplemente *porque ya existía un mal anterior*». Lo único que importa «es que el delito debe ser eliminado y precisamente no como la producción de un mal, sino como lesión del Derecho en cuanto Derecho» (52). Y la pena como «lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí...*, sino que es también un *derecho afirmado en el delincuente* mismo, esto es, en su voluntad *existente*, en su acción. Pues en su acción, en cuanto acción de un *racional*, establece que es algo universal, que a través suya se formula una ley que el delincuente ha reconocido en dicha acción para sí y bajo la cual él puede por lo tanto ser subsumido como bajo su derecho» (53). Ejemplo: «Al matar, afirma como universal, que está permitido matar» (54). Puesto que la pena se contiene en la acción del delincuente, como su propio *Derecho*, con ella se honra al delincuente como un racional (55). «Este honor no se le otorga, si no se toma de su propio hecho el concepto y la medida de su pena; menos todavía si se le trata como a un animal dañino al que hay que hacer inofensivo, o con los objetivos de intimidación y mejora».

Así, en la teoría de la pena de *Hegel*, el delincuente no es considerado como un animal, un enfermo mental, o como un ser diferente, sino como ser racional, como igual, como persona libre y responsable, a la que se le reconoce su derecho a conformar el mundo según su voluntad (56). En efecto, sólo entonces el delincuente puede ser tratado como un sujeto, al que se le otorga la competencia de contraponer al derecho su propio esbozo individual del mundo, esto es, a desautorizar la vigencia de una norma y con ello a la vez, a formular una ley, bajo la cual él mismo puede ser subsumido. El delincuente es pues tomado en serio como persona, lo cual significa: *responsabilidad* por las consecuencias es, necesariamente, la otra cara de la moneda que supone la *libertad* de poder organizar (57). Formulado de distinta manera: una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse, asume con ello siempre, también la *propia* responsabilidad de las consecuencias de una adminis-

(52) HEGEL (not. 6), § 99.

(53) *Ibid.* § 100.

(54) WANNENMANN, Vorlesungsmitschrift über G.W.F. Hegel, Die Philosophie des Rechts (Heidelberg 1917/18), ed. por Ilting, Stuttgart 1983, p. 70.

(55) Evidentemente se trata de una racionalidad tan sólo formal: el delito es en su *forma* algo racional y general, pero su *contenido* permanece como una «acción irracional aislada» (cfr. HEGEL, *Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse*, citado de los *Nürnberg und Heidelberger Schriften 1808-1817*, Theorie Werkausgabe [redacción Moldenhauer/Michel], tomo 4.º, primera parte, § 20 [p. 244]); cfr. además SEELMANN (not. 46), p. 690.

(56) Véase H. MAYER, *FS Engisch*, pp. 77, 79.

(57) Véase el ejemplo gráfico de JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen 1993, pp. 34 y ss.; además cfr. también, NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen 1962, p. 15.

tración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho a gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad *personal* sino pura arbitrariedad.

Puesto que pena y delito en *Hegel* son trasladados del plano del mal empíricamente aprehensible, al simbólico-comunicador de las condiciones sociales básicas del Derecho, la pena no debe ser de la misma clase en sentido material (como en el talión) —como ésta era aún entendida por *Kant*—, sino que como compensación simbólico-comunicadora es de la misma clase *pero en un sentido valorativo* (58). Este valor no está preestablecido de ninguna manera en todo tiempo como algo fijo, sino que es relativamente determinado de acuerdo con el estado correspondiente de la Sociedad (59):

«Esta cualidad o magnitud es, empero, variable según la *situación* de la sociedad civil, y en esta situación radica el derecho de castigar con la muerte el hurto de una remolacha o de unos pocos centavos, o penalizar con una pena benigna un robo que ascienda a cien o muchas veces más valor... Un código penal pertenece por eso a su época en particular, y a la situación de la sociedad civil en ella». En tanto en cuanto «la sociedad está segura de sí misma», es «el delito siempre sólo una individualidad frente a ella, un algo aislado, sin solidez. La solidez de la sociedad misma da al delito la condición de un algo meramente subjetivo, que no parece surgido de la voluntad sensata, sino de un impulso natural. Mediante este punto de vista se da al delito una posición más atenuada, por lo que la pena será también más atenuada. Si la sociedad está todavía vacilante, se deben estatuir ejemplos mediante las penas, puesto que la pena es en sí misma un ejemplo frente al ejemplo del delito. En cambio, en la sociedad que está en sí firme, la positivación del delito es tan débil, que la eliminación de esa positivación debe medirse también según ella. Las penas severas no son por tanto injustas en y por sí, sino que están en relación con la situación de la época; un código penal no puede ser válido para toda época, y los delitos son existencias aparentes que pueden llevar consigo una mayor o menor desviación».

Concretemos resumiendo: Fundamento y finalidad de la pena en *Hegel* se reúnen en uno, puesto que su punto de vista es retrospectivo; su mirada se dirige por tanto hacia atrás, al orden perturbado por el delito; este orden permanece vigente, de forma que mediante la pena se vuelve de nuevo al camino correcto. A este respecto sería ya de principio incorrecto el escamotear a la teoría de la pena de *Hegel* una orientación mundano-social, y hablar así de una «poena absoluta ab effectu». Partiendo de la afirmación: «Lo que es racional es real; y lo que es real

(58) HEGEL (not. 6) § 101.

(59) *Ibid.* § 218 y adición.

es racional» (60), se trata para *Hegel* de un fenómeno mundano-social, es decir, del Estado, del ordenamiento jurídico, en otras palabras, de aquel orden que establece en general los fundamentos de la coexistencia social. La función social de la pena, que ya es patente en el punto de partida de la teoría de *Hegel* va a ser aclarada a continuación (61).

Cuando alguien penetra en el mundo de la *Naturaleza* abriga determinadas expectativas cognitivas; así por ejemplo: los árboles no se caen, los puentes tampoco, etc. Estas expectativas radican en procesos de aprendizaje ganados en el trato con la *Naturaleza*. En tanto alguien no ha aprendido a tener confianza en determinadas reglas de la *Naturaleza*, por ejemplo si contase siempre con que los puentes se caen cuando se está cruzando, no podría orientarse en la *Naturaleza*. En la *Sociedad*, esto es, en el campo de los contactos sociales, el Hombre debe poder recurrir a expectativas análogas (62). Tratándose de contactos sociales, orientación es tan sólo posible cuando en todo momento no se tiene que contar con un comportamiento cualquiera de los otros, puesto que si no, cada contacto se encontraría impregnado de un riesgo incalculable. En estos casos, atención no es suficiente; aquí también se debe poder, por tanto, confiar en unas determinadas reglas. Ya la propia existencia del contacto social muestra que no se espera cualquier hecho. Ejemplo: cuando un estudiante se sienta en clase, confía que su compañero no le va a robar la cartera, ni le va a clavar un cuchillo en el pecho.

Acontece, de todas formas, que hay veces en que las expectativas que se tienen de la *Naturaleza* son defraudadas, por ejemplo, cuando un árbol o un puente se caen. En tiempos pasados se hizo a la *Naturaleza* responsable de tales defraudaciones, v. gr. se latigaba al mar cuando se había hundido un barco. En un mundo desmitificado como el actual una reacción así significa, sencillamente, una reacción no adecuada: se sabe que la *Naturaleza* se rige según determinadas leyes y que éstas no pueden ser cambiadas. Así, hoy se reconduce la defraudación al *propio* comportamiento, en este caso equivocado, y el sujeto se acomoda y aprende, por ejemplo, a comportarse en el futuro de distinta forma, a tomar precauciones, etc. A esta forma de trabajar con las defraudaciones se le llama aprendizaje cognitivo. No ocurre lo mismo en la *vida social* exceptuando el trato con niños, con enfermos mentales, etc. Cuando se tiene enfrente a un *igual*, que por su parte ha defraudado expectativas aseguradas jurídicamente, no es necesario adaptarse, esto es, resolver el conflicto mediante aprendizaje; por ejemplo, no es necesario en el futuro llevar un chaleco antibalas cuando se sale de casa, ni contratar un

(60) *Ibid.* Introducción, p. 24.

(61) Véase JAKOBS (not. 44), 1/4 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980, pp. 101 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 240 y ss.

(62) Véase LUHMANN, *Vertrauen*, 2.^a ed., Stuttgart 1973, pp. 1 y ss.; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen 1987, pp. 31 y ss.

guardaespaldas, etc. Muy por el contrario se puede en este caso reaccionar de distinta forma: se localiza el conflicto no ya en el propio comportamiento, sino en el comportamiento del autor, y se deja constancia de las expectativas contrafácticamente. Contrafácticamente significa: frente al suceso. Aquí se asienta la función de la pena: Se trata de atender y canalizar el desarrollo de defraudaciones de expectativas para conseguir, ante todo, la posibilidad de un esperar normativo que supere las frustraciones contrafácticamente. No sólo para la persona afectada (defraudada) en el caso concreto, sino para cualquiera, en definitiva, para la Sociedad en su conjunto, debe ser demostrado que el fallo se encontraba en el comportamiento del autor; es por ello que el individuo se encuentra todavía y para el futuro también en Derecho, cuando se orienta de acuerdo a la expectativa asegurada mediante la norma jurídico-penal.

Este fenómeno encaja, hablando en términos metafóricos, en un sencillo *diálogo*; hablando técnicamente, en dos esbozos diferentes del mundo (63). Ejemplo: X va andando por la calle con su cartera; él puede esperar —¡expectativa!— que se puede ir por la calle con una cartera sin ninguna traba. El autor Z, que roba la cartera de X, esboza el mundo de distinta manera: el dice lo contrario, a saber, que no se puede ir por la calle con carteras sin traba alguna. Mediante la pena se demuestra que el esbozo del mundo realizado por el autor Z no marca la pauta, y que la expectativa normativa que orientó el comportamiento de X es la vigente, tanto antes, como después del actuar de Z. Formulado de otra manera: la pena no debe ser vista, como reacción ante el conflicto —así como ante el quebrantamiento de la norma—, como un suceso tan sólo exterior causal, pues en ese caso se llegaría a la, ya censurada por *Hegel*, secuencia de dos males. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, y es aclarar, que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia. Se muestra que el autor no ha organizado el mundo de forma correcta: por ello se le retiran medios para poder seguir organizando. Delito (quebrantamiento de la norma) y pena se localizan en el plano del *significado* y no de aquél, tan sólo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta (64). De nuevo, ejemplificativamente: el desvalor del hurto cometido por Z ante el cual reacciona la pena, no se encuentra en la pérdida de la cartera por parte de X —esta parte del conflicto le corresponde al derecho civil—, sino que se halla en que Z ha afirmado que la norma que protege ir por la calle sin impedimentos con la cartera, no tiene vigencia. O: el mal específicamente jurídico-penal de un homicidio no es el cadáver de la víctima —ese daño es, además, irre-

(63) JAKOBS (not. 44), 1/9 y ss.; DERKSEN, GA 1993, 170.

(64) JAKOBS (not. 44), prólogo p. VII.

parable—, sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe matar. En palabras de *Hegel*: «Al matar, afirma como universal, que es permitido matar». (65) Mediante la pena se refuta esta afirmación del autor y se demuestra para todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia, y que aquél que se orienta de acuerdo a ella estará actuando correctamente.

Resumo el razonamiento expuesto hasta ahora: La pena sirve para la estabilización de expectativas que se pueden abrigar en la vida en Sociedad; éstas, en caso de defraudación, no deben decaer sino que pueden mantenerse contrafácticamente. El delito, el hecho del autor, es un esbozo del mundo que se contrapone, contradiciéndolo, al esbozo del mundo que por su parte realizó la víctima. Puesto que el esbozo del mundo de la víctima se corresponde, empero, con una expectativa *normativa*, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto es público, el esbozo del mundo de la víctima se reafirma pues ante *todos*, ante la Sociedad en su conjunto: todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma. «El contenido de una pena así entendida no es», dice *Jakobs*, «que el autor en el futuro no delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la normas» (66). Esto no debe ser entendido como si la finalidad del derecho penal fuese un «ejercicio en la confianza normativa» en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente (67), algo así como un querer y poder que la pena se desarrolle contrafácticamente, que se confíe en la vigencia de la norma. Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose según la norma; que uno se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma.

Esta teoría de la pena que ha sido presentada brevemente suele ser designada con el nombre de «prevención general positiva». Esta denominación no me parece acertada y, debido al peligro de confusión con algún otro efecto que igualmente es descrito bajo este mismo rótulo de «prevención general positiva» (68),

(65) WANNENMANN (not. 54), p. 70.

(66) JAKOBS, *ZStW* 101 (1989), p. 517.

(67) Así empero, por ejemplo, RUDOLPHI (not. 29), p. 71; EL MISMO, *FS für Jescheck*, p. 570; SCHÖCH, *FS Jescheck*, p. 1084.

(68) Me refiero: fortalecimiento de la conciencia colectiva (DURKHEIM, *Über soziale Arbeitsteilung* [traducido por Schmidts, revisado por Schmid] Frankfurt 1988, pp. 118 y ss.), fortalecimiento del valor del acto de la convicción jurídica (WELZEL, *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/New York 1975, pp. 228 y ss.; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín 1969; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4.ª ed., Berlín 1988, pp. 4, 61; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen 1963, p. 63; STRATENWERTH, *Strafrecht AT I*, 3.ª ed., Köln/Berlín/Bonn/München 1981, not. marg. 25) o ejercicio de confianza en el Derecho (JAKOBS [not. 44], 1/55; ACHENBACH, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* [comp. por Schünemann], Berlín/New York 1984, pp. 142 y ss.; HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau und Frankfurt 1976, pp. 162 y ss.; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., München 1990, pp. 324 y ss.: correspondiéndose con el lema de NIETZSCHE: «la pena tiene el fin de reformar a quien es impuesta» (NIETZSCHE, *Werke*, ed. por Baumeier, tomo 3.º, Leipzig 1930, *Die fröhliche Wissenschaft*, libro tercero, número 219, p. 168).

poco afortunada (69); en efecto, no se trata aquí de fines preventivos (70), esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario, de una *teoría retributiva funcional* que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren, no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Es absoluta, en tanto se pena «qui peccatur est» y no «ne peccetur». Es relativa, porque esa punición no es «absoluta ab effectu», no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social. Esto es lo único que se corresponde con el principio de culpabilidad: el autor responde sólo por su culpabilidad (71). Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden. La pena es la remoción de ésta perturbación, es la cancelación de la culpabilidad.

Establezcamos por tanto las consecuencias de nuestra teoría de la pena: Injusto jurídico-penal, cuyo concepto hasta ahora había sido confundido con la culpabilidad, es explicado, según su contenido, no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho. Se trata de una defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta. Esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de estos para la *vigencia de la norma*. Formulado de otra manera: un proceso material-naturalista es *como tal* siempre insignificante —también aunque fuese evitable—, y en verdad también aunque se trate de un ataque a un bien jurídico (72). El derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico. Dicho en palabras del hegeliano *Berner*: «Que el delito es una lesión jurídica no conforma su cara objetiva, sino su *contenido específico*, que se manifiesta perfectamente tanto en la acción *subjetiva* como en la *objetiva*» (73). El descubrimiento de este «contenido específico» es el terreno que ha conquistado la teoría de la *imputación objetiva*.

(69) Planteamiento de una diferenciación en NEUMANN/SCHROTH (not. 61), pp. 33 y ss., 101 y ss.

(70) Otro punto de vista, JAKOBS (not. 44), 1/14.

(71) Véase H. MAYER, *FS Engisch*, p. 79.

(72) LESCH (not. 22), pp. 253, 256 y ss.; REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), p. 119 y passim; EL MISMO, (not. 41), p. 951 y passim.

(73) BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlín 1847, p. 43.

V. Respecto de la teoría tradicional de la intervención: Diferenciación cualitativa entre autoría y participación

La doctrina tradicional de la intervención en el delito, parte de una diferencia cualitativa entre autoría y participación. El fundamento de esa desigualdad se encuentra en la suposición de que el autor lleva a cabo su *propio* hecho específico, existiendo por tanto un injusto *propio* del autor que no es, a la vez, el mismo que él de los partícipes. Esta diferenciación pretenden localizarla en relación a las llamadas «normas de comportamiento» [1] y —lo que suele ser más habitual—, en el plano de la tipicidad [2]; por otra parte, la teoría del dominio del hecho también conduce a ella [3].

1. Fundamentos de la teoría de la normas

En los últimos tiempos, *Rudolphi* y su discípulo *Stein* han intentado fundamentar una desigualdad cualitativa entre autoría y participación, suponiendo diferentes normas de comportamiento del autor y del partícipe respectivamente (74). Se trata por tanto del terreno de la ya tradicional teoría de las normas, que constituye el fundamento dogmático de la llamada «teoría personal del injusto» hoy dominante en Alemania (75), y que en *Armin Kaufmann* encontró su defensor más sobresaliente. Punto de partida de esta teoría de las normas es el dogma del naturalismo que, como ya se examinó, asigna al derecho penal la labor preventivo-policicial de evitar lesiones de bienes (objetos) jurídicos. Prevención significa dirección del comportamiento y la dirección del comportamiento se exige mediante normas de comportamiento, también llamadas «normas de determinación» o «imperativas». Destinatario de tales normas es un sujeto que debe ser motivado a evitar las lesiones del bien (objeto) jurídico, es decir, que debe ser motivado a la omisión de una acción lesiva de un bien (objeto) jurídico (prohibición), o a la ejecución de una acción protectora de bienes (objetos) jurídicos (mandato).

La norma preventivo-directora del comportamiento sólo puede exigir y esperar de un sujeto, siempre y cuando éste pueda también establecer de forma final sus cursos causales en el futuro (76); la norma no

(74) RUDOLPHI, *FS Jescheck*, pp. 559 y ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín 1988. Véase sobre esto, detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 200 y ss.

(75) Cfr., por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, pp. 69 y ss.

(76) ARMIN KAUFMANN (not. 75), p. 106; WELZEL (not. 11), p. 114; EL MISMO (not. 33), p. 129; ZIELINSKI *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*; Berlín 1973, pp. 121, 143; RUDOLPHI (not. 29), p. 76.

puede aplicarse a factores causales ciegos («prohibiciones de causar son absurdas»), sino tan sólo a la *voluntad final*, esto es, sólo se pueden mandar o prohibir acciones humanas sin extenderse más allá de la capacidad del Hombre de poder dirigir sucesos causales (77). En cuanto a la norma, se trata mediante la motivación de sus destinatarios de manipular correspondientemente el proceso de formación de su *voluntad*; la norma ordena sólo a la voluntad y en verdad sin tener en cuenta el significado social de la *puesta en práctica* de esa voluntad (78); en efecto: —como Armin Kaufmann formuló— «una prohibición a la nieve de convertirse en alud sería» tan absurda y sin sentido, como «una prohibición a los zorros de no robar gansos» (79).

No puedo, en el marco de esta exposición, entrar en detalle sobre lo expuesto por Rudolphi y Stein sobre la intervención delictiva en su relación a la teoría de las normas, sino que tan sólo me limitaré a una crítica general de sus bases naturalistas. Entender la norma de comportamiento como imperativo, conduce forzosamente a la división de la acción en un movimiento corporal y en un resultado, en otras palabras, a la diferenciación del llamado «desvalor de acción» (lesión de un deber) del llamado «desvalor de resultado» (menoscabo de bienes [objetos] jurídicos). Siendo el desvalor de resultado definido causal-exteriormente, su emplazamiento en la estructura normativa resulta de lo más oscuro, lo que en definitiva, conduce a que su inclusión en el injusto en cualquier caso ya no pueda ser *normológicamente* fundamentada (80). Injusto, entendido como comportamiento contrario a la norma, depende exclusivamente, en cambio, de una perspectiva ex-ante del imperativo: puesto que una prohibición no puede abarcar más allá, de lo que puede un actuar dirigido a un fin, caduca el efecto de la prohibición siempre y definitivamente, allí donde el Hombre ha hecho todo lo que creía que debía hacer para la consecución de su meta. Lo único prohibido son pues *acciones* y no resultados, y en verdad acciones sólo *dirigidas* al resultado (en

(77) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 4.^a ed., Leipzig 1922, p. 108, y tomo IV, Leipzig 1919, p. 341; ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 105 y ss.; EL MISMO, *Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens*, en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1982, pp. 17 y s.; EL MISMO, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ídem), pp. 153 y ss.; MIR PUIG, *FS Jescheck*, p. 352; EL MISMO, *GS Armin Kaufmann*, pp. 253 y ss., 260 y ss.; SUÁREZ MONTES, *FS Wekel*, p. 383; RUDOLPHI (not. 29), pp. 72, 76, 79; EL MISMO, *FS Jescheck*, p. 571.

(78) Véase sobre este punto ya BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, tomo 1.º, Reimpresión de la ed. de 1894-1917, Aalen 1961, p. 178; HOLD V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, tomo 1.º, Jena 1903, p. 289.

(79) ARMIN KAUFMANN (not. 75), p. 105.

(80) Expresándose así y, en el resultado, acertado, STEIN (not. 74), pp. 81 y ss., así como los «subjetivistas radicales» de la llamada escuela de Bonn, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht* (not. 77), pp. 151 y ss.; ZIELINSKI (not. 76) *passim*; MIR PUIG, *FS Jescheck*, pp. 343 y ss.; EL MISMO, *GS Armin Kaufmann*, pp. 262 y allí la not. 14, 263 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Buenos Aires 1991, *passim*.

tentativa) y no acciones *eficientes* para el resultado; —«injusto es el acto contrario al deber— y sólo él» (81).

Además es igualmente cuestionable, por qué realmente el completo desvalor (de acción) se fundamenta en una voluntad *objetivada* y no ya simplemente, *per se*, en una intención dirigida a la lesión de bienes (objetos) jurídicos. Si la norma de determinación, en correspondencia con su función de dirigir preventivamente el comportamiento, tan sólo pretende motivar de una forma correcta la voluntad y en consecuencia, no puede ser enlazada con unos hechos objetivos, sería obligado subjetivar radicalmente el desvalor de acción, como *Zielinski*, consecuentemente, ha propuesto: la materia de la norma se limita al contexto final, el desvalor de acción a la finalidad típica (desvalor de la intención) (82). «En coherente desarrollo del concepto personal del injusto», como apuntó *Armin Kaufmann*, «el substrato valorativo del juicio contrario a la norma viene determinado, tan sólo, por el sentido que el autor da a su hecho con el dolo. Incluso la tentativa supersticiosa *es pues injusto*» (83). Según esto, injusto es definido como un *suceso interno entre el sujeto del deber y la norma*, desprovisto de *toda relevancia social*. Nadie atribuye a los defensores de esta corriente el haber escamoteado el principio del hecho (84), pero ninguno de ellos ha podido aclarar hasta ahora, sin ruptura del sistema, si la objetivación de la intención tiene algún significado para el injusto, y en caso afirmativo, cuál. La actividad del dolo, que es, a causa del principio del hecho («de internis nun judicat praetor»), lo único penalmente relevante, debería englobarse por tanto como cualquier otro «resultado» bajo la rúbrica «condiciones objetivas de punibilidad» (85). Injusto sería, como es interpretado por los partidarios de la teoría de las normas, un algo subjetivo, esto es, un ataque a bienes (objetos) jurídicos que sucede tan sólo en la cabeza del autor.

Cuando sólo el sentido subjetivo definido por el autor mediante el dolo, empero, determina el substrato valorativo del juicio de la contrariedad a la norma, el horizonte de ésta no es ya el medio en el que se desenvuelve la Sociedad (86). En efecto, el sentido que el autor da a su hecho, no tiene por qué ser idéntico al que la Sociedad le atribuya. A normas, que sólo van referidas al sentido individual de sus destinatarios, les falta la sinceridad con la Sociedad, les falta, ante todo, una completa

(81) ZIELINSKI (not. 76), p. 143.

(82) ZIELINSKI (not. 76), pp. 124, 143 y *passim*.

(83) ARMIN KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht* (not. 77), p. 161.

(84) Véase, por ejemplo, MIR PUIG, *FS Jescheck*, p. 344.

(85) Sobre las tentativas imposibles, el desvalor de acción para ensanchar los componentes social-objetivos, o el llamado «desvalor del resultado» incluido en el injusto, con una fundamentación libre de contradicciones sistemáticas, véase LESCH (not. 22), pp. 210 y ss.

(86) JAKOBS, *GS Armin Kaufmann*, pp. 273 y ss.

referencia a las condiciones fundamentales bajo las cuales ésta, el contacto social, en definitiva, la comunicación entre personas, se desenvuelve: el «mundo del Derecho» no sería —en contra de lo afirmado por *Welzel* (87)— el «mundo de la vida social». Ya *Stratenwerth* vio esta relación y criticó que un derecho penal fundamentado tan sólo normológicamente reduce procesos de ejecución complejos a un potencial suceso motivacional. El derecho penal es, empero —así lo pone de manifiesto *Stratenwerth* acertadamente—, un fenómeno social al que pertenece no simplemente un autor, sino además, un ofendido y la generalidad. Para una dogmática jurídico-penal normativista es evidente que una concretización de su teoría de la imputación y del injusto ha de renunciar totalmente a lo dicho desde la teoría de las normas. En efecto, en primer lugar, una dogmática normativista sienta las bases del sistema en un contexto *social*. En segundo término, la teoría de las normas de la llamada «teoría personal del injusto» se encuentra presa del dogma naturalista de la protección preventivo-policial de bienes jurídicos y opera por tanto, sobre la base de una teoría de la Sociedad ya superada, que evalúa de forma equivocada las condiciones fundamentales de la convivencia social. Y en tercer, y último lugar, la dogmática normativista se preocupa de encontrar un denominador común entre delito y pena, lo que, *per se*, no puede lograr una teoría de las normas orientada preventivamente. Injusto penal no debe ser interpretado sobre la base de normas de comportamiento *ajenas* al derecho penal, sino que debe ser interpretado de forma *genuinamente penal*, tomando por tanto como referencia la sanción, esto es, teniendo en cuenta la función de las consecuencias jurídicas propias del derecho penal. Eso es lo referido cuando se definen delito y pena como «discurso y respuesta».

Evidentemente, una dogmática normativista, en cuanto aclara injusto penal como contradicción a la norma, debe poder compaginarse con una teoría de las normas. Pero esta teoría de las normas no tiene nada en común con la teoría de las normas naturalista, llamada «personal del injusto». El deber-ser de la norma de que se trata en derecho penal no es un imperativo, sino un *símbolo* para la expectativa de *vigencia* contráfáctica de la norma (88). Contrariedad ésta que no significa pues la realización corporal (o la no-realización) de un comportamiento que representa lo contrario al *contenido* fijado por el deber-ser de una norma de determinación (preventivo-directora del comportamiento). Así por ejemplo, la contrariedad a la norma no se determina a través del contenido descriptivo «tu no debes golpear a nadie mortalmente», esto es, no mediante la realización corporal de uno de los comportamientos valorados por tal norma como no-deber-ser, en definitiva, no a través de la ejecución de un homicidio final. La *contrariedad normativa* genuinamente *jurídico penal* no se refiere a aquel contenido de la norma localizado en el

(87) WELZEL (not. 33), p. 153.

(88) Véase, detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 244 y ss. con referencias.

campo de la *defensa frente a peligros* (esto es, en el ámbito del *derecho de policía*), sino que sólo se refiere a la *vigencia* de la norma, y muestra con ello la negación de su obligatoriedad para la situación de hecho. Nuevamente mediante el ejemplo anteriormente presentado: «cuando él mata, afirma como universal, que está permitido matar». Esta contrariedad normativa genuinamente jurídico-penal no se constituye mediante las disposiciones individuales-psíquicas del autor, sino a través de la comunicación y de la imputación.

2. *Diferenciación en el plano de la tipicidad: el concepto restrictivo de autor*

Retornemos a la diferenciación cualitativa entre autoría y participación y a las teorías que defienden su viabilidad. Ya hemos aclarado que tal desigualdad se trata de localizar también en el plano de la tipicidad y ello por obra y gracia del concepto restrictivo de autor, esto es, la «simple verdad de que autoría es igual a la ejecución de lo recogido en el tipo» (89). De esta forma, cuando se identifica el hecho del autor con la realización típica (90), queda tan sólo una definición negativa de la participación: participación es la no ejecución propia del hecho, es decir, en cualquier caso algo cualitativamente distinto de la autoría.

Pero esta equiparación de la autoría con la realización del tipo no es, por varios motivos, defendible; esto va a ser demostrado en primer lugar, ejemplificando con la coautoría. Cada coautor tiene que llevar a cabo, por definición, menos que la (completa) realización de un tipo. En otro caso sería evidentemente la figura de la coautoría superflua, pues precisamente la gracia de la coautoría se encuentra en poder fundamentar un responsabilidad por autoría cuando el aporte individual de cada interviniente no es suficiente, esto es, cuando no se corresponde con una completa realización del tipo. Ergo: no puede ser cada coautor individual identificado con el sujeto de las descripciones del delito que se recogen en la parte especial. Cuanto más pronunciada sea la división de trabajo en la prestación de los aportes, de forma más evidente habrá que renunciar a criterios formal-objetivos (esto es, circunscritos al tipo) para la determinación de la responsabilidad de los diversos intervinientes. Esto rige especialmente, cuando las llamadas «acciones ejecutivas» no

(89) HERZBERG, *ZStW* 99 (1987), 51. Sobre esto y en lo siguiente, detallado, LESCH (not. 22), pp. 76 y ss., 161 y ss.; además, EL MISMO, *GA* 1994, 118 y ss.

(90) Cfr., en vez de muchos, ROXIN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB* (ed. por Jähne/Laufhütte/Odersky), 11.^a ed., Berlín/New York 1993, not. marg. 12 antes del § 25 y not. marg. 34 del § 25, que parte de que «la descripción típica establece a la vez una descripción del autor», y de «que el autor no es otro que el sujeto descrito en el delito de la parte especial». Además, EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Berlín/New York, 1973, pp. 20 y ss.

son llevadas a cabo en un mismo momento, sino que se extienden en el tiempo o incluso constan de varios actos, siendo además ejecutadas en forma de división de trabajo. Sobre todo en este último caso, resulta palmario que el acto concreto es una simple *parte* del hecho, esto es, supone tan sólo *un fragmento* y no una completa realización del tipo (91). Ejemplo: A y B se ponen de acuerdo para atracar un banco. A amenaza al encargado de la caja con una pistola, mientras B guarda el dinero en una bolsa. Aquí, la llamada «acción ejecutiva del robo [§ 249 StGB (92)] está dividida en dos actos. A lleva a cabo de forma inmediata la acción coactiva [§ 240 StGB (93)], en tanto que B simplemente se apropia de la cosa de propia mano [§ 242 StGB (94)].

Ninguno de los dos realiza por tanto la acción tipificada en el § 249 StGB. Resumiendo —si es que se toma en serio el concepto restrictivo de autor—: A ejecuta unas coacciones en calidad de autor y B, igualmente como autor, un hurto; si bien el tipo del § 249 parece haber sido ejecutado, en verdad ninguno de los intervinientes es responsable como autor del mismo.

Este defecto que se acaba de constatar ha sido también, al menos en principio, reconocido y admitido por los propios defensores del concepto restrictivo de autor. Así por ejemplo, *Roxin* ha definido al autor como «figura central de la acción determinante del suceso» (95). La «expresión más evidente» de esta «figura central», esto es, el «prototipo de autoría», estaría representada por el que ejecuta de propia mano los elementos del tipo (96). Pero para considerar a algún interviniente como coautor, *Roxin* quiere (¡y debe!) contentarse con que éste posea «el aspecto dominante de la figura central del suceso típico» («Leitgesichtspunkt der Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens»)

(91) A causa del *quantum* del injusto que se imputa en su totalidad a cada uno de los intervinientes, la adopción de una coautoría en vez de una autoría es también relevante, aun en el caso de que varios intervinientes desde un punto de vista aislado ya pudiesen ser considerados autores en virtud de sus aportes (cfr. HÄLSCHNER, *GS* 25 [1873], 119).

(92) § 249 StGB: «Robo. (1) El que sustrae una cosa mueble ajena de otro, con fuerza contra una persona o aplicando amenazas de un peligro actual para el cuerpo o la vida, con la intención de apropiarse de ella con ánimo de lucro, será penado con pena privativa de libertad no inferior a un año. (2)...» (N. del t.)

(93) § 240 StGB: «Coacción. (1) El que antijurídicamente coaccione a otro con fuerza o mediante amenaza de un mal de entidad importante, a una acción, consentimiento u omisión, será penado con pena privativa de libertad hasta tres años o multa, y, en casos especialmente graves, con pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años. (2) El hecho es antijurídico si la aplicación de fuerza o la amenaza del mal para el fin pretendido, se considera como reprochable. (3)...» (N. del t.)

(94) § 242 StGB: «Hurto. (1) El que sustrae una cosa mueble ajena a otro, con la intención de apoderarse con ánimo de lucro de ella, será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa. (2)...» (N. del t.)

(95) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.^a ed., Berlín/New York 1990, p. 25.

(96) ROXIN (not. 95), p. 127.

en tanto *sea posible* la correspondencia (97). Con ello queda algo claro: en la coautoría «la figura central» que, como autor, debe realizar el tipo, ¡precisamente no existe! En la ejecución delictiva en forma de división de trabajo no existen, por principio, varios hechos de cada uno de los (co)autores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto. Sujeto de la realización típica es pues sólo el *colectivo* de los coautores en forma de división de trabajo, pero no cada uno por separado. La simple identificación de la autoría con la ejecución del tipo es, por tanto, equivocada; el concepto restrictivo de autor, un error.

Además la fórmula «ejecución del tipo igual a autoría» no es tampoco defendible desde el punto de vista de la autoría. Precisamente la tentativa se distingue porque el tipo no ha sido ejecutado, o al menos, no lo ha sido en su totalidad. Si se tomase por tanto en serio la fórmula del concepto restrictivo de autor, no sería posible una autoría en la tentativa por faltar la realización típica. No habría entonces una *tentativa* de ejecutar el hecho *en calidad de autor*, sino sólo una *tentativa de autoría*. Y si la tentativa fuese simplemente una tentativa de autoría, se le pediría cuenta a ese actuante por un comportamiento, que ni es autoría ni es participación. Además el injusto de la consumación no supone frente al de la tentativa un *aliud*, sino simplemente un injusto *incrementado cuantitativamente* (98); formulado de otra forma: tentativa y consumación señalan simplemente distintos grados de ejecución. Por ello, se admite habitualmente que en la tentativa y en la consumación, en principio, se puedan presentar idénticas formas de intervención delictiva (99). «Autoría no presupone un hecho consumado. También quién realiza un hecho en grado de tentativa es autor» (100). Quien quiera tomar en serio el concepto restrictivo de autor ha de aclarar por qué lo dicho es erróneo; por qué la tentativa en vez de esto, no supone una forma de intervención propia, algo, por otra parte, no previsto en el código penal alemán; por último, cómo entonces se fundamenta la indiscutible capacidad de la tentativa para constituir el «hecho principal» (101), según §§ 26, 27 StGB (102).

(97) ROXIN (not. 95), p. 278.

(98) Véase JAKOBS, JZ 1988, 519; EL MISMO, GS Armin Kaufmann, p. 277.

(99) SCHÜTZE. *Die notwendige Theilnahme am Verbrechen*, Leipzig 1869; BERNER (not. 73), p. 178, BLOY *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín 1985, p. 265; LESCH (not. 22), pp. 86 y ss.

(100) *Entwurf* 1962, BT-Drucks. IV/650, Begründung, p. 149; *Amlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, Berlín 1925, 2. Teil, Begründung, p. 25; *Entwurf* 1927, Reichstags-Drucks. III 1924/27, n.º 3390, Begründung p. 27.

(101) Cfr. también, BLOY (not. 99), p. 265.

(102) § 26 StGB: «Instigación. Como instigador será penado en la misma forma que el autor, él que dolosamente determine a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico».

§ 27 StGB: «Complicidad. (1) Será penado como cómplice, él que dolosamente preste ayuda a otro en la comisión dolosa del hecho antijurídico de éste. (2)...» (N. del t.).

Puesto que tal explicación —si es que se intentase— no podría apenas tener éxito, no queda otro remedio que reducir el postulado del concepto restrictivo de autor a una fórmula en la cual el contenido podría ser, por ejemplo, «autoría, *en parte*, igual a ejecución del tipo, esto es, a ejecución de una acción ejecutiva». Una fórmula de este tipo comporta desde luego, que cada uno de los aportes en el período ejecutivo, incluso los insignificantes o absolutamente no-causales, deba conducir indefectiblemente a la autoría, lo que, evidentemente, no es de recibo (103). Ejemplo (104): A y B planean un robo y preparan todo de forma minuciosa. Se hacen acompañar, como experto, de un cristalero, de forma que éste corta el vidrio de una ventana de la casa de la víctima. Está planeado que A y B finalmente retiren silenciosamente el trozo de vidrio cortado y a través del agujero penetren en la vivienda, llevando a cabo de esta forma el robo. No se llega empero a este punto, puesto que se ven sorprendidos por un coche de policía que pasaba por allí. El comportamiento del cristalero marca aquí indudablemente el comienzo de la tentativa, es pues, una acción ejecutiva. Con ello estaría fundamentada la autoría del cristalero, y ello también cuando el robo sí que se hubiese consumado, y en verdad incluso, cuando A y B finalmente, y en contra de lo planeado, no hubiesen entrado por la ventana sino mediante una ganzá, por la puerta. Diferenciando *cualitativamente* entre autoría y participación en el plano de la tipicidad, es, *per se*, imposible aceptar que en una ejecución delictiva en progresión, el *contorno* de la intervención delictiva y con ello la diversidad de roles de los intervinientes puedan *cambiar*. Tal fenómeno sólo podría ser explicado, en principio, con una diferenciación *cuantitativa*. Así pues, se reitera que la «simple verdad» del concepto restrictivo de autor no es más que un «simple error».

Finalmente, también merecen crítica las obligadas explicaciones que desde el concepto restrictivo de autor se dan como aclaración de la punibilidad del partícipe. Ya se ha hecho mención a que la identificación entre autoría y realización típica en primer término supone una determinación negativa de lo que ha de ser la participación: participación sería, en todo caso, la no realización propia del hecho. Con ello, quedan sólo dos soluciones posibles para la fundamentación de la participación: o se formula (renunciando a una imputación accesoria) un injusto propio, autónomo, por el que cada partícipe deba responder, esto es, una especie de delito de participación, que en relación con la realización típica *ajena* sencillamente suponga un *aliud* (105); o, y ésta es la segunda alternativa

(103) Sobre esto, véase también LESCH (not. 22), pp. 87 y ss.

(104) Según JAKOBS (not. 44), 22/19; un ejemplo similar se encuentra también en LESCH (not. 22), p. 88.

(105) Tal concepción es defendida en Alemania por LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden 1967 *passim* (de todas formas con apoyo en la concepción extensiva de autor, *ibíd.* pp. 25, 29); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Tübingen 1975, 14/56 y ss.; M.K. MEYER, *GA* 1979, 252 y ss.; STEIN (not. 74), *passim*; en el ámbito hispanohablante, SANCINETTI (not. 80), *passim*.

posible, se le imputa al partícipe simplemente el injusto típico *ajeno*, y con ello a la vez, en calidad de autor (solución basada en la accesoriidad).

En coherencia con su punto de partida, el fundamento de cualquier solución no accesoria lo constituye la tesis de que la responsabilidad de cada interviniente se limita a su propio injusto (106). Esta tesis se podría apoyar aparentemente en el principio general de que «no a cada uno concierne lo de todos» (107), en otras palabras, que habitualmente nadie debe responder por el comportamiento inadecuado de otros, por injusto *ajeno* (108). La *prohibición de regreso* formulada de esta manera (109) es, como momento general de la imputación penal, la consecuencia de un *principio de autoresponsabilidad* entendido en sentido normativista. De todas formas, no parece razonable, por dos motivos, el sacar consecuencias de este principio, en sí correcto, para fundamentar una teoría de un delito autónomo de intervención. En primer lugar, el aporte de un interviniente cuando existe ejecución dividida no produce la *totalidad* sino tan sólo, una *parte* del injusto típico. Si se renunciase a la accesoriidad no se podría entonces fundamentar la responsabilidad por la parte ejecutiva que fue realizada de propia mano por el otro interviniente; explicado mediante un ejemplo: si para explicar un robo que se ha efectuado en forma de división de trabajo, y por tanto, en él que un interviniente v. gr. tomó la cosa mientras que el otro tan sólo amenazó, se renunciase al uso de una imputación accesoria, uno de los intervinientes sería *solo* competente respecto de un hurto (§ 242 StGB), en tanto al otro le incumben *sólo* unas coacciones (§ 240 StGB): del injusto *completo* de un robo en común (§ 249 StGB), no responde *nadie*. En segundo lugar, dicha teoría del delito autónomo de intervención debe asimismo rechazarse, teniendo en cuenta que una intervención en el delito mediante una cooperación en la fase de preparación también es posible (110). Si se quisiese en este caso constituir un injusto autónomo para cada interviniente, renunciando así a una fundamentación con base en la *accesoriidad*, de

(106) LÜDERSSEN (not. 105), p. 25; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, Berlín 1972, p. 482.

(107) JAKOBS, ZStW 89 (1977), 30.

(108) V. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig 1871, p. 22; BIRKMEYER, *Die Lehre vom der Teilnahme*, Berlín 1890, pp. 116 y ss.; M.E. MAYER, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Freiburg 1899, p. 104; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín 1967, pp. 285 y ss.; LANGER (not. 106), p. 483; LESCH (not. 22), p. 165 con más referencias.

(109) Detallado, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, Tübingen 1986, pp. 1, 6 y passim; JAKOBS, ZStW 89 (1977), 1 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, 281 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 162 y ss., 278 y ss.

(110) Esto es en cualquier caso indiscutido para la complicidad, mientras que para la coautoría, en una interpretación correcta también debe ser así; véase, JAKOBS (not. 44), 21/47; LESCH (not. 22), pp. 118 y ss., así como infra V.3.

la responsabilidad de quien no llevó a cabo acciones ejecutivas, esto es, sin fundamentar la imputación de la ejecución realizada por mano ajena, se estaría entonces obligado a declarar injusto el comportamiento que se lleva a cabo en la *fase previa* (=fase que todavía no puede ser considerada tentativa): el principio del hecho resultaría, de esta forma, quebrantado. Además: si los preparativos de un interviniente que colabora en la fase previa no deben ser punibles *per se* (esto es, también sin *hecho principal*, entonces la *punibilidad* en, y de esa fase, es obvio que depende de que se realice *otro hecho* (a saber, el hecho principal), algo así como en forma de una condición objetiva de punibilidad; pero el fundamento para tal dependencia, si es que se ha renunciado a la accesoriedad y se atiende tan sólo a la limitación de responsabilidad por el propio injusto, tiene un difícil apoyo. Formulado de distinta manera: si el *injusto* debe ser autónomo, no se entiende por qué para la *punibilidad* debe regir otra cosa. Finalmente, y si es que se quiere seguir el concepto del injusto autónomo de forma consecuente, debería ser aclarado por qué la fase preparatoria es punible, en tanto injusto, en caso de que alguien coopere en división de trabajo, y por el contrario, por qué debería quedar impune, cuando el todo ha sido planeado y ejecutado por un mismo actor.

Creo haber demostrado que la renuncia a la accesoriedad y la construcción de un injusto autónomo para cada interviniente no aporta una solución adecuada. Por otra parte, una responsabilidad por injusto ajeno no se puede fundamentar a causa del principio de *autoresponsabilidad* (111). La imputación de aportes ajenos sólo puede legitimarse, si tiene éxito definir la ejecución conjunta, también como injusto *propio* del que simplemente intervino en acciones preparatorias o en parte de la ejecución. La vinculación que hasta ahora se venía realizando, entre el principio de autoresponsabilidad y el principio formal de la ejecución de propia mano por parte del autor, debe ser por tanto deshecha. El principio de autoresponsabilidad no marca pues una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sino tan sólo una frontera de responsabilidad en general (112). Formulado de otra manera: la prohibición de regreso no es tratada ya simplemente como un problema de la participación en un hecho ajeno, sino como momento general de la imputación. Quien infringe la prohibición de regreso y con ello se convierte en competente (garante), responde siempre por la totalidad de la ejecución; la ejecución es pues un único hecho de todos los intervinientes, a saber: *el único hecho de un colectivo*. Respecto de este colectivo, puesto que *todos los* intervinientes, esto es, (co)autores y partícipes, son abarcados de la misma manera, nos hallamos ante un único sujeto de la acción y de la imputación, al cual la norma de sanción designa como «quien» o como «autor» de la

(111) Véase, detallado, LESCH (not. 22), pp. 169 y ss. Con más referencias.

(112) Cfr. LESCH (not. 22), pp. 184 y ss., 197 y ss.

ejecución típica. Esto significa que el tipo no recoge ninguna diferencia cualitativa entre autoría y participación; en otras palabras, que ya es hora de despedirse del concepto restrictivo de autor, el cual no ofrece en absoluto solución para los casos de ejecución en forma de división de trabajo. Por otra parte, el concepto restrictivo de autor no puede tampoco pretender erigirse en único garante de la determinación típica en el Estado de Derecho. En efecto, como aparente factor delimitador es significativo tan sólo desde puntos de vista naturalistas, que interpretan injusto simplemente como merma causal o doloso-causal de bienes jurídicos (113). Y el concepto restrictivo de autor es sólo un factor aparentemente delimitador, puesto que fuera del campo de la autoría, esto es, en el ámbito de la participación, el espacio que deja a la imputación, es excesivo. En cambio, una delimitación de la responsabilidad razonable, y en general considerablemente más extensa, puede prestarse de mejor forma mediante una imputación de carácter normativista (especialmente: mediante la prohibición de regreso). No es pues la noción de autor la que debe ser formulada de un modo restrictivo, sino los conceptos de tipo e injusto, así como él de imputación. Lo que se quiere decir con el concepto restrictivo de autor concierne sencillamente a la definición de ejecución, es decir, a la limitación del comportamiento típico a aquel comportamiento (imputable) que ha causado de forma *inmediata* el resultado típico, sin mediación de otra acción posterior imputable. Esta definición restrictiva de la ejecución no prejuzga sin embargo de qué forma deben delimitarse entre sí autoría y participación (114).

Se puede por tanto concluir: El concepto restrictivo de autor debe sustituirse por una teoría de la imputación de carácter restrictivo que abarque el campo *completo* de la intervención en casos de división de trabajo. En el ámbito de una dogmática de la imputación que, según lo hasta ahora señalado, sólo puede tratarse de una dogmática *normativista* de la imputación (así, una dogmática de la imputación objetiva), debe fundamentarse por qué alguien se convierte en parte junto con otros de un colectivo y por qué le incumbe a él la acción del colectivo. De esto tratamos en la segunda parte de este trabajo, si bien limitado a la co-autoría. En cualquier caso el fundamento de la responsabilidad es idéntico para todas las formas de intervención; lo dicho allí, es válido pues, de igual forma, para la autoría y la participación.

(113) Véase por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, *FS Jescheck*, pp. 251 y ss.; HIRSCH, *FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, pp. 399 y ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 83 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 105 (1993), 300; crítico, en cambio, REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), 108 y ss.; EL MISMO (not. 41), pp. 933 y ss.

(114) LESCH, *GA* 1994, pp. 118 y ss.

3. Observaciones sobre la teoría del dominio del hecho

Ya hemos visto que ni se pueden fundamentar diferencias entre autoría y participación según una teoría de las normas, ni desde el plano de la tipicidad. Ahora nos queremos ocupar de una teoría que igualmente establece diferencias cualitativas: la del dominio del hecho (115). Cuando a partir de ahora se hable del dominio del hecho, nos referiremos a lo que se entiende normalmente bajo este concepto: al dominio en sentido naturalista como poder fáctico-actual, como determinación de la cadena causal (116). En este sentido, la teoría del dominio del hecho puede ser precisamente señalada, como *la* teoría de la dogmática penal naturalista por excelencia, puesto que si injusto se define como suceso del mundo exterior causal, es obligado aceptar el criterio de la dirección y dominio del curso causal que conduce a la lesión de bienes (objetos) jurídicos, como fundamento de la categoría de la imputación.

En primer lugar hay que reclamar contra la teoría del dominio del hecho que sólo puede fundamentar aquello que ya está determinado con anterioridad: es por tanto, circular. En efecto, también el partícipe domina su propio aporte (117) —esto puede ser apenas discutido—, es decir, una acción que causa el resultado típico en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones. En tanto en cuanto el dominio sobre un aporte causal del resultado fundamenta la autoría, se convierte el concepto de autor en un concepto extensivo: ¡Todo partícipe es autor! El criterio del dominio del hecho no ayuda por tanto en nada, sino que depende del *objeto* del dominio, esto es, de la *clase* y de la *cualidad de la acción* que dirige el interviniente (118). Mientras que el autor ejerce su dominio sobre un injusto que posee la calidad de autoría, el partícipe domina por su parte un aporte que no es precisamente injusto o, al menos, no es injusto susceptible de ser calificado como autoría. Antes pues, de que el criterio del dominio del hecho pueda significar algo, debe de averiguarse, independientemente, cuál es el injusto calificable como autoría. La cuestión referente a cuál es este injusto, reconduce la cuestión, en principio siempre, a la llamada «acción ejecutiva típica», es decir, al cri-

(115) Fundamentos: ROXIN (not. 95), pp. 60 y ss., 107 y ss. También la teoría subjetiva de la autoría (la llamada «teoría del ánimo»), empleada por la jurisprudencia, realiza una distinción cualitativa entre las formas de participación. Las deficiencias de esta teoría ya han sido por la literatura científica suficientemente demostradas (véase, en vez de muchos, JAKOBS [not. 44], 21/27 y ss. con más referencias), por lo que nos ahorraremos ocuparnos de ella nuevamente aquí.

(116) Una teoría del dominio del hecho, empero, en sentido normativo es la defendida, por ejemplo, por JAKOBS (not. 44), 21/32 y ss.

(117) ROXIN, *NSiZ* 1987, 347; SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlín/New York 1994, p. 26.

(118) Cfr. LESCH (not. 22), pp. 115 y ss.; *exempli causa*: ROXIN, *Kriminalpolitik* (not. 90), p. 21: «Autor [es] quien domina la realización típica» (sin cursiva en el original); además, SCHILD (not. 117), p. 26.

terio determinante de la antigua teoría formal objetiva, que precisamente en un principio era inseparable (y así también, compatible) del concepto restrictivo de autor. Así pues, como la teoría del dominio del hecho presupone una distinción tácita entre autoría y participación en el plano formal-objetivo de la tipicidad, se expresa de forma especialmente clara mediante la fórmula fáctica «tener en las manos el desarrollo del suceso típico» (119). Y no es coincidencia que, habiendo sido señalada en ocasiones la teoría formal objetiva como «punto de partida correcto» de la teoría del dominio del hecho (120), no pueda ésta, precisamente por su relación con el concepto restrictivo de autor (121), obtener mejores resultados que aquella. Esto rige de igual manera para la variante «material-objetiva» de la teoría del dominio del hecho, que recurre a éste como criterio material para la interpretación de la acción típica (y con ello claro de la autoría) (122): Puesto que como se dijo, también el partícipe ejerce el dominio sobre un aporte, causal para el resultado, no queda ya desde el principio más remedio que definir el concepto del dominio del hecho partiendo de la propia teoría formal objetiva, es decir, atendiendo, por ejemplo, a quién obró el último.

Con ello subsiste —como en general en el concepto restrictivo de autor y en la teoría formal-objetiva de autor— un déficit de fundamentación: ¿por qué se le puede imputar a un interviniente (sea coautor o sea partícipe) aquellas partes de la «acción ejecutiva típica» que él no domina sino que son llevadas a cabo por otros? Además, el dominio del hecho en supuestos de ejecución dividida no reside en las manos de uno sino sencillamente, en las de todos en conjunto; formulado de distinta manera: señor del hecho no es aquí el interviniente aislado, sino un colectivo de varios intervinientes (123). Cuál de los intervinientes es autor, no puede ser por tanto averiguado con el criterio del dominio del hecho; esta teoría no es capaz pues de aportar solución alguna a aquello que trataba de resolver.

Además, la unión, mediante el concepto restrictivo de autor, del dominio del hecho a la llamada «acción ejecutiva típica» conduce a la

(119) MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., Karlsruhe 1971, p. 627; GÖSSEL, en: *Strafrecht AT. Ein Lehrbuch begründet von Reinhart Maurach*, tomo 2.^o, continuado por GÖSSEL y ZIPF, 7.^a ed., Heidelberg 1989, 47/85, 89; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg 1992, pp. 20 y ss., 35 y ss., y passim.

(120) ROXIN, *Leipziger Kommentar* (not. 90), § 25 not. marg. 34.

(121) Véase por ejemplo, ROXIN, *Leipziger Kommentar* (not. 90), not. marg. 12 antes del § 25 y not. marg. 34 del § 25; JESCHECK (not. 68), pp. 590 y ss.

(122) GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme*, en: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín 1968, pp. 88 y ss., 95; EL MISMO, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, ibíd., pp. 137 y ss.

(123) Así, acertadamente, STRATENWERTH (not. 68), not. marg. 807; GÖSSEL (not. 119), 49/5 y ss., 26, 43, 47; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (not. 68), p. 110; JAKOBS (not. 44), 21/34. También GALLAS (not. 122), p. 98, admite que en la coautoría «se reparten» el dominio del hecho los intervinientes en el hecho».

opinión extendida entre los partidarios de la teoría del dominio, de que la coautoría sólo puede fundamentarse mediante la prestación de un aporte durante la fase de ejecución (124). Mediante esta concesión rudimentaria a la teoría formal objetiva se descalifica esta teoría por sí misma: quien al creador espiritual o al maquinador oculto de una obra no puede considerarle autor sino tan sólo partícipe, porque no ha cooperado en la fase ejecutiva, se aleja evidentemente demasiado de los cánones *sociales* de imputación. Así por ejemplo, en la fabricación de un lujoso deportivo o en la representación de una ópera, el famoso diseñador de la carrocería y él del innovador motor de 16 válvulas por un lado, así como el excéntrico director y sobre todo el compositor por otro, sí son vistos como primeros responsables, como «figura central del hecho». Nuevamente otro ejemplo: en tanto el jefe de la mafia que ha planeado y ordenado un delito, que encabeza las estructuras criminales, que puede llevar a cabo un determinado crimen cuando quiera, en tanto como digo, no pueda ser visto como «figura central», esto es, como autor, habrán de tenerse las bases de esa teoría de la imputación como erróneamente definidas ya de principio. El jefe de la mafia es autor aun cuando él mismo no toma parte en la ejecución inmediata, y en verdad como co-autor y no autor mediata, puesto que no domina la ejecución inmediata (125). Ya que en casos de ejecución dividida en ningún caso cada coautor por sí mismo posee un dominio del hecho sobre la «acción ejecutiva típica» *completa*, tampoco está autorizado exigir una «quasi-autoría» para la parte de cada uno y esta parte fusionarla con un momento formal-objetivo (126).

Por último, y al igual que el concepto restrictivo de autor, la teoría del dominio del hecho tiene que capitular frente a la tentativa (127): puesto que en la tentativa precisamente falta un dominio fáctico-actual sobre una ejecución típica completa, no sería posible la admisión de una autoría; no habría un hecho en grado de tentativa del que ser *autor*, sino la *tentativa* de ser autor del injusto. Si se quiere evitar esta consecuencia, no queda más remedio que sustituir el dominio del hecho en estos casos por otro criterio, como por ejemplo ha propuesto Roxin, el cual prevé para la tentativa un criterio subjetivo de autoría y de facto, emplea él del «animus auctoris» en su variante de «el querer dominar el hecho» (128). Pero tal solución no es en absoluto consistente. Tomemos el ejemplo

(124) ROXIN, *JA* 1979, 522 y ss.; EL MISMO (not. 95), pp. 292 y ss.; EL MISMO, *Leipziger Kommentar* (not. 90), § 25 not. marg. 181 y ss.; BLOY (not. 99), pp. 196 y ss.; GALLAS (not. 122), p. 104; RUDOLPHI, *FS Bockelmann*, pp. 372 y ss.; BOTTKE (not. 119), pp. 87 y ss.

(125) La ficción de una autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder (ROXIN [not. 95], pp. 242 y ss.) es pues errónea; véase también JAKOBS (not. 44), 21/103.

(126) LESCH, *GA* 1994, 125 con más referencias.

(127) Cfr. LESCH, (not. 22), pp. 123 y ss.

(128) ROXIN (not. 95), pp. 452 y ss.; crítico, BLOY (not. 99), pp. 265 y ss.

antes descrito del robo (129): si quedase en tentativa —partiendo de la «solución de conjunto» dominante en la Doctrina— (130) A y B son autores a causa de su voluntad de dominar el hecho, a pesar de que se han limitado a una cooperación en la fase preparatoria, mientras que el cristalero, que ha sido el único que ha intervenido en la fase de ejecución sólo puede ser partícipe, puesto que le falta esa voluntad de dominar el hecho. ¿Por qué debe ser vinculada la autoría al momento objetivo-formal de la cooperación en el estadio de ejecución, como lo hacen los defensores de la teoría del dominio del hecho? Supongamos que en el ejemplo propuesto sí se llega a la consumación, pero A se tuerce un pie cuando quiere trepar por la ventana y por ello no puede continuar cooperando: no entra en la casa y tampoco se apropia de nada. A, respecto del hurto agravado en grado de consumación sería simplemente cómplice puesto que no posee el dominio del hecho, quedaría, empero, respecto del delito tentado en cualquier caso como autor. ¿Cómo se puede aclarar esto de una forma congruente? Así pues: una diferenciación *cualitativa* entre autoría y participación no se adapta a la génesis *cuantitativa* de un delito que pasa de tentativa a consumación, porque aquella excluye per se la aceptación de que en una ejecución progresiva del delito, la *envergadura* de la intervención y con ello a la vez, también los roles de los intervinientes, permanezca por *sí variable*.

Sólo mediante una diferenciación en principio *cuantitativa* de las formas de intervención puede ser tenida en cuenta, en forma adecuada, una ejecución *cuantitativa* progresiva del delito.

Podemos por tanto establecer como válida la siguiente conclusión: para una dogmática jurídico-penal de carácter normativista, la teoría naturalista del dominio del hecho no es aceptable. Como se dijo, el injusto penal no se constituye mediante un ataque externo-causal a bienes (objetos) jurídicos, sino mediante un ataque a la vigencia de la norma. La desautorización de una norma es siempre un acto comunicador. Por ello no puede ser el hecho del dominio sobre un ataque exterior-causal a bienes jurídicos un criterio *eo ipso* determinante de la imputación penal (131).

4. Resumen

Se ha demostrado que una diferenciación entre las distintas formas de intervención en el delito no puede ser obtenida en atención a las normas de comportamiento de las llamadas «teorías personales del injusto», ni en atención a la ejecución típica; especialmente inapropiado se mostró también el criterio del dominio del hecho; por el contrario se ha

(129) Véase supra V.2.

(130) Cfr. JAKOBS (not. 44), 21/61.

(131) LESCH (not. 22), p. 160.

demostrado la bondad de criterios cuantitativos: mientras que la responsabilidad según su fundamento es idéntica para todos los intervinientes, las cuotas de responsabilidad son distintas —en tanto en cuanto se amenaza con diferentes penas— (132). Por ello, en primer lugar, debe preguntarse en general siempre, quién debe responder, a quién le incumbe pues la ejecución, en definitiva, quién es miembro del colectivo. Ya en un segundo peldaño, debe determinarse en virtud de qué, responde cada componente del colectivo. Los tipos no describen —al menos en principio— al autor, sino que simplemente fijan en qué consiste una perturbación social (hecho penal) —que en su caso también puede ser realizado por varios intervinientes—. Autoría y participación se encuentran por tanto más allá de la teoría del tipo; no muestran algo parecido a dos formas diferentes de imputación ya desde un principio, sino la correspondiente cuota de responsabilidad como momento de la imputación. Se trata de consideraciones de concreción de la pena que están integradas en la imputación y tipificadas en las diferentes formas de intervención, las cuales se orientan respectivamente según el *quantum* de ésta (133).

VI. *Sobre los delitos de organización y los de infracción de deber*

Imputación objetiva se basa en el quebrantamiento de los límites de un rol social. Según esto, se puede realizar una diferenciación entre delitos por competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional (134). La definición del riesgo típico depende de que clase de competencia se fundamente. Así, en principio, todos los delitos pueden ser llevados a cabo con base en una competencia organizativa (1) o institucional (2).

1. *Delitos de organización*

En este primer caso se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un rol común. Las expectativas ligadas a tal rol son, según su fundamento, definidas sobre todo negativamente, esto es, de forma que una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, configure

(132) En Alemania, se atenúa obligatoriamente la pena del cómplice (§ 27, 2.º párrafo StGB).

(133) LESCH (not. 22), pp. 198 y ss.; EL MISMO, GA 1994, p. 119.

(134) Aquí y en lo siguiente, JAKOBS (not. 44), 1/7 con más remisiones: EL MISMO, *La imputación objetiva en derecho penal*, Colección de Estudios n.º 1, Universidad Externado de Colombia (Trad. Cancio Meliá), pp. 61 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 264 y ss.

éste de tal manera que no se produzcan determinados efectos no deseados, la mayoría de las veces, en el trato con bienes jurídicos. Esta clase de expectativas son indispensables, puesto que nadie puede administrar todos los ámbitos de organización conjuntamente y, por otra parte, y como consecuencia del derecho a la propia organización, tampoco nadie puede ejercitar las atribuciones conferidas a ámbitos de organización ajenos (135). La facultad de la persona de configurar el mundo libremente (libertad de organizar) es aquí el fundamento de la competencia sobre esa configuración (responsabilización por las consecuencias). Para evitar malentendidos: Aun cuando la mayoría de las veces el rol común, el ligado a la utilización de un ámbito organizativo, se refiere al trato con *bienes jurídicos*, lo único relevante desde el punto de vista *jurídico-penal* es siempre y tan sólo, el significado comunicador del suceso para la obligatoriedad de la norma, pero no per se, que el ámbito de organización no tenga como consecuencia un «output» que produzca la merma de bienes jurídicos (136).

La libertad de organizar engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo. Varias personas pueden por tanto armonizar entre sí sus organizaciones de comportamientos, de tal forma que, comportándose como una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común, y también conjuntamente, como colectivo, respondan. El ámbito de la organización conjunta de comportamientos es pues el ámbito de la intervención accesoria.

2. Delitos de infracción de deber

En un segundo supuesto hablamos de delitos de *infracción de deber* (137). El garante que lesiona su deber asegurado institucionalmente, realiza un delito *autónomo*, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo; esto no quiere decir que sea necesaria una realización de propia mano, todavía más, es posible también una ejecución en forma de división *fáctica* de trabajo con otros, pero en cualquier caso, se deja de lado la accesoriidad, y se entiende, según nuestro punto de partida *normativista*, que se ha producido una realización *inmediata*, esto es, el comportamiento ajeno se le imputa al especialmente obligado como si fuese causalidad natural y no como un actuar en forma accesoria de división de trabajo. Así pues, el garante no responde ni como consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización, ni por la lesión de un bien a él encomendado, sino porque él ha rehusado la producción de un mun-

(135) JAKOBS (not. 44), 1/7; LESCH (not. 22), p. 264.

(136) Sobre esto, detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 265 y ss.

(137) Detallado, JAKOBS (not. 44), 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/15, 29/106 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 298 y ss.

do en común, de una relación positiva con el bien; o, formulado de distinta manera, porque ha lesionado su deber institucional. Dicho en palabras de *Jakobs*: «el verdadero obligado especial responde como tal no por lo que realiza con los otros intervinientes, sino, de forma inmediata, por lo que le debe al bien» (138). Sólo así se puede fundamentar que, en casos de división fáctica de trabajo, aportes cuantitativamente de menor significado conduzcan a la autoría. Nuevamente lo ya dicho: el obligado especial en los delitos de infracción de deber responde, no por su organización defectuosa —esto no podría fundamentar una autoría en el mencionado supuesto de cooperación con aportes relativamente pequeños—, sino que lo hace en virtud de la lesión de un deber institucional. El delito de infracción de deber es una forma de responsabilidad especial y autónoma; fundamenta un riesgo típico especial, autónomo.

El deber institucional es un deber *altamente personal*; se constituye por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, contraer matrimonio, convertirse en funcionario etc., y no puede ser disuelto de ninguna manera o sólo bajo condiciones especiales y, en cualquier caso, no puede ser transferido. Por ello la infracción del deber en estos delitos es una circunstancia altamente personal: infracción de deber y accesoriedad no son armonizables. El especialmente obligado, o bien es autor único, o bien no existe un delito de infracción de deber: una intervención del extraneus en un delito de infracción de deber no es posible (139). En los delitos de infracción de deber *no hay absolutamente ninguna* diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor.

Ahora bien, de lo dicho tampoco se deduce que no pueda haber en ningún caso una intervención accesoria entre el extraneus y el obligado especialmente. Pero el extraneus sólo puede adquirir esa unión con el especialmente obligado, per organización y no, qua lesión del deber. Que el intraneus lleve a cabo un delito de infracción de deber no quiere decir que no se haya podido también organizar algo. El especialmente obligado no es simplemente administrador de una relación institucional, sino también alguien que está obligado a configurar su ámbito de organización de forma no defectuosa. El portador de un rol fundado institucionalmente puede realizar, junto al delito de infracción de deber, también un delito de organización, accesorio y, desde el punto de vista normativista, común. Ejemplo: el padre que alcanza al asesino de su hijo

(138) JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), p. 758.

(139) Con ello me aparto de la opinión anteriormente sostenida por mí (LESCH [not. 22], pp. 300 y ss.).

un cuchillo, no es sólo autor de un delito de infracción de deber, sino a la vez cómplice en un delito de organización; hay pues en sí, *dos* delitos en los que el *intraneus* interviene. De todas formas, tal complicidad no merece en la mayoría de los casos ni tan siquiera ser mencionada: según indiscutibles reglas del concurso la complicidad queda desplazada por la autoría (140). Nuevamente: la relación institucional se encuentra definida mediante un *haz* de deberes, entre los que se hallan también los deberes de organización. Por ello, si el especialmente obligado no puede ser autor, porque no posee una característica típica especial, por ejemplo, porque le falte en el § 242 StGB el ánimo de lucro, será indicativo tan sólo, de que él no ejecuta un delito de infracción de deber, pero no, de que no haya podido organizar defectuosamente (141). Ejemplo: el padre que contrata a una niñera no le transfiere la completa relación institucional —patnofilial— (lo cual además, no sería posible), sino un deber de *organización* determinado que está contenido en el haz de deberes institucionales. Así, igual que la niñera *organiza* defectuosamente cuando no impide el hurto cometido en el patrimonio del niño, concurre también una organización defectuosa cuando el padre se hace cargo *personalmente* de cuidar el patrimonio del hijo y a pesar de ello no impide el hurto; en este caso, el padre interviene como cómplice en el hurto, pero no qua lesión del deber especial sino *qua organización*.

Como ya se mencionó, en principio todos los delitos pueden ser llevados a cabo como delitos de infracción de deber o como delitos de organización. Esto no rige sólo para delitos como lesiones (§ 223 StGB), homicidio (§ 212 StGB), daños en las cosas (§ 303 StGB) o hurto (§ 242 StGB), sino también para delitos especiales, en particular, para los delitos de funcionarios públicos. Estos no son, *per se*, delitos de infracción de deber, sino que también son interpretables como delitos de organización, a cuyo tipo sólo puede acceder un *extraneus* precisamente con ayuda de un *intraneus*. Como compensación pues de que el *extraneus* solamente en este caso responde, se le otorga el privilegio previsto en el § 28 StGB (142).

(140) Cfr. también, ROXIN (not. 95), pp. 483 y ss.

(141) De esto no me di cuenta en el ejemplo de mi artículo en la ZStW 105 (1993), p. 290, IV.2. al final (y que también ha sido traducido como segunda parte de este trabajo).

(142) § 28 StGB: «Características personales especiales. (1) Si le faltan al partícipe (instigador o cómplice) características personales especiales (§ 14 párrafo 1.º), que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquél se disminuirá conforme al § 49 párrafo 1.º (2) Si la ley determina que características personales especiales aumentan, disminuyen o excluyen la pena, esto rige sólo para el interviniente (autor o partícipe) en el cual concurren». (N. del t.).

VII. *La diferenciación cuantitativa entre autoría y participación*

Hemos visto ya, que el fundamento y objeto de la responsabilidad jurídico-penal de autor y partícipes es idéntico, siendo si acaso las cuotas de responsabilidad diferentes. Autoría, inducción y complicidad señalan por tanto fenómenos de determinación de la pena, que han sido integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito. La diferencia entre estas formas de intervención es, de entrada, simplemente cuantitativa. Cuantitativa significa, que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido se rige, al menos en principio (143), según la *envergadura* de la intervención.

En este sentido, para indagar el *quantum* determinante de la intervención, resulta evidente la relevancia de las teorías aquí desarrolladas: normativa del injusto y de la imputación objetiva. Lo que interesa al injusto penal debe ser diferenciado con exactitud de entre, por una parte, la manifestación delictiva —en otras palabras, la desautorización de la norma—, y por otra, del medio a través del cual esa información ha sido cifrada y transmitida (es decir, comunicada) —esto es, el suceso naturalista del mundo exterior—. Ya establecimos anteriormente, que el terreno que la teoría de la imputación objetiva ha de escrutar, es la indagación del «contenido específico», es decir, de la manifestación delictiva del suceso del mundo exterior (144). Puesto que las distintas formas de intervención son diferenciadas en el ámbito de la imputación objetiva, esa diferenciación debe deshacerse totalmente del curso causal externo, y desplazarse, en cambio, al plano comunicador-simbólico del *significado* de ese suceso para la obligatoriedad de la norma. La determinación por tanto de la cuota de responsabilidad no se rige, *per se*, según la configuración fáctica del suceso del mundo exterior por los intervinientes, sino según la dimensión de la relevancia comunicadora de dicha configuración en relación a la vigencia de la norma. Formulado de distinta manera: lo decisivo es el contorno en el cual el interviniente ha fijado el suceso concreto que ha desarrollado el tipo, y en verdad en su significado para la dimensión de la objetivación del quebrantamiento de la norma. Hablando en términos ejemplificativos: Si se quisiese medir el quantum del suceso de aquél, que simplemente apretando el botón pone en marcha una «maquinaria delictiva» que otro ha planeado y construido (145),

(143) Cfr. las excepciones en LESCH (not. 22), pp. 288 y ss. En el marco de esta exposición no pueden ser tratadas en detalle.

(144) *Supra* IV. *in fine*.

(145) Explicado de forma más concreta: A quiere perpetrar un atentado con explosivos contra un grupo de políticos. Él planea todo, construye la bomba, la instala en la sala de conferencias y alquila una vivienda en el edificio de enfrente. Para el momento fatídico se deja acompañar en la vivienda alquilada por B, lo cual en realidad no hubiese sido necesario, pero a cuyas instancias cede. A observa con unos prismáticos la sala de conferencias y grita a B ¡ahora!, cuando todos los políticos han llegado a la sala. B aprieta el botón y la bomba estalla.

tomando como medida su cooperación físico-causal —que en realidad es mínima—, seguro que tal *quantum* conduciría a una responsabilidad como partícipe (cómplice). Si se valora el aporte según su relevancia para la vigencia de la norma, ese quantum es enorme. En efecto, el quebrantamiento de la norma adquiere precisamente con la entrada del resultado una manifestación objetiva de especial importancia (146); el aporte de aquél que con la realización de su acto lleva a cabo el último acto y con ello, la decisión determinante para la producción del resultado, adquiere una significación sobresaliente para el daño a la vigencia de la norma. El dominio sobre la decisión, entendido en este sentido, puede por tanto llegar a tener un significado especial para la determinación del quantum, pero en ningún caso per se, sino exclusivamente mediante su relación con el daño a la vigencia de la norma.

En contraposición a los partícipes, los autores son aquellos intervinientes que configuran el delito de tal forma, que entre sus correspondientes quantums de intervención y los de los otros existe una diferencia significativa, esto es, relevante. En esta valoración no puede ni debe ser conseguida una exactitud matemática, puesto que la cuantificación no puede ser formulada en cifras. Los límites son en cambio graduables y fluidos. Por ello, tampoco es necesario que todos los (co-)autores configuren exactamente lo mismo, esto es, que tengan que prestar un aporte de la misma dimensión que los aportes de los otros (divergencias de poca importancia no son pues relevantes). Una diferenciación gradual-fluida entre autoría y participación no tropieza tampoco con dificultades relacionadas con el Estado de Derecho, puesto que no se trata de cuestiones relativas a la tipicidad o a la determinación de la zona de punibilidad, sino que se trata de una cuestión de determinación de la pena, y la determinación de la pena no es cosa de exactitud matemática.

Configuraciones son, por ejemplo —junto con la decisión sobre la entrada del resultado, como ya se vio ejemplificativamente—, la determinación de los que han de ejecutar, del objeto del hecho, de la intensidad de su lesión, del medio, del plan, y, eventualmente, otras circunstancias que pertenezcan al desarrollo concreto típico. La determinación puede tener lugar durante los períodos de preparación y tentativa, hasta la realización de la acción ejecutiva. Puesto que el *quantum* determinante de la intervención debe ser deducido del significado, que para la dimensión del daño a la vigencia de la norma, posea la fijación del suceso exterior causal, aportes, en los cuales la desautorización de la norma se lea de forma inmediata porque se encuentren cercanos a la entrada del resultado, deben ser considerados, por regla, con un mayor peso que aportes lejanos. En este sentido, la primitiva pretensión de Welzel de que un *minus* de cointervención objetiva en la fase ejecutiva debe ser compensado,

(146) LESCH (not. 22), pp. 97, 257 y ss., 286.

mediante el plus de la cointervención especial en la fase de planificación (147) es, en principio, correcta.

Digamos todavía algo del inductor, cuya punibilidad en Alemania es igual que la del autor, a saber, sin posibilidad de aminoración de la pena. El que, por un lado, crea la decisión en otro de cometer el hecho, y por otro, asume una parte igual a la de éste, en la configuración del suceso, por ejemplo, coopera de forma importante en la fase previa o incluso durante la ejecución, es siempre (co-)autor. El *quantum* de intervención del inductor se encuentra pues por debajo de el del autor; si se encontrasen al mismo nivel, ya no sería entonces inducción sino, precisamente, autoría. Así pues, por lo que respecta al *quantum*, el inductor es en sí un cómplice, de tal forma que entre el inductor y el cómplice la única diferencia que se puede establecer es cualitativa. La característica cualitativa diferenciadora debe formularse de forma restrictiva, teniendo en cuenta que la punibilidad del inductor es igual que la del autor, y que con ello, existe algo frente al cómplice que le pone de relieve. Según esto, el «determinar» a otro al hecho sólo puede fundamentar una sobrevaloración de complicidad a inducción, cuando el autor adquiere su determinación y la mantiene firme, en dependencia de la voluntad de aquél que le ha influido; es decir, cuando la influencia psíquica rebasa el simple estímulo, ayuda o «buen» consejo (148). Sólo teniendo en cuenta, que el inductor en definitiva ha suministrado el auténtico motivo por el cual se ha realizado el hecho, se puede justificar que la punibilidad del inductor sea igual que la del autor, a pesar de que el *quantum* de intervención de aquél es menor que el de éste.

VIII. *Algunas consideraciones sobre la imprudencia*

En el campo de la imprudencia también se pueden efectuar sin mayores problemas diferenciaciones cuantitativas como las que acabamos de realizar; desde este punto de vista no se puede descartar, en principio, hablar de distintas formas de intervención en el ámbito del delito imprudente (149). Otra opinión sólo puede tener vigencia desde la perspectiva de una teoría de la acción final cimentada ontológicamente. Se ha sostenido, que la admisión de una inducción o complicidad imprudentes sería «excluida según la naturaleza de las cosas» (150); a esto cabría responder, que tampoco la imprudencia, *en general*, pudo ser explicada con el instrumental de la «naturaleza de las cosas» del finalismo, puesto que se

(147) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (not. 68), p. 110.

(148) JAKOBS (not. 44), 22/22.

(149) LESCH, *GA* 1994, 119 y ss.

(150) Así por ejemplo, KÜPPER, *ZStW* 105 (1993), 299, citando a WELZEL (not. 33), p. 160; en contra ya ENGISCH, *FS Kohlrausch*, pp. 175 y ss.

trata de una construcción normativista que no existe en la Naturaleza (151), y nadie niega, sin embargo, la realidad de la ejecución imprudente del delito. Según esto, la posibilidad de una diferenciación entre autoría y participación en el campo de la imprudencia es ya reconocida en Alemania mayoritariamente. En efecto, quien sencillamente «ocasiona, facilita o favorece, imprudentemente» la autolesión o autopuesta en peligro autoresponsable de otro, no es punible, «cuando él en caso de haber ocasionado, facilitado o favorecido dolosamente, no hubiese sido punible» (152). De todas formas en los §§ 222 y 230 StGB (153) se reduce la realización típica como autor a aquel comportamiento que conlleva inmediatamente el resultado, esto es, a la realización de propia mano. Esta «excepción dogmáticamente absurda de la uniformidad del concepto extensivo de autor del delito imprudente» se contradice con que la concausación imprudente de un hecho imputable ejecutado de propia mano por otro, hoy en día se entiende, en la mayoría de las ocasiones, como autoría imprudente (154). Con ello se muestra, sin embargo, que se tiene por posible una diferenciación de las distintas formas de intervención en el delito también en el terreno de la imprudencia.

Si se fundamenta la intervención accesoria en el ámbito de la imputación objetiva, queda abierta también en el campo de la imprudencia la posibilidad de una intervención accesoria, puesto que entre el delito doloso y el imprudente, en relación a la imputación objetiva, no existen diferencias (155). Desde la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán llamada de «los sprays para cuero» se perfila un movimiento en el sentido aquí expuesto. En efecto, en este caso, el Tribunal Supremo vio en la responsabilidad común de varios directivos de empresa, un fundamento para reconocer las omisiones imprudentes como «aportes parciales» a un «conjunto de su comportamiento», esto es, reunidos en una acción uniforme (156); en otras palabras, valorando el comportamiento como una unidad y con ello, al fin y al cabo, reconociendo una

(151) REYES, *ZStW* 105 (1993), 115; EL MISMO, (not. 41), pp. 946 y ss.

(152) Véase *BGHSt* 32, 262, 264 y s. (con más referencias); 36, 1, 17; *BGH*, *NJW* 1991, 308; SPENDEL, *JuS* 1974, 749 y ss.; OTTO, *FS Spendel*, p. 276; SCHUMANN (not. 109), pp. 110 y ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, München 1991, 11/86 y ss.; EL MISMO (not. 95), pp. 545 y ss.

(153) § 222 StGB: «Homicidio imprudente: El que por imprudencia causa la muerte de un Hombre, será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa».

§ 230 StGB: «Lesión corporal imprudente. El que por imprudencia causa la lesión corporal a otro, será penado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa». (N. del t.).

(154) Cfr. WELP, *JR* 1972, 428; SPENDEL, *JuS* 1974, 750.

(155) Cfr. REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), 125; EL MISMO (not. 41) p. 956; STRATENWERTH (not. 68), not. marg. 337 y ss.; JAKOBS (not. 44), 7/1 y ss.

(156) *BGHSt* 37, 106, 130 y ss.

coautoría fundada de una forma meramente normativista, en el ámbito de la imprudencia (157).

2.^a PARTE: El fundamento de la responsabilidad a título de coautoría, como momento de la imputación objetiva

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) (158) exige para la coautoría un acuerdo común, aprehendido en forma concluyente o expresa (159);

(157) Cfr. OTTO, *FS Spendel*, pp. 284 y ss. Una coautoría imprudente fue ya hace tiempo reconocida en la literatura, véase, por ejemplo, GOLTDAMMER, *GA* 15 (1867), 17; BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, 8.^a ed., 1913, p. 152; FRANK, *StGB-Kommentar*, 8.^a-10.^a ed., 1911, 47 III; EXNER, *Festgabe für Frank*, tomo I, pp. 569 y ss.; MEZGER (not. 34), p. 422; ROXIN (not. 95), pp. 531 y ss.; OTTO, *Jura* 1990, 47 y ss.; sobre la coautoría imprudente en Japón, MATSUMIYA, *Ritsumeikan Law Review*, número 9.^o, 1994, pp. 17 y ss.

(158) BGH NJW 1991, 1068: La sentencia se ocupó de un asesinato en coautoría en el que uno de los intervinientes, no había tomado parte de propia mano en la ejecución: El comportamiento *externalizado*, que según la versión del BGH llevaría aquí a la admisión de un acuerdo común aprehendido en forma concluyente, y a la fundamentación de una responsabilidad como coautor, se limitó a una captación del acusado por el autor inmediato para la realización de delitos, a su alojamiento y equipamiento con dinero y una pistola, a un viaje conjunto de los «intervinientes» en un «automóvil casi como si estuviese pertrechado para la guerra», así como a que el procesado llamo la atención del otro sobre la presencia de un coche siguiéndoles, con los policías que después resultarían asesinados. Un acuerdo de palabra entre los intervinientes no se pudo probar. Recensiones a este sentencia: ROXIN, *JR* 1991, 206; PUPPE, *NSz* 1991, 571; HERZBERG, *JZ* 1991, 856; ERB, *JuS* 1992, 197.

(159) Del mismo modo BGH *NSz* 1985, 70, 71 con más referencias de la jurisprudencia y de la doctrina habitual; véase, por ejemplo, ROXIN, en: *LK*, 10.^a ed. 1985, § 25 not. marg. 119; SAMSON, en: *SK StGB*, § 25 not. marg. 51; DREHER/TRÖNDLE, 45.^a ed. 1991, § 25 not. marg. 6; LACKNER, *StGB*, 19.^a ed. 1991, § 25 not. marg. 10; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 107; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 2.^a ed. 1975, 14/17; SEELMANN, *JuS* 1980, p. 572. PUPPE (not. 1) se muestra restrictiva: Si bien es cierto que la coautoría exige un acuerdo en común, un «plan colectivo» que efectivamente se lleve a cabo, esto no podría ser fundamentado por medio de un comportamiento concluyente, así como tan poco podría serlo la complicidad psíquica. Según la opinión de PUPPE, no se trata «en las llamadas manifestaciones concluyentes mediante comportamientos en conjunto, de concluir la emisión de determinadas manifestaciones según las reglas de la comunicación, sino de suponerlas según las reglas de la buena fe del Derecho». La cuestión, continua PUPPE, de según que reglas de los negocios de buena fe habría que comprobar en que condiciones alguien aclara concluyentemente el acuerdo para un delito, sería empero en sí paradójico, porque el acuerdo de un delito precisamente no sería un negocio de buena fe. Por consiguiente, sólo el asentimiento expreso, mediante palabras o signos unívocos, de cometer un hecho en común con otro, permite una responsabilidad como coautor. En verdad el callar o el actual silencioso, que no pueda ya ser valorado según un código de validez general o uno especial acordado entre los interlocutores de la comunicación, como un convenio equivalente, podría, en principio, ser interpretado, también por razón de la situación, como asentimiento de la coautoría, pero esto sólo según las reglas generales de la comunicación. Por esta razón, debe haber tenido lugar en la concreta situación un inequívoco acuerdo sobre el intercambio de informaciones; formulado de otro modo: el comportamiento debe dirigirse, como información, inequívocamente al destinatario. En el caso concreto del BGH, y siempre según PUPPE, no sería el comportamiento que le fue probado al acusado, por faltar ya una situación de comunicación, un acuerdo del hecho mediante intercambio de signos.

según la doctrina tradicional, en la responsabilidad como coautor éste sería, en principio «causa et fundamentum» de la imputación recíproca de las contribuciones al hecho de los distintos intervinientes (160). Sin embargo, esta tesis se basa, como seguidamente va a ser demostrado, en un falso enfoque naturalista-psicologizante de la coautoría, que ya fue trazado especialmente en los sistemas de imputación de los hegelianos, y cuyas bases no han sido cuestionadas en serio desde entonces (161). Antes de que se aduzca el razonamiento que nos lleve a esta afirmación, es necesario un breve esbozo de la teoría del injusto que se toma como base en el concepto de coautoría que aquí se sostiene (162).

I. Esbozo de la teoría del injusto

La pena presupone la realización del injusto típico. Para una teoría del injusto, genuinamente jurídico penal, y cimentada funcionalmente, se sobrentiende por tanto que se interprete el injusto penal en atención a las consecuencias jurídicas propias del derecho penal (163). En caso de que la pena deba ser algo más que una sucesión de un segundo mal (164), pena e injusto penal deben ser llevados al mismo plano (165),

(160) Véase, por ejemplo, BGHSt. 24, 286, 288; BGH NJW 1989, 2826; KÜPER, JZ 1979, 777, 786; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, 1915, pp. 381 y ss., 384; H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 312 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.ª ed. 1990, p. 285; WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 169; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 810 y ss.; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 614; SEELMANN, *JuS* 1980, 571, 572; CRAMER, en: *Schönke/Schröder*, not. marg. 85 antes del § 25; BLOY, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 370, 371; GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 104.

(161) Véase, empero, JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/41 y ss.

(162) Detalladamente, LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 134 y ss., 232 y ss., 253 y ss.

(163) Por ello, una interpretación preventivo-policial del injusto penal, bajo la rúbrica defensa ante peligros (protección de bienes jurídicos) queda excluida (para la fundamentación, véase SCHWAN, *Verw Arch.* 70 [1979], p. 121: «El desencadenamiento de los efectos que deban producirse después de la entrada de un daño, en este caso, después de la comisión de un hecho delictivo, no puede ser jamás defensa ante peligros, sino siempre sólo, reparación, indemnización por daños y perjuicios, o precisamente persecución penal. Defensa ante peligros es siempre posible sólo hasta el momento de la entrada de un daño»). Respecto de la crítica a interpretaciones penales preventivo-policiales, detalladamente, LESCH (not. 5), pp. 232 y ss., así como —especialmente exacto y hasta hoy no desvirtuado— BINDING, *Grundriß zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht*, 1878, pp. 90-92; también del mismo, *ZSchr. f. d. Privat- und öff. Recht d. Gegenwart IV* (1877), pp. 420 y ss.

(164) Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp-Ausgabe (Red. Moldenhauer/Michel), 7.º tomo, § 99.

(165) Así pues, se debe investigar —en palabras de BINDING, *Zschr. f. d. Privat- und öff. Recht der Gegenwart IV* (1877), p. 421— el «nexo interno del injusto y de la pena». Ya ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836, p. 3, recalcó la necesidad «[de los] conceptos de delito y pena (correlativos) referidos recíprocamente el uno al otro». Véase también SCHILD, en: *AK StGB*, 1990, not. marg. 66 antes del § 13.

esto es, entendidos como «discurso y respuesta» (166). A más tardar desde *Hegel*, es conocido que la reacción compensatoria a los daños (materiales) de bienes jurídicos causados por un delito, está reservada al derecho civil (167): la pena no puede, ni subsanar un daño producido a través del delito en el bien jurídico agredido, ni conceder las indemnizaciones por daños y perjuicios (168). El daño ante el cual el derecho penal reacciona con sus consecuencias jurídicas específicas, no es, por esta razón, daño de bienes, sino —en palabras de *Hegel*— la «lesión del Derecho en cuanto Derecho» (169). En la punición del delito, el Derecho consigue validez como Derecho universal, y se da realidad en y frente a «la voluntad particular» (170). Expresado en forma moderna: la pena quiere, desaprobando la acción contraria a la norma, corroborar la validez de la norma desautorizada por el autor, y estabilizar contrafácticamente la confianza general en la obligatoriedad de las normas garantizadas penalmente; la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado

(166) JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.^a ed. 1991, prólogo, p. VII. El principio de culpabilidad, interpretado correctamente, no indica otra cosa: «La pena, adecuada a la culpabilidad..., se refiere al pasado, a la *voluntad* contraria a Derecho, pero no *como tal*, sino en la forma en que ésta se ha evidenciado en el hecho delictivo, es decir, se refiere a la *acción*, no a algo *futuro*, p.ej. la prevención o la corrección etc.», ABEGG, (not. 8), p. 73. Por consiguiente, el hecho punible encuentra en la culpabilidad no sus fronteras, sino su fundamento, por lo que culpabilidad no caracteriza el interior del autor, es decir, no es un atributo que esta cerca y fuera del injusto del hecho, sino que caracteriza el hecho punible en conjunto; la realización antijurídica del tipo es, por tanto, parte de la culpabilidad; cfr. SCHILL, en: *AK StGB*, not. marg. 46 y 48 antes del § 13; JAKOBS, *Allg. Teil*, 17/2; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 184; LESCH (not. 5), p. 234. La pena, entendida como compensación por culpabilidad significa, de este modo, la reacción (respuesta) al injusto sucedido, el arreglo de una perturbación social que ya se ha producido; cfr. también SEELMANN, *JuS* 1979, 691.

(167) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), § 98; SCHÜTZE, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1874, p. 61; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, tomo 1.^o, 1881, p. 6; HOTH, *Vorlesungsnachschrift über G. W. F. Hegel, Die Philosophie des Rechts (1822/23)*, Ilting-Edition, tomo 3.^o, p. 308; SCHILD, *ARSP* 70 (1984), pp. 92 y ss.; GANS, *Philosophische Schriften*, ed. por Schröder, 1971, p. 88; igualmente, WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, p. 251.

(168) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1.^o, 1922, p. 374; HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 75; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 215; JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/9; LESCH, *NJW* 1989, 2310.

(169) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), § 83/adición, § 90/adición, § 95, § 97 y adición, § 99; HOTH (not. 10), pp. 308 y ss.; KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 32; ABEGG (not. 8), pp. 4 y ss., 93, 96; SCHUTZE, *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, 1867, pp. 64, 80; R. SCHMIDT, *Die «Rückkehr zu Hegel» und die strafrechtliche Verbrechenlehre*, 1913, p. 18.

(170) HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, Ilting-Edition, tomo 2.^o, 1974, p. 201; EL MISMO, *Crundlinien* (not. 7), § 99 (p. 153), § 220 (p. 374); HOTH, (not. 10), pp. 310, 662 y ss.; cfr. también ABEGG (not. 8), pp. 4 y s., 72; Respecto de la teoría de la pena de *Hegel*, véase, por ejemplo, SEELMANN, *JuS* 1979, 687 y ss.; KLESZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991; SCHILD, *ARSP* 70 (1984), pp. 88 y ss.; VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 23 y ss.; LESCH (not. 5), pp. 137 y ss.

demostrativo-simbólico del hecho punible (171). De este modo, el injusto *penal* a neutralizar a través de la pena consiste en un esbozo individual del mundo realizado por el autor —en palabras de *Hegel*: en su «voluntad particular» (172)— concerniente a la validez de las normas, es decir, en un comportamiento mediante el cual el autor pone de manifiesto que la norma, para la situación de hecho, no marca la pauta. Pero las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación (173). El derecho penal hace frente, por tanto, a aquel conflicto que es suscitado por el lado comunicador del hecho. Para la explicación del injusto penal lo que interesa pues, no es la valoración de los sucesos del mundo exterior causal, sino sólo el significado para la validez de la norma de los sucesos del mundo exterior (174).

II. La coautoría como realización colectiva del tipo

En los casos de división de trabajo con ejecución del hecho fraccionada, cualidad y entidad completa del daño para la validez de una determinada norma garantizada penalmente, (esto es, una realización del tipo completa), se infieren, ante todo, a través de que los aportes individuales, integrados los unos con los otros, son comunicados como suceso completo; es decir, son entendidos como información conjunta de los intervinientes sobre la obligatoriedad de esta norma. Objeto de referencia de la responsabilidad jurídico penal es, por tanto, no la propia intervención de cada uno (la propia cuota individual en el hecho), sino la realización del tipo *en conjunto*, llevada a cabo en forma de división de trabajo (175). Como el interviniente por sí mismo en la coautoría, «per definitionem», debe realizar menos que un autor único (176), a ninguno

(171) JAKOBS, *Allg. Teil*, 2/5; LESCH (not. 5), pp. 248 y ss.; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 656. Véase también VON GRIESHEIM, *Vorlesungsnachschrift über G. W. F. Hegel, Philosophie des Rechts (1924/25)*, ed. por Iltting, Iltting-Edition tomo 4.º, 1974, pp. 266, 550 y ss.

(172) HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* (not. 13), p. 357, HOTHO (not. 10), p. 310; WANNENMANN, *Vorlesungsmitschrift über G. H. F. Hegel, Die Philosophie des Rechts (Heidelberg 1917/18)*, ed. por Iltting, 1983, pp. 69 y ss.; VON GRIESHEIM (not. 14), p. 284; HALSCHNER (not. 10), pp. 6 y ss.; KÖSTLIN (not. 12), pp. 31 y ss.

(173) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.ª ed. 1987, p. 55.

(174) JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/9, 2/5; EL MISMO, *ZStW* 104 (1992), pp. 83, 85; LESCH (not. 5), pp. 133, 160, 253, 255 y ss., 265 y ss., 269 y ss.; VEHLING (not. 13), pp. 24 y ss., 119; véase sobre esto ya HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), §§ 218, 220.

(175) M. E. MAYER, *Allg. Teil*, 1915, p. 381, hablaba en este sentido acertado de un «elemento sintético» de la coautoría. Véase también KÜPER, *JZ* 1979, 777, 783, 787.

(176) M. E. MAYER, *Allg. Teil*, 1915, p. 380 y s.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/34; LESCH (not. 5), pp. 117, 186; CRAMER, en: *Schönke/Schröder*, not. marg. 84 antes del § 25; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 7.ª ed. 1989, 49/5.

de los intervinientes por sí solo les incumbe el todo; no hay, por tanto, un hecho propio de cada uno, sino sólo un hecho conjunto, es decir, un hecho a imputar a un colectivo (177).

Un ejemplo histórico para esta interpretación del delito organizado en coautoría, como hecho de un colectivo, esto es, como hecho de la comunidad de los intervinientes que cooperan, es, en primer lugar especialmente, la teoría de los coautores de *Köstlin* (178); según esta concepción, la unidad de propósito origina la unidad del hecho, y de esto se deduce también la responsabilidad solidaria del coautor: fundamento de la imputación (subjettiva) sería, no la respectiva voluntad individual de los coautores aislados, sino la «voluntad colectiva» de la comunidad de coautores. A una interpretación de la coautoría, en principio comparable, llegó más tarde también *Welzel*, bajo el recurso al concepto del «dominio final del hecho» (179): En el caso de la coautoría, éste no se encontraría como dominio del hecho sobre el hecho común delictivo en un único dominio, sino en varios en conjunto. Así como la acción contraria a derecho sería per se, una unidad de diferentes actos parciales entrelazados, basada en la ejecución final de la decisión del hecho, también la coautoría debería ser interpretada como una ejecución final, de una decisión del hecho conjunta alcanzada por todos, y consistente en la ejecución de actos parciales entrelazados, que se distribuye entre varias personas; el acto de cada interviniente, así *Welzel*, constituiría un todo común con los actos del resto a causa de la conexión final, fundamentada a través de la decisión del hecho conjunta: un interviniente cualquiera, no sería simplemente autor de una parte, —puesto que ésta carecería de función autónoma—, sino co-autor en el todo.

(177) Véase sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 186 y ss., 272 y ss. Por ello es incorrecto, cuando a veces se afirma, que cada interviniente en el hecho, sólo podría ser enjuiciado según su injusto (así por ejemplo, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, p. 482). Entonces, desde este punto de vista, debería ser definido como injusto también un comportamiento fuera de la perturbación social penalmente relevante (es decir, de la realización del tipo): no se respeta el principio del hecho (JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/8.^a).

(178) KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, tomo 1.º, *Allg. Teil*, 1855, pp. 334 y ss. Es comparable en parte también con la teoría del complot de BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847, pp. 393 y ss., y HÄLSCHNERS, *Das preußische Strafrecht, Zweiter Theil*, 1858, pp. 384 y ss.

(*) En el texto original «Miturheberlehre» y no «Mittäterschaft», que es el término empleado hoy para la coautoría. El vocablo abarcaba algo distinto —más amplio— a lo que hoy se entiende por coautoría; sobre lo que se entendió bajo éste término, cfr., v. gr., PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid 1990, pp. 150 y ss., 156 y ss. (N. del t.).

(179) WELZEL (not. 3), pp. 169 y ss. EL MISMO, *SJZ* 1947, 645 y ss. Parecida es la concepción de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 49/5 y ss. y BOCKELMANN, *Allg. Teil*, 3.ª ed. 1979, pp. 187 y ss. A los paralelismos entre la teoría de la imputación de los hegelianos por un lado, y la teoría de la acción final y del dominio del hecho por otro, remite especialmente, VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, pp. 45 y ss., 50 y ss.

Köstlin y *Welzel* interpretaron, en su punto de partida, la coautoría correctamente: la unidad colectiva de coautores, esto es, la unidad de organización de las personas (180) vinculadas en la comunidad personal es, como tal, el sujeto de la acción (181) al que se le imputa el conflicto. Todos los intervinientes son, por tanto, competentes conjuntamente en su compenetración, de la acción y de la responsabilidad, esto es, es competencia del colectivo como comunidad personal.

III. *El objetivo común como fundamento de la actividad única colectiva*

Elemento constitutivo de la comunidad personal es la persecución de un objetivo común supraindividual (no necesariamente fundado en reciprocidad), que consiste en la producción común y en trabajo dividido de un determinado delito (182). En tanto un delito esté constituido por fases aisladas, y las diferentes fases sean ejecutadas respectivamente por distintas personas a solas, estos responderán como coautores por el todo, sólo cuando se unan para lograr la consecución de lo común; en efecto, tan sólo el objetivo común define los aportes individuales como parte del todo (183).

1. *Crítica a la interpretación psicologizante del objetivo común*

Ciertamente, el establecimiento del objetivo común no tiene lugar en absoluto como la creación de una sociedad de derecho civil, esto es, a través de la conclusión de un «contrato de sociedad» (184) en el

(180) Cfr. también RGSt. 15, 295, 303; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 807, 810; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 49/5; JAKOBS, ZStW 104 (1992), pp. 94 y ss.; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 17, habla de una «sociedad cooperativa».

(181) Comparable a través de FLUME, *Allg. Teil des bürgerlichen Rechts*, tomo 1.º, 1.ª parte, 1977, pp. 55 y ss., 60 y ss., 68 y ss., es la concepción de la mano común en la sociedad de derecho civil. Véase también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (not. marg. 23); OTTO, *Festschrift für Lange*, 1976, p. 204.

(182) Véase ya, STÜBEL, *Ueber die Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen*, 1828, p. 33: «...un complot es una sociedad. Una sociedad presupone ya un objetivo común o uno tal que todos los miembros lo compartan. Se fija la mirada en el siguiente objetivo. Este se refiere, en un complot, a la ejecución de un determinado delito».

(183) JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/42; WELZEL (not. 3), p. 169; KÖSTLIN (not. 21), p. 335; LESCH (not. 7), pp. 189 y ss., 272 y ss.

(184) HÄLSCHER (not. 21), p. 388, designa como «contrato» el convenio precedente de los partícipes para la formación de una conspiración. Igualmente, BERNER, *Theilnahme* (not. 21), p. 403. BOCKELMANN, *Allg. Teil*, p. 187, estableció la comparación con la «resolución de un comité».

sentido de un mutuo acuerdo (185); —el llamado «acuerdo común» no es, por tanto, ni base de la imputación, ni *per se*, indicio suficiente de responsabilidad como coautor—. Coautoría es realización del delito mediante la división de trabajo; y en la división de trabajo no se trata de la conformidad de voluntades (recíprocas), sino del reparto del trabajo que debe prestarse para la realización del tipo.

El equivocado enfoque naturalista-psicologizante de la concepción contraria —como ya se indicó— es ya trazado en la teoría subjetiva de la imputación de los hegelianos: Según estos, si la unión de los aportes individuales a una actividad única en las dos formas de coautoría (complot y coautoría ocasional) exige el establecimiento de una «voluntad común», y cuando, por otra parte, esta voluntad se constituye de los propósitos particulares y psíquico individuales de los intervinientes (186), entonces, como elemento de unión y fundamento de la imputación, *sólo* entra en consideración un acuerdo mutuo y aprehendido en forma común. En este sentido, ya no se entiende, sin embargo, la voluntad que es determinante para el fundamento del injusto, como expresión de sentido referida a la obligatoriedad de una norma —de distinta manera que todavía en *Hegel*—, sino —como más tarde en *Welzel*— como una realidad psíquica que determina de forma final el suceso exterior causal, es decir, como dolo del hecho en el sentido del § 16 StGB (187). Sin embargo, la voluntad de actuar, como estado psíquico individual, es *per se* insignificante para la obligatoriedad de una norma y con ello para el derecho penal en definitiva (188). Además, no debe tampoco ser equiparada la voluntad de actuar (dolo del hecho), que se refiere al suceso causal del mundo exterior, con la, tan sólo jurídico-penalmente relevante, expresión de sentido de la acción, esto es, con la toma de posición del interviniente sobre la obligatoriedad de la norma cifrada en el suceso.

(185) Véase sobre esto, JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/41 y ss.

(186) Cfr. KÖSTLIN (not. 21), pp. 334 y ss.; HÄLSCHNER (not. 21), pp. 375 y ss.; BERNER (not. 21), pp. 346 y ss.; SCHÜTZE (not. 10), pp. 145, 148 y ss.

(187) De forma ejemplar, KÜPER, *JZ* 1979, 777: La «voluntad colectiva», que constituye «la espina dorsal del hecho en conjuntos», y cuya objetivación fundamenta el injusto (y la tentativa), sería el acuerdo común del hecho. Sobre los paralelismos entre la interpretación psicologizante desarrollada desde el campo de la «moralidad» de la teoría jurídico penal de HEGEL, y la teoría final de la acción, véase en especial, VON BUBNOFF (not. 22); también E. A. WOLFF, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 210 y ss.; ENGISCH, *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 149; MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, pp. 44 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 167.

(*) *El § 16 del código penal alemán dispone:*

«Error sobre las circunstancias de hecho.

(1) *El que en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo, actúa sin dolo. La punibilidad por comisión culposa permanece inalterada.*

(2)...» (N. del t.).

(188) JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 756, 761.

2. Fundamentos de una interpretación normativista del objetivo común

El objetivo común, por tanto, *sólo* puede ser definido correctamente —con ayuda de la llamada «voluntad común» de los hegelianos— como motivo para la integración de aportes individuales a un todo solapado, si esa «voluntad común» se des-psicologiza y se entiende también en el sentido de *Hegel* (189). *Hegel* define la «voluntad» como el comportamiento práctico del espíritu, la determinación interior de la conciencia práctica (190). La conciencia práctica no es pasiva —en contraposición a la conciencia teórica—, sino una conciencia activa que se manifiesta: «Las determinaciones del yo no son sólo representación y pensamiento, sino que deben reflejarse en una existencia exterior». Esa objetivación se produce a través de la acción, a través de «las determinaciones prácticas se obtiene una exterioridad, es decir, una existencia exterior» (191).

También el delito es una acción, «esto es, un cambio en una existencia exterior; el delito produce alguna cosa» (192). Junto al «mero producto» de la acción delictiva (193) existe sin embargo todavía otro aspecto («lado intelectual»), que fija de manera decisiva la cualidad del delito, esto es, la «vigencia positiva» del delito (194), la existencia positiva de la voluntad particular (como de lesión de lo universal, del Derecho en sí): puesto que el delincuente es un ser racional, es su acción una

(189) Sobre la teoría del delito y de la imputación de HEGEL, y sobre una interpretación psicologizante de *Hegel* a través de la dogmática jurídico penal hegeliana (BERNER, KÖSTLIN, HÄLSCHNER), véase también la crítica en VEHLING (not. 13), pp. 23 y ss., 30 y ss.

(190) Véase sobre esto y en lo siguiente, HEGEL, *Nürnberger Schriften*, Suhrkamp-Ausgabe (Red. Moldenhauer/Michel), tomo 4.º, *I Texte zur Philosophischen Propädeutik*, 8. Rechts-, Pflichten-, und Religionslehre für die Unterklasse, Einleitung §§ 1-5 (pp. 204 y ss.).

(191) Véase también HEGEL, *Nürnberger Schriften* (not. 33), *I. Texte zur Philosophischen Propädeutik*, 1. *Philosophische Enzyklopädie für die Oberklasse*, § 175 (p. 57): «La voluntad como concepto determinado interiormente es esencialmente actividad y acción. Ella transforma sus determinaciones interiores en existencia exterior, para representarse como idea».

(192) WANNENMANN (not. 15), p. 70.

(193) WANNENMANN (not. 15), pp. 69 y ss., denomina los efectos lesivos externos del delito que son reparados con la restitución civil como «mero producto del delito».

(194) Todo delito es la imposición de la voluntad particular en contra de la universal, y en verdad en forma de que debe tener vigencia en esa particularidad. Quien comete un delito, quiere que ese delito tenga vigencia en vez de la generalidad. Ahí se encuentra la peligrosidad del delito impune para la Sociedad, puesto que lo vigente es visto como Derecho; el delito no castigado tiene vigencia, es reconocido como Derecho. Sobre este lado intelectual del delito, referido al fenómeno de la vigencia, véase HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), not. al § 96 (pp. 184 y ss.), § 99 (p. 187); VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 280 y ss., 548 y ss.; GANS (not. 10), pp. 84, 86; HOTH (not. 10), pp. 662 y ss.

universal, a través de la cual formula lo universal, esto es, una ley contraria a la voluntad universal, que el reconoce en ella para sí: «Al matar, afirma como universal, que está permitido matar» (195). Si bien escribe *Wannenmann* en sus apuntes de las lecciones magistrales de Hegel en Heidelberg en 1817/18, que la acción como contraria a la voluntad general especialmente «se encuentra de forma esencial en el sujeto», o sea, persiste «un algo subjetivo» (196), sin embargo, de esto no puede inferirse, que la «voluntad particular» en *Hegel* sea reducible al significado de un estado existente simplemente psíquico-individual. Así, subjetividad debe ser entendido, más bien como antítesis de «objetividad» en el sentido de «universalidad» (197) (esto es, de vigencia universal) (198). Que el delito persista como «un algo subjetivo», no quiere decir por tanto nada distinto, a que el delito según *su forma* es un algo racional y universal (lo objetivo), según su contenido, sin embargo, «una única acción irracional» (199) (lo subjetivo); «la ley del delincuente es un algo universal, pero solamente él lo ha reconocido» (200). La «voluntad particular» tiene, por tanto, una existencia, en verdad «en sí misma nula», pero no obstante «exterior, positiva» (201); dicha existencia constituye ante todo la nocividad social del delito (202) y debe ser eliminada a través de la pena:

«La pena elimina la existencia del delito, el delito existe sólo en la voluntad, en la representación ...en tanto estamos aquí en la esfera de la representación, del derecho positivo, así se encuentra la voluntad del delito en el reino de la representación, en el reino de la vigencia social, en esa esfera en la que la voluntad tiene existencia interior...La existencia del delito en la sociedad civil es el derecho positivo en la

(195) WANNENMANN (not. 15), p. 70; HEGEL, *Nürnberger Schriften* (not. 33), Erster Abschnitt (Rechtslehre) § 20 (p. 244); EL MISMO, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III*, Suhrkamp-Ausgabe (ed. *Moldenhauer/Michel*) tomo 10.^a, § 500 (p. 310); EL MISMO, *Grundlinien* (not. 7), § 100 (p. 190); HOMEYER, *Vorlesungsmitschrift über G. W. F. Hegel, Die Philosophie des Rechts* (Berlín 1818/19), hrsg. von *Iltting*, 1983, p. 238; VON GRIESHEIM (not. 14), p. 280; HOTH0 (not. 10), pp. 314 y ss., 318, 664.

(196) WANNENMANN (not. 15), p. 69.

(197) Sobre una equiparación, por ejemplo, HEGEL, *Nurnberger Schriften* (not. 33), aclaraciones a la introducción § 2 (p. 211).

(198) Sobre los diferentes significados de los conceptos «objetivo» y «subjetivo», cfr. también SCHILD, *Festschrift für Verdross*, 1980, p. 215, en especial pp. 216 y ss.

(199) HEGEL, *Nürnberger Schriften* (not. 33), Erster Abschnitt (Rechtslehre) § 20 (p. 244); HOTH0 (not. 10), p. 316.

(200) WANNENMANN (not. 15), p. 70.

(201) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), §§ 97, 99; VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 281, 284, 552. También ABEGG (not. 8), p. 72, denomina como «voluntad subjetiva» a la voluntad que «no hace caso» de la ley «y que la considera como no existente para ella», pero esta «voluntad subjetiva» da precisamente «a su carácter contrario a la ley mediante el hecho, una existencia en la apariencia exterior (igualmente, EL MISMO, *System der Criminal-Rechts- Wissenschaften*, 1826, p. 31).

(202) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), nota al § 96 (pp. 184 y ss.); HOTH0, (not. 10), pp. 310, 662 y ss.; VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 548 y ss.

representación, el delito no existe de una forma natural exterior, la representación es la base de su existencia. Esta determinación entra esencialmente en consideración en aquello que es delito. El delito es un ejemplo y se estatuye un ejemplo a través de la pena, es decir, ambos tienen su existencia en la representación» (203).

El significado nocivo-social-objetivo de «la voluntad particular» se encuentra, de este modo, en el plano de las condiciones de vigencia social del Derecho; aunque este significado es fundamentado por *Hegel* en una forma social psicológica (204) [digamos, en el sentido de la actual «teoría de la impresión» (205)] y no de una manera normativista sobre el plano proyectivo de un esperar expectativas (206), exige *Hegel* no obstante una intersubjetivación (comunicación) del esbozo individual del mundo. En cuanto a la «voluntad particular», no se trata por tanto de otra cosa, que de la desautorización de la norma por parte del autor objetivada en la acción. Formulado de otra forma: La «voluntad particular» no es, ni un estado psíquico-individual, ni una voluntad final de ejecución (dolo del hecho en el sentido del § 16 StGB) referida al «mero producto» de la acción (esto es, a las consecuencias causales exteriores, por ejemplo una lesión de bienes [objetos] jurídicos); Antes bien, «la voluntad particular» como existencia positiva, exterior, y como momento determinante del delito, expresa el significado para la vigencia de la norma que posee el suceso causal del mundo exterior (207).

(203) VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 550 y ss.

(204) Cfr. también HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), § 218 (p. 372).

(205) Véase sobre ello, VEHLING (not. 13), pp. 59 y ss.

(206) Sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 244 y ss., apoyándose en LUHMANN. Aquí se encuentra también un punto débil de la teoría de la pena de HEGEL: la «constatación del Derecho» mediante la pena (VON GRIESHEIM [not. 14], p. 266) es entendida *preventivamente*, digamos en el sentido de «ejercicio de confianza en el Derecho» (JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/15), y no puramente *represiva*, en el sentido de una estabilización contrafáctica de la norma, a través de la simple confirmación de su vigencia y de la muestra de la incorrección del esbozo del mundo realizado por parte del autor (véase LESCH [not. 5], pp. 246 y ss.). Con ello se abandona sencillamente la base de la culpa como compensación (LESCH [not. 5], pp. 233 y ss.) y se mezcla al autor entre los objetos del derecho de cosas (KANT, *Metaphysik der Sitten*, Vorländer-Ausgabe, 1945, primera parte, nota general al § 49, E I [pp. 158 y ss.]; véase también E. A. WOLFF, *ZStW* 97 [1985], pp. 796, 798, 802 y ss., 806 y ss.; H. MAYER, *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 64 y ss.; NAUCKE, en: *Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 14 y ss.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 10; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 14 y ss.). El mismo HEGEL ha reconocido sin problemas («penar el delito para otros, puede parecer injusto»; HOTHO [not. 10], p. 664), lo delicado de la parte teórico preventivo de su teoría de la pena (establecimiento de un ejemplo para combatir «el peligro de infección» del delito), hoy conocida bajo la rúbrica «prevención general positiva», y vio por tanto en este sentido el motivo de «una necesidad exterior de la pena —no interior—; HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), nota al § 96 (p. 184); véase también, HÖSLE, *Hegels System*, tomo 2.º, 1987, p. 505.

(207) Esta interpretación es apoyada también mediante GANG (not. 10), pp. 87 y ss.: «La voluntad mala posee una exteriorización en la lesión. De la ejecución se deduce la voluntad (sic! —subrayado en el original—), aquélla da la medida para ésta».

El objetivo común, como elemento de la coautoría, decisivo y que integra los aportes individuales a una actividad única, se define pues con ayuda del «acuerdo común» de los hegelianos, pero éste debe ser despsicologizado y entendido en el sentido de *Hegel*. Por tanto, con el «acuerdo común» no es aludido un dolo común, sino solamente la «voluntad particular» —dirigida contra la que, en y para sí, es voluntad universal—, que se presenta en la realidad y que produce un daño a la vigencia de la norma.

La interpretación psicologizante de esa voluntad como dolo del hecho conduce inevitablemente a su relación con el suceso causal del mundo exterior (el «mero producto del delito») y con ello, conduce también inevitablemente al modelo de imputación de la dogmática penal naturalista tradicional. Sin embargo, —como ya se demostró—, el injusto penal no acontece, en el plano del curso exterior causal, sino en el de la vigencia de la norma. Respecto de «la voluntad común», no se trata pues sino de la —tan sólo penalmente relevante— expresión objetiva de sentido del suceso; esta expresión de sentido del suceso denota, como «voluntad particular» colectiva, el *significado* de una contradicción colectiva con la norma, esto es, de una contradicción con la norma organizada en división de trabajo en común. Dicho de otro modo: El fundamento de la responsabilidad por coautoría (y de toda responsabilidad accesoria) no es un problema de imputación subjetiva, ¡sino de imputación objetiva!

IV. *El fundamento del objetivo común como momento de la imputación objetiva*

El establecimiento del objetivo común, esto es, la definición de aportes organizada en división de trabajo conjunto, como ejecución de un delito completamente determinado, o dicho con otras palabras, la fijación del injusto realizado colectivamente, no exige, por tanto, una comunidad psíquica, sino una comunidad objetiva (208). Este establecimiento tiene lugar mediante una conexión comunicativamente relevante de los actos de organización de varios intervinientes, bajo un contexto planifi-

(208) Si lo establecido por MAIHOFER, *Festschrift für Rittler*, 1959, pp. 147 y ss., es cierto, esto es que «aquél» al que se dirigen los tipos como autor del hecho, no es el «sujeto, en su profundidad psíquica de la subjetividad como ser individual», sino que es el «sujeto, en la exterioridad sociológica de su objetividad como ser social», —y a favor de la veracidad de tal afirmación habla algo, y es, que en efecto, las expectativas normativas (cfr. LESCH [not. 5]. pp. 240 y ss., 259 y ss.) penalmente garantizadas (como norma de sanción) son expectativas de roles, y por tanto para la imputación reviste importancia, en primer lugar, aquello que se espera de otro en su rol (JAKOBS, *ZStW* 101 [1989], p. 518)—, entonces esto rige evidentemente no sólo para el autor único, sino igualmente también para el coautor-colectivo: los intervinientes no deben pues convertirse mediante mutua conformidad de voluntades en uña y carne, para poder ser sujeto idóneo de la acción típica.

cado supraindividual (esto es, que excede los diferentes aportes) y objetivo. Esta declaración no revela en sí ninguna peculiaridad puesto que, en general, el significado social del comportamiento no se lee en la persona del que actúa, sino que debe ser deducido de la parte externa (objetiva) (209), pero donde objetividad aquí no debe ser entendida, por ejemplo, como un fenómeno separado del sujeto de la acción, sino siempre como subjetividad objetivada, esto es, como expresión de sentido de una persona (210). El contexto social y normativo del suceso, así como los respectivos roles de los actuantes, nos dan la medida para una valoración —lo mismo que sucede en la imputación objetiva en general— (211). Comunidad objetiva, por tanto, puede ser fundada como comunidad normativa y organizada, o como comunidad tan sólo normativa.

1. Comunidad normativa y organizada

La comunidad normativa y organizada designa la «clásica» constelación de casos de división de trabajo, en los cuales el trabajo realmente se distribuye, y en verdad en la forma de que se llega a un «trabajo en equipo» de los actuantes en forma unilateral o recíproca. Determinante para la vinculación es aquí, en primer lugar, una relación objetivada del efecto, así como del objetivo que han de tener respectivamente los aportes (212); esta conexión pone de manifiesto la relación de un aporte sobre el otro y su orientación a la misma meta. Ejemplo típico es el caso del atraco bancario, en el que un actuante mantiene a raya al cajero con un arma, mientras que otro introduce los billetes de la caja en una bolsa:

(209) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 6/73, 11/8; OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, p. 11.

(210) La responsabilidad del interviniente aislado, en el delito doloso, no alcanza por tanto en ningún caso más allá del contexto planificado por él conocido: La imputación subjetiva no puede, en verdad, fundamentar una responsabilidad accesoria, pero su exclusión conduce siempre a la exoneración. El concepto aquí desarrollado puede presentar, a primera vista, paralelismos seguros respecto de la teoría del injusto personal objetiva de MAIHOFFER, sin embargo, con ello no está en modo alguno ya prejuzgado, que la «cara externa social» del comportamiento constituya la totalidad del injusto, y que la «cara interna individual» pertenezca a la culpa en sentido estricto (cfr. empero MAIHOFFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 142, 147 y ss., 150, 154, 164). Más bien, se trata aquí sólo, de efectuar en el campo de la imputación objetiva, el establecimiento de la comunidad como fundamento de la responsabilidad accesoria, en vez de dejarlo —el establecimiento de la comunidad— a las creaciones de sentido individuales de los intervinientes actuantes; no se trata en absoluto de limitar el injusto a una imputación objetiva.

(211) Véase, LESCH (not. 5), pp. 264 y ss.

(212) Sobre la finalidad objetiva y la tendencia objetiva, respectivamente, de una acción en el ámbito del injusto, cfr. H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 104 y ss., 281; SPENDEL, *Festschrift für Oehler*, 1985, pp. 203 y ss.; OEHLER (not. 52), pp. 11, 72, 111 y ss., 117, y passim; MAIHOFFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 147 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), pp. 168 y ss.; EL MISMO, (not. 30), p. 46.

un objetivo común no se establece aquí «per se» mediante un eventual acuerdo, sino, ante todo, a través de que los dos actuantes cooperan de tal forma, que la ejecución de cada acción individual aisladamente considerada, esto es, sin su relación supraindividual efectuada a la otra acción, y sin la orientación a una meta común y realizada en división de trabajo coordinada, no admite una explicación social razonable.

Para la verificación de tal relación objetiva de los aportes hay que centrarse en el contexto completo del suceso, especialmente también en eventuales interacciones anteriores entre los actuantes (213). Así se trata tan sólo de un simple problema hermenéutico. *Ejemplo*: Cuando alguien golpea a otro dejándole sin conocimiento, y entonces —después de que aquél se haya alejado del lugar del suceso— llega un tercero de improviso y se guarda la cartera del que quedó sin conocimiento, no se puede verificar una relación objetiva y efectuada, de las acciones individuales. La valoración puede sin embargo cambiar, cuando los actuantes, por ejemplo, han buscado conjuntamente el lugar del hecho, y con ello, han coordinado previamente su comportamiento uno sobre otro. También aquí se produce la comunidad, pero tan sólo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente (214). En efecto, se debe llegar a una coordinación real de comportamientos, en el sentido de una organización de aportes integrados en la ejecución entrelazada: De un simple conocimiento, unilateral o recíproco, del plan o del comportamiento del otro actuante, no se deduce per se nada para la fundamentación de una comunidad penalmente relevante, al igual que no se deduce per se nada, del simple acuerdo. *Ejemplo*: Varios individuos, que habitualmente pintan con «spray» en las paredes, acuerdan que quieren encontrarse a una determinada hora en una estación de metro concreta, conocida dentro de la «escena» y preferida generalmente por estos, como punto de encuentro periódico; una vez allí, en la atmósfera inspiradora del lugar, cada uno para sí, sigue sus inclinaciones artístico individuales con el color, por él mismo traído; a pesar del acuerdo anterior y de la conexión físico-temporal, falta la comunidad, necesaria para la fundamentación de la

(213) De todas formas, el (potencial) autor no es simple sistema psicofísico, sino ciudadano, y con ello, a priori también definido mediante su derecho a un esfera privada libre de control (véase JAKOBS, *ZStW* 97 [1985], pp. 753 y ss.; TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, p. 119; VEHLING [not. 13], pp. 97 y ss.), de forma que, preparaciones y planes delictivos, que el autor ejercita en la esfera civil privada (especialmente dentro de los contactos sociales libremente escogidos), no son perturbaciones sociales, y por ello en un estado de libertades no deben ser definidas como injusto penal. Pero de esto no se infiere, que un recurso a la esfera privada con objeto de interpretación, valoración e imputación de un comportamiento como perturbación social per se pueda denegarse: Comportamiento inadecuado al rol fundamenta un deber de explicación, y pierde por tanto el derecho (parcial) a ser tratado como asunto privado; cfr. VEHLING (not. 13), pp. 100 y ss.

(214) El problema de la accesoriadad cualitativa (ánimo de lucro) debe ser aquí dejado aparte; véase, detallado, LESCH (not. 5), pp. 288 y ss.

responsabilidad accesoria: No se puede establecer una relación objetiva de los aportes individuales en el sentido de un «trabajo en equipo» unilateral o recíproco (*ergo*: autoría paralela). Distinto es, cuando los aportes, que se reflejan en la ejecución, son referidos los unos a los otros en forma de una coordinación de comportamientos técnico-externa (por ejemplo: cada uno trae un «spray» de un determinado color, los «sprays» son entonces usados por todos en común), o en forma de una coordinación artístico-interna (así en el caso de un «writing group»: cada uno pinta una parte de una obra de arte colectiva homogénea; o: Una estación de metro, todavía en el gris sin imaginación del hormigón, es ornamentada con «graffiti» como un todo por varios, según lo acordado): la organización coordinada-entrelazada de los aportes conduce aquí al establecimiento de un objetivo común, y a la incumbencia accesoria de todos los actuantes respecto del todo (coautoría).

Por último, tampoco interesa una reciprocidad de la adaptación de los aportes. Esto se infiere ya, de que una prestación común se puede producir no sólo en forma de división de trabajo paralela, sino también en forma de división de trabajo sucesiva: Un aporte crea un presupuesto para la organización ulterior, el aporte subsiguiente se produce bajo el aprovechamiento de ese aporte. En caso de que al primer aporte le falte una relación objetiva respecto del segundo, puede también tener lugar —desde el punto de vista organizativo— una simple coordinación unilateral y una vinculación de los aportes por parte del segundo actuante. En cuanto la comunidad no es establecida a través de una adaptación de los aportes bilateral sino unilateral, la asociación de los aportes se extiende precisamente más, que el círculo de los que son responsables. *Ejemplo*: Cuando un leñador después del trabajo busca un restaurante y deja en el guardarropa su hacha, con la cual entonces otra persona, un poco después, mata a golpes a un tercero, existe simplemente una vinculación unilateral de los actos de organización por parte de aquél que usa el hacha para sus objetivos. En cambio, habría que afirmar una adaptación recíproca de los aportes, por ejemplo, cuando el leñador le alcanza al otro su hacha en una situación, en la cual éste se encuentra en una altercado violento con el tercero: Una explicación social razonable de esa acción no sería posible, sin su relación efectuada al comportamiento del otro, y su orientación al golpear del tercero, como producto de la acción realizada en forma de división de trabajo común.

Claro está, una adaptación unilateral puede tener lugar no simplemente por medio del segundo actuante, sino también al revés, a través del primer actuante, cuando éste, por ejemplo, mediante su comportamiento crea previamente las condiciones para la actividad del otro. *Ejemplo* (215): Alguien da un somnífero a la víctima, que durmiendo va

(215) Según JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/43.

a ser golpeado; abre asimismo la puerta al autor; prepara además un instrumento adecuado y listo para el hecho, y finalmente impide, antes de la ejecución, la entrada de molestas terceras personas. Todo ello lo realiza sin acuerdo con el que lo va a llevar a cabo. Tampoco aquí, el comportamiento del que no ejecuta por sí mismo, sin su relación con el comportamiento del otro y sin el homicidio de la víctima, es ya interpretable de forma socialmente razonable.

En efecto, el establecimiento penalmente relevante de la comunidad como coordinación no se encuentra sólo en una comunidad fundamentada simplemente en forma fáctica, sino también en forma normativista: al actuante individual le incumbe el todo, cuando también «es cosa» suya. Con ello se dice, que la vinculación fáctica de actos de organización, en cuanto conduce a responsabilidad accesoria, representa siempre un quebrantamiento de la prohibición de regreso (216). El aporte que ha sido integrado por un actuante en la «voluntad particular» colectiva debe significar, por tanto, expresión de una «conformidad» o bien de «un solidarizarse» con el quebrantamiento de la norma (217); no debe ser así objetivo en forma neutral, sino un indicador de una contradicción con la norma. Responsabilidad jurídico penal, como consecuencia de una comunidad normativa y organizada, comienza allí donde un comportamiento no permite otra explicación social razonable, a aquella consistente en que se quiere una asociación solidaria con los actos de organización de los otros para la desautorización de una norma totalmente determinada. Por el contrario, mientras que un comportamiento pueda ser interpretado todavía razonablemente como ubicado o bien como socialmente adecuado, y esto según su apariencia objetiva en atención al contexto social y a los roles de los actuantes, la externalización delictiva no concierne al que actúa: él no necesita dejarse importunar por el sentido lesivo a la norma del comportamiento de otro. *Ejemplo:* Cuando frente a una tienda de artículos de menaje tiene lugar una pelea, y entonces uno de los participantes entra precipitadamente, compra un cuchillo, y con éste acuchilla a uno de los intervinientes en la pelea, el vendedor permanece exento de una responsabilidad accesoria por esa acción: su comportamiento es explicable razonablemente de acuerdo con su rol, y esta referido a un comportamiento del autor, que es en sí legal, así como también permanece. sin acciones punibles subsiguientes, razonable de modo social e individual (218).

(216) Véase, JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 1; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986; MEYER ARNDT, *wistra* 1989, 218; LESCH (not. 5), pp. 162 y ss., 278 y ss.

(217) Decisiva es la objetivación—se trata de imputación *objetiva*—, y no un estado psíquico cualquiera. Imputación subjetiva de esta forma también conduce no a gravar, sino a exonerar.

(218) Véase, LESCH (not. 5), p. 283 not. 2. La posibilidad de una responsabilidad por vulnerar la solidaridad mínima permanece de todas formas inalterada (§ 323 c StGB).

(*) En el § 323 c del código penal alemán se encuentra regulada la omisión simple del deber de socorro. (N. del t.)

2. Comunidad tan sólo normativa

La conexión comunicativamente relevante de ámbitos de organización, necesaria para la fundamentación de responsabilidad colectiva, puede ser establecida, de todas formas, también sin la relación objetiva de los aportes ya descrita; esto es así, porque la medida valorativa en forma del contexto social del suceso, relevante para la imputación objetiva, se puede configurar también, siempre mediante un contexto normativista, o bien especialmente también a través de los roles de los actuantes. Es pensable por tanto, una comunidad tan sólo normativa a causa de la especial situación de deber de un interviniente, esto es, cuando él, como garante, independientemente de un aporte referido al objetivo, se convierte en co-incumbente de la ejecución del otro. Se trata, sobre todo, de los casos de deberes de seguridad (219) (un ejemplo es, v. gr., la participación accesorias de un vigilante nocturno que, en contra de su deber, no impide la ejecución de un tercero), pero además, se trata también de los casos de deberes de seguridad a causa de cosas o situaciones peligrosas (220). Deberes de seguridad por el uso de cosas peligrosas por parte de terceros existen por tanto, cuando a un ámbito de organización pertenecen objetos cuya libre disponibilidad general ya no se encuentra dentro del campo del riesgo permitido. *Ejemplo*: Un cazador entra en un restaurante y cuelga su escopeta en el guardarropa, de forma que otro después la puede tomar y disparar a un tercer cliente (221). Una conexión de ámbitos de organización comunicativamente relevante, a causa de la referida situación peligrosa, entra siempre en consideración, cuando el potencial a asegurar que debe ser protegido de daños de terceros, y a cuya existencia tiene derecho la víctima en potencia, es retenido o desconectado. *Ejemplo* (222): el autor impide a la víctima en broma cerrar la puerta y tampoco deja de hacerlo, cuando terceras personas penetran en la vivienda de la víctima.

A diferencia que para los —anteriormente discutidos— deberes de garante por competencia en un ámbito de organización, mediante deberes fundamentados en una institución (223) no puede ser constituida una comunidad normativa —que conlleva una responsabilidad accesorias—. En efecto, el portador de un rol enlazado a una institución comete

(219) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/46.

(220) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/34.

(221) Tal deber de garante no existe en el ejemplo paralelo del leñador arriba descrito: la libre disponibilidad general de un hacha —al contrario que de una escopeta— se encuentra dentro del campo del riesgo permitido.

(222) Según JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/34.

(223) Sobre los deberes, de garante en virtud de una competencia institucional, véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/57 y ss.; LESCH (not. 5), pp. 268 y ss., 298 y ss.

siempre un delito de infracción de deber (224), por tanto, responde por toda participación de forma inmediata y tan sólo en calidad de autor, y en verdad a causa de injusto propio (225). Puesto que aquí la responsabilidad del «intraeus» no es definida a través de un ámbito de organización, sino mediante un «status» altamente personal (226), y los roles de los actuantes permanecen por tanto separados, es totalmente imposible (227) una responsabilidad accesoria en forma de coautoría por injusto colectivo.

La responsabilidad del «intraeus» es por ello siempre problemática, cuando éste no puede ser autor, porque no reúne en su persona todas las características de la autoría, por ejemplo, porque le falta una tendencia interior extraordinaria. *Ejemplo* (228): Un padre no impide, sin tener él mismo ánimo de lucro, el hurto en la propiedad de su hijo menor de edad y sometido a su potestad. De todas formas, las características subjetivas típicas del delito, en la responsabilidad accesoria, no deben ser reunidas por todos los intervinientes en su persona (al contrario de lo que opina la concepción habitual), sino que sólo deben concurrir como tendencia supraindividual de la acción del colectivo; ello es así, porque en el campo de la organización de comportamientos mediante división de trabajo, el sujeto de la acción que se confronta con la descripción del delito recogida en la parte especial es la unidad organizativa colectiva de los intervinientes, y no precisamente cada unidad organizativa por separado (229). También le es imputado de forma inmediata al «intraeus» todo lo que por su quebrantamiento del deber es causado, siendo indiferente, que se trate de procesos naturales o de formas de comportamiento de terceros (230); por tanto, no se elimina *a priori* por ejemplo, la imputación de la sustracción de un «extraneus» con ánimo de lucro. Pero esta imputación simplemente fáctica de acciones ajenas, como complemento del injusto propio en el delito de infracción de deber, se diferencia, precisamente en sus bases, de las estructuras de la imputación de la intervención accesoria, en la cual todas las acciones son producidas para el colectivo, y son vinculadas a un injusto *colectivo*. La responsabilidad del portador de un rol ligado a una institución —como se dijo—, no es definida a través de un ámbito de organización, sino mediante un «status» altamente personal, debiéndose entender por «status», una madeja de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, de la cual el deber reforzado penalmente representa tan sólo una parte (231). Esto

(224) Fundamental para la teoría del delito de infracción de deber es ROXIN, (not. 3), pp. 352 y ss.

(225) LESCH (not. 5), p. 300.

(226) JAKOBS, *Allg. Teil*, 7/70; LESCH (not. 5), p. 299.

(227) JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/22.

(228) Según JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/107.

(229) Sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 288 y ss.

(230) LESCH (not. 5), pp. 299 y ss.

(231) JAKOBS, *Allg. Teil*, 23/25.

significa, que la competencia, ante todo, sólo puede ser fundamentada a través de la lesión de un deber asegurado institucionalmente, pero siempre es fundamentada en la lesión de ese deber, deber que sólo atañe al titular de un determinado «status» (232). Con ello, la relación del «intra-neus» con la norma —y esto también significa: con el tipo— es siempre inmediata. Ya que todo obligado especial, como administrador de la institución en su rol, está frente a la respectiva norma, su propio comportamiento conduce siempre a un hecho *propio* y completo (233). En tanto el ánimo de lucro representa una característica tipificada de la autoría, el injusto propio del «intra-neus» que responde como autor de forma inmediata debe así estar también impregnado por este ánimo; de lo contrario, se trataría respecto del injusto por el que el «intra-neus» tiene que responder, en virtud de la lesión del deber, precisamente no del injusto de una apropiación, sino por él de un hurto de uso —y por tanto impune— (eventualmente también se trataría del injusto de una infidelidad patrimonial —administración desleal—) (234). El caso en el que falta una tendencia interior extraordinaria que caracteriza el delito, no se diferencia pues de aquella otra constelación, en la que un obligado especial no realiza por sí mismo la ejecución de un delito de propia mano: Una responsabilidad como autor, en caso de deberes por una competencia institucional, es siempre imposible, cuando el «intra-neus» no reúna en su persona todas las características de la autoría (235).

En efecto, también se discute para casos de esta clase una responsabilidad accesoria en forma de complicidad (236). Esta solución, de todas formas, puede ser aceptada tan sólo en parte. En primer lugar hay que constatar, que las estructuras de la imputación en la coautoría y en la complicidad, por principio, son idénticas; una responsabilidad accesoria, por tanto, se puede fundamentar de igual forma en ambos casos sólo por medio del colectivo (237). Puesto que deberes de garante en virtud de una competencia institucional —como ya se expuso—, a causa de lo altamente personal del «status», no pueden constituir una comunidad tan sólo normativa como fundamento de responsabilidad colectiva, queda excluida en absoluto toda responsabilidad accesoria, y en verdad no sólo en forma de coautoría, sino también de complicidad. Por deberes institucionales responde el obligado, precisamente no con base en la ac-

(232) JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/2.

(233) LESCH (not. 5), p. 299.

(234) Véase también ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed. 1988, p. 299.

(235) En el resultado igualmente, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/107; ARMIN KAUFMANN (not. 77), p. 288.

(236) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/107; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 1079; RUDOLPHI en: *SK StGB*, § 13 not. marg. 41; ROXIN, en: *LK*, 10.^a ed. 1985, § 25 not. marg. 150; EL MISMO (not. 3), p. 479 y ss.; ARMIN KAUFMANN (not. 77), p. 299, ha llamado a esta construcción en el campo de la intervención omisiva un «parche inapropiado».

(237) Sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 195 y ss., 274 y ss.

cesoriedad, sino porque él mismo ha denegado el establecimiento o mantenimiento respectivamente de un mundo en común con la víctima (al menos parcialmente). En cualquier caso, la fundamentación de un deber de garante en virtud de una competencia institucional no excluye la existencia de otros deberes —esto es: aquéllos en virtud de un ámbito de organización—. Dicho de otro modo: también el titular de un rol ligado a una institución mantiene frente al bien cuyo cuidado le incumbe, la tan sólo negativa relación de la prohibición de dañar, vinculada con su rol común, que le obliga a una configuración de su ámbito de organización sin defectos (238); esta obligación, de todas formas, se superpone en general a través de sus deberes fundados institucionalmente. En tanto —pero sólo en tanto— puede ser el titular de un rol ligado a una institución cómplice o coautor de un tercero; en este caso, el establecimiento del objetivo común sigue las reglas generales. Así, si el padre, en el último ejemplo, infringiese también sus deberes de organización frente a la propiedad de su hijo, por ejemplo, porque ayudase al ladrón en la apropiación en forma de división de trabajo, o porque eliminase un mecanismo de protección al que el niño tiene derecho, estaría fundamentada una intervención accesoria en el hurto. Pero si se queda tan sólo en la lesión del deber institucional, por ejemplo, porque el padre simplemente no impide el hurto en la propiedad de su hijo, faltando el ánimo de lucro, no está fundamentada una responsabilidad accesoria, y en verdad, tampoco en forma de complicidad (omisiva).

3. *Coautoría en el caso de la acción de ejecución en varios actos*

Un problema especial en el establecimiento del objetivo común ha quedado de todas formas hasta ahora sin discutir. Se trata de la fijación del injusto realizado colectivamente, esto es, de la cualidad de la contradicción (en común) con la norma, cuando el hecho conjunto produce un delito que se constituye de fases de la acción de ejecución aisladas, y las diversas fases son ejecutadas por diferentes personas cada una por separado. En la mayoría de los tipos penales compuestos de más de un acto, el establecimiento del objetivo común correspondiente exige la anticipación de la secuencia de actos en el primer acto, de la futura ejecución conjunta: ya el primer acto debe haber sido realizado con relación al objetivo y a los otros actos; por ejemplo, en el robo (§ 249 StGB), la coacción con el objetivo de la ruptura de la tenencia, y ésta de nuevo con el objetivo del establecimiento de una nueva

(238) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/7. Aquí es referido el campo que normalmente es denominado con el concepto «delitos de dominio».

tenencia (239). Tratándose de actos aislados que en su expresión de sentido relevante jurídico penalmente están ya concluidos (esto es, tampoco son ya reversibles), es pues absolutamente imposible una posterior vinculación a un objetivo común que supere el correspondiente sentido de esos diversos actos (240). Tales delitos pueden, por tanto, ser cometidos sólo mediante el establecimiento de una comunidad normativo-organizativa: Con la relación objetiva del primer acto con el ulterior suceso, es siempre satisfecha la necesaria anticipación de la sucesión de actos.

En cualquier caso, son también pensables delitos que no exigen una relación objetiva anticipada de los diversos actos, sino en los cuales el segundo acto describe un simple aprovecharse de la situación creada mediante el primer acto. Si una anticipación de la sucesión de actos no está tipificada, puede ser constituido un objetivo común, también en la forma de que el primer acto fundamente la competencia para el segundo (esto es, comunidad tan sólo normativa), mientras que el segundo acto establece la conexión con el primer ámbito de organización, el cual es gravado con el deber de la eliminación de la situación también en relación a la ejecución del segundo acto. *Ejemplo*: sin transfondo sexual pero empleando fuerza, alguien lleva a una mujer a la casa —situada en zona retirada— de un tercero, conocedor de la situación; el tercero, que cuando llega a la casa se encuentra a la mujer atada, practica con ella acciones sexuales, con lo cual había contado desde un principio el raptor. Aquí se ha realizado para el raptor el injusto colectivo de un rapto contra la voluntad de la raptada (§ 237 StGB). En efecto, el § 237 StGB no tipifica un delito de propia mano, de forma que el rapto y la práctica de acciones sexuales fuera del matrimonio no necesitan ser llevadas a cabo por la misma persona; por tanto, una realización del tipo en división de trabajo es posible, por principio, también en la forma de que una persona rapte y otra abuse (241). Además, una —*a priori*— dirección del objetivo del rapto es superflua: puesto que el injusto del § 237 StGB se compone de un rapto y de un aprovechamiento de la situación originada a

(239) Otros ejemplos son, v. gr., los §§ 177, 178. 202 párrafo 2.º, 239a y 239b del código penal alemán.

(*) *Los mencionados parágrafos de la parte especial del código penal alemán se refieren a los siguientes delitos: § 177 (= violación), § 178 (= coacción sexual), § 202 2.º (= violación del secreto de la correspondencia), 239a (= detención ilegal para extorsionar a la víctima o a un tercero), 239b (= toma de rehén).* (N. del t.).

(240) LESCH (not. 5), p. 277.

(241) Cfr. MAURACH/SCHROEDER/MATWALD, *Bes. Teil 1*, 7.ª ed. 1988, 18/54 mit 18/20; DREHER/TRÖNDLE, § 237 not. marg. 6; VÖGLER, en: *LK*, 10.ª ed. 1989, § 237 not. marg. 19; otro punto de vista, HORN en: *SK StGB*, § 237 not. marg. 12.

(*) *El § 237 del código penal alemán dispone: «Rapto contra la voluntad de la raptada. El que rapte a una mujer contra su voluntad, mediante astucia, amenaza, o fuerza, especialmente llevándola con un vehículo a otro lugar, y aproveche la situación de desamparo para la mujer, originada a causa de esto, para practicar con ella acciones sexuales extramatrimoniales (§ 184c), será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años, o con multa».* (N. del t.)

causa de éste (242), puede ser fundamentada la comunidad también sin relación objetiva del primer acto sobre el segundo. Al raptor aquí, a causa de la situación peligrosa creada por él, le co-incumbe accesoriamente la práctica de acciones sexuales del tercero. Por el contrario, no tiene que responder el tercero del injusto colectivo del § 237 StGB, porque allí interviene la prohibición de regreso: si bien es cierto que él ajusta de forma meramente fáctica su acción en una situación cuya remoción, ahora como antes, le incumbe al raptor (243), no es menos cierto que no son asunto de él tanto el origen, como el mantenimiento de esa situación.

V. Conclusiones

Como conclusión se tiene que constatar, que la coautoría no presupone acuerdo de ejecución común, y en verdad ni en forma expresa ni en forma concluyente. Responsabilidad accesoria no es sobre todo consecuencia ni de una efectiva comunicación real, ni de un acuerdo efectivo de voluntades entre los intervinientes (244), sino muy por el contrario el producto de la imputación objetiva, esto es, el significado social-normativo del suceso. La interpretación contraria encuentra su fundamento en una reliquia todavía generalizada de la dogmática jurídico penal naturalista, esto es, en la reducida interpretación del injusto penal como suceso causal del mundo exterior, con lo que sencillamente se escamotea el contenido comunicador específico-jurídico-penal del significado del hecho, como contradicción con la norma (245). Especialmente *Welzel* ha proporcionado la concepción —estableciéndola— de que la realidad que sirve de base al Derecho, como mundo de la existencia social, es un mundo del sentido, del significado (246); por tanto, la acción como objeto del Derecho penal debe ser entendida como un fenómeno razonable y socialmente significativo (247). Puesto que un suceso causal del mundo exterior, sin embargo, se encuentra per se vacío de sentido (248), se necesita un factor creador de sentido, si es que deben ser vinculados cursos aislados a un suceso en común colectivo supraindividual. Pero aquí se atiene totalmente la doctrina convencional a la tradición del con-

(242) BGHSt. 24, 90; 29, 233, 235 y ss.; VOGLER, en: *LK*, § 237 not. marg. 18; GÖSSEL, *Bes. Teil*, tomo 1.º, 1987, 24/58.

(243) El rapto es un delito continuado, en tanto la mujer permanezca en el poder de disposición efectivo del raptor; VOGLER, en: *LK*, § 237 not. marg. 20.ª; ESER, en: *Schönke/Schröder*, § 237 not. marg. 18.ª; LACKNER, *StGB*, § 237 not. marg. 7.ª.

(244) En este sentido, esto se opone también a la opinión expuesta de PUPPE (not. 2).

(245) Véase JAKOBS, *ZStW* 104 (1992), p. 85; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 656.

(246) WELZEL (not. 3), pp. 124, 153.

(247) WELZEL (not. 3), pp. 124 y ss., 130, 141, 151.

(248) WELZEL (not. 3), pp. 95, 107; ZIELINSKI (not. 11), p. 26; OEHLER (not. 52), pp. 12 y ss.; ROXIN (not. 49), p. 91; véase también ya BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 17, quien denominaba al concepto de acción de los causalistas «espectro exangüe».

cepto final de acción, reducido a su dimensión psicologizante: según esta, el factor creador de sentido no es el hecho por sí mismo, como hecho con contenido expresivo (249), con un concreto significado comunicador, esto es, social, sino la voluntad del que actúa, el cual dirige finalmente el suceso causal exterior (250); y en la actuación en común de varios depende la interpretación del suceso precisamente también de la creación de sentido individual de los actuantes intervinientes, la cual, según la opinión habitual, se lleva a cabo mediante el acuerdo común (plan del hecho). Abreviadamente: Según esta opinión, el injusto penal no se debe determinar a través del sentido social de los sujetos que actúan, sino del individual (251). Mientras que, por tanto, el finalismo reducido a la subjetivación del concepto de acción, hoy se tiene por anticuado (252) [porque en este sentido el finalismo no ha superado el naturalismo sino que sólo lo ha modificado (253); la acción no interesa de ninguna manera en derecho penal como fenómeno causal naturalista, ni tampoco como fenómeno dirigido finalmente, sino —lo cual Welzel en un comienzo acertadamente reconoció (254)— en primer

(249) Así, la acertada formulación de JAKOBS, *Allg. Teil*, p. VII (prólogo).

(250) WELZEL (not. 3), pp. 4 y ss., 11 y ss., 94, 108; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed. 1969, pp. 33 y ss.; cfr. también OEHLER (not. 52), pp. 12 y ss. Véase, especial para el caso de la coautoría, GALLAS (not. 3), p. 103: lo que hace a uno coautor, es «el sentido material de su comportamiento. Este se infiere claro está, en primer lugar de un punto de vista, que aplica las medidas valorativas “dominio del hecho” y “autor” no a concatenaciones de causas, sino en actos finales».

(251) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4.ª ed. 1954, p. 47, expresó esto de forma plástica cuando dijo que el autor «a través del contenido de su voluntad del hecho estampa su sello». Especialmente llamativo ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 403: «en consecuencia aplicación del concepto de injusto personal, (...) decide sólo el sentido que el autor da mediante el dolo de su hecho, el substrato valorativo del juicio contrario a la norma». Críticas a esto, por ejemplo, MAIHOFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, p. 145; EL MISMO (not. 30), pp. 44 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 166; JAKOBS, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 273 y ss., 279.

(252) ROXIN, *Allg. Teil I*, 1992, 8/18; SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1986, 116; SCHÜNE-MANN, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, pp. 123 y ss. En los delitos imprudentes y en los omisivos los finalistas no supieron de todos modos que decir: En todo caso, en este sentido el significado del suceso no puede ser averiguado a causa de la creación de sentido individual del que actúa, sino —de acuerdo con la teoría social del injusto— sólo en el campo de la imputación objetiva, especialmente bajo el recurso al rol social del que actúa; cfr. KRAUß, *ZStW* 76 (1964), pp. 43 y ss.

(253) MAIHOFER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 160.

(254) WELZEL denominó en principio a la acción no sólo siempre como un «fenómeno social», sino además con la teoría de la adecuación social en su versión originaria (WELZEL [not. 3] pp. 149 y ss.) introdujo el pensamiento del sentido social también en el tipo (vease KRAUß, *ZStW* 76 [1964], pp. 47 y ss.; también MAIHOFER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 182 not. 60, alude a la cercanía del primer WELZEL a la teoría social del injusto y a la teoría de la imputación objetiva; cfr. también ROXIN [not. 49], pp. 90 y ss.). Con esto es aludido a la vez un momento esencial del sistema jurídico-penal de WELZEL, el cual, hasta ahora, ha sido relegado en exceso a un segundo plano, frente a la estructura final de la acción, fundamentada presuntamente de forma ontológica como momento subjetivo de su sistema. Se trata de la superación del dogma de la lesión de bienes jurídicos, es decir de que el delito con el cambio de la función inmediata de garantía del derecho penal, desde los bienes jurídicos hasta las valoraciones ético-morales del acto del sentimiento jurídico, ya no debe ser interpretado como lesión de un bien jurídico, sino como le-

lugar en su significado social (comunicador) como contradicción con la norma (255)], le es todavía concedida relevancia en la interpretación de la coautoría. Pero también la acción conjunta es una acción social y como tal no se deja a la creación de sentido individual del sujeto que actúa: se trata aquí, —para insistir de nuevo en ello— sólo del contenido de significado social, que debe ser deducido del suceso causal del mundo exterior (256), o —formulado de distinta manera— de un problema de imputación objetiva (257).

sión de elementales valores ético-social del acto, esto es, como *lesión de un deber* (cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, p. 3), o —dicho de otra manera—, como ataque a la vigencia de la norma (cfr. sobre el delito como infracción del deber, LESCH [not. 5], pp. 134 y ss.). Sobre este aspecto de la dogmática de WELZEL (superador de la simple subjetivación del injusto) se vuelve de nuevo en el concepto aquí sostenido.

(255) Aquellas variantes de la «teoría social del injusto y de la acción» fundada por EB. SCHMIDT (V. *Liszt/-Schmidt, Strafrecht*, 26.^a ed. 1932, p. 153; EB. SCHMIDT, *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 339 y ss.; MAIHOFFER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 156 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 [1958], p. 166 y ss.; EL MISMO, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 147 y ss.), que en cambio identifican la perturbación social jurídicamente relevante con el suceso causal del mundo exterior de una lesión de un bien (objeto) jurídico (así por ejemplo V. LISZT/SCHMIDT, cit., p. 157; MAIHOFFER [not. 30], p. 72; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 210), permanecen, en este sentido, presas del naturalismo.

(256) Esto puede ser aclarado mediante un ejemplo: una esfera de cuero blanca y negra, llena de aire, que es pateada por una persona y a causa de ese desarrollo de energía mecánica (finalmente dirigida) acaba en una red colgada entre un marco de aluminio, no tiene, como hecho naturalista, como realidad óptica, el más mínimo significado social. Una interpretación social razonable de esa realidad, como gol en un partido de fútbol, se deduce tan sólo del contexto social del suceso, del conocimiento de las reglas que regulan el suceso como partido de fútbol, así como de la comunicación del suceso.

(257) Para el caso citado del Tribunal Supremo Federal Alemán, supra not. 58, se deduce del concepto aquí expuesto la siguiente solución: en contra de la opinión sostenida por PUPPE en su recensión (not. 58), el comportamiento de los intervinientes es como comportamiento social de importancia, comunicativamente relevante. El verdadero problema no se encuentra por tanto, en *si* al comportamiento del procesado se le concede un significado comunicador, sino *cuál*: Si bien es cierto que el comportamiento ha rebasado el marco de lo ubicuo y de lo socialmente adecuado, no está objetivado más que un solidarizarse difuso, general y abstracto para la ejecución en común de hechos delictivos, y falta una concreta relación delictiva. Tampoco de la simple advertencia sobre los policías que les seguían, y de la circunstancia de que el procesado después no cesó su solidarizarse abstracto con el otro mediante su presencia, no se puede todavía, incluso teniendo en cuenta el contexto en conjunto, hacer la lectura de la existencia objetiva de un objetivo relacionado a los disparos mortales efectuados más tarde. Con ello queda excluida —en cualquier caso, en el estado de circunstancias descritas por el Tribunal Supremo Federal Alemán— la fundamentación de una comunidad normativa-organizada para la realización colectiva del injusto de homicidio. Pero tampoco entra en este sentido en consideración, una comunidad tan sólo normativa, porque el procesado en cuanto a los disparos mortales, ni estaba obligado a un aseguramiento a causa del uso de cosas peligrosas, ni a causa de un retener o desconectar del potencial protector, es decir, a causa de una situación peligrosa. Al margen se debe apuntar, que por falta de una vinculación comunicativamente relevante de los ámbitos de organización, queda eliminada en absoluto una responsabilidad accesoria del procesado por el homicidio, esto es, tampoco en forma de complicidad: la imputación del hecho se fundamenta de igual modo sobre el colectivo, debido a la identidad de las estructuras de imputación en la coautoría y en la complicidad, exige, por tanto, en *ambos* casos el establecimiento de un objetivo común; sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 195 y ss., 274 y ss.