

Norma y deber en los delitos de omisión impropia*

Joachim Vogel

[27] Capítulo primero

Antinormatividad y contrariedad a deber como constituyentes del hecho punible

§ 1 Antinormatividad y contrariedad a deber

I. Ley penal y norma

1. Normas de sanción

Las leyes penales de la parte especial del Código Penal son proposiciones jurídicas que en su lado de supuesto de hecho establecen los presupuestos para que deba tener lugar la sanción (pena) indicada en el lado de la consecuencia jurídica. En este sentido las leyes penales representan normas de sanción (en la forma de normas condicionales), que establecen bajo qué presupuestos una persona es responsable por un determinado comportamiento; aquí ha de completarse la parte del supuesto de hecho con las reglas (de imputación) de la parte general (por ejemplo, sobre dolo, imprudencia y error). Las normas de sanción, por otro lado, representan indicaciones, dirigidas a los órganos adjudicadores, de imponer la pena bajo determinadas condiciones (y en este sentido son normas de comportamiento, ciertamente no dirigidas a cualquiera, sino sólo al cuadro de funcionarios [*Rechtsstab*]); en términos de derecho público, ellas contienen la habilitación [28] para efectuar la afectación de derechos fundamentales implicada en la pena.

2. Normas de comportamiento

Objeto de la responsabilidad dispuesta por las normas de sanción es, bajo la concepción aquí defendida (aunque controvertida), la “desautorización de una norma, que es criterio de comportamiento jurídicamente correcto”. Esto significa que en el derecho penal existe una *segunda* clase de normas, las cuales son antepuestas como “prius lógico” a las normas de sanción e indican (axiológicamente) qué comportamiento es jurídicamente bueno (valioso) o malo (disvalioso), o (deontológicamente) qué comportamiento está prohibido, ordenado, permitido o exento. Estas normas son tradicionalmente designadas como normas de comportamiento, entendiéndose, bajo la célebre y aún reconocida concepción de Binding, que los tipos de la parte especial del Código Penal también contienen normas de comportamiento en formulación contradictoria. Este “contener” puede ser formulado de modo más exacto, en el sentido de que las proposiciones normativas y las normas expresadas en ellas son el resultado de una interpretación de las proposiciones jurídicas expresadas en los tipos penales.

* Traducción, exclusivamente destinada al uso docente, de *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, Capítulo I, pp. 27-92, por Juan Pablo Mañalich R.

Ambas clases de normas –normas de sanción y normas de comportamiento– han de ser diferenciadas estrictamente, tanto *lógica* como *teleológicamente*. La pregunta de si conforme a parámetros jurídicos un comportamiento es correcto (obligatorio, permitido o exento) o incorrecto (prohibido), debe ser distinguida de aquella de si alguien puede ser hecho responsable por un comportamiento. [29] En términos de la teoría analítica del lenguaje, en el primer caso se habla en lenguaje *prescriptivo*, en el segundo se habla en lenguaje *adscriptivo*. Pero también teleológicamente hay diferencias considerables. Mientras que las normas de comportamiento, según un punto de vista generalizado y correcto, son legitimadas por el hecho de que el comportamiento prohibido es dañoso (lesivo o peligroso para un bien jurídico), las normas de sanción deben ser fundamentadas en el hecho de que la imposición de la sanción, como reacción, sea justa. Aunque puede sonar osado, de esta diferencia teleológica se sigue consecuentemente que aun un comportamiento jurídicamente correcto (conforme con una norma de comportamiento) puede caer bajo una norma de sanción. A modo de ejemplo, si un médico da a un paciente un medicamento que en realidad le salva la vida, bajo la representación errónea que de este modo (cualquiera que sea el motivo) el paciente habrá de morir, sería incorrecto decir – en todo caso, bajo la premisa generalmente aceptada de que las normas de comportamiento sirven a la protección de bienes jurídicos – que el médico ha actuado incorrectamente, esto es, de modo prohibido; como garante de la vida del paciente más bien él ha hecho algo jurídicamente correcto, esto es, aquello que se le ordenaba. Sin embargo es legítimo sancionar al médico por una tentativa inidónea de homicidio, ya que él ha expresado que no ha reconocido la prohibición de matar como vinculante para la acción, y así ha desautorizado la validez de la norma.

[30] 3. Objeciones contra la existencia de normas de comportamiento

En contra de la concepción aquí adoptada, en el sentido de que hay normas de comportamiento (prohibiciones y mandatos) que se dirigen directamente al ciudadano como destinatario de la norma, son levantadas distintas objeciones. La concepción opuesta se sustenta en una teoría radicalmente coercitiva del derecho, según la cual el derecho, como ordenamiento normativo, se define exclusivamente por su carácter coercitivo y por el ordenamiento de las consecuencias jurídicas, esto es, de las sanciones. A partir de esto, el ordenamiento jurídico no requiere la observancia de normas (si esto también ha de ser consecuencia fáctica de la amenaza y la aplicación de la sanción), sino que sólo requiere, “según su sentido objetivo”, que ciertos males deban ser infligidos bajo ciertas condiciones por el cuadro de funcionarios [*Rechtsstab*]. La “obligación” de cada uno sólo tiene el contenido de tolerar la coacción jurídica. Contra esta concepción ya Binding se pronunció con palabras claras: el legislador no deja al (potencial) autor en libertad de decidir seguir la norma o de tomar sobre sí la pena (esto es, el riesgo de sufrir la pena). En general, en contra de la teoría coercitiva del derecho debe decirse que la coacción simplemente fuerza y no obliga; en definitiva, el ordenamiento jurídico sería un ordenamiento de violencia carente de deberes y, de tal modo, privado de cualquier sentido normativo.

Para otros, a favor de un derecho (penal) “libre de normas de comportamiento” se sostiene (encontrándose, en la consecuencia, una teoría coercitiva, aunque sea conceptualmente independiente de ésta) que los tipos penales sólo pueden ser entendidos como *normas de competencia*, las cuales “facultan a un determinado individuo a dirigir un acto coactivo como sanción a otro individuo”. En otras palabras, sólo las normas de

sanción y no las normas de comportamiento serían normas jurídicas genuinas. El defensor actual más representativo de esta concepción es Schmidhäuser. Según Schmidhäuser, la norma jurídico-penal –“bipartida” en norma de comportamiento y norma de sanción– casi nunca puede hallarse en la realidad social. También desde el punto de vista del legislador no cualquiera ha de ser “destinatario”, sino que sólo serían “destinatarios” de la ley los órganos del aparato de funcionarios [*Rechtsstab*], pues si bien el legislador no hace imposible la toma de conocimiento de la ley por cualquiera, tampoco se ocupa de que alguien en particular tome conocimiento. Así, Schmidhäuser pretende radicar la [31] función de la orientación jurídica del comportamiento –que en lo fundamental él no niega– no en la ley penal misma, sino en la moral social o en la “conciencia social del derecho”, o sea, en el “derecho conforme a la representación jurídica en la esfera del lego”. Hoerster ha controvertido con razón esta representación de un “ordenamiento jurídico-social” y de la existencia de lo prohibido [*Verbotensein*] “qua moral social”. Los conceptos de lo prohibido en sentido jurídico y en sentido moral deben ser nítidamente diferenciados; la *representación* del derecho estatal en la sociedad no representa en sentido alguno *derecho*. Obviamente acierta la posición de Schmidhäuser en que ya la moral social prohíbe, por ejemplo, el hurto. Pero deducir de esto que el ordenamiento jurídico *no* prohíbe el hurto, es incorrecto. Debe concederse sin más a Schmidhäuser que la norma (de comportamiento) no es sino el resultado de una *interpretación* del correspondiente tipo penal, de la “ley penal”. Pero debería demostrarse que una interpretación de las leyes penales como normas de comportamiento carezca de sentido. Que esta interpretación contradice la voluntad del legislador, no puede ser afirmado seriamente –además, ¿cómo debería ser justificada entonces la exigencia de publicación de la ley (Art. 82 Ap. 1 primera parte de la Ley Fundamental)? Aun más problemático es el hecho que el entendimiento de los tipos delictivos exclusivamente como normas de competencia para la aplicación de sanciones contradice la noción de ser humano de la Ley Fundamental. Una concepción tal entra también en dificultades máximas con la fundamentación del principio de culpabilidad personal –que en todo caso goza de rango constitucional–, y por ende, según la concepción dominante y acertada, del reproche por no haberse motivado conforme a las exigencias jurídicas de comportamiento, así como con la prohibición de retroactividad del Art. 103 Apartado 2 de la Ley Fundamental y el § 1, la cual en todo caso se explica en el sentido que el autor debe haber tenido la posibilidad de motivarse con arreglo a la norma de comportamiento tomada como base del procedimiento penal. Finalmente, la necesidad de la interpretación de las leyes penales como normas de comportamiento se fundamenta en el entendimiento de la pena como consecuencia *del injusto*: si un comportamiento que desautorice norma (de comportamiento), con lo cual aquél constituye un injusto, es condición de la pena, entonces debe existir la norma en cuestión.

[32] En Schmidhäuser puede encontrarse, sin embargo, una objeción ulterior y más general, según la cual las normas no poseen carácter *jurídico* alguno y, más aún, serían *normas culturales* no-jurídicas o a lo sumo corresponderían a un estrato “más alto” del derecho público general. Sin considerar que la concepción de un “ordenamiento jurídico dividido” es problemática ante el trasfondo de la estricta separación positivista de derecho y moral, nada fuerza a desterrar las normas fuera del derecho penal: ellas son el resultado pleno de sentido y concluyente de una interpretación de los tipos penales mantenida en el nivel de la *lex lata*. La correcta pretensión de la doctrina de las normas culturales se encuentra más bien en sujetar al legislador a un proceso precedente de valoración y prohibición que provenga de una convicción generalizada. En los hechos, se trata de la demarcación entre comportamientos merecedores de sanción y comportamientos merecedores de pena, que tiene pleno sentido funcional: dado que la pena tam-

bién expresa “desaprobación ético-jurídica”, ella no puede ser efectiva sin un correspondiente “eco” en la colectividad; una “desaprobación ético-jurídica” sin un reflejo mínimo en la ética social conduce al vacío y perjudica incluso ámbitos reconocidos de punición jurídico-penal. Con todo, según el entendimiento moderno no está descartado –particularmente en el ámbito de normas de derecho penal económico– un “encargo de conducción” (ciertamente subsidiario) al legislador en el sentido de la formación de valoraciones jurídicas y ético-sociales.

4. Relevancia dogmática de las normas de comportamiento

No obstante lo señalado, ha de darse la razón a las objeciones referidas en el sentido de que en derecho penal el operador del derecho se relaciona primariamente con las normas de sanción. Pero aun así, las normas de comportamiento no son una categoría dogmáticamente vacía. Por una parte, la antinormatividad ha de ser equiparada a la tipicidad del hecho punible consumado (sin consideración del dolo y la imprudencia, que son categorías de la norma de sanción). Por otra, la (respectiva) de comportamiento es punto de referencia de la norma de sanción y ya por esto tiene significación dogmática –a modo de ejemplo, para clarificar más precisamente el contenido del dolo. [33] Antes de seguir más de cerca sobre esto, sin embargo, ha de desarrollarse con mayor precisión la teoría de las normas de comportamiento.

II. Acerca de la teoría de las normas de comportamiento

1. Proposición jurídicas prescriptivas

En la teoría del derecho, las proposiciones normativas que expresan normas de comportamiento son designadas como proposiciones jurídicas prescriptivas. En particular, [34] se distingue entre prohibiciones, mandatos, permisiones y exenciones (de mandato). Las prohibiciones proscriben un hacer; los mandatos, una omisión; los permisos autorizan un hacer; las exenciones, una omisión. Según esto, las proposiciones normativas elementales constan de dos componentes: el “operador deóntico” –esto es: “está prohibido...”, “es obligatorio...”, “está permitido...” o “se está exento de...”– así como de la descripción del contenido de la norma –esto es, la descripción del comportamiento, por ejemplo, “... matar a otro”.

2. Análisis de la norma de comportamiento bajo la teoría de los actos de habla

Un análisis de las condiciones de validez y aplicación de las normas (de comportamiento) en el sentido expuesto puede ser efectuado en correspondencia con el modelo de tres niveles desarrollado en la filosofía analítica del lenguaje para los actos de habla.

El primer nivel, en términos de la teoría de los actos de habla, el “nivel locucionario”, corresponde al análisis del *contenido* de la norma. Desde el punto de vista de la teoría de la validez, se encuentra aquí la exigencia de un contenido de la norma claro y lógicamente no-contradictorio; puede hablarse de “condiciones lógicas de validez” y “validez lógica”. Se ha de poner de manifiesto que en este nivel se trata del *contenido*

de la norma –y así, no de la lógica de los *operadores* normativos– y de [35] contradicciones *lógicas*. No es objeción alguna contra la validez *lógica* de la norma que ella carezca fácticamente de casos de aplicación –incluso que carezca de la posibilidad fáctica de casos de aplicación. De este modo, sólo se excluyen contenidos de normas imposibles desde un punto de vista lógico-lingüístico –en particular, carentes de sentido lingüístico. Orientada a la teoría de la adjudicación, en este primer nivel la aplicación de la norma significa la subsunción lógico-deductiva del hecho en la descripción del comportamiento según las denominadas reglas de individualización. Aquí aparece la exigencia de evitación de contradicción normativa: un mismo comportamiento no puede al mismo tiempo ser objeto de prohibición y de mandato o permiso o, respectivamente, objeto de mandato y de prohibición o exención.

En el segundo nivel “ilocucionario” del significado de la norma, desde la perspectiva de la teoría de la validez debe satisfacerse las condiciones bajo las cuales a la norma puede atribuirse – en el contexto de normas jurídicas, que es lo que aquí se investiga – el significado pragmático de dirección de la acción jurídicamente vinculante, y de este modo, debe satisfacerse las condiciones de la “validez jurídica”. En este punto, desde ya, la “legalidad” de la norma en el sentido de su producción correcta según las meta-reglas de producción de normas –en especial, según las disposiciones constitucionales de contenido y procedimiento– es necesaria, pero luego también la conformidad material con el derecho de rango superior. Según la opinión dominante, corresponde que cada norma jurídica sea evaluada en atención a los límites supremos derivados de una comprensión supra-positiva del derecho y la justicia, como sea que ésta se fundamente; aquí puede hablarse de una exigencia de (mínima) legitimidad. Desde el punto de vista de la teoría de la adjudicación, la aplicación de la norma en este nivel significa que al comportamiento puede atribuirse el “significado” de una observancia de o de una contradicción con la norma. A este respecto, se requiere que se presente una situación de relevancia de decisión para la norma, conforme al conocimiento y a la capacidad del autor; a modo de ejemplo, alguien que lee el diario al desayunar [36] no puede dar a entender que su comportamiento representa una observancia de la prohibición del homicidio, aun cuando en el primer nivel señalado ese comportamiento sea conforme con la norma, así como alguien que dispara sobre una cubeta de lluvia sin saber o siquiera poder saber que en ella duerme un hombre, no puede dar a entender que su comportamiento constituye una inobservancia de la prohibición del homicidio.

En el tercer nivel “perlocucionario” del efecto de la norma finalmente se trata, desde el punto de vista de la teoría de la validez, de la “validez fáctica” en el sentido de la eficacia social de la norma. La eficacia social, sin embargo, no es –en el ámbito de la derogación de normas– una condición de validez jurídica; aquí se abandona de plano el ámbito de la teoría del derecho (normativamente orientada) y se alcanza el de la sociología del derecho. La eficacia social puede significar dos cosas distintas: desde el punto de vista de una teoría coercitiva del derecho, se trata de que el derecho es un ordenamiento que “está garantizado externamente mediante la probabilidad de *coacción* que impida o castigue la infracción por la acción de un cuadro [*Stab*] específico de individuos organizado para ello”. Sin embargo, puesto que la posible coacción jurídica meramente puntual no está en condiciones de garantizar realmente un ordenamiento jurídico, un enfoque que se remite a la escuela histórica del derecho alude a la exigencia de reconocimiento recíproco de las normas. Ambos planteamientos pueden fundirse en el concepto de “reconocimiento efectivo para la acción” de la norma por parte de sus destinatarios. Una norma es reconocida como efectiva para la acción, a saber, no sólo cuando

ella es reconocida ex ante como razón obligatoria para omitir o realizar algo, sino también cuando ella es reconocida ex post como fundamento de la crítica jurídica del comportamiento antinormativo. Esto es, en primer plano no aparece tanto –como sí en las teorías coercitivas– la *punición* como tal, sino –en el sentido de un [37] modelo dialogal del hecho punible– la *fundamentación* de la punición con referencia a la norma. Brevemente: las normas de sanción sirven a la validez fáctica de las normas de comportamiento, de manera de asegurar su eficacia para la acción. En la perspectiva de la teoría de la adjudicación, en el tercer nivel se trata de los efectos extra-típicos del comportamiento. Estos son, empero, jurídicamente irrelevantes; a modo de ejemplo, una expresión puede tener el significado de una injuria y por ende ser punible conforme al § 185, a pesar de que el injuriado no entienda (acústica o lingüísticamente) la expresión y por ende no se sienta injuriado.

3. Colisiones de normas y unidad del ordenamiento jurídico (acerca de la justificación)

Para la dogmática del derecho penal es ante todo significativo el primer nivel “locucionario” del modelo de análisis de las normas aquí seguido y el postulado de la carencia de contradicciones del ordenamiento jurídico allí establecido. En particular, *prima facie*, en cada *situación de justificación* son aplicables normas (según el caso) contradictorias entre sí –una prohibición y una permisión, o un mandato o una exención.

Se plantea aquí una pregunta sumamente discutida, acerca de si la antinormatividad (jurídico-penal) es establecida de conformidad con una norma *global*, que se construye a partir de la prohibición o el mandato típicos y la norma permisiva o de exención justificante (negativamente introducida), o si las normas en cuestión efectivamente *colisionan*, colisión que ha de resolverse con arreglo a una meta-norma –perteneciente a un nivel más alto– a favor de la norma permisiva o de exención. La controversia no es susceptible de ser resuelta *normológicamente*. Sin embargo, razones *pragmáticas* hablan [38] a favor de inclinarse por una solución de colisión. Pragmáticamente –en el contexto “dialógico” de la imputación de un comportamiento como justificado y, de este modo, como salvaguarda autorizada por una permisión– la justificación presupone la evaluación previa de un comportamiento como contrario a deber (y ello significa: no –sólo– como antinormativo, sino –también– como doloso o en su caso imprudente). Además, una solución de colisión parece ser capaz de resolver, en todo caso de modo formalmente más claro que una solución global, la problemática de los llamados límites ético-sociales de la justificación. A modo de ejemplo, la meta-norma (no escrita, según el modelo de la colisión) que soluciona la colisión entre la prohibición del homicidio y la autorización de la legítima defensa puede ser formulada en el sentido de que la autorización de la legítima defensa desplaza a la prohibición del homicidio si no se trata de la defensa de valores de mera bagatela o de una agresión culpablemente provocada, etc. La solución global, en cambio, tendría que reducir el tenor de la norma permisiva, por ejemplo, situando la autorización de la legítima defensa junto al problemático vuelco de la “indicación” [*Gebotenheit*] de la legítima defensa. Los problemas materiales y jurídico-constitucionales de la referida reducción, no obstante, no resultan directamente afectados por la elección de modelo.

En lo demás se pregunta si –como sostiene la opinión dominante– las normas permisivas o de exención (que colisionan) pueden ser tomadas de la totalidad del ordenamiento jurídico. Para una posible consideración general también de las normas permisivas o de exención extra-penales, se alude particularmente al postulado de la “unidad

del ordenamiento jurídico”. Este postulado sólo significa, empero, *que* las colisiones de normas tienen que ser resueltas; en esta medida el postulado sólo afirma que ha de considerarse cada norma permisiva o de exención perteneciente al ordenamiento jurídico que entre en colisión, y sólo en esta medida está excluida una *antinormatividad* jurídico-penal, que tendría que ser distinguida de una *antinormatividad* extra-penal. El postulado de la unidad del ordenamiento jurídico no dice, sin embargo, *cómo* debe operar esta disolución de la colisión de normas, y particularmente no dice que una norma permisiva o de exención (donde sea que se ubique en el ordenamiento jurídico) desplace, en todo caso, a una prohibición o un mandato (jurídico-penal). Más bien, la regulación de la preferencia tiene que ser desarrollada conforme a principios generales –por ejemplo, [39] la jerarquía de las fuentes normativas o el principio “*lex specialis derogat legi generali*”– considerando los sectores jurídicos correspondientes, lo cual puede conducir a que ciertas permisiones o aun mandatos extra-penales tengan que retroceder frente a prohibiciones jurídico-penales, de manera tal que no tengan efecto justificante alguno.

Pragmáticamente, el establecimiento de la *antinormatividad* de un comportamiento no significa más que su calificación en tanto prohibido o contrario a mandato, por el hecho de que el mismo contraviene el equilibrio jurídico de intereses. De este modo, la *antinormatividad* ha de diferenciarse de la *antijuridicidad* en el sentido de la estructuración dogmática del hecho punible. Según la doctrina dominante, la *antijuridicidad* –o sea, el injusto– de un comportamiento puede ser afirmada sólo después de la comprobación de la imputabilidad del comportamiento *antinormativo* a título de dolo o imprudencia. En este sentido, la *antijuridicidad* constituye una –significativa– “contradicción con el derecho”; en otras palabras, el elemento del hecho punible de la *antijuridicidad* es ya el producto de una imputación. Para demarcar terminológicamente a ésta de la *antinormatividad*, se hablará aquí también de la “contrariedad a deber”.

[40] Por razones normológicas, sin embargo, un comportamiento prohibido o contrario a mandato no concede de por sí *derechos de intervención o de coacción*, ya que quien actúa de modo prohibido o contrario a mandato no se presenta necesariamente como perturbador de la tranquilidad [*“friedlos”*] y además por su parte se encuentra protegido por prohibiciones de lesión. Los derechos de intervención y de coacción sólo pueden ser dados a través de *otras* normas permisivas o autorizadoras, por ejemplo por el § 32 [legítima defensa]. En este sentido, de ningún modo está decidido que el juicio de la *antinormatividad* pueda ser equiparado sin más al de la “*antijuridicidad*” de un comportamiento en el sentido del precepto de la legítima defensa. Según un punto de vista que cada vez cuenta con mayor adhesión, el concepto de “*agresión antijurídica*” requiere una interpretación autónoma en el § 32; la interpretación de que sería suficiente el peligro (concreto) de un comportamiento *antinormativo*, no es concluyente y –sobre todo con vistas a la delimitación con el § 34– resulta axiológicamente dudosa.

[41] 4. Antinormatividad y contrariedad a deber

Para el análisis dogmático del hecho punible, es de particular importancia la diferenciación entre el primer nivel de contenido y el segundo nivel de “significado” de la norma. Esta diferenciación puede ser puesta en relación con la diferenciación corriente entre norma y deber, entre el comportamiento *antinormativo* en sentido abstracto-general y el comportamiento contrario a deber en sentido concreto-individual.

Según Armin Kaufmann, la norma abstracto-general despliega su efecto concretamente obligante sólo si tiene lugar la situación típica y el autor es capaz de acción [*handlungsfähig*] en función de su conocimiento y capacidad; el deber sería la vinculación, derivada de la norma abstracta, de un sujeto individual que es capaz de acción. Se pregunta, empero, en qué sentido “emana” de la norma el deber así determinado: ¿se trata de una deducción lógico-conceptual o de algo distinto?

A través de la regla de individualización normológica, pueden deducirse proposiciones normativas individuales a partir de proposiciones normativas generales, si el concepto individual cae bajo el concepto general designado en la norma. A modo de ejemplo, de la proposición: “está prohibido a todo ser humano matar a otro ser humano” puede inferirse: “está prohibido a A matar a B mediante un disparo de la escopeta de la marca x con el número de serie y”. Se pregunta entonces, si la introducción de los elementos que especifican la capacidad de acción –el conocimiento y de la capacidad del autor– es una individualización de la norma abstracto-general en el mismo sentido de la fijación de nombres por conceptos generales. Esto ha de responderse negativamente: objeto de la capacidad de acción –del conocimiento y la capacidad del autor– es el comportamiento mismo que es adecuado a la norma; con esto, la capacidad de acción es una categoría que hace referencia a la norma misma. La introducción de una [42] categoría tal, empero, no se infiere lógicamente, debido a la prohibición de auto-referencia. Expresado de modo general: una norma (de comportamiento) no puede indicar por sí misma bajo qué condiciones el agente resulta obligado por ella, pues entonces ella tendría que hacer referencia a sí misma. No obstante, en sentido lógico-lingüístico, no está excluido que una norma de nivel más bajo pueda hacer referencia a una norma de un “meta-nivel” más alto; se trata entonces de normas de distintos niveles y de contenido independiente. Por eso, la determinación de las condiciones bajo las cuales el autor queda obligado por la norma, esto es, bajo las cuales habría tenido que comportarse de modo distinto a cómo se comportó –por ejemplo, si actuó con dolo–, es objeto no de la norma de comportamiento sino de la norma de sanción (que toma a aquélla como objeto de referencia).

La propiedad de “emanar de la norma” del deber en que pensaba Armin Kaufmann, con esto, no es una relación lógico-deductiva, sino una relación pragmática. Ella se corresponde con el paso del primer nivel “locucionario” al segundo nivel “ilocucionario” del modelo de análisis de las normas ya presentado. En este sentido, las normas son fundamentos de obligaciones para acciones, en tanto ellas obligan a cualquiera a actuar de modo normativamente adecuado, en la medida de su conocimiento y capacidad. Puesto que para cualquiera que sepa que su comportamiento proyectado es anti-normativo se hace necesario omitir este comportamiento en la medida en que se quiera actuar de modo normativamente adecuado, las normas pueden ser entendidas como razones para el deber de querer actuar de modo normativamente adecuado. Sólo se produce una sujeción a deber si al menos dos condiciones son satisfechas: primero, tiene que darse (al menos bajo la representación del autor) una situación típicamente relevante; y [43] segundo, en correspondencia con la proposición “*impossibilium nulla obligatio*”, tiene que haber sido posible para el autor, según su conocimiento y capacidad, tomar la alternativa de actuación adecuada a la norma.

5. Norma de determinación y norma de valoración, injusto del resultado e injusto del comportamiento

Ha de mantenerse, por lo tanto, que antinormatividad y contrariedad a deber son conceptos lógicamente distintos y en ningún caso necesariamente coincidentes en su extensión. Formulado agudamente: la antinormatividad es una categoría objetiva, la contrariedad a deber una categoría personal. Esto se corresponde con la diferenciación de la doctrina dominante entre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –en la comprensión aquí tomada como base: la antinormatividad– y la infracción de deber como aspectos constituyentes del delito. Es absolutamente reconocido que la infracción de deber presupone más que una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a saber, un defecto de intención o en su caso un “desvalor de acción”. La diferencia de contenido aquí sostenida se allana, entonces, por el giro de que el delito es al mismo tiempo lesión de un bien jurídico e infracción de deber –lo cual, por ejemplo, no es el caso en la tentativa (especialmente, la inidónea).

La diferencia existente entre norma y deber no puede ser suprimida por el hecho de que la norma (de comportamiento) sea entendida por una parte como norma de valoración –la cual no considera la capacidad de acción, y de este modo el conocimiento y la capacidad– y por otra como norma de determinación –la cual se dirige a la sujeción al derecho y por eso toma en cuenta la capacidad de acción. La diferenciación aquí considerada entre norma de determinación y norma de valoración fue precisada por Armin Kaufmann, quien ha desarrollado un modelo de la génesis de las normas de tres escalones. La primera valoración en la génesis de las normas, lógicamente, [44] ha de ser positiva; ella valora determinadas situaciones y propiedades como bien jurídicamente protegido, como bien jurídico. La suma de estas valoraciones crea la situación jurídicamente aprobada, el deber-ser. Por necesidad material se sigue de esta valoración positiva la valoración negativa de los sucesos que menoscaban los bienes jurídicos (y la valoración positiva de los sucesos que protegen y conservan los bienes jurídicos), con lo cual es indiferente si estos sucesos proceden de un comportamiento humano (j) o de fuerzas naturales (!); se podría hablar aquí de “desvalor de un estado de cosas”. Ahora, empero, llega el juicio de valor a la realización; del deber-ser se sigue un deber-hacer. Así son filtrados, de los sucesos del segundo escalón, aquellos que son “obra humana” –y más: obra final. Pero con seguridad los dos primeros escalones valorativos *no* se diferencian lógicamente; la valoración negativa de la lesión del bien jurídico es la negación, ubicada en el mismo nivel lógico, de la valoración positiva del bien jurídico. Pero también es importante la pregunta por un escalón del “paso” de deber-ser a deber-hacer. Fuera de que con Armin Kaufmann tenga que recurrirse aquí a premisas epistemológicamente problemáticas –tendencias ontológicamente inmanentes hacia la realización del valor–, en las normas el bien jurídico no se protege sin más, sino sólo frente a un comportamiento humano. El legislador no valora en modo alguno el menoscabo –por ejemplo, proveniente de sucesos naturales– que representa mero “infortunio” y no “injusto”; el derecho (moderno) sólo se interesa por formas humanas de comportamiento. La diferencia entre normas de valoración y normas de determinación como normas de comportamiento, según la concepción aquí defendida, sólo consiste en que los operadores normativos de las primeras son los conceptos axiológicos fundamentales de “bueno” y “malo” (“valioso” y disvalioso”), mientras que los de las últimas son los conceptos deontológicos fundamentales de “prohibido”, “obligatorio”, “permitido” y “exento”. En esta medida, la norma de determinación y la norma de valoración tienen funciones *pragmáticas* distintas (determinar o valorar); esta diferenciación no afecta el *contenido* de la norma que se halla en el nivel *lógico*. Más bien, con los tipos penales el legislador crea uno actu la ley, la norma de comportamiento aquí expresada y la valoración positi-

va del bien jurídico, así como la valoración negativa del comportamiento lesivo del bien jurídico. No hay una relación de precedencia entre la interpretación de la ley penal como norma de valoración o como norma de determinación.

[45] La diferenciación entre norma de determinación y norma de valoración pervive para los delitos resultado de lesión, sin embargo, en la separación hoy generalmente reconocida de *injusto del resultado* o desvalor del resultado e *injusto del comportamiento (del acto)* o desvalor del comportamiento. En términos precisos, sin embargo, no puede haber un injusto de resultado aislado; al derecho no interesa que un resultado expresado en la norma –por ejemplo, que un hombre muera– acaezca; en esta medida, no se presenta injusto alguno, sino sólo un menoscabo. Más bien importa que este resultado pueda ser explicado como una alteración causada por un comportamiento humano (acción u omisión). Formulado con generalidad, es antinormativo (contrario a una prohibición de un resultado de lesión) y jurídicamente prohibido un comportamiento que muestra la propiedad de haber producido un resultado típico, y no (sólo) haber creado un “riesgo jurídicamente desaprobado” para el bien jurídico protegido.

III. El fundamento de las normas de comportamiento (bien jurídico y norma)

1. Jurídicamente bueno, correcto, ordenado

En términos generales, el fundamento de las normas –en el sentido de su fundamentación legitimante– es que el comportamiento ordenado, por sí mismo o por sus consecuencias, es tenido como bueno o jurídicamente correcto. En este sentido, los tipos penales de la parte especial pueden ser interpretados –como ya se señaló– tanto como normas deontológicas de determinación –específicamente, como prohibiciones y mandatos– cuanto también como normas axiológicas de valoración. [46] En ambas formas las normas son estándares para el comportamiento de los seres humanos. Estos estándares, desde luego, tienen funciones pragmáticas diferentes: mientras las normas de comportamiento sirven a la orientación del comportamiento y por eso recurren a los conceptos *deontológicos* fundamentales (deber, tener que, prohibición, mandato, etc.), las normas de valoración posibilitan una valoración y por eso utilizan los conceptos *axiológicos* fundamentales (bueno, malo, valioso, disvalioso). Ha de retenerse que las normas de determinación y las normas de valoración sólo se diferencian en el distinto modus del operador normativo; el *contenido* de la norma (la descripción del comportamiento debido o bueno) es el mismo. En consecuencia, a la conocida diferenciación entre antijuridicidad formal y material –entre la contradicción “formal” de la norma de comportamiento y la lesión “material” del bien jurídico constituida en el fundamento de la norma de comportamiento– no corresponde ningún significado de contenido.

2. Bienes jurídicos

Según una opinión generalizada, el fundamento de las normas *jurídico-penales* de comportamiento se divide en la *protección de bienes jurídicos* –protección de bienes jurídicos frente a su lesión o puesta en peligro: la prohibición o el mandato jurídico-penal de un comportamiento tienen que ser fundamentados en la protección de un bien jurídico; este bien jurídico tiene que prevalecer en importancia frente a la libertad gene-

ral de acción afectada por una prohibición o un mandato. En términos generales, la norma jurídico-penal designa “condiciones bajo las cuales determinados... intereses de protección prevalecen sobre cualesquiera intereses de acción”. En la concepción clásica, las prohibiciones de lesión delimitan esferas de libertad unas con otra; ellas determinan el “equilibrio” jurídico de los [47] intereses. Por contrapartida, el fundamento de las normas de comportamiento –al contrario de la teoría jakobsiana del “bien jurídico-penal”– no puede cifrarse en que su validez debe ser asegurada, pues a esta fundamentación subyace una tautología: el fundamento legitimante de normas válidas sería que ellas deben ser válidas.

Sin embargo, hablar del bien jurídico como fundamento de la norma de comportamiento requiere una explicación frente al trasfondo de la diferenciación tradicional entre “objeto de la acción” u “objeto del hecho”, de un lado, y “bien jurídico”, de otro. Según esta doctrina, en los delitos de lesión el comportamiento antinormativo se encuentra en la lesión del objeto de la acción, pero no, en sentido fuerte, en la lesión del bien jurídico, el cual, como valor “más ideal”, “más espiritual” del orden social, escaparía a la intervención del autor. “Lesionado” no es el bien jurídico en cuanto tal, sino la “pretensión de respeto” que de él emana. En esto es correcto que la validez (jurídica) de la norma –la cual también puede ser interpretada como norma de valoración– no es puesta en cuestión por el delito; el autor no puede con el hecho afectar la valoración del bien jurídico como bueno. Pero en modo alguno esto fuerza la conclusión de que los bienes jurídicos mismos no sean susceptibles de ser lesionados como bienes “ideales”. Vistos en perspectiva lingüístico-analítica, bienes jurídicos como por ejemplo la vida o la salud son nombres generales para las propiedades totalmente reales y “materiales” de estar vivo o sano: ser “afectado en la salud” por un accidente de tránsito (§ 223 Ap. 1), no remite a un bien inmaterial, sino a un resultado empírico. Por lo general, una lesión de un bien jurídico es el menoscabo o la supresión de la propiedad valiosa designada en el bien jurídico; en el caso de los delitos de lesión de la vida o del cuerpo, esta propiedad es totalmente “natural”, fáctico-empírica, esto es, estar vivo o sano.

Sin embargo, los bienes respectivamente protegidos no son merecedores de protección bajo la reserva de una intervención final: el “equilibrio” de los intereses es perturbado por cada forma de comportamiento –también por las no finales y no imputables– que [48] lesiona el bien jurídico penalmente protegido. Esta concepción –defendida ya por Binding– se corresponde particularmente con la dogmática *jurídico-constitucional* de las lesiones de derecho fundamental. Mientras que la doctrina antiguamente dominante por intervenciones a derecho (fundamental), o sea, lesiones de derecho (fundamental), entendía sólo (potenciales) intervenciones finales, se impone cada vez más la opinión de que la protección de los bienes protegidos por los derechos fundamentales sólo sería efectiva si también se dirige contra menoscabos no finales. También en la jurisprudencia (civil) se reconoce hace tiempo que las pretensiones de indemnización por expropiación y de sacrificio en el ámbito de la afectación del cuerpo, la vida y la propiedad no se sujetan a (potenciales) intervenciones finales.

3. Legitimación “completa”

Desde luego, el aspecto de la protección del bien jurídico sólo sirve para una fundamentación de la norma en cierto sentido “aislada”. Además tiene que tenerse presente que la observancia de la norma por su condición de válida, en el sentido de un

reconocimiento vinculante por el agente, requiere *más* que la intención de actuar de acuerdo con la norma; el autor tiene que omitir la realización de todas las demás intenciones (también las provechosas) que son incompatibles con la intención de no realizar el tipo de delito. A modo de ejemplo, conforme a §§ 222, 230 [...], el fabricante de mercaderías tiene que postergar sus intereses –en sí legítimos– de racionalización a favor de un control de producción suficiente (que implica intensificación de personal y costos). Precisamente en la punibilidad por imprudencia se requiere, además, que el autor se haga cargo de su capacidad de seguir la norma.

Por eso, para una legitimación en algún sentido “completa” tiene que tenerse en cuenta que en los tipos de delito las normas de comportamiento son objeto de referencia de las normas de sanción. Por eso, cualquier norma “aisladamente” fundamentada no puede ser norma jurídico-*penal*; sólo pueden ser legítimas jurídico-penalmente aquellas normas respecto de la cuales sea justificada la punición como reacción a una contravención imputable de una norma. De este modo, son “completamente” fundamentadas normas de comportamiento jurídico-penales si también la respectiva [49] punición del comportamiento imputable que quebranta la norma es fundamentada. En esta medida se gana un punto de partida para la explicación del “principio de ultima ratio”, según el cual las normas de comportamiento jurídico-penales sólo pueden establecerse para la protección de los bienes jurídicos más importantes –y en el sistema del ordenamiento jurídico-penal de bienes jurídicos también *comparativamente* más importantes. No obstante, esta fundamentación “completa” de las normas de los supuestos de hecho tipificados legalmente tiene sólo una significación teórica (y de lege ferenda juega un rol). La decisión legislativa de valorar una norma como merecedora de protección punitiva, en el marco de los límites jurídico-constitucionales, ha de aceptarse lo mismo que la de incluirla sólo en el derecho de contravenciones. El punto de vista de la fundamentación “completa” de las normas va a ser significativa, empero, en los delitos impropios de omisión y en particular en la cláusula de equivalencia del § 13.

IV. La antinormatividad (contenido de la norma de comportamiento)

1. Antinormatividad y tipicidad

En el sentido aquí presentado, es antinormativo un comportamiento que es susceptible de ser subsumido bajo el lado de supuesto de hecho de algún tipo penal de la Parte Especial. En esta medida, la antinormatividad es una constatación obtenida de modo lógico-deductivo y ex post, que toma como base, conforme al tenor literal y a la sistemática de ley, los elementos objetivos del comportamiento del autor, así como determinados elementos subjetivos especiales de la norma como algunas intenciones, pero no los elementos subjetivos generales del hecho punible –que pertenecen al nivel de la contrariedad a deber, que es lógica y teleológicamente distinto– como el dolo o la imprudencia, ni tampoco los elementos (subjetivos) de la culpabilidad. En este punto sólo a primera vista se encuentra un paralelo con la –con razón abandonada– teoría clásica del delito, según la cual el injusto penal sólo está constituido por elementos objetivos (“externos”), y la culpabilidad sólo por [50] elementos subjetivos (“internos”). La constatación de la antinormatividad –de este modo, del estar prohibido de un hacer o de un

omitir* – no puede ser confundida con la constatación de la existencia de un injusto penal que origina responsabilidad y de la antijuridicidad como contrariedad a deber.

2. Prohibiciones de causación de lesión

Especialmente en relación con los delitos de resultado de lesión (ya sea los §§ 212, 222 ó 223, 230), la concepción presentada adhiere a la opinión de Binding, según la cual las normas de los tipos designados rezan: “No causes la muerte (o la lesión corporal) de otro”. En contra de la concepción de las normas de Binding se objeta desde siempre que en la forma de prohibiciones de causar resultados de lesión las normas serían concebidas de modo *demasiado amplio*, dado que entonces, conforme a la teoría de la equivalencia de la causación dominante en el derecho penal, todo comportamiento que no pueda ser suprimido sin que falte la lesión sería antinormativo; así pues, por ejemplo, la procreación del homicida (¡y también de la víctima!), así como la producción de una herramienta usada en un homicidio, tendría que ser antinormativa. Como ha mostrado Puppe, la objeción se deja disipar, pero bajo la responsabilidad por una precisión, en términos de teoría de la acción, de aquello que se mienta con el “(concreto) resultado típico” de los delitos de lesión. A primera vista el resultado parece ser un *objeto* –por ejemplo, que la víctima sea muerta o lesionada. Pero recurriéndose a la figura de teoría de la acción del “producto de la acción” (*Handlungsergebnis*), se muestra que en rigor el resultado representa una *modificación* de estados, es decir, una modificación perjudicial para el bien jurídico –p. ej., la vida o la salud. Siendo precisada la pregunta por la causalidad, en el sentido de que *precisamente* esta modificación tiene que ser explicada causalmente, es ante todo irrelevante porqué existía el estado originario, o sea, porqué la víctima estaba viva o sana. Pero también es irrelevante la pregunta de porqué el autor existía, y también de porqué el instrumento del hecho existía. Todas éstas son condiciones antecedentes aceptadas, que [51] pueden ser presupuestas para la modificación. Una restricción adicional resulta de la diferenciación, en términos de teoría de la acción, entre acción principal y acción auxiliar: las acciones auxiliares –como p. ej. conseguir un cuchillo (para sí o para terceros), para cometer una lesión corporal– no pueden ser interpretadas como acciones antinormativas principales, pues ellas no condicionan el resultado de la acción principal, sino que sólo ponen al autor en la situación de ejecutar la acción principal –como p. ej. lesionar a otro.

3. ¿Voluntariedad del comportamiento prohibido?

Con todo, la concepción de la norma aquí defendida determina su contenido en un punto algo distinto de Binding: mientras éste, si bien no veía el dolo y la imprudencia como exigencias de la acción típica-antinormativa, sí veía de ese modo el impulso voluntario-intencional de un movimiento en dirección al resultado, aquí no se exige, en el nivel de la antinormatividad, un comportamiento intencional o voluntario. Este paso –según el cual también movimientos reflejos o formas de comportamiento de un durmiente que sean lesivos pueden ser antinormativos– puede parecer audaz, o aun desacertado. No obstante, en los hechos también según la concepción dominante corresponde punir

* La traducción literal sería “de la condición de prohibido de un hacer o de ordenado de un omitir”, pero esto es absurdo. Pues la prohibición de una acción es lógicamente equivalente al mandato de una omisión. En los delitos de omisión, lo ordenado no es la omisión, sino la acción (ordenada); la omisión es prohibida [nota del trad.].

comportamientos involuntarios: si una madre aplasta mientras duerme al niño que yace con ella en cama, o si un conductor que ha mantenido una distancia demasiado corta de la persona de adelante lo impacta y lesiona al frenar éste de modo abrupto por una pelota de juego, sin duda entonces ha de castigarse de conformidad los §§ 222 o 230, respectivamente. Es cierto que estos casos son solucionados por la doctrina dominante en el sentido de que el comportamiento típico-antinormativo se *anticipa*: el comportamiento letal [52] de la madre se encuentra en que ella ha llevado al niño consigo a la cama, el comportamiento lesivo del conductor se encuentra en que él ha mantenido demasiado poca distancia. De modo distinto que en el delito doloso, esta solución sería evidente en el delito imprudente, pues en éste rige el concepto extensivo (unitario) de autor y en todo caso el comportamiento previo es causa del resultado: si se suprime el hecho de que la madre llevó al niño a la cama, o si se supone adicionalmente que el conductor mantuvo suficiente distancia, entonces se suprime el resultado.

Ya Binding mismo ha advertido que esta afirmación de la causalidad se basa en una “benignissima interpretatio” del comportamiento del autor: se adopta la suposición de que el autor se habría comportado fiel a derecho después de la ejecución de la acción precavida. Pero ésta es una suposición incriminadora y por ende excluida en virtud del in dubio pro reo: si p. ej. el conductor afirma que él también habría chocado voluntariamente al hombre de adelante –su enemigo íntimo– entonces falla la causalidad del comportamiento previo. Con razón afirma Binding que el error no causa el actuar anti-jurídico, sino más bien crea la razón de su comisión inconsciente (o involuntaria). En términos generales, falta una conexión legal formulable entre el comportamiento previo y el resultado típico: los niños no mueren por el hecho de que sean llevados a la cama con la madre, sino por el hecho de que sean aplastados y asfixiados; y que el niño sea llevado a la cama, por otra parte, no constituye una explicación causal de que la madre se haya dado vuelta durmiendo y aplastado al niño. En lo fundamental se plantean aquí las mismas preguntas que en la “doctrina de la anticipación” respecto de la “actio libera in causa”. En su núcleo se resiente la doctrina de la anticipación por el hecho de que la concepción de la opinión dominante fuerza el límite –a determinarse sin diferencias en el delito imprudente y en el delito doloso– de la descripción típica [53] del comportamiento. Que la madre haya llevado al niño a la cama o que el conductor haya mantenido insuficiente distancia, no pueden ser considerados comportamientos letales o lesivos. Conforme al modelo de la acción principal y la acción auxiliar, existe una mera acción auxiliar; para esto puede introducirse como test de comparación con el actuar doloso: la madre que quiere matar al niño no puede hacerlo simplemente llevándolo a la cama; el conductor no puede lesionar al hombre de adelante simplemente conduciendo demasiado cerca; en ambos casos no hay todavía –en términos dogmáticos– un comienzo de la tentativa. Pero la “doctrina de la anticipación” tampoco puede mantenerse en el ámbito del delito imprudente, de modo que el comportamiento mismo –también el involuntario– tiene que ser antinormativo, porque toda punibilidad por consumación forzosamente presupone un comportamiento antinormativo.

V. Objeciones contra el concepto “objetivo” de normas aquí desarrollado

1. La crítica de Frisch, Kuhlen y Freund

La objeción más importante contra la concepción “objetiva” de las normas de Binding sostiene que el criterio de la capacidad de acción (conocimiento y capacidad del autor), aquí asignado a la contrariedad a deber, tiene que incorporarse ya en la génesis y en el contenido de la norma: las normas sólo tendrían sentido, si ellas –ya sea según un estándar generalizador de lo “posible para el ser humano” y lo “posible para cualquiera”, ya sea aun según el estándar de lo individualmente posible– son susceptibles de ser cumplidas. La variante finalista obligada de esta objeción sostiene que sería prohibido sólo un comportamiento final, esto es, dirigido o en todo caso dirigible a la causación del resultado lesivo, o, en su caso, que sería ordenado sólo un comportamiento final dirigido o dirigible a la evitación del resultado. La objeción puede ser más agudamente formulada así: las normas tienen que actuar orientando la acción *ex ante*. Este fin no se consigue si es exigido un comportamiento que no es “posible para el ser humano” o “posible para cualquiera”. Con esto, carecen de sentido en particular las auténticas prohibiciones de causación de lesión o los mandatos de evitación de lesión: puesto que la propiedad de un comportamiento de haber causado la lesión (el resultado típico) sólo puede ser establecida *ex post*, el causante no puede ser motivado *ex ante* por la norma en el punto de tiempo decisivo, ya que él (todavía) no puede saber de la tipicidad de su actuar. Adoptándose consecuentemente la perspectiva *ex ante*, [54] las normas tendrían que indicar que está prohibido un comportamiento *adecuado* para la causación de la lesión –y esto significa: *peligroso*.

Frisch ha defendido esta posición con particular claridad y agudeza. Frisch se refiere como algo “hoy en día reconocido” a que, en todo caso en el delito imprudente, la mera causación *no* es suficiente como comportamiento antinormativo “típico”. Antes bien, el núcleo del comportamiento típico y de la antinormatividad del comportamiento –y también en el delito doloso– sería la creación de un riesgo objetivamente desaprobado. Para cuya determinación sería decisivo el juicio *ex ante*. Frente a esto, la realización del riesgo en el acaecimiento del resultado –el verdadero lugar natal de la teoría de la “imputación objetiva”– sería una “exigencia adicional, específica del concepto de sanción, de la lesión de la norma de sanción”. La formación *ex ante* de la norma de comportamiento, independiente del (posterior) acaecimiento del resultado, estaría lógicamente condicionada ya por el hecho de que un resultado todavía inexistente no pueda ser conocido.

Especialmente contra la concepción objetiva de las normas de Kindhäuser aquí seguida, se han volcado recientemente Kuhlen y Freund. Según Kuhlen, es un mérito de peso de la concepción objetiva que ella haga posible una derivación no problemática de las normas a partir de los tipos. Sin embargo, la norma no ofrece entonces estándar alguno con cuya ayuda el destinatario de la norma pueda diferenciar entre alternativas de comportamiento prohibidas y no prohibidas en situaciones concretas de acción. En esta medida, las normas “objetivas” serían por una parte demasiado amplias (también serían antinormativas acciones *ex ante* consideradas no prohibidas, si el resultado acaece) y por otra parte demasiado estrechas (tampoco serían antinormativas acciones *ex ante* consideradas prohibidas, si el resultado no acaece). También según Freund es seductora la concepción de que la materia de la prohibición sea un comportamiento que exhibe la propiedad [55] de haber causado un resultado, por su claridad y simpleza. No obstante, ella es de hecho inadecuada. Puesto que la pregunta jurídico-constitucional por la posibilidad de legitimar la afectación de la libertad de acción tiene que tener lugar desde la perspectiva del destinatario de la norma y *ex ante*, respecto de los aspectos de la capacidad de acción –aquí adjudicados a los criterios (sancionatorios) de la imputabilidad–

se trataría del “fin de la norma correctamente entendido”. La prohibición de, p. ej., la causación de la muerte de un ser humano, en definitiva no podría legitimarse, pues manifiestamente tendría demasiado alcance. Por otra parte podría ya legitimarse, si sólo estuvieran en cuestión cursos *posiblemente* lesivos.

2. Defensa contra las objeciones

Frente a esto, empero, ha de mantenerse con insistencia *que* tanto las prohibiciones de causación de resultados como los mandatos de evitación de resultados operan orientando el comportamiento. Ex ante consta cómo no debe ser un comportamiento, esto es, no causal para el resultado típico; sólo permanece abierta la cuestión de si el comportamiento concreto causará el resultado, si es “lesivamente relevante”. Pero ninguna norma de comportamiento concebible dirigida al autor puede efectuar el juicio sobre la relevancia lesiva del comportamiento concreto, puesto que ¡este juicio se basa en la situación concreta y en el conocimiento y la capacidad del autor! En esta medida el autor puede orientarse plenamente por la prohibición de causación de lesión, la cual en cierto modo él puede adoptar como “premisa mayor” de su comportamiento y conforme a la cual puede, bajo el modelo del “silogismo práctico”, conformar su comportamiento tomando como base su conocimiento: si se da que, desde la perspectiva del autor, el comportamiento causará el resultado de lesión, entonces el autor debe omitir este comportamiento para actuar conforme a deber. En particular, la teoría de Frisch, particularmente acertada en su diferenciación, aquí es categorialmente *invertida*: la causación de un resultado por un comportamiento, como quiera que éste sea, es el núcleo de (la contrariedad a) la norma de comportamiento, mientras que la cualidad del comportamiento –bajo el punto de vista determinante de la evitabilidad y bajo la inclusión del criterio, similar a la tesis de Frisch, de la “adecuación de aplicación” [*Anwendungsangemessenheit*]–, núcleo de (la contrariedad a) la norma de sanción.

[56] El punto de vista contrario, en definitiva, formula el contenido de la norma de los delitos de resultado de lesión de manera que estaría prohibido lo que desde el punto de vista de un observador –cualquiera que sea su índole– pueda ser considerado apto para causar la lesión típica. Esta tesis es problemática en múltiples aspectos: por una parte ella amplía sobremanera el ámbito de lo prohibido y convierte las normas prohibitivas de lesión en normas prohibitivas de peligro. Precisamente, la prohibición de cursos portadores de daño (pero no dañosos), defendida por Freund, es –como se sabe de la discusión sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto– particularmente problemática en términos de teoría de legitimación. Por otra parte, como ya se explicó, los bienes de ningún modo sólo son merecedores de protección frente a (potenciales) intervenciones finales. Finalmente, la tesis contraria conlleva una indeterminación constitucionalmente inadmisibile en el contenido de la norma: ¿El juicio de aptitud *de quién* sobre la base cognitiva *de quién* deben pues ser decisivos? La individualización del juicio de aptitud que sea básicamente consecuente conduce a que hay tantos contenidos de norma como individuos. En esta medida es difícilmente comprensible, por qué la norma complementada con la prognosis de aptitud debe servir mejor a la orientación del comportamiento que la inequívoca prohibición de causación de lesión.

1. La imputación en su significado amplio

1. Imputación a la persona

Con el establecimiento de la antinormatividad de un comportamiento bajo la concepción aquí desarrollada –en términos dogmáticos: con el establecimiento de la tipicidad en el delito consumado– sólo se ha ganado el primer punto de partida (y ni siquiera necesario en la tentativa) para la constitución del hecho punible. El comportamiento (antinormativo en el ámbito del delito consumado) tiene que ser interpretado ahora como acción, tiene que ser atribuido al agente como explicación por no querer lo debido. Esta interpretación o atribución en lo que sigue será designada como “imputación” [*Zurechnung*]. Bajo este significado amplio, imputación es de este modo “imputación a la persona” o “imputación del suceso como obra del autor”. Pragmáticamente, ella tiende a hacer responsable al agente por su comportamiento, en tanto que la comparación del comportamiento del autor con la norma tiene el objeto totalmente distinto de determinar si el comportamiento es prohibido, obligatorio, permitido o exento.

2. Antiguas y nuevas teorías de la imputación

Ha de agradecerse a Hruschka haber descubierto las raíces histórico-conceptuales del concepto de imputación aquí indicado, esto es, la teoría de la imputación del derecho natural ilustrado. En la célebre formulación de Kant, es la “imputación (imputatio)... el juicio por el cual alguien es considerado [58] autor (causa libera) de una acción (actio), que entonces se denomina acto (factum) y cae bajo las leyes”. El paso de la acción o actio –en la concepción aquí desarrollada: del comportamiento– al “acto” –en la concepción aquí desarrollada: a la acción (punible)– tiene que ser entendido, por consiguiente, como juicio, y de este modo como conclusión determinada por reglas. El fundamento de este juicio es la libertad del autor: “acto se llama una acción... en la medida en que el sujeto sea considerado en ella misma desde la perspectiva de la libertad del arbitrio”. “Libertad de arbitrio” significa aquí la posibilidad de tomar alternativas; en este punto, por ende, es relevante la proposición “impossibilium nulla obligatio” o “impossibilium et necessarium nulla est imputatio”.

Después de que la teoría de la imputación –y con ella también los conceptos de imputación “objetiva” y “subjetiva”– básicamente cayera en el olvido en el curso de los siglos 19 y 20, ante todo Hardwig y su seguidor Kahrs han recuperado la imputación como categoría fundamental del derecho penal. Ambos posicionan correctamente la imputación sobre la base del principio de evitabilidad, según el cual un suceso (antijurídico) ha de ser imputado a un sujeto de derecho, si era posible hacer u omitir lo ordenado o prohibido por el derecho, en tanto él hubiese querido esto. Si se dice, sin embargo, que la evitabilidad no consiste en una capacidad meramente fáctica de evitar el resultado (o más generalmente: el comportamiento típico), sino en la evitabilidad de la lesión de un deber de evitar, entonces lo exigido –prohibido u ordenado– jurídicamente se confunde con la evitabilidad como criterio mismo de la imputación de lo jurídicamente [59]

exigido. El error conceptual aquí implicado condujo ya a Hardwig, pero sobretodo a Kahrs y a su seguidor Herzberg, a considerar el delito de omisión –en el sentido de un “delito de evitación”– como auténtica forma básica de la norma de comportamiento, y con esto a renunciar a la separación entre prohibiciones en los delitos comisión y mandatos en los delitos de omisión*.

En la ciencia del derecho penal contemporánea –además de los puntos de partida de Hruschka y Kindhäuser, que en lo que aquí va son seguidos y que en lo que sigue son desarrollados– ha de mencionarse sobretodo la teoría de la imputación de Jakobs. Según Jakobs la imputación establece a qué persona ha de punirse para la estabilización de la validez de la norma; con esto la teoría de la imputación desarrolla los conceptos de comportamiento del sujeto, quebrantamiento de la norma y culpabilidad. El comportamiento (la *Aktion*) del sujeto es la acción [*Handlung*]; no sólo se establece a qué sujeto ha de imputarse qué acción, sino al mismo tiempo lo que es el sujeto y lo que es su acción. Con esto, el aspecto determinante es la evitabilidad individual del comportamiento típico o la “objetivación de una toma de posición incorrecta hacia la norma”. El nivel de la motivación de esta toma de posición –Jakobs habla de “dirección de los impulsos” en oposición a (la única relevante para el injusto) “dirección de la acción”– de momento queda, en cambio, fuera de consideración; más bien, se mantiene la hipótesis de que el autor tiene la motivación –adecuada a derecho– o bien de omitir las formas de comportamiento prohibidas o bien de ejecutar las ordenadas. Un comportamiento, el cual a pesar de la evitabilidad individual (esto es: de la posibilidad de dirección de la acción) contradice la norma, es designado como quebrantamiento de la norma; de este modo, el quebrantamiento de la norma es una contradicción “portadora de significado” frente a la norma, que desautoriza su validez, puesto que ella hace claro que al autor le hace falta la motivación jurídica de la acción (esto es: la dirección de los impulsos de conformidad con la norma de comportamiento). Luego, es una pregunta propia de la imputación de culpabilidad si el autor es responsable por esta falta [de motivación]. Este es el caso si el déficit “no puede ser entendido de modo tal que él no afecte la confianza general en la norma”, o sea, si la falta de motivación leal al derecho no puede ser explicada simultáneamente “prescindiendo del autor” en el que se dan los presupuestos de la culpabilidad, por ejemplo por el hecho de que el autor sea declarado no competente para el cumplimiento de la norma (§§ 20, 21 [capacidad de culpabilidad o “imputabilidad”]) o porque no es responsable por su desconocimiento de la norma (§ 17 [error de prohibición]) o porque el cumplimiento de la norma era inexigible (§ 35 [estado de necesidad exculpan-te]). Estructuralmente, el modelo de Jakobs se corresponde en muchas partes con el [60] análisis de la imputación aquí presentado. En esencia, éste se diferencia del modelo jakobsiano únicamente por el principio de legitimación escogido: mientras que aquí la fidelidad al derecho es entendida como virtud realizada por el derecho y legitimada por consideraciones de justicia, Jakobs funda su modelo en consideraciones sistémico-funcionales, las cuales, desde la perspectiva del derecho público, no son suficientes para fundamentar penas estatales y con ello la teoría de la imputación.

3. ¿Imputación “objetiva”?

El concepto de imputación en sentido amplio aquí defendido ha de ser contrastado con la expresión, que se ha impuesto en la doctrina más reciente, de imputación “ob-

* La traducción literal sería “entre prohibiciones de comisión y mandatos de omisión”, pero esto no tiene sentido. *Vid. supra*, p. 12, nota al pie.

jetiva”. Mientras que Larenz –a quien ha de agradecerse la recuperación de este término, que se remonta a la antigua diferenciación entre imputación “objetiva” y “subjetiva”– incluía en él aun a la tentativa, “el propio hecho a ser delimitado frente sucesos casuales”, en lo sucesivo pasaría cada vez más a primer plano la conexión entre el comportamiento y el resultado de este comportamiento. Con el concepto de imputación objetiva la doctrina actualmente dominante vincula correctivos, en lo esencial estimados necesarios, a la teoría jurídico-penal de la equivalencia de la causalidad, con lo cual se trata de un concepto superior que reúne bajo sí aspectos diferentes (como p. ej., de la adecuación, de la realización del riesgo y del principio de auto-responsabilidad). Ha de concederse a la doctrina dominante que la teoría de la equivalencia no es satisfactoria en términos teórico-científicos, ni tiene suficientemente en cuenta el contexto pragmático en que se ubica la explicación causal en derecho penal. Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva, en tanto ella pretende restringir “valorativamente” el *contenido de la norma* de los delitos de resultado de lesión, aparece como categorialmente equivocada: la pregunta, implicada en el “nivel locucionario” del análisis de la norma, de si un resultado típico sobreviniente puede ser explicado a través de un comportamiento (cualquiera que sea su índole) del autor, ya por razones lógicas tiene que ser diferenciada de aquella de si por ese comportamiento, [61] en este sentido causante del resultado, el autor puede ser hecho responsable: el autor no es responsable sin más por un comportamiento causante del resultado por el hecho de que él ha causado el resultado, sino por otras razones ulteriores, a saber, porque él (bajo la premisa de la capacidad de evitación) no lo ha evitado.

Esta crítica categorial no puede desconocer, empero, que la *base material* [*Sachanliegen*] de la teoría de la imputación objetiva es correcta. Como Frisch ha mostrado, ella apunta prioritariamente al perfilamiento del comportamiento “típico” –en la terminología tomada aquí como base: contrario a deber. Frente a la crítica del finalismo a la teoría de la imputación objetiva, los problemas que aquí se presentan no se solucionan en el nivel del tipo subjetivo (dolo e imprudencia) o del “poder final sobre el hecho”; la pregunta de la “relevancia de decisión” del conocimiento (potencial) es antes bien una pregunta normativa, que ha de resolverse según la medida de la “adecuación en la aplicación”.

4. Reglas de imputación

El juicio de imputación, esto es, la interpretación de un comportamiento como acción, que fundamenta la responsabilidad (jurídica) del autor, es en sí mismo un juicio definido por reglas. Tales reglas aplicables en la imputación en lo que siguen se designan como “reglas de imputación”. Las reglas de imputación indican los presupuestos bajos los cuales el autor tiene que responder de su comportamiento con pena, o sea, bajo los cuales la imposición de la pena es legítima. Para el delito jurídico-penal aquí ha de mencionarse en particular las reglas de los §§ 15 a 17 (dolo, imprudencia y error), de los §§ 19 a 21 (capacidad de culpabilidad) y del § 35 (estado de necesidad exculpante); además, la teoría de los elementos subjetivos de la justificación (y la del error en el ámbito de la justificación) es parte de la teoría de la imputación. Sobre la base de razones de derecho público –a saber, debido a la reserva de ley (penal)– un comportamiento sólo puede ser imputado (y sancionado-penado) si esto estaba dispuesto legalmente; esta disposición por ley se encuentra en las normas de sanción, las cuales han de tomar en

referencia (en sentido técnico-legal) las reglas de imputación de la Parte General y ser complementadas con ellas.

[62] A diferencia de las normas (de comportamiento), las reglas de imputación no conciernen a la pregunta de si un comportamiento está prohibido, ordenado, permitido o exento; así, el § 15 no prohíbe formarse un dolo respecto de un hecho. A la inversa, las normas de comportamiento no pueden por sí mismas establecer cuándo el autor tiene que responder de un comportamiento antinormativo, puesto que entonces tendrían que tomarse en referencia a sí mismas. El comportamiento es objeto de la imputación, pero el mismo no pertenece al juicio de imputación, y lo precede lógicamente. En consecuencia, las reglas de imputación, teleológicamente, no tienen que ver con el fundamento de las normas –con la protección del respectivo bien jurídico–; más bien ellas tienen que ser determinadas –a saber, unitariamente– según los fundamentos de la pena. De ahí que ellas rijan para *todas* las normas de comportamiento del derecho penal y pertenezcan con ello a la Parte General del derecho penal en su estricto sentido teórico-jurídico. Pero si el fundamento teleológico de la imputación y de las reglas de imputación es general, unitario y ha de ser correlacionado [63] con los fundamentos de la pena, entonces en lo que sigue tiene tomarse posición respecto de éstos.

II. El fundamento de la imputación

1. Protección de bienes jurídicos y fundamentos de la sanción

Como fundamento de la imputación, esto es, (formulado en términos adecuados a las proposiciones jurídicas) como fundamento de las normas de sanción y de las reglas de imputación tomadas en referencia por ellas, no puede ser considerada *inmediatamente* [= directamente] la protección de bienes jurídicos. La protección de bienes jurídicos es el fundamento inmediato de las normas de comportamiento; la sanción jurídico-penal efectivamente presupone, en cambio, el fracaso de la protección de bienes jurídicos, a saber, la lesión del bien jurídico, y por esto tiene que ser directamente fundamentada en algo distinto de la protección de bienes jurídicos. La meta pragmática y asimismo la razón de toda imputación es hacer responsable a alguien por su comportamiento. En derecho penal, este hacer responsable no tiene lugar como un fin en sí mismo, sino que sirve a la fundamentación de la sanción (pena). Con esto puede considerarse los *fundamentos de la sanción (pena)* como fundamento inmediato de las reglas de imputación y las normas de sanción; asimismo, estos fundamentos son adecuados para la determinación del contenido y la selección de las reglas de imputación. Con esto, el problema de los fundamentos legítimos de la sanción (pena) no es puramente filosófico-jurídico, sino que constituye una pregunta dogmáticamente relevante.

[64] 2. Fundamentos de la pena

¿Son legitimables las sanciones (penas)? Es un punto de vista controvertido en la filosofía práctica y en la teoría del derecho, bajo los tópicos del “problema del viajero sin billete” [= *free rider*] y del “dilema del prisionero”, el de que es (individualmente) racional con arreglo a fines [*zweckrational*] no seguir las normas (de comportamiento), incluso si ellas –como es el caso tratándose de las prohibiciones de matar y de lesionar

corporalmente— son distributivamente justas y claramente ventajosas. Presupuesto de la racionalidad con arreglo a fines del no-seguimiento de las normas es que todos (o la mayoría) se atengan a las normas. En estos casos el autor obtiene *tanto* la ventaja que para él se origina en la observancia de la norma por los demás, *como* aquella de que a él se abren mayores posibilidades de acción. De otra parte, el autor perdería la primera ventaja indicada si todos se comportaran racionalmente con arreglo a fines. Por esto es legítimo y claramente conveniente, desde la posición jurídica (moral) de la igualdad, forzar la observancia de las normas —su vigencia fáctica y su “reconocimiento vinculante para la acción”— y por esta vía garantizar la confianza en el cumplimiento lo más amplio posible de las normas.

Con esta reflexión, ante todo es legítimable la coacción jurídica preventiva; nada distinto rige, empero, para la sanción represiva, en la medida en que ella asegure el reconocimiento de las normas como vinculantes para la acción. Ahora, [65] la punición muestra, no obstante —a diferencia de la multa de derecho administrativo y la indemnización de perjuicios civil— la particularidad de que conlleva un “reproche ético-social”. ¿Sobrepasa aquí el derecho penal los límites que son trazados al Estado secular? Ahora, el reproche no concierne a que el hecho resultase antinormativo. Antes bien, el quebrantamiento de la norma es indicio, bajo determinados presupuestos —a saber, los de la imputabilidad [*Zurechenbarkeit*]— de una falta de “sentido de la justicia” en el autor, el cual se aprovecha de la ventaja de la validez de la norma, sin pretender prestar su contribución a la validez de la norma, y con esto, en definitiva, abandona la posición jurídica de la igualdad de todos. Así tomado, el reproche ligado a la pena no es ético-social, sino ético-jurídico. El también está justificado en el Estado secular, ya que el autor falla en ajustarse a la medida de reconocimiento como vinculante para la acción de, o motivación leal al derecho por, las normas jurídicas de comportamiento, medida que es necesaria para que éstas rijan fácticamente para conveniencia de todos, y la cual también es alcanzable para el autor.

Con ello, la legítima razón de la pena puede ser formulada en términos de que la pena tiene que asegurar la medida de motivación leal al derecho, la cual asegura la validez de la norma, claramente conveniente para todos, y que es susceptible de ser asumida por cualquiera. Con esta concepción, se toma como punto de partida la teoría de la “prevención general positiva” o “de integración”, que se impone progresivamente en la literatura y que también es tomada por el tribunal constitucional federal, como fin prioritario de la pena (mejor: como *fundamento* de la pena). Así, según Jakobs, se establece la contribución que la pena presta al mantenimiento de la configuración de la identidad [*Gestalt*] estatal y social, en la garantía de las normas (de comportamiento). No pueden renunciarse a las normas en el caso de su frustración; esta “resistencia a la frustración” habría de ser equiparada a la “validez practicada de la norma”. La validez [66] de la norma, con esto, sería el bien a ser protegido por el derecho penal —más propiamente: por las normas jurídico-penales de sanción—, el “bien jurídico-penal”. Sin embargo, en la adopción de premisas puramente funcionalistas yace el peligro de que el autor sea degradado a un mero medio para fines. La objeción no alcanza la concepción aquí desarrollada: presupuesto de la sanción es la falta de “sentido de la justicia” mostrada por el autor, que no se da, por ejemplo, si el carácter de prohibido del comportamiento no era reconocible para el autor (§ 17). En términos más generales, la punición tiene que ser justa y no puede afectar al autor como lo haría un mal imprevisible (arbitrario).

3. Proporcionalidad y exigibilidad

Esto en particular significa que la medida “asumible” de motivación leal al derecho no puede ser requerida desproporcionadamente. Con esto, la concepción aquí habida, la cual –como se explicó– considera la acción contraria a deber, que niega la validez de la norma, como núcleo del hecho punible, se ve resguardada frente a las objeciones que con razón fueron levantadas contra antiguos conceptos (especialmente desarrollados por la escuela de Kiel) del hecho punible como contrariedad a deber y que culminan en el reproche de un mero “derecho penal del ánimo”. En particular, no puede concederse a los antiguos conceptos, ni que la tentativa, que –como se explicará– es contraria a deber en la misma medida que el hecho consumado, por definición tenga que ser castigada en todo delito (e igual que el hecho consumado), ni que a partir de la constatación de que la contrariedad a deber en el delito imprudente está “completa” ya antes del acaecimiento del resultado, haya de derivarse que los delitos imprudentes de resultado de lesión habrían de ser sustituidos, sin excepciones, por los correspondientes delitos de peligro (abstracto). Ha de tenerse en cuenta que tanto la punibilidad de la tentativa como la del delito imprudente son esencialmente más gravosas para los destinatarios de la norma que la punibilidad de los delitos dolosos consumados; en el primer caso han de omitirse formas de comportamiento que aun en perspectiva ex post no son dañinas y que en todo caso no son antinormativas, y en el segundo caso el autor tiene que hacerse cargo de su capacidad [*Fähigkeit*] para cumplir (intencionalmente) la norma, en tanto debe procurarse el conocimiento [67] y de la capacidad [*Können*] necesarios para el seguimiento de la norma. De esta carga más gravosa se sigue que la punibilidad de la tentativa y de la imprudencia sólo pueden disponerse para la protección de los bienes jurídicos especialmente más importantes (¡que es la situación legal!); en términos teórico-jurídicos, la validez fáctica de la norma tiene que ser tan importante en el sentido de su reconocimiento vinculante para la acción, que el autor incluso tenga que omitir formas de comportamiento ex post no dañinas y no antinormativas, o bien tenga que preocuparse de su capacidad para el seguimiento la norma.

En suma, una medida de motivación leal al derecho jurídicamente aceptable, y con ello legítima, por definición no puede requerir lo inexigible. En el ámbito de la imprudencia, esta consideración es formulada por la doctrina dominante a través de la “prohibición de sobrecarga de los deberes de cuidado”. Análogamente, aparece legítimo, incluso forzoso, el pensamiento de la “inexigibilidad del comportamiento conforme a la norma” y en particular la regulación del estado de necesidad exculpante (§ 35), puesto que una motivación leal al derecho no puede ser requerida al precio de la pérdida de los bienes jurídicos especialmente más importantes (cuerpo, vida, libertad), ya que en particular la exigencia del derecho a la renuncia a la propia vida no puede ser compensada con un valor equivalente a favor del autor.

III. La imputación como contrariedad a deber (dolo, tentativa, imprudencia)

1. Acción, norma e intención

De lo dicho hasta ahora se sigue que el hecho punible es un comportamiento por el cual el autor tiene que expresar que él no reconoce la norma (de comportamiento) respectiva como vinculante para la acción, y por el cual él muestra una falta de “sentido

de la justicia”. Al comportamiento también debe adscribirse un “significado”, más exactamente: el significado de que el autor pone en cuestión que la norma sea vinculante para él; el comportamiento tiene que poder ser interpretado como la acción que desautoriza la norma. Recurriéndose en este punto nuevamente a premisas de teoría de la acción y de teoría del lenguaje, la interpretación de un comportamiento como acción, entonces, en general tiene lugar en tanto al que se comporta se adscriba la intención [68] de querer realizar el comportamiento. Esta intención explica el comportamiento y lo convierte en acción. Las condiciones mínimas (necesarias, pero no suficientes) para la adscripción de esta intención son que el que se comporta también hubiera podido omitir el comportamiento (o sea, haberse comportado de otro modo) y que él supiera lo que hacía. Además, es necesaria una cierta conexión espacio-temporal, un “contexto relevante de decisión”: quien lee el diario bien puede explicar su comportamiento con la intención de leer el diario, pero no con la intención de querer omitir muertes o lesiones o corporales.

2. El hecho punible como acción intencional – Imputación de primer y segundo nivel (imputación a injusto y a culpabilidad)

Desde luego se pregunta si este modelo sumamente simple alcanza a posibilitar la constitución del hecho punible como acción. Aquí ha de efectuarse dos correcciones. Para imputar un comportamiento como actuar que lesiona *negativamente* el deber, primero, ello no depende de que el autor haya tenido *positivamente* la intención [*Intention*], en el sentido de un querer vinculante para la acción, de ejecutar el comportamiento proscrito por la norma; antes bien, sólo es negativamente decisivo que el autor no haya tenido la intención de querer, de modo vinculante para la acción, el comportamiento ajustado a la norma. De otro modo, en términos dogmáticos, sólo podría ser punible un comportamiento intencional [*absichtliches*] (dolo directo de primer grado). En términos de teoría de las normas, la tesis aquí defendida puede explicarse así: el comportamiento del autor debe expresar que él no reconoce la norma como vinculante para la acción. P. ej., en el caso del § 223, si la norma reza, pues, “Está prohibido lesionar a otro”, entonces la intención conforme a la norma reza “Yo quiero no lesionar a otro” y su negación contradictoria, es decir, la intención contraria a la norma que fundamenta la imputación, “Yo no quiero esto –no lesionar a otro”. Sería una exigencia demasiado intensa –y por encima de esto, conducente a un problema lógico– que el autor tuviera que tener la intención: “Yo quiero lesionar a otro”. Esta intención correspondería a la norma “Es obligatorio lesionar a otro”. El autor no debe expresar, empero, que él tiene por obligatorio el comportamiento antinormativo; es suficiente que él no reconozca la norma, tal como ella es. [69] Formulado radicalmente: no importa lo que el autor haya querido, sino que él no haya querido lo que debía.

En segundo lugar, empero, la constatación de que el autor no hace de la intención conforme a la norma el fundamento de su comportamiento, esto es, la constatación de la contrariedad a deber, es abiertamente insuficiente para fundamentar la punibilidad. Todo ser humano con “voluntad natural” –también los niños y los enfermos mentales– pueden formarse intenciones, actuar según ellas y en consecuencia también expresar que no toma la intención conforme a la norma como base de su actuar. En términos dogmáticos, los niños y los enfermos mentales no sólo pueden actuar antinormativamente en sentido formal, sino también de modo contrario a deber, eso es, antijurídicamente en el sentido que esto tiene en la construcción del delito. Se caracteriza al ser humano, en cambio, como persona responsable, que puede valorar intenciones de acción “de primer

nivel” y escoger entre ellas. Puesto que la valoración y selección de intenciones de acción puede ser a su vez explicada intencionalmente, puede hablarse aquí de intenciones de “más alto” o “segundo nivel”. Tampoco en este segundo nivel es positivamente necesario, por ejemplo, que el autor escoja la intención de contenido antinormativo para querer la contradicción con la norma; es suficiente negativamente que él no tenga la intención de tomar como base de su comportamiento la intención conforme con el contenido de la norma. En tales casos el autor tiene [70] que responder frente al derecho debido a su contrariedad a deber; el hecho punible se muestra como una contrariedad a deber por la cual ha de responderse.

Con esto ha de diferenciarse dos niveles de la imputación: en el primer nivel –el de la contrariedad a deber, en términos dogmáticos, del injusto– se establece *que* el comportamiento del autor no puede ser explicado por la intención adecuada a la norma. En el segundo nivel –el de la responsabilidad por la contrariedad a deber, esto es, de la culpabilidad– se determina *por qué* el autor tomó como base de su comportamiento una intención distinta de la conforme con la norma, y de este modo si la contrariedad a deber (el injusto) explicita una falta de “sentido de la justicia” o si existe una razón jurídicamente aceptable para que el autor no se orientara hacia el derecho.

3. La determinación de la contrariedad a deber: “silogismo práctico” y “necesidad práctica” – dolo

Criterio central de la imputación de primer nivel de un comportamiento como contrariedad a deber (injusto típico) es la evitabilidad, más precisamente: el “conocimiento” y la “capacidad” normativamente relevante del autor en el momento decisivo del comportamiento típico, que lo habilita para omitir la acción prohibida (o, tratándose de un mandato, para ejecutar la acción ordenada). La pregunta por la imputación, de este modo, consiste en si el autor, sobre la base de su conocimiento y capacidad, habría podido evitar intencionalmente –esto es, bajo la suposición (contrafáctica) de la intención hacia el comportamiento adecuado al contenido de la norma– el comportamiento antinormativo. Esta “capacidad de evitar intencionalmente” aquí designada se deja explicar en el [71] modelo, propio de la teoría de la acción, del “silogismo práctico”, con el ejemplo de prohibiciones de causación de lesión: si el autor tuviera la intención de evitar la lesión, y supiera en el momento decisivo que su hacer causaría la lesión, entonces es para él “necesario en sentido práctico” omitir el hacer, en la medida en que también físico-realmente él pueda hacer esto en el momento decisivo. A modo de bosquejo:

(Premisa de intención:) el autor quiere actuar de conformidad con la norma.

(Premisa de conocimiento:) el autor sabe que su comportamiento será antinormativo.

(Conclusión:) Entonces para él es necesario en sentido práctico omitir su comportamiento, si él puede hacer esto (y lo sabe).

En el presupuesto de la imputación designado en último lugar no es difícil reconocer la exigencia, que se corresponde con la concepción dominante, de la “capacidad de acción”, en el estricto sentido de la posibilidad físico-real de acción; en el presupuesto de conocimiento se encierra la exigencia de dolo. En concordancia con la concepción dominante, la capacidad de acción y el dolo, en el modelo de imputación del hecho punible aquí desarrollado, son presupuestos del injusto y no ya presupuestos de la

culpabilidad. La diferencia respecto de la concepción dominante es sólo categorial: la capacidad de acción y el dolo –de este modo, la capacidad de evitar intencionalmente– no son presupuestos de la antinormatividad y de lo prohibido del comportamiento, sino condiciones de la imputación de primer nivel como contrariedad a deber (imputación al injusto). Ciertamente, en el modelo aquí expuesto el dolo se restringe al elemento *intelectual* del conocimiento de la posible relevancia causal del comportamiento; el elemento volitivo aparece sólo en la suposición –contrafáctica– de la intención de evitar la lesión, pero el mismo no caracteriza al dolo.

[72] El presupuesto de la imputación relativo al conocimiento es aplicable también al plano –asimismo perteneciente al injusto– de la justificación. Un comportamiento que está *permitido* en el nivel de la norma, porque corresponde al contenido (objetivo) de las normas permisivas implicadas en las causas de justificación, sólo puede ser imputado como *justificado* en el nivel de la imputación, si el autor conoce los presupuestos objetivos de lo permitido de su comportamiento; ciertamente, de acuerdo con la concepción aquí defendida, en correspondencia con el modelo acerca del dolo, estos elementos se restringen al conocimiento (intelectual) y no comprenden los elementos volitivos (“voluntad de defensa”).

4. La tentativa como contrariedad a deber sin antinormatividad

El modelo de la contrariedad a deber aquí desarrollado obviamente tiene consecuencias para la teoría de la punibilidad de la tentativa: en la tentativa se presenta un conocimiento (y una capacidad) en el autor, el cual, bajo el modelo del “silogismo práctico”, tendría que hacer necesario en sentido práctico para él – si tuviera la intención de querer actuar de conformidad con la norma – omitir el comportamiento (de tentativa). En la concepción aquí presentada, por ende, la tentativa no es una categoría de la antinormatividad – puesto que falta el acaecimiento del resultado constituido en la parte de la norma de comportamiento –, sino una categoría de la contrariedad a deber y de la norma de sanción: la tentativa es una acción (principal) sin resultado, y con esto no antinormativa, sino contraria a deber. No obstante, es en principio legítimo punir la tentativa, ya que el fundamento de la pena –la expresión de falta de reconocimiento de la norma– también se presenta en el autor de una tentativa.

[73] Una concepción tal puede parecer concluyente, pero en ningún caso cuenta con aprobación unánime. En su contra podría objetarse, primero, que según esto el injusto de la tentativa es determinado de modo distinto al injusto del hecho consumado, y segundo, que el § 22 no sólo genera deberes, sino también normas de comportamiento de tentativa referidas al autor de la tentativa. La primera objeción acierta, en correspondencia con una antigua concepción –y nuevamente afirmada por Roxin–, en cuanto a que la tentativa es portadora de injusto en un sentido distinto al hecho consumado, que la tentativa tiene una cualidad independiente frente al hecho consumado. En cambio, la segunda objeción no acierta. Como Tiedemann ha puesto recientemente de relieve, contradice tanto a la teoría de las normas como a cualquier contenido de las normas que tenga sentido, pretender estatuir, por ejemplo, una norma de comportamiento “No intentes matar”, puesto que *la misma* determinación del comportamiento se alcanza ya por la norma “No mates”, dado que, como se reconoce, no se presenta tentativa alguna si el dolo no se dirige a la consumación. Por sobre esto, la tesis de que habría normas de comportamiento de tentativa lleva a graves problemas

teleológicos y dogmáticos: dado que la razón las normas de comportamiento es la protección de bienes jurídicos, una teoría de la tentativa orientada a la norma de comportamiento apenas puede fundamentar la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea; por otra parte, el límite del “disponerse inmediatamente” tendría que determinarse según criterios de puesta en peligro de bienes jurídicos, lo cual conduce a fricciones internas en la tentativa de delitos de actividad y de peligro abstracto. Frente a esto, la tesis de que la tentativa sería una categoría de la contrariedad a deber y de la norma de sanción es capaz de fundamentar teóricamente sin dificultad no sólo la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, sino también el punto de vista que se impone progresivamente, según el cual el disponerse inmediatamente ha de determinarse no según criterios de protección de bienes jurídicos –esto es, según la peligrosidad para los bienes jurídicos–, sino, sobre la base de la llamada “teoría de la impresión”, según criterios de conmoción suficiente de la confianza en el comportamiento conforme a la norma a través de la externalización suficiente de la resolución al hecho [*Tatentschluss*]. Por último, la objeción no acierta en que con la concepción aquí expuesta se llegaría a una imputación sin objeto de la imputación: objeto de toda imputación es un comportamiento –sea o no antinormativo– que el autor habría tenido que omitir (o –tratándose de mandatos: [74] realizar), si hubiese tenido la intención de comportarse de conformidad con la norma.

5. Acciones principales y acciones auxiliares, deberes principales y deberes auxiliares

De lege lata las acciones preparatorias (dejando fuera el § 30) en principio no son punibles; la punibilidad sólo entra en juego si el autor sobrepasa el límite del “disponerse inmediatamente” a la realización del tipo. En términos de teoría de la acción, esta distinción puede ser precisada mediante la diferenciación entre acciones principales y acciones auxiliares. Las acciones auxiliares se refieren a otras acciones; ellas sirven a la consecución o al aseguramiento de la capacidad de ejecución de otra(s) acción(ones). Debiendo servir semejantes acciones auxiliares a asegurar la capacidad de acción de acciones posibles, ni siquiera aún consideradas, puede hablarse entonces de acciones previsoras; en cambio, estando las acciones auxiliares referidas a acciones principales determinadas, puede hablarse entonces de acciones preparatorias. A modo de ejemplo, el procurarse una copia de una llave sirve a hacer posible un hurto con escalamiento (acción preparatoria), o la revisión de una instalación de frenos de un vehículo motorizado, a hacer posible de frenos efectivos in situaciones peligrosas (acción previsoras).

Las normas de comportamiento de la Parte Especial, directamente, sólo son razones para omitir acciones principales. Ellas sólo fundamentan una contrariedad a deber aquí aludida, que puede ser designada como infracción contra “deberes principales”. Sin embargo, las acciones auxiliares y los deberes auxiliares, que se refieren a acciones principales y deberes principales, no son irrelevantes dogmáticamente. Las acciones previsoras y los “deberes de previsión” se vuelven relevantes en la imputación extraordinaria en virtud de imprudencia, y las acciones preparatorias se vuelven relevantes en la tentativa, pero también como “acciones auxiliares” en la participación.

6. Imputación extraordinaria: la contrariedad a deber en los delitos imprudentes

La imputación no crea problema alguno, ni teórica ni axiológicamente, bajo el presupuesto del conocimiento y de la capacidad actual en el momento decisivo de proceder a ejecutar el comportamiento normativamente relevante; aquí puede [75] hablarse de imputación “ordinaria”. Sin embargo, la *lex lata* conoce un caso en el cual se renuncia, en el ámbito del injusto, al presupuesto de la imputación relativo al conocimiento en el momento decisivo: la imprudencia (§ 15), que por lo demás también incluye directamente –como se explicó– casos de comportamiento antinormativo involuntario, en los cuales falta, en el momento decisivo, el poder [*Können*] en tanto capacidad de acción físico-real. Se trata aquí de casos en que el autor puede ser hecho responsable por la falta de un presupuesto de la imputación “ordinaria”, o sea, en cierto modo de casos de imputación “extraordinaria”. Corresponde a una opinión que se impone y es correcta, que la solución de estos casos no puede tener lugar en el nivel de la norma –por la vía de una anticipación del comportamiento antinormativo a un momento en el cual los presupuestos del conocimiento y de la capacidad sí se daban. Las prohibiciones de lesión, preferentemente discutidas en el ámbito de la doctrina de la anticipación, sólo prohíben, empero, un comportamiento típico, el cual condicione el resultado lesivo típico; ni prohíben un comportamiento peligroso, ni ordenan dar principio a la tentativa de acciones predisuestas a la evitación de resultados típicos, a modo de ejemplo, no emborracharse. La antinormatividad de un comportamiento, por los fundamentos jurídico-constitucionales de la certeza del tipo y la prohibición de analogía, no puede fundamentarse en que si bien el autor no realiza un elemento del tipo de la norma, sin embargo, ha provocado esto imputablemente y [76] en cierto modo ha “eludido” la norma. Una imputación extraordinaria en el ámbito de la determinación de la antinormatividad no es posible ya conceptualmente, pero tampoco materialmente.

La posibilidad de una “imputación extraordinaria”, antes bien, tiene que ser desarrollada en el nivel mismo de la imputación. Las reglas de imputación establecen las condiciones bajo las cuales el autor queda “ligado” a la norma, en el sentido de que él tiene que reconocerla como vinculante para la acción; su fin es el aseguramiento de una medida suficiente de motivación leal al derecho. Con arreglo al modelo del silogismo práctico, el conocimiento y la capacidad actuales –capacidad de evitar intencionalmente en el nivel del injusto– son una condición suficiente y legítima de la vinculación a la norma. Sin embargo, también es legítimo en principio esperar de los partícipes en el tráfico jurídico que se esfuercen por alcanzar en determinada medida su capacidad de evitación (y de motivación) intencional, tomando precaución en el nivel del injusto (como en el de la culpabilidad) por su conocimiento y capacidad en el punto de tiempo decisivo; aquí puede hablarse de “capacidad esperada”. Fundamento de esta expectativa es la confianza cifrada en el autor como partícipe en el tráfico en su rol como tal. El punto de referencia de la expectativa no es el comportamiento conforme a la norma en tanto tal, sino la capacidad del autor para esto. La medida de lo esperado no puede obtenerse de la norma (de comportamiento) misma, sino sólo –bajo el aspecto de la suficiente validez fáctica en el sentido del reconocimiento vinculante para la acción– de la norma de sanción. Pero puesto que la norma de sanción –de modo distinto a la norma de comportamiento– no obliga al autor a un comportamiento, sino sólo proporciona la medida de la obligación, la adquisición y el mantenimiento de la capacidad de evitación (y de motivación) no es debida en sí misma: no es antinormativo ni está prohibido no conocer determinadas circunstancias normativamente relevantes, o no ser capaz del seguimiento de la norma, como tampoco está prohibido –exclusión hecha de la norma del § 323 a– embriagarse hasta la incapacidad de culpabilidad. [77] Tampoco está de por sí

prohibido un comportamiento que tiene lugar con una faltante capacidad de evitación o de motivación, sino sólo cuando exhibe la propiedad de haber causado el resultado típico. La consecuencia jurídica de la adquisición omitida y del mantenimiento omitido de la capacidad de evitación (y de motivación) es más bien sólo que muestra un déficit de lealtad al derecho, el cual justifica la imputación extraordinaria; al autor se deniega el “alegato de defensa” de que él no habría sido capaz de evitación (o de motivación), y en cierta medida pierde una “posición de defensa”. En esta medida, para el autor (potencial) tiene sentido pragmático mantenerse capaz de evitación o de motivación; de ahí que pueda hablarse, en correspondencia con la terminología utilizada sobretudo en el derecho civil, de “incumbencias” [*Obliegenheiten*] de conservarse, preferentemente en interés *propio*, capaz de evitación (y de motivación). En términos de teoría de las normas, las referidas incumbencias son proposiciones jurídicas “supererogatorias”, esto es, proposiciones jurídicas que sin ordenar (o prohibir) directamente un comportamiento, empero, etiquetan su ejecución como deseable e inversamente “sancionan” su omisión (o su ejecución) con la consecuencia de la imputación extraordinaria.

Estas reflexiones dan una luz interesante, particularmente sobre la teoría de los delitos imprudentes. La imprudencia presupone –en términos negativos– [78] la faltante capacidad de evitación intencional en el momento decisivo, sea que falte el conocimiento, sea que falte el poder. La imputación a título de imprudencia, entonces, sólo viene en consideración si de este modo el autor, en el momento decisivo –a saber, en el comienzo de la tentativa– o bien no sabía que su comportamiento era normativamente relevante, o bien no era capaz de acción (y sabía esto); en el sentido de la opinión dominante, el dolo y la imprudencia aquí son considerados *alia*. La faltante capacidad de evitación intencional [79], empero, no excluye la imputación extraordinaria, si esto está ordenado expresamente en la norma de sanción (§ 15) y si la falta contradice las expectativas, las cuales son puestas en la adquisición o en el mantenimiento de semejante capacidad de evitación por el autor en su función social (“rol”). El tráfico espera ciertas “acciones previsoras” –categorizadas según la función social–, las cuales aseguren la capacidad de evitación intencional o protejan de su relevancia de lesión. A modo de ejemplo, de un conductor se espera que tenga cuidado de que su vehículo esté seguro para el tráfico (de que, por ejemplo, los frenos funcionen) –aseguramiento– o de otro modo aquél no ha de usarse –protección. Puesto que la frustración de estas expectativas es la razón de la incapacidad de evitación, esto no puede exonerar al autor. Volcada positivamente, la imprudencia, de este modo, es capacidad de evitación intencional expectable y alcanzable. En un sentido amplio, por esto, en la imprudencia se trata –como ya se representa en el desarrollo histórico– de un caso de una “*actio libera in causa*”. Las expectativas en el mantenimiento o en la adquisición de capacidad de evitación intencional, según lo dicho arriba, no fundamentan deber jurídico alguno, sino meras incumbencias [*Obliegenheiten*]; los “deberes” de cuidado se muestran con esto, más exactamente, como “incumbencias” de cuidado. Al autor imprudente tampoco se le reprocha (meramente) un comportamiento contrario a la norma de cuidado. La [80] lesión del deber de cuidado como tal no es un comportamiento lesivo y por esto no constituye el objeto de la imputación, sino que es su vara de medición. Formulado con generalidad: aun cuando las reglas de imputación tienen un comportamiento (previo) como objeto, así ellas no fundamentan norma alguna ni su deber correspondiente; las reglas de imputación permanecen en el ámbito del lenguaje adscriptivo, específicamente, de la imputación. En particular, los deberes de cuidado tampoco pueden concebirse como implicaciones analíticas o sintéticas de las normas (de prohibición de lesión), ya que esto presupondría que de las prohibiciones podrían ser derivados, analítica o sintéticamente, mandatos de cuidado, lo

cual, por razones lógico-lingüísticas, no es el caso. Incluso si determinadas formas de comportamiento (previo) que son reconocidas como fundamentadoras de imputación (como p. ej., la conducción desatenta de un automóvil) están al mismo tiempo prohibidas jurídicamente (como p. ej., por el § 1 StVO), esto no altera el hecho de que en el contexto de la imputación la regla sólo sea usada como tal –como incumbencia. La diferencia material se encuentra en que la norma (de peligro) es legitimada por la protección de bienes jurídicos (o por la protección de la seguridad de los bienes jurídicos), en tanto que las incumbencias de cuidado, en cambio, por la medida jurídicamente exigible de reconocimiento de la norma prohibitiva de lesiones como vinculante para la acción.

IV. *Contrariedad a deber y teoría de la intervención*

1. *Hacia la teoría de las normas de la intervención*

Es una cuestión finalmente difícil de tratar, puesta la mirada en la espinosa pregunta de la teoría de la intervención en los delitos de omisión impropios, cómo pueden ser integradas las formas de intervención en el concepto de antinormatividad y contrariedad a deber aquí presentado: ¿son las formas de intervención una cuestión de la antinormatividad (y con ello, a determinar primariamente a partir de puntos de vistas referidos a la protección de bienes jurídicos, a saber, la causalidad de lesión o la puesta en peligro del bien jurídico) o se trata de una cuestión de la imputación como contrariedad a deber (y con ello primariamente de una pregunta a responder a partir de criterios personales de responsabilidad y dominio)? Por sobre todos Bloy, en su investigación sobre la “forma de intervención como tipo de imputación [81] en el derecho penal”, se ha decidido por la *segunda* de las soluciones referidas. Fundamento de la punibilidad de la intervención no sería (sólo) la relación causal, sino la relación personal del autor con el hecho. Por eso serían estándares de la doctrina de la intervención, no directamente la protección de bienes jurídicos, sino el merecimiento y la necesidad de pena, pues “sólo como persona, no como factor causal, puede un co-agente (*Mitwirkender*) en un hecho ser destinatario de un juicio de desvalor y sujetarse su punición a un pronóstico en atención al alcance de los fines de la pena”. Frente a esto, la doctrina actualmente dominante se orienta a desarrollar preferentemente la teoría de la intervención a partir del pensamiento de la protección de bienes jurídicos, y con esto, en el sentido de la *primera* solución referida a la norma. Esto es particularmente claro en las teorías que subordinan la participación al pensamiento de incremento e intensificación del riesgo entienden, y en especial entienden la complicidad como delito de peligro (abstracto o concreto).

Bajo el desarrollo de modelo de normas y deberes aquí presentado son concebibles tres posibilidades para comprender la teoría de la intervención: o bien ya cada intervención cae bajo las normas contenidas en los tipos delictivos, puesto que cada intervención es causal para el resultado prohibido; en este caso la teoría de la intervención sería sin más una cuestión de imputación (no necesariamente a decidirse subjetivamente, desde luego). Este primer modelo corresponde al denominado concepto extensivo de autor, defendido en la jurisprudencia, y a las teorías “puras de la causación” de la participación. O bien los §§ 25 y ss. amplían las normas de comportamiento contenidas en los tipos delictivos; la intervención sería entonces [82], en principio, una cuestión propia del contenido de la norma y de la legitimación de la norma, y con esto a ser decidida según los puntos de vista de la protección de bienes jurídicos. Este segundo modelo

corresponde al denominado concepto restrictivo de autor, defendido por la doctrina mayoritaria, y –en todo caso parcialmente– a la concepción dominante de la participación como “ataque accesorio al bien jurídico”. O bien, empero, la intervención –en particular: la participación– después de todo no es antinormativa, sino exclusivamente el resultado de una imputación de un quebrantamiento ajeno (a lo menos tentado) de la norma. Este tercer modelo corresponde –para la participación– a las antiguas teorías de la participación en el injusto y de la participación en la culpabilidad.

Contra el primer modelo, sin embargo, habla el argumento fundado en el Art. 103 Apart. 2 de la Ley Fundamental, en cuanto a que, en todo caso en delitos de comportamiento determinado, la intervención (también: la causal) en un comportamiento ajeno no corresponde a la descripción del supuesto de hecho de los tipos delictivos en la Parte Especial: el consejo a otro de que calumnie a una tercera persona en sí mismo no es una afirmación o difusión de un hecho deshonroso. Además, el concepto extensivo de autor de lege lata fracasa en los delitos de deber y delitos de propia mano, así como frente a la exigencia de dolo para el hecho principal en la participación (rechazo de la mera “autoría intelectual” [*Urheberschaft*]). Más grave es la objeción, empero, de que la tesis de que cada acción de intervención sería causal para el comportamiento delictivo o bien para el resultado delictivo, en el importante ámbito de la inducción, de la complicidad psíquica y de la autoría mediata por influencia psíquica, se enfrenta a considerables cuestionamientos teórico-científicos: en el derecho penal los procesos psíquicos no son concebidos como determinados; no pueden ser explicados de modo estrictamente causal. En efecto, la referencia a la “causalidad de la inducción” corresponde a un uso lingüístico profundamente enraizado; en particular se pregunta si la tesis de la causalidad [83] puede ser mantenida por la vía de relajaciones de un modelo causal determinista. Puppe señala que, particularmente en el ámbito de la imprudencia, cursos causales que tienen lugar bajo una contribución de la víctima (lesionada) o de terceros pueden ser explicados de modo estrictamente causal, que este comportamiento es presupuesto como dado y no es explicado más allá. Si p. ej. se guarda mal un veneno y éste llega a parar en las manos de un niño, que muere por consumo del veneno, el comportamiento del niño es presupuesto como dado para la explicación causal a efectuar ex post; de este modo, la guarda del veneno es in casu causal para la muerte del niño. Sin embargo, no siempre un suceso no determinado puede ser tomado como dado (y no necesitado de explicación); de lege lata es requerida una explicación en particular en la estafa (explicación de la disposición patrimonial a través del engaño y del error), así como para los casos aquí problemáticos de la inducción, la complicidad psíquica y la autoría mediata fundamentada por influencia psíquica. Se propone aquí, en vez de la causalidad objetiva, estimar suficiente la vivencia causal del estafado o bien del inducido, ya reforzado en su resolución al hecho, ya motivado mediante engaño o coacción a su hecho: explicando estas personas su comportamiento (posterior) a través del engaño, la inducción o el reforzamiento por parte de los colaboradores, esto es suficiente para la aceptación de una causación. Los problemas a que esta concepción puede conducir los muestra el conocido caso BGH 13, 13: aquí un pasante en un tribunal había pedido dinero a unos testigos y asegurado a ellos, contrariando la verdad, que él esperaba recibir dinero prontamente. El testigo posteriormente declaró que él en todo caso habría dado el dinero, porque quería ser agradable con esta persona del tribunal. Para el Tribunal Supremo, esta admisión no podía eliminar la causalidad: sería suficiente que la confianza en las indicaciones falsas hubiese sido “a lo menos co-determinada”; el curso efectivo de la formación de la voluntad no pierde “su existencia y su significado jurídico por el hecho de que otro se hubiese puesto en su lugar ... La opinión divergente... difunde principios

según los cuales las conexiones de causas tenderían a ser evaluadas en la naturaleza exterior, *sin hacer justicia* a los procesos mentales en el interior del ser humano”. En términos generales –simplemente por la falta de leyes deterministas– no es sostenible que como el estafado, el inducido, etc., en definitiva se habría decidido, [84] no habría sido puesta la condición psíquica (vuelta efectivamente relevante). Puppe sólo ve la salida en utilizar aquí leyes (psicológicas) de probabilidad para la explicación del comportamiento. Pero tampoco esta vía es directamente transitable, puesto que las leyes de probabilidad no pueden explicar el caso aislado. Con esto resultaría que los procesos internos (mentales) no pueden ser explicados causalmente (o teórico-probabilísticamente), sino –y aquí se encuentra el punto de partida para una solución válida teórico-científicamente– sólo *disposicionalmente*, a saber, a través de la atribución de la hipótesis legaliforme, de que un ser humano expuesto a determinadas influencias propende a determinadas acciones.

Con esto, ha de partirse de un concepto restrictivo de autor, y así sólo quedan el segundo y el tercero modelo para la articulación de la teoría de la participación. Ninguno de los dos modelos, empero, es capaz de satisfacer la articulación de la teoría de la participación en tanto modelo *total*. El tercer modelo –según el cual la intervención como tal no está prohibida– no puede explicar porqué, particularmente en el caso de la coautoría, cada coautor (que ha actuado culpablemente, § 29) es castigado por un delito *consumado* –y con esto, por un actuar antinormativo. Es verdad que en el caso paradigmático de la violación cometida en coautoría, en el cual uno de los coautores ejerce la violencia, el otro ejecuta el coito extra-conyugal, ninguno de los coautores (aisladamente considerado) infringe la prohibición de la violación, ya que ninguno cumple en su persona todos los elementos de la norma. Sin embargo, *ambos conjuntamente* han infringido y *cada uno de ellos* ha infringido la prohibición de la violación; sería simplemente incorrecto decir que ambos habrían actuado de modo (j) no prohibido (!). Algo parecido vale para la autoría mediata: a pesar de que el médico que encarga a la enfermera desprevenida administrar un medicamento in casu letal, según el concepto restrictivo de autor, no actúa antinormativamente (y tampoco se dispone inmediatamente a la realización del tipo), no puede ser correcto decir que, en relación con la prohibición del homicidio, el médico ha actuado de modo (j) no prohibido (!) (y que sólo le sería imputada una infracción ajena de la norma, lo cual sería imposible debido al dolo <-de homicidio-> en la enfermera requerido según el § 26). –De otra parte, el segundo modelo, referido al bien jurídico, lleva a dificultades al explicar porqué la punibilidad de la participación de [85] lege lata es accesoria (limitada), esto es, presupone un quebrantamiento de la norma ajeno a título de dolo (o al menos su tentativa, esto es, un comportamiento contrario a deber ajeno). Lüddersen ha profundizado este problema con total agudeza: sería sencillamente contradictorio que el fundamento teleológico de la punibilidad de la participación se viera en la contribución a la lesión de un bien jurídico protegido en la Parte Especial (en la forma de la causación de una lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico), y que por otra parte, empero, se insistiera en que se trata de injusto accesorio, o sea, de un injusto ajeno por el cual responda el partícipe.

Estas consideraciones fuerzan a optar por una solución intermedia entre el segundo y el tercero modelo: en la autoría (coautoría y autoría mediata) la antinormatividad resulta de la imputación del comportamiento ajeno como comportamiento antinormativo *propio*; en la participación, en cambio, el quebrantamiento ajeno de la norma es imputado *como tal* al partícipe. En ambos casos en las consecuencias sólo [86] se sitúan cuestiones de imputación, esto es, de responsabilidad y evitabilidad, pero no cuestiones

propias de la norma referida al bien jurídico. En la participación, estas últimas (sólo) conciernen al hecho principal, y en la autoría (mediata y coautoría) (sólo) a la pregunta de si el suceso total es antinormativo en la persona del autor (coautor o autor mediato). Con esto, la pregunta inicialmente entablada, respecto de si la teoría de la intervención ha de ser solucionada en el nivel de la imputación o en el nivel de la antinormatividad, se responde en el primer sentido.

2. Criterios de la intervención contraria a deber

Con esto, empero, todavía no se establece *cuáles* son los criterios de la imputación del comportamiento ajeno y cómo en particular ha de delimitarse la imputación a título de autoría frente a la imputación a título de participación; de modo más general: ¿en qué se diferencian la autoría y la participación? Una primera posibilidad de delimitación, de carácter formal, se sigue del modelo de la acción principal y acción auxiliar aquí tomado como base: la coautoría y la autoría mediata son formas de división imputable de una acción antinormativa (a lo menos intentada) entre varios; las formas de la participación, en cambio, representan acciones auxiliares (no antinormativas), que ponen a otro –el autor principal– en posición de ejecutar una acción antinormativa, ya sea que se provoque la intención de ejecutar este hecho (inducción), ya sea que posibilite o se facilite su ejecución de la acción (complicidad). De este modo, se vuelve significativo el límite *temporal* entre acción principal y acción auxiliar, esto es, el inicio de la tentativa. En el marco de la coautoría, conforme a una teoría que se impone progresivamente y que es acertada, contribuciones que son exclusivamente prestadas [87] en el estadio de la preparación [= actos preparatorios], nunca pueden ser imputadas a título de autoría, ni siquiera si el hecho no hubiese acaecido sin la contribución preparatoria. A la inversa no vale, en cambio, que toda contribución prestada en el estadio de la ejecución deba ser imputada como autoría: *puede* ser que tales contribuciones sólo pongan al o a los autores (principales) en posición de ejecutar la acción principal.

Más allá de este punto de vista formal, la delimitación material entre la imputación a título de autoría y la imputación a título de participación es reconocida como extraordinariamente controvertida. La jurisprudencia se apoya en el punto de partida monista de la dirección de la voluntad de la intervención, mientras que en la doctrina casi unánimemente se defiende un modelo dualista: según esto, contribuciones ajenas pueden ser imputadas a título de autoría por dominio del hecho, de una parte, o por posición especial de deber, de otra. Ahora, las contundentes objeciones contra la teoría subjetivas de la autoría no pueden ser repasadas aquí. Significativa es la disputa de si el dominio del hecho, en tanto concepto-tipo [(*Typus-*) *Begriff*] normativamente impregnado, no implica en sí mismo una posición de deber, de modo que en último término resulte un modelo monista orientado a deberes. Sin embargo, el dualismo sobre el cual se basa la doctrina dominante también puede ser formulado en términos de una teoría de los deberes: determinados tipos la Parte Especial –precisamente los delitos de deber– contienen [88] sin más el deber, orientado a la protección del bien jurídico respectivo, de impedir contribuciones al hecho por parte terceros en la medida de su relevancia para el resultado, y ante todo de no favorecerlas (deber de omisión de intervención); fuera de los delitos de malversación por funcionarios públicos, en particular ha de señalarse la administración desleal (§ 266), en la cual el sujeto obligado por el deber de fidelidad también es el autor si participa en acciones patrimonialmente perjudiciales efectuadas por terceros o simplemente si deja que esas acciones tengan lugar. En estos casos el

deber omitir la intervención se basa en la pertenencia a una institución. Fuera de las instituciones, semejantes deberes de omisión de intervención sólo existen en tanto puedan ser considerados consecuencia del ejercicio de libertad (de organización). Para esto, empero, el dominio del hecho es sólo una clave plástica y en modo alguno (sin torcer su contenido conceptual) siempre correcta. El hecho (esto es, la acción principal) no tiene que ser organizado por el autor de modo tal que (sólo) él lo domine, como se vuelve claro especialmente en la coautoría, sobretodo si la contribución al hecho de un coautor es sin más sustituible por otra. En términos más generales, la organización en modo alguno tiene que resultar en que el autor ostente dominio del hecho en el sentido del “tener fácticamente en las manos el desarrollo del suceso típico, ... de la posibilidad fáctica de la dirección realizadora del tipo en todo momento” o del poder detener la realización del resultado total, como se muestra en particular en la autoría mediata: quien envía a un enfermo mental incapaz de culpabilidad a dar muerte a un político, *fácticamente* controla (;) menos (!) la acción (principal) que aquél que se vale de un asesino profesional y entrega a éste un detallado plan del hecho. A la inversa, no sólo el partícipe “necesario” sino cualquier partícipe (o aun un tercero no interviniente) puede, a través de un aviso a la policía, detener fácticamente el desarrollo y la realización del hecho.

[89] 3. Algunas consecuencias

Las consecuencias dogmáticas generales de este punto de vista aquí sólo pueden ser esbozadas: en la coautoría (§ 25 Ap. 2) el acto de organización que fundamenta la imputación yace en la división del trabajo de la acción principal antinormativa (bajo una consideración global). Así, concurre sólo *una* lesión de la norma como *una* acción, si bien iniciada por *varias*. Para esto los criterios de unicidad han de determinarse de modo análogo al caso de la simple lesión de la norma a través de varias acciones; en particular es indispensable la convergencia subjetiva a través de una resolución común –si bien no necesariamente adoptada con anterioridad– al hecho. Cada contribución constitutiva de coautoría tiene que ser (subjetiva y objetivamente) “esencial”; esto significa que no puede representar meramente una acción auxiliar, que ponga al autor (o a los otros coautores) en posición de ejecutar la (o parte de la) acción principal; son suficientes, empero, aquellas acciones “pre-” o “extra-típicas” que –siendo efectuadas por un autor único– fundamentarían la punibilidad por tentativa. –En la participación (inducción y complicidad, §§ 26, 27), el acto que fundamenta la imputación es una acción auxiliar que pone al autor principal en situación de ejecutar (de una manera determinada) la acción principal dolosa misma. El fundamento de la imputación no es ni la corrupción del autor principal, ni la [90] causación del resultado típico –que según lo dicho no siempre se da– ni la puesta en peligro –ya mediada por el autor principal– del respectivo bien jurídico protegido. La participación tampoco puede ser suficientemente fundamentada con el eslogan, introducido en la discusión por Schumann, de la “solidarización con el injusto ajeno”: ¿en qué sentido, por ejemplo, debería ser la inducción –la *provocación* en otro de la resolución a cometer un injusto– una *solidarización* con el injusto ajeno? Schumann mismo ha indicado incidentalmente el punto de vista correcto: no se trata –positivamente– de la solidarización con el injusto ajeno, sino –negativamente– de un déficit en la solidaridad jurídicamente exigida para con el bien jurídico amenazado. Esta solidaridad –dentro de los límites del § 138– no llega tan lejos como para que haya de impedirse el injusto ajeno constitutivo de autoría; pero ella sí ordena que otros no sean puestos en posición de ejecutar (de una manera determinada)

acciones antinormativas. A partir de esta explicación se obtiene dogmáticamente: en particular en la complicidad, la acción auxiliar tiene que surtir efecto hasta el inicio de la acción principal (esto es, hasta el inicio de su tentativa), pero no condicionar ella misma la acción principal (en su figuración concreta) o sin más su resultado (típico). No es necesario, sin embargo, que la acción principal sea ejecutada eficazmente [hasta alcanzar el resultado] (y con ello que sea antinormativa); en estos casos se presenta una participación en una tentativa, la cual representa el equivalente funcional de la punibilidad de la tentativa para la participación. No obstante, el dolo del partícipe tiene que dirigirse –análogamente a la constelación de la tentativa– a una acción principal antinormativa (y por ende consumada) (el llamado agente provocador). En [91] los polémicos casos de la participación en hechos principales contra bienes jurídicos (disponibles) del propio partícipe –por ejemplo, la inducción a un daño de cosas propias– ha de diferenciarse: si el partícipe sabe que el hecho principal lesiona sus propios bienes jurídicos (disponibles), entonces ya se presenta objetivamente, debido a la acción de participación, un consentimiento (eficaz) y por ende ningún quebrantamiento objetivo de la norma por el autor principal, lo cual es sabido por el partícipe; por esto está excluida una punibilidad a título de participación. Si no lo sabe (o si el consentimiento no es eficaz), entonces se presenta, a falta de consentimiento, objetivamente y en la representación del partícipe, un hecho principal antinormativo, de modo que el partícipe ha de ser penado por participación consumada en el hecho principal consumado o sólo intentado. Problemática es, finalmente, la autoría mediata (§ 25 Ap. 1, segunda parte), la cual, bajo el dominio de la accesoriedad extrema era usada ante todo para colmar lagunas de punibilidad. Con la introducción la accesoriedad limitada se plantean considerables problemas de armonización, especialmente en la relación entre inducción de un actuar no culpable y autoría mediata. Ciertamente, es congruente con la intención del legislador y la opinión dominante entender la inducción como tipo de recogida para casos en los que –según las reglas generales– no se presenta autoría mediata. El acto que fundamenta la imputación en la autoría mediata consiste en que el autor mediato hace posible la ejecución de la acción (principal) a través del instrumento mediante una acción (auxiliar) propia (en esta medida se encuentra como la participación), mas en este caso se presenta un [92] defecto relevante en el instrumento, del cual sabe el autor mediato y por el cual es responsable. Para el controvertido fundamento de *esta* responsabilidad ha de diferenciarse: siempre basta con que el autor mediato haya provocado el defecto para ocasionar el hecho. El mero aprovecharse de un defecto existente, no provocado por el autor, en cambio, sólo puede ser suficiente si la acción como tal ha sido provocada, si el instrumento que ya se encuentra con el defecto no ha tomado ya la resolución a la acción y el autor mediato sólo presta más ayuda a la ejecución de la acción. –Por último, el modelo aquí presentado –ante todo relativo a la participación– tiene que dejarse medir bajo el § 28. En este sentido, la regulación de los delitos especiales propios (§ 28 Apart. 1) puede ser explicada sin dificultad: en los delitos especiales propios el extraneus puede participar en el hecho del intraneus, porque se trata de la imputación de un quebrantamiento ajeno de la norma, pero no a la inversa. Problemática aparece, empero, la regulación de los delitos especiales impropios (§ 28 Apart. 2). Con todo, la regulación es compatible con el modelo aquí presentado en cuanto a la imputación *a título de autoría*, puesto que sólo se trata de imputar contribuciones a la acción ajenas como propias y (con la mirada puesta en los elementos personales que se dan en el intraneus y que faltan en el extraneus) de compaginar las acciones punibles. En la imputación a título de *participación*, empero, el modelo de la imputación del quebrantamiento de la norma ajeno aquí presentado parece no funcionar si tanto el intraneus como el extraneus actúan antinormativamente (en el sentido del tipo básico). La contradicción se encuentra en la legislación y

no es solucionable; la “solución del marco penal” favorecida por Cortes Rosa y Roxin en tal sentido sólo representa, en definitiva, un principio de solución formal, no material.