
libro homenaje a HANS WELZEL

GÜNTHER JAKOBS — EBERHARD STRUENSEE

Problemas capitales del derecho penal moderno

Prólogo y presentación de Marcelo A. Sancinetti

GÜNTHER JAKOBS

EL SISTEMA DE IMPUTACION JURIDICOPENAL

CONOCIMIENTO Y DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA

EBERHARD STRUENSEE

EXPOSICION Y ABANDONO DE PERSONAS

LOS DELITOS DE TENENCIA



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

Problemas capitales del derecho penal moderno

**Homenaje a HANS WEIZEL
a los 20 años de su fallecimiento**

*Jornadas de homenaje en la Universidad Nacional de la Patagonia (Trelew)
y en la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes)*

Prólogo y presentación de MARCELO A. SANCINETTI



© *Copyright by*

EDITORIAL HAMMURABI S.R.L.

Talcahuano 481 - 4º piso

1013 - Buenos Aires

Tel.: 382-3586

Fax: (54-1) 382-4745

Impreso en marzo de 1998

en los talleres gráficos

Color Forma Impresores S.R.L.

Warnes 2361

Capital Federal

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina

Printed in Argentina

edición rústica

ISBN 950-741-055-4

GÜNTHER JAKOBS

Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn

EBERHARD STRUENSEE

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Münster

Problemas capitales del derecho penal moderno

GÜNTHER JAKOBS

EL SISTEMA DE IMPUTACION JURIDICOPENAL

CONOCIMIENTO Y DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA

EBERHARD STRUENSEE

EXPOSICION Y ABANDONO DE PERSONAS

LOS DELITOS DE TENENCIA



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

Prólogo

— I —

Hace ya algunos años, un grupo de funcionarios judiciales de la Provincia del Chubut hizo ingentes esfuerzos por instituir un curso de posgrado en derecho penal, a desarrollarse en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”. Se pretendía sentar las bases para el progreso jurídicopenal de la región patagónica; la tarea del diseño y dirección del curso fue encomendada al legendario profesor de la Universidad de Buenos Aires Don David Baigún. El decano de dicha facultad, Don Jorge Santos Stacco y el funcionario Alfredo Pérez Galimberti, coordinador del curso en la ciudad de Trelew, fueron los motores locales del proyecto. Estaba en miras comenzar con un curso de “especialización”, para dejar abierto el camino hacia una aventura mayor, un *magister* y, eventualmente, un *doctorado* en esa misma área.

Poco después bregó por algo similar un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste y en decisión conjunta con el actual señor rector de dicha universidad, Don Adolfo Torres, fui distinguido con la misión de esbozar un modelo posible para ese proyecto, que muy poco tiempo después se puso en marcha, y, por cierto, en el año 1997. Me siento muy agradecido a los queridos colegas de esta casa, tanto a los ya adultos, de mi generación o mayores, como Don Ramón Leguizamón, Elizabeth Pace Wells y Nelson Pessoa, así como también a los más jóvenes, los profesores Daniel Domínguez Henaín, Luis González, y otros más, por haberme propuesto para esa tarea, del mismo modo que a quienes toman parte en este curso, por la acogida dada a puntos de vista que —como los míos— están muy lejos

de la doctrina usual. Tanto a ellos, en el Nordeste, como al estimado colega David Baigún, al igual que a los queridos amigos de Trelew y Comodoro Rivadavia, Alfredo Pérez Galimberti, Daniel Pintos y tantos otros, en el sur, les debo asimismo el haber podido continuar con mis investigaciones y realizar un trabajo académico con retribución honorable.

De allí que, poco antes de que el curso de especialización de la Patagonia llegara a su fin, y poco después de que el del Nordeste comenzase, concebimos la idea de fortalecer estos emprendimientos mediante sendos encuentros organizados paralelamente para ambas universidades, en los que se rindiera homenaje a la memoria de uno de los juristas más trascendentes del pensamiento jurídico-penal alemán de este siglo, el profesor Hans Welzel, al cumplirse veinte años de su desaparición.

La doctrina de Welzel ha tenido en la Argentina un influjo tan notable —también en mí, sobre todo al comienzo de mi formación—, que era justo vestir de gala estos esfuerzos comunes con un acto que diera testimonio de su influencia en el derecho penal argentino. Los encuentros se realizaron el 12 y 13 de setiembre de 1997, en Trelew, y el 19 y 20 de setiembre siguientes, en Corrientes, cuando la “parte general” de ambos cursos de posgrado estaban ya concluidas (en el sur) o muy avanzadas (en el norte). Y en razón de que mis investigaciones de los últimos años, soporte también de mis clases universitarias, de grado o posgrado, han girado en torno de la evolución dogmática habida en la Escuela de Bonn, tras las huellas de Welzel primero, de Armin Kaufmann y sus discípulos después, y de Günther Jakobs, finalmente, en los años siguientes a mi estancia de investigación en Bonn, era natural que esta celebración consistiera en reunir en Trelew y en Corrientes, sucesivamente, a dos juristas penales de la talla de los profesores Günther Jakobs (Universidad de Bonn) y Eberhard Struensee (Universidad de Münster), quienes se formaron en los seminarios que conducían en común Hans Welzel y Armin Kaufmann.

— II —

La elección de los temas de las disertaciones que dieron contenido a las jornadas y cuyos textos conforman este libro, quedó en manos de los huéspedes.

Eberhard Struensee disertó primeramente sobre *Exposición y abandono de personas*, con particular referencia a problemas de delimitación del dolo de puesta en peligro, y luego sobre *Los delitos de tenencia*, con especial acento en la cuestión de si existe un concepto de conducta posible para esos delitos o si más bien se trata en ellos de la indebida sanción de “situaciones”, sin acción ni omisión. La primera de esas conferencias fue traducida por mí; la segunda, por Fernando Córdoba, becario DAAD en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

Günther Jakobs realizó primeramente una exposición general sobre el *Sistema de imputación jurídicopenal a partir de las condiciones de vigencia de la norma*, y en segundo orden profundizó sobre un área de esa problemática, con una conferencia sobre el *Conocimiento y desconocimiento de la norma (error de prohibición)*. La traducción de la primera le cupo a Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, asistente científico en el instituto que dirige el profesor Jakobs; la segunda, entretanto, quedó a mi cargo.

Para la siempre difícil tarea de intermediar en la traducción de preguntas, respuestas y discusiones —fuera para comunicar al público con los disertantes, fuese para transmitirles a aquéllos los debates trabados entre los disertantes mismos—, hemos contado con la inestimable colaboración de Manuel Cancio Meliá, flamante doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, así como también con la de mi esposa, Patricia Ziffer, profesora de la Universidad de Buenos Aires.

Debido a la heterogeneidad de los temas, este libro no reúne, por cierto, una exposición uniforme, pero en cada capítulo afloran preocupaciones que fueron comunes a la producción científica de Welzel: qué es un *sistema de normas*, por qué *se le imputa* a alguien su *infracción*, qué es la *culpabilidad*, qué es lo que se puede *reprochar*, cuáles son los *límites del dolo*, qué función cumple el *concepto de acción*, y tantas otras.

A los queridos colegas Günther Jakobs y Eberhard Struensee debemos un profundo agradecimiento, en mi nombre, y en el de las universidades anfitrionas, por su presencia en estos actos, por su generosa y extenuante labor. Debo expresar además mi especial gratitud por la visita de ambos a mi seminario de la Universidad de Buenos Aires, donde hemos discutido como si estuviéramos en Bonn. Asimismo, ellos asistieron a la Universidad Torcuato Di Te-

lla, para conducir un seminario conjunto, seguido durante varias horas con singular interés.

Un reconocimiento de otra índole les cabe a las fundaciones alemanas *Deutsche Forschung Gemeinschaft* (DFG —Sociedad Alemana de Investigación—) y *Konrad Adenauer Stiftung* (KAS —Fundación Konrad Adenauer—). La primera financió los gastos de traslado de uno de los colegas visitantes; la segunda, los costos de traducción de tres de estas conferencias. Similar deuda tenemos hacia la Editorial Hammurabi, en la persona de su director, José Luis Depalma, por el interés en publicar este conjunto de conferencias en homenaje a Hans Welzel, a los veinte años de su muerte.

Diciembre de 1997

MARCELO A. SANCINETTI

Índice

Prólogo.....	7
--------------	---

INTRODUCCION

HOMENAJE A LA MEMORIA DE HANS WELZEL A LOS 20 AÑOS DE SU FALLECIMIENTO

— MARCELO A. SANCINETTI —

.....	15
-------	----

— I —

IMPUTACION JURIDICOPENAL

*Desarrollo del sistema
a partir de las condiciones de vigencia de la norma*

— GÜNTHER JAKOBS —

I — Vigencia de la norma como bien jurídico penal.....	33
II — Normas de la sociedad y normas del entorno social.....	35
III — Sentido de la conducta.....	41
IV — ¿Imputación subjetiva?.....	47
V — Una observación sobre participación.....	53
VI — Resumen.....	54

— II —

CONOCIMIENTO Y DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA

— GÜNTHER JAKOBS —

I — Conocimiento de la norma.....	55
A. Conocimiento de la norma como condición de la sociedad.....	55
B. Conocimiento como caso-base.....	59
1. Situación normal.....	59
2. Suposiciones esotéricas de legitimación.....	62

II — Desconocimiento inevitable de la norma.....	65
A. Grupos de casos.....	65
B. Derecho sólo positivo	66
C. Conocimiento difuso de ámbitos regulados.....	67
III — Desconocimiento evitable de la norma	71
A. ¿“Motivo” para la evitación?	71
B. Competencia por la situación de impulso	73
C. Competencia por las consecuencias de la situación de impulso.....	75
D. Medición de la pena	78
IV — Resumen.....	78
<i>Observaciones sobre la bibliografía</i>	<i>79</i>
<i>Parágrafos del Código Penal alemán (StGB) vinculados a este capítulo</i>	<i>80</i>

— III —

EXPOSICION Y ABANDONO DE PERSONAS

*Acotaciones sobre el concepto de peligro concreto
y de delito de puesta en peligro
en el ejemplo del § 221 del Código Penal alemán*

— EBERHARD STRUENSEE —

A. Introducción	81
1. La exposición en el sistema de protección de bienes jurídicos.....	81
2. Clasificaciones dogmáticas.....	81
B. De la interpretación del tipo de exposición o abandono.....	83
1. Panorama.....	83
2. Exponer.....	84
3. Abandonar	86
4. Situación de desamparo (peligro concreto)	88
a) Observaciones previas sobre el concepto de peligro	88
b) La situación de desamparo.....	95
5. Dolo de puesta en peligro.....	99
C. Resumen.....	104
<i>§ 221 del Código Penal alemán (StGB)</i>	<i>105</i>

— IV —

LOS DELITOS DE TENENCIA

— EBERHARD STRUENSEE —

A. Introducción	107
B. Tenencia como conducta	108
1. Premisas	108
2. Significado de las palabras	110
3. Tener como actuar	111
4. Tener como omitir	113
5. Tener como delito permanente	115
C. Delitos de tenencia y extinción de la acción penal (Cosa juzgada material, <i>ne bis in idem</i>)	117
1. Observaciones previas	117
2. Alcance de la autoridad de cosa juzgada de la condena por un delito de tenencia	119

Introducción*

Homenaje a la memoria de Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento

PROFESOR DOCTOR **MARCELO A. SANCINETTI** UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Discurso inaugural

Nos hallamos reunidos para rendir homenaje a la memoria de uno de los juristas penales más sobresalientes de la dogmática alemana de este siglo, el Prof. Dr. Hans Welzel, de cuyo fallecimiento se han cumplido recientemente veinte años. Y existen las mejores razones para esta convocatoria, si se para mientes en la influencia que tuvo Welzel en la transformación del estudio dogmático del derecho penal de América Latina.

— I —

A) En diversos puntos del país se dedican, aún hoy, largas horas de estudio de jóvenes alumnos a la lectura de las obras clásicas de Sebastián Soler y Ricardo Núñez, ciertamente dos monumentos de la historia del derecho penal argentino. Lo curioso es, sin embargo, que esa es una forma

* El siguiente texto es la reformulación de las palabras de presentación de los encuentros realizados en Trelew, el 12 y 13 de setiembre de 1997, y en Corrientes, el 19 y 20 de setiembre de 1997. La mayor parte de las referencias bibliográficas sobre Hans Welzel (esp. *infra*, punto II) están tomadas, en parte, del trabajo de Karl Engisch, *Hans Welzel †*, publ. en ZStW, t. 90 (1979), p. 1 y ss., y, especialmente, de la detallada contribución de Fritz Loos, *Hans Welzel (1904-1977) - Die Suche nach dem Überpositiven im Recht [La búsqueda de lo suprapositivo en el derecho]*, publ. en *Rechtswissenschaft in Göttingen*, de la serie *Göttinger Universitätschriften*, serie A: Escritos, t. 5, p. 487 y siguientes.

impropia de rendirle tributo a estos maestros, pues si Soler o Núñez nacieran de nuevo con las cualidades que tuvieron en su hora, seguramente no estudiarían derecho penal —ni harían estudiarlo tampoco a los demás— por obras que ahora están muy lejos de indicar el estado de la discusión del derecho penal moderno. Quien crea que en 50 ó 60 años no ha de haber pasado nada trascendente en el pensamiento de su área respectiva, estará realmente gravado con el peso de quien siente que no se dedica a nada que valga la pena.

El marco configurado por las doctrinas de Soler, Núñez, Fontán Balestra, punto de referencia obligado de al menos dos generaciones de juristas penales argentinos, acaso tres, comenzó a alterarse a fines de la década del '60 y sobre todo a comienzos de la década siguiente, por los tempranos trabajos de quienes serían los dos primeros autores finalistas de Argentina, mi maestro, Enrique Bacigalupo, por un lado, y Eugenio Raúl Zaffaroni, por otro, sin olvidar con esto a la adscripción finalista del desaparecido profesor Isidoro De Benedetti. Los años de la dictadura militar alejaron al primero para siempre de nuestro país y con ello perdimos también la posibilidad de que uno de los mejores exponentes de la dogmática penal de nuestro suelo desarrollara una doctrina y una escuela que pudiera ser hito de los países de América; de él quedaron sus trabajos de aquella época, orientados a Welzel: *La noción de autor en el Código Penal; Culpabilidad, dolo y participación; Delitos impropios de omisión* y sus *Lineamientos de la teoría del delito*. El pensamiento de Zaffaroni, por su parte, tras la aparición de su *Teoría del delito*, primero, del *Manual de derecho penal*, después, en los años '70, y de su monumental *Tratado*, en los '80, derivó hacia puntos de discusión muy alejados del núcleo de sus primeras obras.

Sea como fuere, dichos juristas fueron acompañados por la producción más o menos intensa, más o menos homogénea o heterogénea, de un grupo de autores que, como aquéllos, se habían formado bajo el ala de Jiménez de Asúa, quien tuvo marcada influencia también fuera de Buenos Aires, en el Litoral, y asimismo en el Nordeste, aunque aquí no

tanta como la que tuvo el otro republicano español emigrado a nuestro suelo, don Blasco Fernández de Moreda, quien influyó particularmente sobre la formación de dos catedráticos actuales de derecho penal de la Universidad Nacional del Nordeste, Elizabeth Pace Wells y Nelson Pessoa, este último con influencia de Zaffaroni.

Esto quiere decir, en suma, que hoy en día el derecho penal argentino ha logrado una configuración distinta. No se puede decir, desde luego, que nuestros conocimientos dogmáticos sean un punto de referencia obligado de los países en que existe investigación; mucho menos que *tengamos derecho* a que lo sean. La virtual gratuidad del trabajo profesoral universitario, la carencia de grandes bibliotecas en todas partes, la palidez de nuestra dogmática penal actual, no forman el mejor marco para el desarrollo de una dogmática propia que pueda llevar al pensamiento jurídico penal argentino a un puesto de vanguardia. Tampoco la vida política nos acompaña, y en particular en el ámbito del derecho penal, en el que sigue siendo una fuente de postulación el sostener la fe en la represión drástica e incontrolada y el oponerse a toda reforma moderna y humanitaria del sistema penal.

Pero, en cualquier caso, hacemos un gran esfuerzo por avivar la discusión, y difundir aquí, a gran distancia de los verdaderos centros de pensamiento, el estado actual de los problemas del derecho penal. Y especialmente en estas tierras del norte, al igual que lo que ocurre en la Patagonia y otros puntos del país alejados de la gran metrópoli, los cursos de posgrado, hoy en pleno desarrollo, afirmados y expandidos en diversas direcciones, son un medio idóneo y positivo —al menos así lo veo yo— para el progreso de la administración de justicia penal de nuestro país, y justamente de modo especial en el interior. Muchos funcionarios y abogados de ejercicio libre —en definitiva, artífices éstos, también, de la configuración concreta del derecho penal real— concurren a estos cursos para adentrarse en discusiones modernas de la teoría del delito y de muchos otros problemas fundamentales. Tengo para mí que vamos logrando por esta vía un estilo

de discusión jurídicopenal algo superior al de la justicia de la ciudad de Buenos Aires, de la que provengo: un lugar dominado por la frivolidad y la concupiscencia, por el desenfreno de todo lo malo.

B) El establecer cuál es la solución justa de un caso penal es hoy una tarea mucho más difícil que hace 50 ó 60 años. Los *problemas* son los mismos, pero hay mayor consciencia que antes de que sus soluciones son inseguras. La idea de una dogmática penal que pudiera formularse completamente a partir de los contenidos de los textos legales no responde al paradigma actual. Si hoy sabemos algo, ello es, precisamente, que la dogmática de la imputación requiere una prolija y difícil tarea de construcción del sistema, de confrontación de las soluciones con los resultados de la interpretación, y, a la vez, de revisión crítica de nuestras intuiciones de justicia según el material así construido. *Reflexión y construcción* son la tarea permanente del jurista penal.

En esta evolución, que gradualmente nos ha llegado y que me tocó presenciar desde mi época de estudiante a la luz de las enseñanzas de mi maestro, ha jugado un papel mediato inigualable —*sin duda* inigualable—, la figura del profesor Hans Welzel, cuya fama trascendió las fronteras de su país en variadas direcciones. “Ningún dogmático alemán (decía diez años después de su muerte su discípulo Fritz Loos) ha tenido a mediados de este siglo una resonancia internacional tan amplia como Hans Welzel”.

Este año se cumplen dos decenios de su desaparición, y, en razón de ello hemos logrado convocarnos en homenaje a su memoria, con la presencia de dos exponentes de la escuela fundada por él, el Prof. Dr. Günther Jakobs, uno de los últimos discípulos de los directos que dejó Welzel —por más que poco de su viejo maestro pueda verse ya en su propia doctrina—, y el Prof. Dr. Eberhard Struensee, uno de los discípulos más salientes de Armin Kaufmann. Este último y Günter Stratenwerth, ambos discípulos sobresalientes de Welzel de la primera época, son dos figuras que influyeron de modo de

cisivo en el pensamiento penal argentino de los últimos veinte años.

No importa ahora cuánto de Welzel quede hoy de pie, importa saber que estamos reunidos para escuchar a juristas que se formaron con dos grandes sistemáticos, como Hans Welzel y Armin Kaufmann.

C) Es que Welzel, en efecto, de cuyo recordatorio se trata hoy, tuvo una escuela sólo comparable —en lo que hace a la historia reciente de la dogmática alemana— con la escuela de Franz von Liszt. Su doctrina de la *acción finalista*, según la cual el concepto de acción jurídicopenal debía partir de un *concepto ontológico, prejurídico*, de acción, configurado por *la conducción final o sobredeterminación final de la causalidad*, por *el ejercicio de la actividad final*, sobre la base de la cual, además, se debía *construir todo el sistema*, pues el sistema dogmático debía ser construido sobre la base de estas “estructuras lógico-objetivas”, tuvo eco en muchas partes del mundo. Y aunque los puntos de partida de su doctrina hoy no están a la moda, la estructura de la teoría del delito y el concepto de ilícito construido por Welzel, terminaron imponiéndose como la forma natural de considerar el hecho punible. Si la frase de Welzel según la cual “quien computa el dolo en el tipo es finalista” fuera correcta, ciertamente, la mayor parte del pensamiento penal moderno sería finalista. De esa frase se vale recientemente Struensee en su contribución al homenaje a Don David Baigún en polémica con Roxin. Al igual que Loos, sin embargo, no creo que la teoría de Welzel se agotara en ello, ni siquiera que la *ubicación* del dolo fuera lo decisivo de su pensamiento.

Pero, en cualquier caso, no sería fácil ponernos de acuerdo acerca de cuáles fueron las *ideas fundamentales* de Welzel. A mí, por ejemplo, me parece lo decisivo la línea que deriva en la escuela de Armin Kaufmann y sus discípulos, nacida en torno a la idea de Welzel del *ilícito personal*, en cuyo concepto la función del ordenamiento jurídico de conservar determinada situación o estado de los valores actuales de una

comunidad, o de producir una nueva situación, conduce a que las normas, es decir, prohibiciones y mandatos, se dirijan al factor determinante de la voluntad, por lo cual sólo pueden prohibir acciones humanas, regidas por la orientación a fines. Pero, entonces, la contradicción de la voluntad a estos mandatos debe constituir *todo el contenido* del ilícito y, por tanto, al naturalismo del dogma causal como componente decisivo del ilícito penal debe contraponerse el hecho de que una norma sólo puede ser quebrantada por una acción de determinado *contenido*, no por sus resultados. La *tentativa* ha de ser, pues, el centro de la teoría de la imputación; la consumación, un producto del azar: en el mejor de los casos, un añadido no fundamentable. Esta consecuencia nunca fue admitida por Welzel, a pesar de que, a mi juicio, era la derivación inevitable de sus postulados. En cualquier caso, es seguro que gracias a él se produjo un desplazamiento de la atención desde el concepto de ilícito entendido como la lesión de un objeto de bien jurídico a la de su comprensión como quebrantamiento de una norma de conducta, por más que en torno a esto no haya aún un criterio firme acerca de en qué consiste el “puro” quebrantamiento de una norma.

Otros pueden ver lo esencial de Welzel en la fundamentación del castigo estatal, por haber sentado las bases para la teoría de la prevención general positiva. En lo que a mí atañe, podría suscribir también esta comprensión de las cosas; sólo que soy algo escéptico acerca de la relación directa entre “teorías de la pena” y “consecuencias prácticas del sistema de imputación”.

A esta comprensión del sentido de la pena, sin embargo, se le une el entender la noción de bien jurídico de modo completamente distinto, o bien, el desplazar directamente esta noción por la idea de “institución”. La protección de bienes jurídicos no puede prescindir de que tales bienes sólo tienen valor para su titular en tanto puedan ser *empleados*, puestos en intercambio. “Toda vida siempre es, a la vez, el empleo de la vida”, decía Welzel —*Abhandlungen*, p. 141—. La protección ante lesiones puede ser el fin jurídico excluyente o incluso só-

lo prevalente del derecho penal sólo en un “mundo de museo”; en el mundo real, el sentido del derecho consiste en que, de las innumerables funciones en las cuales el bien jurídico entra en juego y sufre efectos, son seleccionadas aquellas funciones incompatibles con una convivencia éticamente ordenada y, por ello, prohíbe estas funciones (ídem). Estos pensamientos son recordados por Loos en relación con la teoría de la adecuación social de Welzel, cuya relación con el concepto de “riesgo permitido” y actualmente con el de la “teoría de la imputación objetiva” fue destacada muchas veces, y últimamente por el jurista español Manuel Cancio Meliá —quien nos acompaña estos días para operar como intérprete de Jakobs—, en un trabajo que vio la luz tanto en lengua alemana como española.

De Welzel se originan, pues, diversas ramas. Entre Stratenwerth, Armin Kaufmann, Hirsch, Jakobs, para nombrar ahora sólo a algunos de sus discípulos, existen diferencias que apenas permiten reconocer un punto inicial en común. Los discípulos de Armin Kaufmann, como Struensee, Zielinski, Horn, Schöne, parecen tener entre sí mayores puntos de contacto.

En cualquier caso, si uno limitara actualmente sus estudios de derecho penal al conocimiento de las obras florecidas exclusivamente en el marco de este frondoso árbol welzeliano, posiblemente no le haría falta nada relevante, a quien procediera así, para poder resolver del modo más racional y justo la mayor cantidad de casos penales posibles.

Esto significa que la escuela de Welzel pudo realizar de modo certero la misión puesta por él a la ciencia del derecho penal “de desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, ‘sistemáticamente’”, de dar “el fundamento para una administración de justicia igualitaria y justa”, en razón —como él decía— de que “sólo la comprensión del derecho en sus conexiones internas elevan a su aplicación por encima del acaso y la arbitrariedad” (*Lehrbuch*, p. 1).

— II —

Permítaseme ahora algunas referencias sobre su biografía y el decurso de su formación.

Hans Welzel nació en 1904 en la ciudad de Artern, cercana a Erfurt y Jena, en la región de Thüringen. (Se dice que en sus últimos años Welzel solía recordar que el abuelo de Goethe también había nacido en Artern.) A los 19 años comenzó sus estudios justamente en la Universidad de Jena, pero comienza estudiando Matemáticas y durante toda su vida se mantuvo escéptico frente a las capacidades jurídicas de estudiantes que hubieran fracasado en Matemáticas. Poco tiempo después abraza definitivamente la ciencia jurídica y la Filosofía. Tras un breve lapso en Heidelberg, regresa a Jena, en cuya universidad conoció al jurista y filósofo del derecho Hans Albrecht Fischer, a quien Welzel consideraría luego el “ideal del maestro”, y cuya familia pasaría a integrar, al casarse con su hija Sigrid. De Hans Albrecht Fischer, y del kantiano Bruno Bauch, se nutriría en Filosofía del Derecho, un área por la que no perdería luego el interés durante toda su vida académica; pero también influirían en él Reinhard Höniswald y Nicolai Hartmann. Derecho penal estudió con Gerland y Grünhut, sin que esta materia se revelara para él, por aquel entonces, como la disciplina de su especialidad.

En 1927 aprueba su primer “examen de Estado” y en 1932, a los 28 años, el segundo. Entretanto, se había doctorado, ya a los 24 años, con su estudio *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (*La doctrina del derecho natural de Samuel Pufendorf*). En 1930 se traslada a Colonia, como asistente de Gotthold Bohne, para realizar su escrito de habilitación profesoral, aunque Bohne carece prácticamente de todo influjo sobre Welzel. Esta obra, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (*Naturalismo y filosofía de los valores en el derecho penal*), publicada en 1935, fue traducida parcialmente a lengua japonesa algunos años después. Antes de concluir su escrito de habilitación, Welzel había publicado otros tra-

bajos que configurarían las bases del edificio teórico de la teoría final de la acción, *Kausalität und Handlung* (Causalidad y acción), en 1931, y *Über Wertungen im Strafrecht* (Sobre las valoraciones en derecho penal), en 1933.

En 1936 fue designado profesor interino en la Universidad de Göttingen, en la que un año más tarde se lo designaría como profesor extraordinario en la cátedra de Robert von Hippel, enseñando derecho penal y procesal penal, más tarde también derecho procesal civil y filosofía del derecho. En 1939 aparece el bosquejo de un sistema de derecho penal sobre la base de la teoría final de la acción, en sus *Studien zum System des Strafrechts* (Estudios sobre el sistema del derecho penal). Sobre la base de esta obra elabora la primera edición de su manual publicada al año siguiente bajo el título: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen* (La parte general del derecho penal alemán en sus lineamientos). Aquí Welzel demuestra que el nuevo sistema finalista también es útil para la enseñanza, y que los estudiantes pueden aplicarlo en la resolución de casos. A partir de aquí se desarrolla un manual que sería el más exitoso en los 30 años siguientes. A partir de la 3ª ó 4ª edición —justamente la traducida en la Argentina por Fontán Balestra y Eduardo Fricker—, aparece bajo un título algo más amplio: *Das Deutsche Strafrecht* (El derecho penal alemán), y comprende también la parte especial, cuya última edición, la 11ª, data de 1969.

En 1940 —con una producción muy significativa para su edad, 35 años—, es designado ya profesor ordinario de la Universidad de Göttingen, en la cual comenzarían a estudiar con él sus futuros discípulos Günter Stratenwerth y Armin Kaufmann; deja esta universidad en 1951, para trasladarse a la Universidad de Bonn, en la que sucedería en la cátedra nada menos que a Alexander Graf zu Dohna y en la que permanecería para siempre.

En Bonn enseña derecho penal y filosofía del derecho, siendo el primer director del ahora tan renombrado Institu-

to de Filosofía del Derecho de esa universidad, instituto que tras su jubilación quedó en manos de Armin Kaufmann, y a la muerte de éste, precisamente en las de uno de nuestros invitados de hoy, el estimado colega Günther Jakobs.

Welzel recibió la distinción de doctor *honoris causa* de muy variadas y distantes universidades: de Toulouse, Tesalonia, Tokio, Seul.

Siendo joven, Welzel había contraído una afección pulmonar grave, que además de impedirle prestar el servicio militar, lo obligó a interrumpir las clases universitarias en algunos semestres de sus tiempos de Göttingen, pero ello nunca interrumpió su producción científica. Tras una larga enfermedad, Welzel falleció en 1977, a los 73 años, en la ciudad de Bonn.

Su obra es muy vasta. Entre artículos, monografías y manuales, su lista de publicaciones llega a unos cien títulos, algunos de los cuales fueron traducidos a varios idiomas: castellano, italiano, coreano, japonés, griego, francés.

En nuestra lengua son conocidos su libro de filosofía del derecho: *Derecho natural y justicia material (Naturrecht und materiale Gerechtigkeit)*, del que Felipe González Vicén traduce en España la 1ª edición bajo ese título y luego también la 4ª, bajo el nombre de “*Introducción a la filosofía del derecho*”. También son conocidos, para nosotros, aquellos artículos de Welzel sobre las relaciones entre el derecho natural y el positivismo jurídico (*Derecho natural y positivismo jurídico —Naturrecht und Rechtspositivismus—, Poder y derecho —Macht und Recht—, Ley y conciencia —Gesetz und Gewissen—*), que en su momento influyeron de modo considerable sobre el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés, quien los tradujo e hizo publicar en conjunto por la Universidad Nacional de Córdoba, bajo el nombre: *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*.

En derecho penal en particular, se destacan la traducción del *Nuevo sistema del derecho penal (Das neue Bild des Stra-*

*frechtssystem*s —literalmente: *La nueva imagen del sistema del derecho penal*—), vertida a nuestra lengua por José Cezezo Mir, y la versión castellana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, *Derecho penal alemán*, de 1970, de la parte general de la 11ª edición del *Lehrbuch*, de 1969. Asimismo, muchos artículos fueron traducidos por discípulos de nuestra lengua, como Bacigalupo, Gladys Romero y otros.

— III —

Este conjunto de traducciones al castellano permitieron que los primeros finalistas argentinos pudieran ser acompañados en alguna medida por otros seguidores. Especialmente para el ámbito del nordeste argentino se destacan en particular los trabajos de Nelson Pessoa.

Creo realmente que el influjo del pensamiento de Welzel ha sido un motor inestimable para el progreso de la ciencia penal de nuestro país. Exponer los detalles de su pensamiento no es el objeto que nos convoca hoy, más allá de que, al no ser yo un gran conocedor de Welzel, no podría asumir esa tarea. Se trata hoy, sí, de recibir en homenaje a su memoria a dos queridos colegas cuya visita es un timbre de honor para nuestras universidades.

En efecto, como recordatorio de la desaparición de un jurista penal de la talla de Welzel, y en homenaje a su influjo en nuestra ciencia, la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, primeramente, y la Universidad Nacional del Nordeste, después, decidieron, hace ya tiempo, organizar este encuentro con los colegas que hoy nos acompañan.

Hago votos por que ésta no sea la última vez que podamos dialogar aquí con juristas alemanes; también, por que algún día logremos que un becario patagónico y otro del nordeste estudien en Alemania. Asimismo, podríamos iniciar hoy —por qué no— el hábito de vestirnos de gala cada dos o tres primaveras con un encuentro similar a éste.

Quiero felicitar especialmente, al igual que expresarles mi agradecimiento, por el decidido apoyo con que fue acogida esta iniciativa, especialmente —en lo que respecta al sur—, al señor decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, en la que funciona el posgrado en derecho penal, Don Jorge Santos Stacco, y al coordinador del curso de la ciudad de Trelew, Alfredo Pérez Galimberti, así como también —en lo que concierne al norte— al Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad del Nordeste, en las personas de su anterior y de su actual director, los colegas Daniel Domínguez Henaín y Luis González, y por el sostenido esfuerzo en hacerla coronar con éxito, al igual que por la exitosa *organización* de estos actos.

Sea expresado asimismo mi especial agradecimiento a los señores colegas, profesores doctores Günther Jakobs y Eberhard Struensee, por estar presentes aquí, tan lejos del norte. (Lo que a nosotros nos parece del nordeste, a ellos les queda bien al sur, y lo que para nosotros queda al sur, desde su perspectiva es casi ya el fin del mundo.) Y sea extendido ese agradecimiento a mi amigo Manuel Cancio por aceptar acompañarnos para diluir, con su interpretariado, las distancias idiomáticas, así como también a mi esposa, Patricia Ziffer, por poder reemplazarlo tan bellamente en el encuentro de Corrientes, tras caer enfermo él, por la faena llevada hasta entonces.

He de presentar ahora, con más detalle, a nuestros colegas visitantes:

— IV —

A) El Prof. Dr. Eberhard Struensee —que expondrá hoy en primer término— nació en 1940, en Königsberg (por entonces Prusia Oriental, luego Unión Soviética, actualmente Rusia). De 1958 a 1962, estudió ciencias jurídicas en la Universidad de Bonn. En 1962 aprobó su primer “examen de Estado”. Seguidamente se desempeñó como pasante, y luego como colaborador científico en el Instituto de Filosofía del De-

recho de la Universidad de Bonn, bajo la dirección del Prof. Dr. Hans Welzel († 1977) y más tarde, bajo la del Prof. Dr. Armin Kaufmann († 1985). En 1968 aprobó su segundo “examen de Estado”. En 1970 obtuvo su título de “Doctor en Derecho” en la Universidad de Bonn (con su tesis doctoral, publicada en esa misma ciudad en 1971: *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten —El concurso en los delitos de omisión, obra no traducida al castellano—*). Fue asistente científico en el mismo Instituto hasta realizar su escrito de habilitación profesoral en 1978, bajo la dirección de su maestro, el Prof. Dr. Armin Kaufmann, director tanto de este trabajo como de su tesis doctoral. Obtuvo dicha habilitación en 1978, en la Universidad de Bonn, en derecho penal y procesal penal, mediante su obra: *Das strafprozessuale Wiederholungsverbot bei der Konkurrenz von Straftaten (La prohibición de múltiple persecución penal en caso de concurso de delitos, no existente en lengua castellana)*. Desde 1979 es profesor de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Münster. De 1986 a 1987 fue decano de la Facultad de Derecho de dicha universidad. Desde 1984 es miembro de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas. Desde 1984 es juez penal *part-time* en el Tribunal de Distrito de la ciudad de Münster, y desde 1993, como presidente de la Sala del Tribunal de Menores.

Su ámbito principal de trabajo teórico es el de problemas dogmáticos de la teoría del delito, así como su principal actividad de consultor para reformas penales se orienta a las garantías constitucionales propias del derecho penal y al proceso penal (consultor en diversos países de lengua castellana, como Costa Rica, Chile, España, Uruguay, Venezuela). A este último ámbito pertenece su participación en las llamadas “Reglas mínimas del proceso penal” (Reglas de Mallorca).

De su obra escrita han sido traducidos al castellano, entre otros, los siguientes trabajos:

- a) *El tipo subjetivo del delito imprudente*, trad. de Joaquín Cuello Contreras, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. 40 (1987), p. 423 y ss. (*Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, en: “Juristenzeitung”, 1985, p. 97 y siguientes).

- b) *Atribución objetiva e imprudencia*, trad. de José Luis Serrano González de Murillo, en: “Cuadernos de Política Criminal”, 1991, p. 449 y ss. (*Objektive Erfolgsszurechnung und Fahrlässigkeit*, en: “Goldammer’s Archiv, 1987, p. 97 y siguientes).
- c) *Tentativa y dolo*, trad. de José Luis Serrano González de Murillo, en: “Cuadernos de Política Criminal”, 1989, p. 405 y ss. (*Vorsatz und Versuch*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 523 y siguientes).
- d) *Dolo de causar y causalidad putativa*, trad. de José Luis Serrano González de Murillo, en: “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1990, p. 933 y ss. (*Verursachungsvorsatz und Wahnkausallität*, en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, 1990, p. 21 y siguientes).
- e) *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, trad. de Marcelo A. Sancinetti (opúsculo que contiene otra versión castellana de los trabajos citados *supra*, bajo letras *c* y *d*).
- f) *Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión*, trad. de Patricia S. Ziffer, en “Revista Peruana de Ciencias Penales”, 1994, p. 229 y ss. (*Handeln und Unterlassen, Begehungs und Unterlassungsdelikt*, en *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, p. 133 y siguientes).
- g) *La prueba prohibida*, trad. de Patricia S. Ziffer, en “Revista Guatemalteca de Ciencias Penales”, 1993, nros. 3 y 4.
- h) *Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo*, trad. de Fabrizio Guariglia, en: *El derecho penal hoy - Homenaje al profesor David Baigún*, 1995, p. 251 y siguientes.

B) Por su parte, el Prof. Dr. Günther Jakobs nació en 1937, en Mönchengladbach (República Federal de Alemania). De 1954 a 1959, realizó una formación profesional en la industria textil y ejerció también esta actividad. De 1959 a 1963, estudió ciencias jurídicas en las universidades de Colonia, Kiel y Bonn. En 1963 aprobó su primer “examen de Estado”. En 1967 obtuvo su título de “Doctor en Derecho” en la Universidad de Bonn (con su tesis doctoral, publicada en esa ciudad en el mismo año: *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten —El concurso entre delitos de homicidio y delitos de lesiones corporales*, obra no traducida al castellano—) y también en 1967 aprobó su segundo “examen de Estado”. De 1963 a 1971 obtuvo una beca de la Sociedad Alemana de Investigación (*Deutsche Forschung Ge-*

meinschaft), para realizar su escrito de habilitación profesional. Fue asistente científico en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, dirigido por entonces por el Prof. Dr. Hans Welzel, su maestro y director tanto de este escrito de habilitación, como de su anterior trabajo de tesis doctoral. Obtuvo dicha habilitación efectivamente en 1971, en la Universidad de Bonn, en derecho penal, procesal penal y filosofía del derecho, mediante su obra, publicada en Berlín en 1972: *Studien zum fahrlässigen Erfolgselement — Estudios sobre el delito imprudente de resultado, no existente en lengua castellana—*. De 1971 a 1972 fue consejero científico y profesor de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Bochum. De 1972 a 1976, profesor ordinario de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Regensburg. Desde 1986 es profesor ordinario de derecho penal y filosofía del derecho de la Universidad de Bonn, como director del Instituto de Filosofía del Derecho de esa universidad. Es miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Renania Westfalia. Y recientemente ha sido designado también miembro de la Academia de Ciencias de Baviera.

Son sus ámbitos principales de trabajo los siguientes: Problemas fundamentales de derecho penal y conformación del sistema jurídicopenal tanto desde el punto de vista dogmático como del de la filosofía del derecho.

Su obra escrita es sumamente extensa. Aquí sólo pueden ser enunciadas algunas de sus contribuciones traducidas al castellano, como su monumental tratado y diversos artículos, a saber:

Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995 (*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991).

Artículos

- a) *Sobre la misión del aspecto subjetivo del delito en el derecho penal (Über die Aufgabe der subjektiven Deliktsseite im Strafrecht*, en Witter (comp.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, Heidelberg, 1987, p. 217 y ss.), trad. de Joaquín Cuello Contreras, en "Anua-

- rio de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. 42 (1989), p. 633 y siguientes.
- b) *Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en derecho penal (Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, en *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin-New York, 1987, p. 53 y ss.), trad. de Manuel Cancio Meliá y Carlos Suárez González, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. 42 (1989), p. 1051 y ss.; también en "Lecciones y Ensayos" (Buenos Aires), n° 54 (1990), p. 52 y ss., trad. de Manuel Cancio Meliá y Carlos Suárez González.
- c) *Representación del autor e imputación objetiva (Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, p. 271 y ss.), trad. de Carlos Suárez González: en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. 44 (1991), p. 493 y siguientes.
- d) *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas (Über die Behandlung von Willensfehlern und von Wissensfehlern*, en *ZStW*, t. 101 (1989), p. 516 y ss.), trad. de María del Mar Díaz Pita, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. 45 (1992), p. 213 y siguientes.
- e) *El principio de culpabilidad (Das Schuldprinzip*, Düsseldorf, 1993), trad. de Manuel Cancio Meliá, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. 45 (1992), p. 1051 y ss.; también en "Revista de Derecho Penal y Criminología" (Bogotá), n° 50 (1993), p. 125 y ss.; también en "Revista Peruana de Ciencias Penales" (Lima), año I (1993), n° 2, p. 503 y siguientes.
- f) *¿Superación del pasado mediante el derecho penal? (Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, en Isensee (comp.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zum einem deutschen Problem*, Berlin, 1992, p. 37 y ss.), trad. de Patricia S. Ziffer, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. 47 (1994), p. 137 y siguientes.
- g) *El concepto jurídico-penal de acción (Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992), trad. de Manuel Cancio Meliá, en "Revista Peruana de Ciencias Penales" (Lima), año II (1994), n° 3, p. 67 y ss.; también en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia" (Buenos Aires), año II (1996), p. 73 y siguientes.
- h) *La competencia por organización en el delito omisivo* (inéedito en alemán), trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en la serie "Cuadernos de Conferencias y Artículos", n° 1, Bogotá, 1994.
- i) *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad (Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen*, en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 133 y ss.) trad. de Manuel Cancio Meliá y Marce-

lo A. Sancinetti, en la serie "Cuadernos de Conferencias y Artículos", n° 4, Bogotá, 1996; también en "Revista Peruana de Ciencias Penales" (Lima), año II (1994), n° 4, p. 513 y siguientes.

- j) *El delito imprudente*, trad. de Manuel Cancio Meliá, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia", III, nros. 4-5, p. 19 y ss. (*Das Fahrlässigkeitsdelikt*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 86 (1974), suplemento, p. 6 y siguientes).

Acaba de publicarse en Madrid un volumen que contiene una recopilación de 19 artículos del profesor Jakobs, referidos a muy diversos temas, traducidos por Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos y Carlos Suárez González (*Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997).

— V —

Muy estimados colegas, querido Herr Jakobs, querido Herr Struensee. Hace sólo una semana nos hallábamos, a fin de escucharlos y recordar de ese modo, en alguna medida, los seminarios de los tiempos de Welzel y Armin Kaufmann, prácticamente en el extremo sur de mi país, en la naciente Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco". Es un placer poder saludarlos ahora, con el mismo fin, en el extremo opuesto del país, en esta Universidad Nacional del Nordeste, con cuyo progreso científico tuvo tanta relación la escuela de Welzel. Deseamos que no sea la última vez que discutamos aquí... o allá. Muchas gracias.

Setiembre de 1997

MARCELO A. SANCINETTI

I. Imputación jurídicopenal*

Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma

PROFESOR DOCTOR GÜNTHER JAKOBS UNIVERSIDAD DE BONN

I — VIGENCIA DE LA NORMA COMO BIEN JURIDICOPENAL

El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta.

Esta respuesta no persigue algo así como una ratificación mediata de la configuración, sino que ella misma es directamente esta ratificación. Cuando la sociedad pena, se rehúsa a concebir un cambio en su configuración, esto es, el hecho punible como acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que antes bien se mantiene firme en su *status quo*, en contra de la propuesta de cambio. Al igual que una persona rechaza una propuesta que no encaja en su forma de ser, ratificando de ese modo su forma de ser, así también la sociedad rechaza la propuesta de abandonar la expectativa defraudada, ratificando así su identidad.

* Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Universidad de Bonn).

A esta ratificación podrán vincularse consecuencias psicosociales de diversa índole, y a alguna de estas consecuencias —como la de que la motivación fiel al derecho sea tenida en gran parte como obvia— no se puede renunciar en la práctica, si es que la sociedad ha de seguir existiendo; pero ellas no integran el concepto de pena, al igual que su contrapartida —una desorientación psicosocial, un lamento general— no integra el concepto de hecho punible. El hecho punible consiste en la defraudación misma de expectativas, dicho de modo tradicional, en el quebrantamiento de la norma, y no recién en sus consecuencias psicosociales. Por consiguiente, integra el concepto de pena la ratificación de la existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia, no menos, pero tampoco más.

La pena tiene pues una función, sin tener que producir algo psicosocial. Aun cuando a un hecho y su punición les sucede enseguida el siguiente hecho, la pena habrá cumplido su función, en tanto el siguiente hecho sea justamente eso, el siguiente, esto es, por su parte, una defraudación, no ya de alguna expectativa privada, sino de aquella que integra la configuración social.

Ciertamente no se debe entender la secuencia de hecho y pena, en el sentido de que se pueda añadir un derecho penal cualquiera a una sociedad a su vez cualquiera, y de que la configuración de esta *sociedad* esté garantizada sólo en tanto le siga una pena a todo lo que, *jurídicopenalmente*, signifique un quebrantamiento de la norma. No se trata de la identidad de un derecho penal que permanece fiel a sí mismo, sino de la identidad de la sociedad que ha diferenciado el derecho penal como sistema parcial. Por ello, la expectativa contra cuya defraudación se reacciona tiene que ser, ya con independencia del derecho penal, una expectativa social, pues, de otro modo, sociedad y derecho penal no armonizarán. Dicho a modo de ejemplo: Si una sociedad en la que el aborto se realiza corrientemente, practica a la vez un rígido derecho penal antiabortista, la configuración de la sociedad se destruirá; en el mejor de los casos se tratará de un punto dentro de un perío-

do transitorio de su evolución, en el peor, de un fracturarse en reformas revolucionarias. El derecho penal garantiza pues una configuración social determinada, en tanto la sociedad se oriente según determinadas expectativas, y éstas no le sean impuestas a ella desde afuera. Pero si la sociedad transcurre según reglas que son contradichas por el derecho penal, habrá llegado el tiempo de una separación. Un derecho penal que se dirija en contra del arraigado espíritu de su época, no producirá una cohesión con sentido, sino una mezcla de afirmaciones individuales inconexas. En un derecho penal de esa índole, la configuración exterior, que en un derecho penal adecuado es sólo símbolo en el marco de una comunicación, se convierte en la esencia: se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo (al que ya no se le corresponde una sociedad).

Aun cuando sociedad y derecho penal armonicen entre sí, no todas las expectativas que determinan la configuración social son garantizadas jurídicamente o al menos jurídicopenalmente. Antes bien, junto a las “grandes” expectativas, con sus garantías formales, justamente jurídicas, marcha gran número de expectativas “pequeñas”, que sólo son garantizadas de manera informal, como es el caso del conjunto de reglas de cortesía. De ello no será necesario volver a hablar aquí.

II — NORMAS DE LA SOCIEDAD Y NORMAS DEL ENTORNO SOCIAL

Pero sí se debe dirigir la vista hacia aquellas normas según las cuales se decide cómo funciona el medio en que se desenvuelve el mundo social y, en este sentido, el entorno. Se trata pues de aquellas normas que están sustraídas a la influencia social, o que, en todo caso, se las tiene por tales, y que por ello están estabilizadas cognitivamente, lo que significa que en tanto sean comprendidas, servirán como reglas para calcular este entorno, y que en tanto (todavía) no hayan sido comprendidas, harán posibles configuraciones casuales de este entorno. A este respecto se trata de las reglas de la Lógica y

de las Matemáticas, y de la totalidad de las normas en una concepción del mundo orientada racionalmente, según las ciencias naturales. Estas normas se convierten mediatamente, a saber: en tanto sociedad con su entorno, en normas sociales, y la sociedad tiene que tratar con su entorno, en todo caso, en tanto las personas tienen que ser delimitadas entre sí en sus esferas *externas*. Dicho a modo de ejemplo: Si bien es cierto que no es objeto inmediato de una información normativa que tres más tres sean seis, ni que un hombre sin oxígeno no pueda vivir, ni que invocar a los santos no conduce a recibir su ayuda —al menos no de modo digno de confianza—, ello sí define mediatamente el sentido de la comunicación mediante normas directamente sociales. Quien, tras prestar dos veces un servicio de tres unidades, afirma que ha rendido ocho prestaciones, infringe la prohibición de engañar; quien le quita a otro la posibilidad de respirar infringe la prohibición de matar, y los padres que, ante una enfermedad grave, se conforman con invocar a los santos infringen el mandato que les corresponde de dar una ayuda digna de confianza. Con todo, las normas del trato con el entorno social, al contrario de las normas directamente sociales, no requieren una garantía jurídicopenal.

Las normas referidas al entorno social se estabilizan a sí mismas, al fracasar quien no las observa. Una protesta activa contra ellas coloca a quien protesta en un mundo imposible —en sentido literal—, y trae consigo, a la larga o a la corta, una *poena naturalis* (y como añadidura quizá también el destierro social por insensatez). Eso diferencia a tales normas de las directamente sociales: quien infringe a éstas últimas, no pone en peligro *per se* su bienestar individual o el de su grupo, en todo caso no, mientras todas las otras personas se atengan a las normas en su conjunto. Las normas directamente sociales adolecen pues, frente a las normas referidas al entorno social, de una genuina debilidad: su valoración preferente individual no está asegurada por anticipado, más bien, junto al mundo configurado por ellas —y eso es la sociedad—, siguen siendo posibles también otros mundos, es de-

cir, otras sociedades. Para compensar este déficit, ellas requieren no una garantía natural, sino justamente social, para llegar a ser *leges perfectae*. Por ello, a cada persona se le impone la tarea de procurarse la disposición para acatar la norma, esto es, de no plantear mediante hechos —más allá de los procedimientos previstos para modificaciones— la posibilidad de otra sociedad. Lo que no *puede* ser emprendido contra las normas referidas al entorno social, no *debe* ser emprendido contra las normas directamente sociales, y, por cierto —sólo por eso tiene sentido la interdicción—, porque ello, en sí mismo, sería perfectamente posible. La protesta contra las normas directamente sociales es contradicha mediante la pena, lo que significa que se ratifica que las normas integran la conformación social determinante, y que el contraproyecto propaga una configuración no determinante, y en el sentido de normativamente imposible (aunque fácticamente posible).

Una protesta contra las normas referidas al entorno no es entendida, por las razones mencionadas —la protesta esboza un mundo fácticamente imposible—, como un ataque a la configuración social, lo que significa que las representaciones del autor supersticiosas o en general opuestas a una concepción del mundo racional, científico-natural, y por ello comunicativamente irrelevantes, no son representaciones de un suceso adecuado al tipo, sino justamente aquellas de un mundo imaginario. Sólo una representación del autor, que en sí coincida con la concepción imperante del mundo, puede ser una representación típica; ella podrá errarle a la realidad en algún punto o incluso en varios puntos, pero tiene que mantenerse en el marco de lo posible según la concepción imperante del mundo. Dicho a modo de ejemplo: quien ve de qué modo un perro lame un líquido derramado de un tubo de ensayo y a continuación lo ve tambalearse de un lado a otro visiblemente desorientado, tiene una representación comunicativamente relevante de una lesión corporal, si aplica ese líquido a un hombre, aun cuando luego se compruebe que el líquido es totalmente inocuo para el hombre —la posibilidad de un daño se halla en el marco de las suposiciones racionales—; pero

quien encuentra un perro muerto junto a un ortigal, e infiere única y exclusivamente de ello que las ortigas tienen que haberse vuelto venenosas recientemente para los animales vertebrados, desconoce los principios según los cuales se pueden formar normas racionales, científico-naturales, interpreta, pues, el suceso, a partir de una visión del mundo imposible desde el punto de vista racional, de las ciencias naturales.

Lo recién expuesto sobre lo supersticioso y lo comunicativamente irrelevante se refiere sólo a un problema marginal, aun cuando característico. La distinción entre normas referidas al entorno y referidas a la sociedad muestra, ciertamente, también la distinción, importante tanto en la práctica como en la teoría, entre dolo de tipo e imprudencia de tipo. Un autor doloso se halla en consonancia con la concepción racional, científico-natural, del mundo; él esboza por ello un mundo en esa medida posible, y eso es precisamente lo amenazador de su conducta; pues su esbozo contradice la configuración social, le muestra a ésta, pues, una alternativa —¡posible!—. En cambio, un autor imprudente —hay que pensar en el caso básico del que yerra por descuido— contradice un conocimiento reconocido en general y que determina la concepción imperante del mundo, a saber: el de que es más ventajoso considerar cuidadosamente las consecuencias de una conducta y evitar la conducta irreflexiva, que largarse espontáneamente y dejar sobrevenir todo lo demás. Así, quien tenga una actitud imprudente no llegará muy lejos en la vida, y tampoco en la vida social será considerado como un *partner* competente. Si bien puede que ocasione más daños a otros que a sí mismo, ello no le reportará ninguna ventaja; al contrario, a plazo no muy corto destruirá también el entorno favorable propio, esto es, los bienes propios o los bienes de otros cuyo bienestar le incumbe. Por ello, el autor imprudente contradirá también, como regla, su esbozo del mundo, cuando lo vea con más precisión: “Eso no es lo que yo quería”, lo que significa, que querer y actuar no estaban en consonancia y que, por ello, el actuar no ha sido determinante.

A quien no presta atención a lo que ocasiona en el entorno lo afecta una *poena naturalis*, y, por ello, se requiere la *poena forensis* sólo para asegurar que autores excesivamente afectados al riesgo, con su temeridad, no expongan a otros, y que la desatención no se infiltre de modo selectivo en formas de conducta que pueden acarrear perjuicios sólo a terceros, pero no al autor mismo. Pero, entonces, claro que ya no se trata sólo de una evaluación cognitiva equivocada, de un error sobre el entorno, sino, asimismo, de una consideración deficiente de la configuración social.

La explicación de una menor punibilidad de una conducta sin conocimiento del tipo es adecuada sólo para la imprudencia como error, pero no para el desconocimiento selectivo, basado en el desinterés sobre el destino de los demás. Dicho a modo de ejemplo: quien conduce su auto arrolladoramente por entre los charcos, y no piensa en las consecuencias para los peatones, porque eso no le interesa, de ningún modo tiene que temer una *poena naturalis*, pues no contradice la concepción imperante del mundo, sino que manifiesta una consideración deficiente. Para tales personas, ciegas ante los hechos por indiferencia o incluso por hostilidad, no sólo no se adecua la explicación dada, sino que, respecto de ellas, el límite trazado por el derecho vigente entre conocimiento del tipo, por un lado, y desconocimiento del tipo, por otro, es totalmente equivocado. No hay ninguna razón para gratificar *per se*, con una pena menor, la falta de conocimiento del tipo de un indiferente; pues una falta de conocimiento es, *per se*, un déficit psíquico, y nada más, y el límite entre reproche de culpabilidad más grave y el más leve no puede orientarse según psicologismos, sino sólo según la relación con determinados fines. Si se toma la falta de conocimiento, empero, según su significado social, podrá ser considerada no sólo como indicio de una constitución psíquica a tratar con indulgencia, sino, asimismo, como indicio de una infracción al deber inexcusable. Entonces, cuando el derecho vigente vincula la pena por dolo al conocimiento del tipo, esto conduce, en el caso límite, justamente, en el de indiferencia carente de fundamento, a un be-

neficio injustificable. De nuevo a modo de ejemplo: quien manipula alquitrán y por comprensible nerviosismo no piensa en que podría ensuciar cosas ajenas, podrá haber pasado por alto que también sus propias cosas se hallan en peligro —si no se produce una *poena naturalis*, en todo caso sí amenaza producirse—. De ese modo, no es posible planificar una maximización de beneficios. Pero quien no piensa en las consecuencias porque sabe que las cosas propias están a salvo, y porque nada de los demás le es digno de consideración, maximiza sus beneficios, opta, por tanto, por un mundo posible, y, por ello, merece la misma pena que un autor doloso.

Resumiendo lo dicho, se puede decir: en tanto las reglas del mundo, más precisamente, del entorno social, rigen como inalterables, debido a esta vigencia no requerirán estabilización, aun cuando co-configuren indirectamente la sociedad; pero en cuanto las reglas del mundo, más precisamente aquí, las que directamente son de la sociedad, rijan como reglas alterables, tendrán que ser estabilizadas contra la posibilidad de una alteración arbitraria, si es que ha de haber sistemas sociales. Si las normas de la sociedad fueran consideradas de por sí como inalterables, ya no se trataría en absoluto de sociedad, sino de una convivencia similar a la de los ángeles con Dios mismo. Al comienzo del mundo, así se relata, los hombres tuvieron trato con Dios mismo; pero, puesto que eran hombres, comieron del árbol del conocimiento, consideraron entonces a la exclusión de este actuar por prohibición divina como burlable, no la consideraron como advertencia de un mundo imposible, y pagaron con la separación de lo absoluto. “El paraíso”, dice Hegel, “es un parque, donde sólo pueden permanecer los animales y no los hombres. Pues el animal es con Dios uno, pero sólo en sí. El hombre es espíritu, esto significa, para sí mismo. Este ser para sí, esta consciencia, es a la vez, empero, la separación del espíritu divino universal. Si me enfrento, en mi libertad abstracta, al bien, entonces, éste es, justamente, el punto de vista del mal”¹.

¹ Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, ed. por Lasson, t. 3, *Die griechische und die römische Welt*, 1920, p. 728

III — SENTIDO DE LA CONDUCTA

Si al comienzo se dijo que el hecho punible es un aporte comunicativo, una expresión de sentido, entonces, hay que determinar cuándo una persona expresa un sentido determinado. De este planteamiento de la cuestión no se debe inferir que un hecho punible sea tan sólo algo espiritual, y que no tenga nada que ver con el mundo material. Antes bien, las personas sólo pueden expresar sentido en un mundo material y, por consiguiente, también sólo allí pueden colidir con sus proyectos de sentido. Es que incluso ellas son personas sólo en tanto reclamen para sí una posesión material, cuando menos un cuerpo; este conocimiento se halla en la base de las filosofías del derecho idealistas, especialmente en las de Kant, Fichte y Hegel. Se trata pues, en lo referente a la expresión de sentido, de un accionar en el mundo material, y con ello necesariamente de un estar bajo la influencia de las normas del entorno social; y sólo por ello, como ya se expuso, éstas pueden llegar a ser relevantes socialmente, al menos en forma mediata. Ahora bien, el tránsito por el mundo material ha inducido durante mucho tiempo a querer determinar tan sólo según *sus* normas no sólo lo que sucede, sino también su significado: una conducta tendría el significado de un homicidio o de un daño, cuando fuera causal de la muerte de un hombre o del daño de una cosa. En este minúsculo bosquejo se reconoce fácilmente el modelo de ilícito del causalismo. El finalismo agrega otra categoría del entorno —de la causalidad, a la causalidad anticipada en la consciencia—, pero sin adentrarse, con ello, en la sociedad: anticipación de la causalidad es un hecho psíquico, nada más.

Si lo que se quiere es averiguar el significado, tales intentos no llegan muy lejos, más precisamente, van en dirección equivocada. El significado de una conducta es su posición en el contexto social. No alcanza pues con poner la vista en un causante, acaso junto a sus sucesos psíquicos, más bien se debe dirigir la vista también a la víctima y a terceras personas, para poder clasificar un suceso acaecido en el mundo material como su hecho o como su infortunio. Esta interpretación

de la conducta en el contexto social, junto a sus consecuencias causales o incluso a las causales anticipadas, se lleva a cabo, en la dogmática moderna, bajo el nombre de “imputación objetiva”.

Cuando se produce un daño o incluso sólo una situación de peligro, como la lesión de un hombre con peligro para la vida, eso puede basarse en la conducta incorrecta de una persona, que, por ejemplo, ha atropellado a este hombre con su auto; pero podrá ocurrir también que un tercero sea competente para responder por la situación, como el caso de un ingeniero que haya conectado incorrectamente un semáforo; ciertamente, también la propia víctima podrá comportarse violando una incumbencia a su cargo, por ejemplo, cruzando una calle sin prestar atención; por último, todos los intervinientes podrán haberse comportado correctamente —el daño se ha producido entonces por infortunio, y, como tal, ha de ser soportado por la víctima—. Conducta incorrecta de una persona, conducta incorrecta de otra persona, conducta incorrecta de la propia víctima o infortunio: estas son las posibles explicaciones del curso dañoso. A ese respecto, poco se gana con averiguar una causalidad. El conductor, el ingeniero, la propia víctima y muchas otras personas se han convertido en causales de la constelación por medio de su conducta, y si no lo son, a pesar de ello su deber puede haber sido el de intervenir con un salvamento. Más bien se debe aislar, en esta densa red de causalidades y chances de salvamento, aquellos hilos que tienen el *significado* de ser gestadores de daños. Esto ocurre con ayuda de las reglas de la imputación objetiva, a modo de principios que sirven para formar el retículo ante el cual, entre el torrente del acontecer de hechos, recién se muestra un significado, al igual que —dicho a modo de ejemplo— sólo ante el retículo del lenguaje se deja entrever un significado en el torrente de ondas sonoras. En este sentido, emprendimientos conocidamente peligrosos pueden quedar exentos del estigma de expresar una falta de respeto frente a los bienes puestos en peligro, mientras que otros que no son de mayor peligrosidad, o que incluso son menos

peligrosos, tienen que soportar ese estigma. Así, puede ser que el organizador de una gran fiesta popular resulte causal de cientos de conducciones en estado de ebriedad, pero, a pesar de ello, su comportamiento no tiene el significado de una falta de respeto, mientras que ya una sola conducción sin dudas presenta en sí misma ese significado.

La hipótesis-base de la teoría de la imputación objetiva enuncia que un derecho de comportarse de determinada manera, o, a la inversa, el ilícito de un comportamiento, no se puede determinar teniendo en cuenta solamente un individuo aislado, ni una norma aislada, sino siempre teniendo en cuenta personas, es decir, reglas específicas de una sociedad. Esta hipótesis-base puede desdoblarse en tres proposiciones. En la *primera* proposición, se trata de la igualdad de las personas: respecto de la libertad de acción, cada persona puede pretender lo que cotidianamente pretende por igual cualquier otro. Esta proposición fundamenta el riesgo permitido o, a la inversa, el comienzo de una conducta ilícita, como muy pronto, más allá de ese riesgo permitido. A modo de ejemplo: el conducir conforme a la reglamentación no es no-permitido, aunque es riesgoso. La *segunda* proposición reza: los demás son, por su parte, personas responsables. El mundo en el que se da el propio comportamiento es, pues, un mundo configurado responsablemente, lo que significa que se puede confiar en su correcta configuración; por consiguiente, se habla —con una expresión ya acuñada— de un principio de confianza, o bien, si es que el destinatario de la confianza es, a la vez, la víctima, de un actuar a propio riesgo. Nuevamente a modo de ejemplo: se puede confiar en que un conductor que se aproxima por una calle transversal, y está obligado a esperar, cumplirá su deber, y, por cierto, en igual medida en lo que se refiere a la lesión de terceras personas (principio de confianza), como a la del que debe esperar (actuar a propio riesgo). En la *tercera* proposición, se formula que la comunidad con otro, siempre es una comunidad sólo limitada. Por tanto, si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad

también se extendía a la conducta incorrecta; en caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero: prohibición de regreso. Si el otro coincide con la víctima, también aquí se podrá hablar de un actuar a propio riesgo. Una vez más a modo de ejemplo: la venta de un cuchillo de corte usual no fundamenta ni responsabilidad por la cuchillada intencional o descuidada del receptor contra una víctima, ni por la cuchillada intencional o descuidada contra sí mismo.

Acerca de las delimitaciones entre los subinstitutos mencionados no se va a tratar aquí, ni tampoco acerca de la posibilidad de indagar el campo de la imputación objetiva mediante subinstitutos acondicionados de distinta manera; ello afecta a problemas secundarios. En el presente contexto sistemático es importante el conocimiento de que, en la imputación objetiva, se trata de un fenómeno de sentido idéntico al de la fundamentación de una posición de garante en el delito de omisión, en tanto se trate de competencia por organización.

En el delito de omisión es habitual que una responsabilidad no pueda ser derivada solamente a partir de datos naturalistas —causalidad hipotética o capacidad de evitación, y dolo o imprudencia—, antes bien, debe ser deducida normativamente, lo que significa: mediante la expectativa objetiva dirigida al omitente en esa situación, lo que, a su vez, significa: mediante el significado objetivo de su conducta. En la competencia en virtud de organización, para que un omitir reciba el significado de que el omitente se ha arrogado una organización ajena, la mala situación del ámbito de organización ajeno tiene que poder ser reconducida no sólo “de algún modo” al ámbito de organización del omitente, y menos aun alcanza con referirse a una mera capacidad de evitación, más bien tiene que descubrirse una vinculación de tal índole que sea imposible hablar tan sólo de una lesión de la víctima a incumbencias a su cargo, de un puro infortunio de ella o de exclusiva competencia de terceras personas; las posiciones de garante, por tanto, son negociadas entre los intervinientes, al igual que se lo esbozó antes respecto de la imputación objetiva, más precisamente, ellas no son otra co-

sa que un caso de imputación objetiva conocido desde hace tiempo. La relación naturalista más débil que hay con el resultado de la conducta en el delito de omisión ha puesto en claro, antes que en el delito de comisión, la necesidad de una relación normativa, y con ello ha adelantado temporalmente algo a lo que materialmente tampoco se puede renunciar en el delito de comisión, justamente, la determinación del significado por la imputación objetiva.

Por tanto, se puede formular que nadie es garante de evitar incluso aquellas consecuencias de una acción (!) que se hallan fuera del ámbito objetivamente imputable. Todas las posiciones de garante en virtud de competencia por organización en los delitos de omisión se pueden restringir igualmente por las reglas desarrolladas para la imputación objetiva en los delitos de comisión. Así, en virtud de injerencia, nadie tiene por qué evitar daños que se hallan dentro del riesgo permitido. El paralelismo alcanza más aun: debido a la total homogeneidad de ambos ámbitos, la teoría de la imputación objetiva y la de las posiciones de garante, las posiciones de garante desarrolladas para los delitos de omisión pueden y deben presentarse también en el ámbito de la comisión.

Esto sucede del modo más sencillo respecto del deber de seguridad en el tránsito: a él se le corresponde el caso normal de comisión, que se puede entender como caso de lesión del deber de seguridad en el tránsito por los movimientos corporales motivados. Que alguien responda por sus actos voluntarios o por un déficit en su dominio es totalmente equivalente, al menos en tanto los actos voluntarios sean considerados como dominables, lo que a su vez significa, en tanto sean considerados, en suma, como actos voluntarios. Pero también respecto de la injerencia y la asunción se encuentran aplicaciones en el ámbito de la comisión. Sea ello aclarado con dos ejemplos: Primero: Quien empuja descuidadamente a otro, en caso necesario debe tomarlo del brazo para que no caiga; ello deriva de la injerencia. Pero si el otro quiere agarrarse por sí mismo del brazo de quien lo empuja, éste no puede retirarlo, lo que sí podría hacer cualquier otra persona. Por tanto,

la injerencia fundamenta no sólo deberes de actuar, sino también de omitir. Segundo: Quien ha asumido cuidar un enfermo sensible a la luz, debe cerrar las cortinas de la ventana; ello deriva de la asunción. Pero tampoco puede volver a abrir las cortinas cerradas, lo que sí podría hacer en su propia casa cualquier otro que no haya asumido. Por tanto, también la asunción fundamenta, junto a deberes de actuar, además, deberes de omitir.

Lo dicho se refiere a los deberes de garantía que resultan de la administración de un ámbito de organización. Para los deberes directamente institucionales (lo que significa: los deberes no originados por medio de organización; indirectamente, también los deberes que resultan de organización son de naturaleza institucional, pues la relación entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias ¡es una institución!) —como ejemplos menciono los genuinos deberes del Estado, que son desempeñados por sus funcionarios, y los deberes de los padres frente a sus hijos—, el paralelismo entre comisión y omisión es conocido desde hace tiempo, y, por cierto, en la forma de delitos de infracción de deber que unifican comisión y omisión, como el favorecimiento ilícito del funcionario o la infidelidad, en los cuales se penaliza la lesión del deber de establecer un mundo en común. Mientras que en los delitos de organización está en juego el respeto por la organización ajena, y, en este sentido, una relación negativa (¡no dañes!, o mejor: ¡cuida de que tu organización no se extienda demasiado!), en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y, en este sentido, una relación positiva (¡ayuda al otro!). Se puede faltar a esta comunidad tanto por acción como por omisión. A modo de ejemplo: Que un tutor se aproveche por sí mismo del patrimonio del pupilo o ayude a un amigo suyo a atacar el patrimonio del pupilo, o bien, sin un aporte activo, no le impida su ataque a su amigo, es siempre la misma cosa, a saber, lesión del deber de cuidar el patrimonio ajeno, sólo si la persona que entra en consideración como autor es garante del mantenimiento del patrimonio del pupilo, y su conducta es, también en lo demás, objetivamente imputable.

IV — ¿IMPUTACION SUBJETIVA?

Ahora bien, la imputabilidad objetiva, tratada hasta aquí, no fundamenta por sí sola una responsabilidad penal, antes bien, ella establece —como ya antes se explicó— sólo la competencia para responder por un suceso, de entre varias personas —un autor potencial, una víctima, un tercero, o bien, a falta de competencia de todas las partes, sólo quedará el “infortunio” como posibilidad de explicación—. Esta competencia fundamenta la expectativa de que la persona respectiva administrara su ámbito conforme al orden, y, ciertamente, y de ello se trata aquí, bajo el presupuesto de que existen las capacidades necesarias. En esta medida se habla, como regla, de imputación subjetiva, lo cual es una expresión completamente equívoca, aun cuando ostente una antigua y muy respetable tradición, como en la *Filosofía del derecho* de Hegel, donde en la parte dedicada a la moralidad, que contiene la teoría de la imputación, se dice, a poco de comenzar, que en esa medida se trata de “subjetividad”².

Como razón para esta —por el momento llamo aún así al fenómeno— subjetivación (que es anticipada al averiguar las reglas de la imputación objetiva), puede mencionarse un proceso complejo. Se trata del proceso de racionalización, de desmitificación del mundo, que responde a la época filosófica de la Ilustración. Lo último, la desmitificación, vació el mundo de todo sentido inmanente; él transcurre ciego, conforme a las leyes de la naturaleza, y un mezclarse en este transcurrir es, *per se*, carente de significación. En esta comprensión, es imposible que por factores tan contingentes como la ascendencia o sexo de una persona, o incluso por su posición en la malla de la causalidad, pueda expresarse algo más que el hecho de que es así o que no es así. ¡Bien distinto a antes! Cuando, como formula Hegel retrospectivamente³ “la autoconciencia heroica (como en las tragedias de la anti-

² Hegel, *Grundlimien der Philosophie des Rechts*, § 106.

³ Hegel, *Grundlimien der Philosophie des Rechts*, § 118, anotación, *in fine*.

güedad, Edipo, etc.)... no (había) salido aún de su pureza hacia la reflexión de la diferencia... del suceso exterior y del dolo y conocimiento de las circunstancias”, este antiguo punto de vista se permitía la responsabilidad por el resultado, más precisamente: responsabilidad sólo por imputación objetiva. Dicho a modo de ejemplo: Edipo era responsable de haber matado a su padre y de haberse casado con su madre, aunque ambas cosas, dicho modernamente, habían sido irreconocibles para él, y, en este sentido, fueron casualidad. El se hallaba enredado en el sentido maligno de un mundo maligno.

El mundo de la Ilustración, ciertamente, no es ni bueno ni malo, simplemente *es*, más no se puede decir a su respecto. Por ello, puede ser manejado como instrumento, aunque, debido a su naturaleza, en parte oculta, sólo con cierto margen de error. En caso de error inevitable de tipo la naturaleza del mundo se impone frente al entendimiento instrumental. Lo que estaba planeado como hecho, como obra humana, pasa a ser un suceso de la naturaleza, por tanto, no puede ser ni bueno ni malo. De ese modo, la evitabilidad, entendida ésta como dolo de tipo, o imprudencia de tipo, se convierte en presupuesto obvio de la imputación en un mundo desmitificado.

Con esta facultad instrumental son considerados, sin embargo, sólo los límites del hombre en el “mecanismo” de la naturaleza. La conducta instrumental tiene *per se* tan poco sentido, como el sentido que *per se* produce una máquina; formulado de otro modo: el trato instrumental con la naturaleza no es una conducta comunicativa. Pero el espíritu que reconoce la falta de sentido de la naturaleza, no tiene que resignarse pasivamente, sino que, al reconocer el vacío de sentido, obtiene la posibilidad de establecer, allí donde no se encuentra un sentido inmanente natural, su propio sentido, pero tal como ya se expuso antes, justamente establecerlo, por tanto, no probarlo, sino afirmararlo. Dada esta fragilidad del sentido, la libertad como autoadministración sólo es compatible con una sociedad consistente, si existe una garantía de que todos los libres reconozcan sin más el sentido establecido, o bien que, en caso contrario, la significación de su conducta sea margi-

nada mediante la pena, dicho de otro modo, si tienen vigencia las normas que se corresponden con el sentido establecido. A este respecto es totalmente indiferente la cuestión de si las normas valen para sujetos referidos a sí mismos —no se trata de deberes contra sí mismos—, sino que cuenta únicamente la vigencia social, esto es, la vigencia en la comunicación, entre personas que sin excepción son concretadas en el rol de ciudadano, y, en este entendimiento, son definidas objetivamente. “Subjetivación” de la imputación no es el concepto adecuado para estos hechos, sino “personalización más especial”. Mientras que en la imputabilidad objetiva se estandarizan múltiples capacidades, en la llamada imputación subjetiva sólo se estandariza la voluntad de acatar la norma, pero así y todo se estandariza esta voluntad, y no es que, por ejemplo, sea abandonada al sujeto. Para aclararlo: Según el concepto normativo de culpabilidad, la culpabilidad no es una recopilación de hechos, sino un juicio sobre una prestación, y este juicio es (primero) un juicio dicotómico, y no cuantificador: culpabilidad o no-culpabilidad. Quien no satisface el parámetro *tiene* culpabilidad, en otras palabras, quien no rinde por completo la prestación de la persona-parámetro, ha fallado (respecto de lo cual, *después* de este juicio, podrá seguir una comprobación de la cantidad del fallo). Así, pues, no se habrá medido algo para establecer *su* tamaño y contentarse con eso, sino para averiguar si se corresponde o no con el tamaño de un deber-ser (e incluso tal contentarse no conduciría a una subjetivación, sino a una individualización). Un hablar de subjetivación, que se aferra a los naturalismos, a los sucesos y disposiciones psíquicas individuales, equivoca la cuestión capital, a saber, la objetividad de la persona, a la que se le exige capacidad de fidelidad suficiente al derecho.

En tanto se trate de hechos o disposiciones psíquicos —saber o poder saber—, éstos serán, como meros hechos y disposiciones subjetivamente psíquicos, sencillamente carentes de significado, existen o no existen, eso, *per se*, no significa nada. Tales circunstancias cobran significado recién cuando son separadas de una consciencia individual, y concebidas como

parte de un proceso comunicativo. Con referencia a un significado delictivo, esto quiere decir: dolo e imprudencia, conocimiento y conocibilidad del ilícito, no son partes de una conducta delictiva en su carácter de hechos y disposiciones de una consciencia, sino, como sucede también con la causalidad o la causalidad hipotética, en el de portadores externos —ciertamente necesarios— del significado de la conducta, por tanto, como portadores de un símbolo. Sólo en esa relación con el significado de un comportamiento, como parte externa de la expresión de sentido de una persona, aquellos hechos integran el hecho punible, a propósito: no menos del lado de la víctima. En forma extrema: No está prohibido que un hombre dañe físicamente a otro, sino que una *persona* no respete a otra *persona*, al negar aquél lo que es común a ambos, a saber, la vigencia de la norma, que delimita sus esferas externas o que también las vincula, como en la relación entre padres e hijos. Dado que una persona sólo en virtud de otra es ella misma persona, la prohibición de faltar el respeto se puede reducir a la simple prohibición de abandonar el rol de persona: “Sigue en el rol de un miembro de la sociedad”, dice la norma básica trivial de toda sociedad, dirigida al portador de un rol. En Hegel⁴ la norma reza: “Sé una persona y respeta a los demás como personas”, lo que, por cierto, dice lo mismo dos veces —quien es persona respeta a los demás, y quien respeta es persona—, y aún hay que crear el destinatario: ¿quién ha de poder ser obligado, si no alguien que ya es persona? Sea como fuere, en todo caso se trata del rol de la persona en derecho, y, con ello, de una medida objetiva del esperado respeto al derecho. Si no se cumple esa medida objetiva, ello evidencia una falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, o bien no puede tratarse de la conducta de una persona en derecho, en todo caso no en ese momento.

La contraposición entre persona en derecho y no-persona en derecho es, desde el lado del autor, la que existe entre sentido y naturaleza, sociedad y entorno, lo cual, al menos

⁴ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36.

para institutos particulares de la culpabilidad (ya se habló de dolo de tipo e imprudencia de tipo), ha de ser explicado brevemente.

Quien no es capaz de culpabilidad no participa en la producción de un sentido común. Su conducta defraudatoria se refiere a lo sumo *prima facie* a una expectativa normativa, pero una mirada más precisa muestra que no se produjo una contradicción competente de la norma, sino que aconteció un proceso natural, justamente carente de sentido. Esto no quiere decir que un enfermo mental o un niño sean a todo respecto sólo naturaleza, pero respecto de la falta de competencia para proponer proyectos del mundo social sí lo son, así como es verdad que no tienen culpabilidad.

Resulta más difícil fundamentar el efecto eximente del desconocimiento inevitable de la norma. Esta exención sólo puede ocurrir cuando el desconocimiento del derecho sea compatible con el reconocimiento de su fundamento de vigencia. Para una persona que reconoce el fundamento de vigencia, la inobservancia de una norma es una inconsecuencia que debe evitar por propio interés —por ello la pena no es necesaria—. Así, pues, quien, dicho a modo de ejemplo, quiere observar a conciencia las normas de una religión, y en esa medida está abierto a toda enseñanza, al realizar su conducta sólo puede afirmar que ve la situación normativa de determinada manera, pero no también que eso deba ser así; pues la determinación de cómo deba ser tiene que regirse, según su criterio, por la existencia objetiva de las normas de la religión. Si se comporta erróneamente de modo inevitable, entonces, su comportamiento no significa un contra-proyecto de la religión existente, sino un intento, ciertamente equivocado, por alcanzarla. Ahora bien, respecto del ordenamiento jurídico no se trata del actuar a conciencia, sino de la actitud correcta ante el derecho, a saber, la voluntad incondicional de acatar el derecho. Quien muestra tal voluntad no produce, con su conducta errada, un contra-modelo de sociedad, sino que intenta en vano acertar en el estado real en que existe la sociedad. El fundamento de vigencia del derecho no se

ve afectado por tal conducta. El sentido al que tiende la conducta es el correcto, pero, dado que la persona necesita una parte externa —y, en este sentido, también es naturaleza—, y que en sus capacidades sigue unida a ella, se ha impuesto la naturaleza —justamente por error—, se ha realizado lo falso.

Una cuestión distinta es la de cómo debe estar constituido un ordenamiento de normas para poder reconocer, según su propio entendimiento, un error inevitable. Un orden que pretenda estar escrito en el corazón de cada persona no puede conocer un error inevitable, mientras que esto resultará fácil para un orden positivamente establecido, y que, según su propio entendimiento, también es reformable. Así, no debe sorprender que recién en la época del positivismo llegase un amplio reconocimiento del efecto eximente del error sobre la norma, ni que este reconocimiento, hoy corriente, sólo se refiera a las normas secundarias y a los márgenes disponibles de las normas principales, pero no a lo central de éstas últimas, por tanto, sólo al ámbito de la positividad practicada y no al ámbito que es positivo sólo nominalmente. En el ámbito nuclear, un error nunca puede exculpar *per se*, sino sólo ligado a una razón especial, incapaz de generalización, por ejemplo, ligado a una enfermedad mental o, en el caso límite, también a una socialización “exótica”.

El contenido de un concepto de culpabilidad funcional, referido a la vigencia de las normas, especialmente se podría mostrar, todavía, en las causas de exclusión o disminución de la exigibilidad, como el estado de necesidad exculpante, el exceso en la legítima defensa, el problema del autor de conciencia, entre otros. Dado que a este respecto hay explicaciones detalladas en la doctrina, escojo en su lugar, para el ulterior tratamiento de la tesis de que en el juicio de culpabilidad no se trata de subjetivación, sino de una personalización especial, un problema que, por lo demás, está más bien poco tratado: la ambivalencia de una situación de hecho tentadora.

Conforme al derecho penal alemán —y algo análogo han de conocer casi todos los ordenamientos jurídicos— se pena

de modo más riguroso al ladrón que hurta aprovechándose del desamparo de otro, por tanto, por ejemplo, en caso de incendio o después de un accidente. Pero seguramente se pena de modo atenuado a quien se aprovecha de la ligereza infundada de la víctima, como cuando el hurto se comete contra una persona que, sin necesidad, deja sus cosas por allí, sin vigilarlas. Uno puede imaginarse situaciones idénticas hasta el detalle: una cámara no vigilada en un aeropuerto, en un caso porque el dueño se ha desmayado, en otro porque está ocupado en el *duty-free-shop*; así, la situación es idéntica incluso para la psiquis de un autor, que de todos modos no abriga respeto por la propiedad ajena. Entonces, ¿qué justifica el tratamiento desigual? Evidentemente no la subjetividad del autor, sino, por un lado, la necesidad social de satisfacer la legítima exigencia de la víctima desamparada de ser protegida, y, por otro, la pérdida de legitimación de esta exigencia, en caso de que la víctima renuncie sin razón a la autoprotección. El autor, por tanto, debe procurar su disposición a acatar la norma de modo tanto más apremiante cuando más legítimamente lo exija la víctima, y viceversa; él podrá satisfacer la naturalidad de su impulso por poseer, cuanto menos perturbe esto socialmente, y su conducta se mantendrá tanto más en el sentido, cuando más fuertemente perturbe. En otras palabras, el autor es tratado como inmerso en la sociedad, como persona en el rol de un ciudadano; una trivialidad, pero la tan difundida forma de hablar de subjetivación en el juicio de culpabilidad, yerra en esto, al menos verbalmente.

V — UNA OBSERVACION SOBRE PARTICIPACION

Para terminar, permítaseme añadir algo que podrá parecer un *excursus*, pero que guarda estrecha relación con la materia tratada. El conocimiento de que, en el derecho penal, se trata de la protección de la vigencia de la norma, tiene una consecuencia radical para la dogmática de la participación, que debe ser delineada al menos brevemente. Si la diferencia jurídicopenal determinante es la que hay entre culpabilidad

y no-culpabilidad, entre sentido y naturaleza, entonces, la intervención en la conducta de un inculpable es emplear la naturaleza, por tanto, ya ejecución del hecho mismo. La protección de la vigencia de la norma es incompatible con la accesoriad limitada, dado que la limitación recorta aquello que configura el hecho punible: la lesión a la vigencia de la norma. La accesoriad limitada proviene del arsenal de la protección de bienes jurídicos, con su tendencia a reducir al autor a sus capacidades instrumentales, peligrosas para el bien jurídico (al igual que la víctima se atrofia de una persona a un ser que se agota en el poseer; — Fafner: “Estoy echado y poseo: déjame dormir”—)⁵, con lo cual la culpabilidad se atrofia a ingrediente externo a la teoría; en un derecho penal funcional del bien jurídico la culpabilidad es un cuerpo extraño. Pero la accesoriad estricta así exigida no debe ser entendida en el sentido de que el partícipe responda por la culpabilidad del ejecutor; cada uno responde por su propia culpabilidad, pero respecto de la cuestión de cómo se llega a esta culpabilidad propia, se debe distinguir entre manipulación de la naturaleza y participación en la producción de un sentido. Uno puede expresar sentido delictivo por sí mismo o junto con personas capaces de sentido, pero no junto con la naturaleza. La agudización de la accesoriad no desempeña un papel importante en la práctica. Quien conoce la inculpabilidad del ejecutor puede responder, así y todo, como autor mediato, y quien no la conoce, al menos no debería responder por consumación; pues el riesgo asumido, en un caso de esa índole, de trabajar en conjunto con personas responsables es incompatible con el riesgo existente de influir sobre la naturaleza.

VI — RESUMEN

1. — Las normas que determinan la identidad de la sociedad requieren garantía, dado que también serían practicables otras alternativas. La garantía se lleva

⁵ Wagner, *Der Ring des Nibelungen*, 2º día, Siegfried, 2º acto.

a cabo al regir como tarea de cada persona el acatamiento de la norma, y al penar el desacatamiento, esto es, al ratificarse la identidad. Con la pena se lleva a cabo definitivamente la ratificación.

2. — Respecto de las normas referidas al entorno social, en cambio, no hay alternativas; por eso, ellas se estabilizan a sí mismas; en esto se basa la menor punibilidad de la imprudencia de tipo.
3. — Al igual que la garantía de la vigencia de la norma, así también su perturbación no ocurre mediante la naturaleza, sino mediante el sentido. Por ello, los sucesos naturales, como los cursos causales o los hechos psíquicos, no son *per se* integrantes de la conducta delictiva, sino en su carácter de portadores de un símbolo.
4. — La imputación comienza con la distribución de competencias entre autor, víctima y terceras personas; los principios de la competencia son para comisión y omisión, *ceteris paribus*, idénticos.
5. — La llamada imputación subjetiva se muestra, bajo una consideración más precisa, como imputación específico-personal, a saber, basada en un ciudadano fiel al derecho como persona parámetro.
6. — La dogmática jurídicopenal se agota en la diferenciación entre sentido (culpabilidad) y naturaleza. A esta diferenciación se pueden reconducir todos los institutos dogmáticos. La pena contradice el sentido del hecho punible de que la norma no rige; el comportamiento inculpable, sin sentido, no tiene que ser contradictorio, ni siquiera puede serlo.

II. Conocimiento y desconocimiento de la norma*

PROFESOR DOCTOR GÜNTHER JAKOBS UNIVERSIDAD DE BONN

I — CONOCIMIENTO DE LA NORMA

A — *Conocimiento de la norma como condición de la sociedad*

Una mera reunión de individuos humanos no configura una sociedad. Una sociedad comienza, más bien, con la vigencia de la primera norma que obliga a las personas a adoptar una conducta determinada, como, por ejemplo, la de no lesionar la propiedad de otra persona. Cuantas más normas rigen, más densa es la sociedad, y la sociedad sobre el territorio de un Estado moderno, de libertad, da una buena visión, por un lado, de la vinculación a través de cientos de normas, cuando no de miles, y, por otro lado, de la falta de vinculación, de la permisión de realizar la conducta querida, en el ámbito de la privacidad, no abarcado por las normas.

Las normas rigen cuando le dan a la sociedad su conformación real, lo que significa: cuando determinan lo que, en la comunicación de las personas, puede ser tomado como punto de referencia para aunar conductas y aquello que no puede ser tomado como tal. Aun cuando una norma sea quebrantada, ella tendrá vigencia en tanto el acontecer sea concebido como quebrantamiento de la norma y no como algo indiferente. Dicho a modo de ejemplo: nada prueba mejor la vigencia de la prohibición del homicidio que la irritación general por un homicidio acaecido. La declaración de que una sociedad es real

* Traducción de Marcelo A. Sancinetti (UBA, UTDT, UNPSJB, UNNE).

equivale a la de que las normas que la constituyen se hallan en vigencia.

Una primera condición que debe estar cumplida para que exista vigencia de la norma, por tanto, la sociedad real, es manifiesta: la norma tiene que ser conocida e igualmente tiene que ser conocido cuándo se da el caso regulado. Y si la sociedad no ha de consistir sólo en que el juzgador juzgue *ex post* el curso del destino, el curso del mundo regido por dioses, sino, si es que la norma ha de ser puesta en práctica por las personas, y no sólo padecida por ellas, es decir, si no ha de tratarse de responsabilidad por el resultado, sino de responsabilidad por la culpabilidad, la norma y el hecho abarcado por ella tienen que serle conocidos *ex ante* a la persona, al actuar y al omitir, al menos en el caso-base —aún habrá que hablar sobre los casos-límite—. Al respecto, en el siguiente texto se entiende por “conocimiento”, siempre “conocimiento actual”; lo que se podría denominar “conocimiento no actual”, se llama aquí “conocibilidad” o “desconocimiento evitable”.

No menos manifiesta es una segunda condición de la sociedad real: las personas tienen que estar dispuestas —al menos a grandes rasgos— también a acatar la norma. Una norma bien puede ser conocida y a pesar de ello no definir nunca la forma de la sociedad, si nadie la pone en práctica en su conducta. Así, por ejemplo, muchas normas cualesquiera de una sociedad pasada o de una moral pasada serán conocidas, pero dado que tal conocimiento sólo es un conocimiento histórico, las normas ya no determinarán la forma de la sociedad actual, aunque sean conocidas por muchos. Tal como fue explicado al comienzo, eso no significa que una norma determine la realidad social sólo cuando no se actúa en su contra. Ella rige también en caso de transgresión, en tanto éste sea entendido como tal, pero ese entendimiento falta respecto de las normas de religiones o morales fenecidas. De esta segunda condición, la de que exista una voluntad de acatar la norma, no se tratará más aquí, al principio (se volverá sobre ello en la última parte). Las personas están definidas por el hecho de tener suficiente voluntad de acatar la norma. Si no

prestan esa voluntad, ello significará: culpabilidad, o bien no se tratará de la conducta de personas, sino de la de, por ejemplo, niños inculpables.

B — *Conocimiento como caso-base*

1. *Situación normal*

Las siguientes explicaciones rigen principalmente para la primera condición, el conocimiento de la norma y el conocimiento de cuándo se da el caso regulado por ella. Si se establece una sociedad, esa condición evidentemente no puede quedar vaga; pues sin este conocimiento no se podría generar una práctica social determinada. Dicho a modo de ejemplo, allí donde nadie sepa que determinados efectos dañosos sobre el medio ambiente no “deben-ser”, o donde si bien alguien lo sabe, no sabe cómo se pueden evitar esos efectos, no se configurará una sociedad para cuya conformación real también cuente la protección del medio ambiente. Pero si se ha configurado una sociedad de determinada forma, entonces, el conocimiento integrará el componente existencial sobreentendido de cada persona que interactúa en esa sociedad.

Ese “llegar a ser sobreentendido” ha de ser aclarado aún, dado que decide acerca del alcance de cualquier regulación sobre el desconocimiento de la norma. A este respecto se ha de comenzar con el conocimiento de cuándo se da el caso regulado por la norma, es decir, el conocimiento del tipo. En una sociedad de cierta densidad, ese conocimiento no surge como saber aislado, que también se pudiera volver a olvidar, sino como saber con múltiples puntos de apoyo, dentro de un complejo de conocimientos respecto del cual no puede suceder que sea dejado de lado o desplazado, o que ni siquiera se aprenda o que ya no se conozca, ya porque este saber configura la orientación en el mundo de cada persona y ella fracasaría sin él. Si, por ejemplo, una persona arroja una piedra pesada contra la cabeza de otro ser humano, y sabe esto, conoce también el peligro de una lesión; pues en la vida cotidiana la precipita-

ción de una piedra se vincula en tal medida de modo múltiple con la violencia, la fuerza, el ímpetu, y una cabeza, en igual medida de modo múltiple con la fragilidad, que la suposición de que eso no ocurriría, o incluso la ausencia de toda suposición sobre la consecuencia, hablaría de la incapacidad para vivir, y, por ello, puede resultar imposible en una persona que conduce su vida de modo al menos en cierta medida aceptable. Formulado de modo drástico: quien al conocer el hecho de que una piedra se encuentra con una cabeza no asocia a ello la consecuencia de una lesión, no vivirá él mismo por mucho tiempo.

Pero si el que tira la piedra pudiera hacerles plausible, a sus jueces, que él no conocía el peligro, ellos podrían partir de tres posibilidades, en parte bien remotas. En primer lugar, pueden admitir que la persona está configurada de modo totalmente distinto, que ha sido socializada —*sit venia verbo*— en una sociedad exótica. Por ejemplo, quien proviene de una sociedad en la que se desconoce toda clase de mecánica desarrollada, puede no saber que destruye el mecanismo de un reloj al tocarlo; pero, al tocar el mecanismo, justamente tampoco actuará en el ámbito cotidiano de su sociedad.

En segundo lugar, los jueces pueden inferir que la persona tiene una imagen del mundo burdamente incoherente, confusa, inidónea para avanzar ella misma en las situaciones cotidianas más sencillas, en otras palabras, que es débil mental y, por ello, inimputable. Ello no significa que los jueces inferirían la debilidad mental a partir de las suposiciones del que arroja la piedra; más bien tales suposiciones son directamente debilidad mental. Por tanto, en personas capaces de culpabilidad, el desconocimiento del tipo —sea esto entendido como una conclusión intermedia— no puede darse con relación a un objeto cualquiera —de forma tal que no haya una ley causal, que una cabeza no pueda ser lesionada o que los hombres sean inmortales, y otras similares—, sino que puede suceder, en suma, sólo como déficit de orientación individual dentro de una orientación que a grandes rasgos es acertada.

En tercer lugar —y esto probablemente configure el grupo de casos más importante en la práctica— los jueces podrían juzgar que la persona no suele registrar determinados sucesos por falta de interés. A este respecto no se puede tratar de que la persona no registre en absoluto lo obvio —si ella procediera en general de ese modo, se dañaría permanentemente también a sí misma—; pues —tal como ya se observó antes— tampoco su propia cabeza se sostiene si se encuentra con una piedra precipitada. Por tanto, la persona no puede actualizar lo obvio, a lo sumo, selectivamente: si bien sigue teniendo interés en todo lo que se refiere a su propio bienestar, no ve la realidad de los peligros que amenazan a otras personas. Únicamente en esta razón, en la ceguera de hecho selectiva que se basa en la indiferencia, se podrá fundar, en el ámbito de la sociedad practicada cotidianamente, el desconocimiento de una persona imputable y socializada en la sociedad. En los demás casos tales personas tienen conocimiento de lo que sucede.

El resultado se puede trasladar al conocimiento de la norma. Dentro de una sociedad existente, también las normas se apoyan recíprocamente y no pueden ser dejadas de lado o desplazadas, sin que se extravíe sin más toda orientación social. Piénsese que, tras una lesión corporal, alguien declarara que no ha conocido el ilícito: la lesión corporal es la lesión de la propiedad especial del cuerpo —¿cómo podría pensar un hombre que conoce la prohibición del hurto o de la extorsión, que la lesión del cuerpo es socialmente neutral?—. Y con mayor razón sería imposible, en tanto él sea imputable, que no haya conocido el complejo total de los delitos contra las personas. Nuevamente tal desconocimiento puede darse —con prescindencia del caso más bien curioso de una socialización exótica— sólo mediando una imagen básicamente incoherente y confusa de la realidad social, por tanto, una imagen del mundo social propia de un débil mental y, entonces, de un inimputable, o bien se tratará de un desconocimiento basado en desinterés selectivo, en indiferencia. A modo de ejemplo a este respecto: Aquel que está totalmente seguro de no ser

atrapado, o que hace retroceder el interés de no ser atrapado detrás de otro interés, por tanto, quien en todo caso está seguro de maximizar sus propios intereses podrá no tener presente, en caso de abuso sexual de una persona que está a su cuidado, la prohibición de tal conducta, aunque sería actualmente consciente de ella si tuviera fidelidad al derecho.

(Sólo en razón de exhaustividad sea apuntada la posibilidad de que una persona —por ejemplo, en caso de una catástrofe que la conmociona— no piense en una relación en sí obvia, debido a que su atención está fijada a un suceso inusual: en tales constelaciones de casos se abandona la sociedad en su *forma cotidiana*.)

Lo dicho hasta aquí se puede resumir en un primer resultado: En aquel ámbito en que la sociedad muestra su forma cotidiana, el desconocimiento de una norma por parte de una persona imputable y socializada en esa sociedad es, como regla, imposible, dado que, debido a las vinculaciones que sirven de base a las normas entre sí, un desconocimiento individual convertiría la imagen del mundo social en manifiestamente confusa e incorrecta, inidónea para lo cotidiano, y tendría que ser explicado como debilidad mental; ello valdría con mayor razón en caso de desconocimiento de un complejo de regulación completo. En todo caso, sigue siendo posible un desconocimiento selectivo por indiferencia frente a la norma.

2. *Suposiciones esotéricas de legitimación*

Antes de tratar este problema del desconocimiento selectivo por indiferencia y de mostrar en qué ámbito un desconocimiento de la norma es posible por parte de una persona tanto imputable como también interesada, por tanto, no indiferente, ha de mostrarse aún, a partir de lo anterior, una conclusión sobre el concepto de conocimiento: conocimiento de la norma, así fue desarrollado aquí, es conocimiento de la realidad social, conocimiento de lo cotidiano en la sociedad. Si ello es así, entonces, tiene conocimiento de la norma también aquel que si bien conoce la realidad social no la acepta

como válida. Ello sucede en un primer grupo de casos, cuando el autor contrapone a la realidad putrefacta desde su punto de vista, un mejor ideal, como suele ser el caso especialmente en el autor de conciencia. Cuando San Crispín, según una leyenda probablemente basada en una mala comprensión de las fuentes, robó cuero a los ricos para fabricar zapatos en favor de los pobres, el santo probablemente habrá supuesto que su actuar realizaba el verdadero derecho, querido por Dios, contra una realidad putrefacta, pero conocía la incompatibilidad de su actuar con el ordenamiento real, en el que los ricos, de hecho, estaban protegidos frente a los pobres. Por ello, a pesar de la consciencia de obrar bien, y, por cierto, “bien” según un ordenamiento ideal, actuaba en conocimiento del ilícito, juzgado según las normas de la sociedad, tal como de hecho estaba conformada.

Por tanto, las modificaciones o derogaciones traídas desde afuera hacia el ordenamiento real, no anulan el conocimiento del ilícito, y, por cierto, aun cuando el autor esté convencido de la legitimidad de sus imposiciones, ya en tanto sepa sólo que vienen desde afuera. Formulado de modo drástico: El revolucionario convencido no actúa desconociendo el ilícito realizado por él al subvertir la sociedad, medido esto según el antiguo orden, sino que aspira al fin de modificar la situación jurídica que muy bien conoce.

En un segundo grupo de casos, el autor encuentra la razón de la modificación, de la derogación, en el orden mismo, ciertamente sólo como posibilidad, no desarrollada. Se trata principalmente de casos en los cuales el autor considera nula una norma porque contradice la Constitución. ¿Tiene aún, en tal caso, conocimiento del ilícito, cuando transgrede la norma? Conforme al concepto desarrollado —de que el conocimiento de la norma consiste en el conocimiento de la realidad social—, para dar una respuesta se debe distinguir: si el autor parte de la base de que su concepción *será* confirmada por los tribunales pertinentes, continuándose la interpretación practicada hasta el momento, entonces, la norma, desde su punto de vista, no integra la realidad social; pues la realidad

social se determina por la interpretación practicada hasta el momento. Dada esta situación, la norma podría fundamentar, a lo sumo, un ilícito aparente, en todo caso no un ilícito real; formulado de otro modo, su conocimiento se convierte en el conocimiento de algo que no es determinante, porque no se ajusta a la Constitución practicada.

Sin embargo, en esta forma, el segundo grupo de casos probablemente no desempeñe un gran papel. ¿Quién puede estar seguro ahora de que el tribunal interpretará la Constitución, en una cuestión discutida, del mismo modo que él mismo, es decir, en contra del legislador? Por ello, en la forma más significativa en la práctica de este grupo de casos, el autor sabe con mayor o menor certeza que se halla solo en la suposición de la nulidad, es decir, en su interpretación de la Constitución, pero en todo caso no estará seguro de imponerse en la *praxis* judicial. Como ejemplo puede servir una contienda típicamente alemana: Hace algunas décadas, el legislador había dispuesto que quienes viajaran en un automóvil debían ajustarse el cinturón de seguridad durante el viaje. No pocos conductores se negaron a acatar la norma, y, por cierto, invocando un derecho constitucionalmente garantizado al libre desarrollo. Los tribunales no les dieron la razón a los disidentes, y eso tampoco lo esperaban *ex ante* los disidentes, en todo caso no con seguridad. Por eso, ellos tenían, incluso ya antes del pronunciamiento del tribunal, al menos conocimiento eventual del ilícito. También el Tribunal Supremo Federal se refiere (en un problema paralelo —la sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia firme del Tribunal Supremo—) a la práctica que se atiene al orden real: En razón de que “las leyes penales... no llevan una vida propia” —lo que significa, que no devienen reales sin llevarse a la práctica por personas— “su interpretación y permanente aplicación práctica por medio de los tribunales llamados a hacerlo es determinante”¹.

¹ BGHSt., t. 15, p. 156 y siguientes.

II — *DESCONOCIMIENTO INEVITABLE DE LA NORMA*

A — *Grupos de casos*

Queda en pie que conocimiento de la norma es conocimiento de la realidad social. Por tanto, desconocimiento de la norma por parte de una persona imputable y no indiferente sólo puede producirse cuando haya una realidad social extraña, no cotidiana, infrecuente, o bien cuando todavía no se pueda saber exactamente en qué realidad habrá de consolidarse una socialidad surgente o cambiante. En concreto, esto significa que hay tres grupos de casos de posible desconocimiento de tales personas: primero, casos en los cuales una persona actúa en un ámbito de la sociedad ajeno a ella; segundo, aquellos en los cuales una norma es desconocida no en su núcleo, sino en sus aspectos marginales; y, tercero, casos de desconocimiento de normas puramente técnicosociales, es decir, normas que, sin determinar la forma social, deben garantizar la posibilidad de administrar —en sentido amplio— la sociedad.

Sea dado un ejemplo para cada grupo de casos: Un caso del primer grupo —actuar en un ámbito de la sociedad ajeno— se daría cuando un extranjero sin información conduce un automóvil en el tránsito vial ajeno a él; sabrá que habrá una cantidad de cosas prohibidas y mandadas, pero cuáles, precisamente, será extraño a él. Corresponde al segundo grupo de casos —el ámbito marginal de las normas— aquel en que alguien, al defenderse de un ladrón desvergonzado que anuncia su futuro regreso, comete una lesión corporal amparándose en la creencia de que habría derecho a quitarle las ganas al ladrón, ya ahora mismo, en forma mesurada, de aquel regreso; el que se defiende conoce la prohibición de las lesiones, pero no su persistencia en este caso marginal. Con relación al tercer grupo de casos, se puede pensar, por ejemplo, en normas según las cuales determinada conducta es antijurídica si se realiza sin permiso de la autoridad. Ciertamente es que también aquí hay normas cuyo desconocimiento puede resultar imposible: cualquiera sabe que para construir una usina ató-

mica hace falta una autorización administrativa; pero no por eso sabe que en Alemania está prohibido extraer sin autorización, en su propio terreno, aunque más no sea un par de litros de agua subterránea.

B — *Derecho sólo positivo*

Con esta descripción de los casos de posible desconocimiento de la norma, sin embargo, no se aclara todavía que el autor puede alegar el desconocimiento exonerador. El derecho penal alemán distingue según se trate de desconocimiento inevitable, que excluye la culpabilidad, o el desconocimiento evitable, en cuyo caso *puede* ser atenuada la pena —no *tiene* que serlo—.

En lo que respecta al desconocimiento *inevitable*, la consecuencia de excluir la culpabilidad se puede fundamentar quizá fácilmente para el segundo y tercer grupo de casos —ámbito marginal de las normas y normas técnico-sociales—. Se trata justamente de casos en los cuales el límite podría ser trazado también de modo algo distinto sin revolucionar la existencia social. En otras palabras, el límite no está delineado por una práctica solidificada de la sociedad, sino prescripto por el derecho positivo. Pero a tal derecho sólo positivo lo acata del modo más efectivo no aquel que lo internaliza, sino que lo toma como viene, y ello significa de nuevo: si la razón de vigencia de este derecho, la positividad, está fuera de discusión, su contenido puede ser puesto en duda en el caso concreto, sin que esto pueda conducir a la inobservancia general de tales normas.

No sólo el derecho mismo, sino también otra persona como víctima real o potencial puede aceptar esta consecuencia; pues en la sociedad moderna, de libertad, el centro de las relaciones jurídicas entre las personas nunca está conformado sin más por el derecho sólo positivo, sino que deriva del orden de la vida cotidiana, de las costumbres; en caso contrario, la sociedad no sería una sociedad de libertad, sino una organización de violencia. Lo sólo positivo afecta a casos margina-

les, que no definen la imagen. En esa medida, ocurre lo mismo que en el desconocimiento inevitable del tipo: en la interacción de personas imputables, también esto se refiere sólo a casos marginales.

C — *Conocimiento difuso de ámbitos regulados*

La decisión es más difícil en el primer grupo de casos, es decir, en aquel en que una persona actúa en un ámbito que si bien es extraño para ella, no lo es para cualquiera. A este respecto las explicaciones han de concentrarse en el caso más delicado: Alguien actúa dentro de ese ámbito especial, y, por pura indiferencia, no se ocupa de las regulaciones jurídicas existentes; una indiferencia *antes* del hecho, entonces, tiene la consecuencia de que *al cometer* el hecho faltan conocimientos activables. En este caso, en alguna medida se puede resolver la cuestión diciendo que el autor, así y todo, revelará un conocimiento eventual de la norma; así, un piloto que despega sabe, sin conocer la altura de vuelo prescrita, que el hacer rumbo a cualquier altura que él elija puede ser antinormativo. Pero, con frecuencia, el conocimiento resultará en tales casos demasiado difuso como para poder fundamentar en él el reproche por violar una norma *determinada*: quien se mueve en un tránsito vial totalmente ajeno a él (sin poder acabar ya mismo con esto, es decir, por ejemplo, en un paso estrecho), podrá saber que probablemente vulnera algunas de las reglas, pero no cuáles; lo mismo le ocurrirá a aquel que presenta una declaración impositiva en favor de una empresa, sin ser fuerte en derecho tributario, a aquel que, en el ámbito de la medicina, tiene que operar con aparatos de rayos o material de radiación, sin conocer las disposiciones de seguridad, etc. La cuestión de si las normas de las que el autor no se ha preocupado protegen el cuerpo o la vida, o bien la propiedad o el patrimonio, quizá también la competencia prioritaria de la administración para tomar una decisión, todo eso queda difuso; sólo se conoce que probablemente existirán algunas normas de esta clase. Un ejemplo: un médico de rayos X ya no se preocupa por continuar su formación y, por ello, puede no sa-

ber que en adelante se prohíbe una forma de aplicación que hasta entonces regía como estándar. En otras palabras, durante la ejecución podrá existir conocimiento eventual o incluso no eventual, de hacer algo equivocado, pero ni se sabe con exactitud cuál es la conducta equivocada, ni en qué sentido algo está equivocado.

Parece natural aplicar las reglas de la *actio libera in causa*: Dado que el autor ya no puede conducirse según las normas cuando él, dicho con una imagen, vive en un planeta extraño, ha de serle reprochado el que haya llegado, en suma, a ese planeta. Por tanto, se pretende adelantar el reproche al momento en que se asume la función, o buscarlo en que el autor no se ha informado a tiempo. Es manifiesto, sin embargo, que tal adelantamiento no daría la solución; pues, en el momento anterior, el conocimiento de la próxima violación a la regla resulta igualmente sólo de modo difuso, por tanto, como conocimiento de la norma no se concreta suficientemente como para poder dar base al reproche de culpabilidad.

Por ello, se intentará abordar el problema de otra manera. De las numerosas vías propuestas han de ser tratadas aquí brevemente dos. Según la primera propuesta de solución, podría serle formulado al autor un “reproche indirecto de culpabilidad por el hecho”, cuando el desconocimiento inevitable al momento del hecho se base en que *antes*, “en forma reprochable”, no se haya informado sobre el estado de las normas, con lo cual se presupone el reproche de que el aceptar la actividad en el ámbito especial ya debió ser previsto en el momento previo. La construcción es similar a la de la culpa por asunción en la imprudencia, es decir, cuando se asume una actividad respecto de la cual quien la asume no está en condiciones, conociblemente, de llevarla a cabo correctamente². La fundamentación no sustenta el resultado: un “reproche indirecto de culpabilidad por el hecho” no se puede fundamentar

² Rudolphi, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, p. 252 y siguientes.

por la conducta anticipada, ya por el hecho de que esta conducta no puede ser reprochada en vista de un hecho futuro determinado, sino, a lo sumo, en vista de un conjunto difusamente combinado de hechos diferentes, pero justamente aún no concretados; de este modo se caracteriza a la vez la diferencia con la culpa por asunción en la imprudencia: en esta propuesta, no está en juego un reproche indirecto del hecho, sino un reproche directo por la hostilidad general frente a la norma, respecto de lo cual, sin embargo, falta un tipo, justamente un tipo de hostilidad general frente a la norma.

La segunda propuesta de solución discurre de modo más radical: el concepto de desconocimiento inevitable se interpreta normativamente; sería no conocido de modo inevitable no ya todo aquello que al autor le es actualmente inaccesible incluso con la mejor buena voluntad, sino sólo aquello inaccesible por cuya imposibilidad de acceso no es competente el autor. Formulado de otro modo, no se pregunta por la existencia real del variable conocimiento del autor al momento del hecho, sino por la existencia debida; si el autor es competente por el conocimiento, si, por tanto, al menos el conocimiento variable integra la existencia debida, esa situación significa “evitabilidad”, si es incompetente, significa “inevitabilidad”³.

A esta propuesta de solución no se le puede negar, al menos, coherencia externa: si el derecho no espera que el autor *quiera* acatarlo, sino que presupone la voluntad de acatamiento, ¿por qué debería esperar a que el autor se haya informado sobre la situación normativa, y no podrá presuponer más bien el estar informado? Sólo que esta coherencia externa —y esto genera una primera duda sobre la propuesta de solución— puede ser llevada aun más allá; no sólo se podría exigir contrafácticamente un estado de conocimiento, sino también aptitudes, fuerza exterior y demás. Quien reprochablemente no adquiere determinadas capacidades, a pesar de ello tendría que ser tratado como capacitado para las funcio-

³ Timpe, GA, 1984, ps. 51 y ss. y 65.

nes; quien reprochablemente arruina su fuerza corporal, igualmente como fuerte; quien reprochablemente se emborracha, como sobrio; y esto, hasta la suposición probablemente ya grotesta de que aquel que reprochablemente se quita la vida debería ser considerado como aún vivo.

Las mencionadas ampliaciones de la propuesta de solución ponen en claro de qué se trata en ella: En lugar de la defraudación por el hecho de que una persona no acató una norma, aparece otra, a saber: que una persona reduce el alcance de la conducta controlable por ella. Formulada en términos de teoría de las normas, esto significa no que la norma es quebrantada, sino que el destinatario de la norma se diluye. Ahora bien, los defensores de la propuesta de solución no niegan esta constatación, pero objetan que una persona no puede alegar una autodisminución, por la que ella es competente. Así se dice en la bibliografía, por ejemplo, que, en contra de la teoría del dolo, la teoría de la culpabilidad no exige conocimiento o conocibilidad precisamente en el momento del hecho, más bien “la libertad de decidirse en favor del derecho, y, con ello, la imputación a la culpabilidad, sólo presupone que el autor” hubiera podido “enterarse de la cualidad jurídica de su conducta futura”, “antes de que él actuara, pero no que esto también fuera posible, todavía, en el momento del hecho”⁴. Si esto fuera correcto, también en otros casos tendría que serle exigido en la sociedad, aún actualmente, al que carece de orientación en razón de su propia competencia, encontrar el camino debido; pero este no es el caso. Ciertamente es que aquel que se convierte a sí mismo en falta de orientación, en las consecuencias es considerado él mismo como competente por perder el camino, pero, dentro de su falta de orientación que de hecho ha ocurrido, nadie lo tratará como todavía orientado, sino como perseguido inevitablemente por la maldición del hecho malo. Dicho a modo de ejemplo, si alguien se interna de modo imputable en un campo minado, deberá imputár-

⁴ Stratenwerth, en: Dornseifer y otros, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 491.

sele a él mismo que perezca, pero nadie esperará de él que eluda todas las minas de modo planificado. De este principio general, de que la falta de orientación, otro defecto cognitivo, o incluso uno psíquico, no suprimen la expectativa normativa actual sin considerar la razón de la insuficiencia, no puede desvincularse el derecho penal para el caso del error sobre la norma.

La propuesta de solución que aquí se discute formula, por tanto, como culpabilidad en el momento del quebrantamiento de la norma lo que sustancialmente es “tener la culpa” de la insuficiencia personal. Si este “tener la culpa” no ha de ser un proceso con el cual se dañe el autor a sí mismo al menos con tanta probabilidad como a otros —un proceso que, por tanto, ponga de manifiesto *per se* la incompetencia del autor—, sino que más bien el “tener la culpa” de la insuficiencia puede ser usado como medio para sustraerse de sus deberes, entonces, el legislador tiene que introducir un tipo correspondiente. En el derecho alemán hay un tipo de esa índole para un caso particular, a saber, para el caso del ponerse a sí mismo en estado de embriaguez (§ 323 a, StGB); aquí no se imputa el hecho cometido en enajenación, sino justamente el hacer posible, con el acto de embriagarse, delitos sólo difusamente identificables. Lo correspondiente sería tipificar también —si es que hace falta— la pérdida imputable del conocimiento de la norma.

III — DESCONOCIMIENTO EVITABLE DE LA NORMA

A — ¿“Motivo” para la evitación?

En un último capítulo ha de tratarse, primeramente, cuándo es evitable un desconocimiento de la norma en el momento que, como se vio, interesa: el momento del hecho; y, en segundo lugar, cuándo el desconocimiento evitable o incluso el evitado, el conocimiento, debe ser tenido en cuenta por el autor, es decir, cuándo debe conducir a la evitación del hecho.

Usualmente, la respuesta sobre la evitabilidad de un desconocimiento reza que ésta estaría dada cuando el autor, a pesar de tener un motivo para indagar por la existencia de una norma, no ha hecho nada al respecto. Empero, al menos esta *formulación* de la problemática queda atascada en naturalismos. Conforme a la teoría mejor elaborada desde el punto de vista psicologizante, se sostiene que una “capacidad para conocer” presupone al menos que exista una “representación de la posibilidad de que el proyecto de acción estaría de algún modo prohibido”⁵. Pero si esta representación existe y no significa nada para el autor, él no seguirá orientándose por este hilo. Es decir, incluso esta representación da un motivo no en el sentido psicológico-individualizante, sino en un sentido normativo: ella debe dar un motivo. En otras palabras, el autor reaccionará a la representación sólo si a él le importa acatar el derecho; pero dado que el derecho no puede dejarse desplazar porque el autor no se ocupe de él, el motivo para acatar el derecho es sencillamente presupuesto; nadie puede invocar que le falta ese motivo.

Pero si el motivo para acatar toda norma que es norma jurídica, es pensado como realmente existente en el autor, entonces, el autor acatará no sólo las normas que ya están ante sus ojos, sino también aquellas que se le aparecen ante sus ojos en razón del motivo, es decir, que son actualizadas mediante el motivo, como especialmente las normas que en un momento anterior no se conocieron de modo actual por indiferencia. Dicho a modo de ejemplo: incluso aquel que no tiene la menor idea actual de que conduce demasiado rápidamente con su automóvil, podría evitar el desconocimiento de la norma que prohíbe esto, si revisara su conducta por el interés suficiente en acatar el derecho y fuera hecha consciente la norma almacenada, pero no actualizada. Esto no significa que cualquier persona tenga que reflexionar permanentemente sobre su hacer y su omitir; más bien la juridicidad de la conducta cotidiana es conocida por todos como una cualidad de

⁵ Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, p. 106.

ella; en esa medida, el motivo presupuesto no puede producir nada, porque ya se produjo todo. Solamente en situaciones no estereotipadas el motivo encuentra un punto de partida, y ningún ciudadano es sobreexigido cuando, en tales situaciones, tiene que reflexionar acerca de la juridicidad de sus proyectos de acción. A este respecto, el estereotipo está definido a partir de la sociedad, no del individuo; una vez más a modo de ejemplo: quien abusa sexualmente de personas que están a su cuidado, actúa en una situación no estereotipada, aun cuando se haya habituado a sí mismo a tales procesos y la valoración jurídica le resulte indiferente. El estereotipo es, entonces, sólo el curso ordenado, no también el que está fuera de orden, pero es practicado usualmente.

De este modo, ya se puede formular una primera consecuencia intermedia: No es decisivo si el individuo se ve motivado; más bien el derecho presupone como dado un motivo para activar todo lo disponible; se satisface esta exigencia determinada normativamente en el ámbito de lo que estereotipadamente es conforme al derecho mediante el conocimiento de la conformidad al derecho.

B — *Competencia por la situación de impulso*

Siguen ahora las explicaciones sobre el segundo problema parcial, la relación entre desconocimiento evitable o desconocimiento evitado y evitación del hecho. Con el método descripto —presuponer un motivo para acatar el derecho— se puede averiguar la medida máxima del conocimiento de la norma individualmente reproducible, pero con ello no está dicho aún que sólo porque el conocimiento de la norma sea reproducible con este método, también tenga que incumbirle también algo de esto al autor. La respuesta a la cuestión de cuándo el autor es competente para evitar el ilícito conocible o incluso conocido se puede resolver en una frase. Él es competente cuando su saber actualizable o incluso actual forma parte de su rol, e incompetente, cuando se trata de un saber

especial individual o de suposiciones que provienen del exceso de escrupulosidad individual.

Comiencese por lo último, el exceso de escrupulosidad: un portador del rol, un ciudadano jurídicamente concienzudo, observa las normas del ordenamiento real. Conforme a ello, el autor, como todo ciudadano, puede tratar como conforme a derecho lo que estereotípicamente es conforme a derecho. Nadie tiene que contar con modificaciones antes de que éstas hayan sido introducidas según el procedimiento previsto para ello. Por tanto, quien, por ejemplo, supone que una firme jurisprudencia, según la cual su conducta está permitida, será modificada próximamente, lo cual sucede también enseguida, no actúa con consciencia de infringir una norma del ordenamiento real, a pesar de lo acertado de su suposición.

Además, ningún ciudadano que se mueve en su ámbito interno o en el ámbito abierto a todos sin restricciones, como por ejemplo un peatón o un comprador en el mercado, tiene que adquirir por sí mismo nuevas informaciones jurídicas, al menos no en un estado que se entienda como estado de prestaciones; más bien él puede confiar en que las modificaciones le serán comunicadas de modo eficiente. Si se producen modificaciones, ellas no forman parte, antes de su publicación eficiente, de las normas que deben ser observadas por todos, y, por cierto, aun cuando el autor haya sabido de ellas más o menos por casualidad; pues su rol de “persona común” no abarca tales conocimientos.

Ya con ello se entra en el terreno, más importante en la práctica, del conocimiento especial: Si la sociedad tiene a disposición procedimientos para la solución de dudas sobre la situación jurídica, y el procedimiento conduce a un resultado inequívoco, entonces, un conocimiento individual de que el procedimiento estuvo afectado de deficiencias ya no integra el rol de un ciudadano. En concreto: Quien como lego en una cuestión común consulta a un abogado corriente que ha aprobado su examen estatal (!), puede confiar penalmente en la respuesta, aun cuando individualmente tenga todo el motivo

para desconfiar, por ejemplo, porque oyó casualmente que el abogado le decía a un tercero que se sentía inseguro en su decisión. Pero él ya no puede confiar cuando esto contradice el rol de quien busca la respuesta jurídica, por ejemplo, cuando el abogado consultado aconseja, al tiempo en que hace una guiñada, burlar la norma mediante “maniobras groseras”⁶.

Para ámbitos de actividades con acceso restringido, rigen reglas más estrictas, en tanto estas restricciones deban servir también para asegurar conocimientos jurídicos estándares. El panorama alcanza desde las profesiones de asesoramiento jurídico e impositivo hasta la de un simple conductor que tiene que tener su registro. Quien ejerce tales actividades tiene que seguir las modificaciones del estándar, con lo cual todavía no se establece la medida del cuidado que se espera de él —no es que el conductor tenga que abonarse al boletín oficial, pero el comerciante de armas al menos sí debe hacerlo con el boletín informativo de su asociación profesional—. Qué portador de un rol puede confiar en qué situación, forma parte de la descripción de la organización concreta de una sociedad; uno puede figurarse muchas imágenes. Tales concreciones pueden quedar aquí de lado; sólo se ha de mostrar que se trata de un problema que evoca aquel de la determinación de la forma de la conducta no permitida en el marco de la realización del tipo: Allí se trata de la competencia por la conducción de la acción, aquí de aquella referida a la conducción del impulso, en todo caso, de una cuestión normativa: competencia.

*C — Competencia por las consecuencias
de la situación de impulso*

El paralelismo se puede continuar: también la imputabilidad del resultado de la conducción errónea sucede, en la conducción del impulso (es decir, entre otras cosas, respecto de la conocibilidad de la norma), según los principios conocidos

⁶ KGJR, 1977, ps. 379 y 380.

a partir de la conducción de la acción, sólo que ocupa el lugar de lo que es resultado de la conducta típica, el resultado de la situación de impulso, lo que significa que el lugar de la competencia por el resultado típico lo ocupa la competencia por el conocimiento de la norma, o, en el caso inverso, que a un resultado no imputable le corresponde la incompetencia por la inobservancia de la norma.

Una difundida opinión entiende que también habría incompetencia, cuando un autor dubitativo, si se hubiera informado, habría obtenido información equivocada, pero siempre que hubiera podido confiar en esta información equivocada —a la que sin embargo no se ha llegado—. Este punto de vista no es correcto, en primer lugar, ya por razones normológicas; pues nadie que se halla en dudas tiene la misión de sacarse la duda por medio de informaciones; la persona que duda solamente está obligada a omitir el proyecto dudoso (o bien, en los delitos de omisión, a ejecutar de todos modos la acción de salvamento). Dicho a modo de ejemplo, quien, al conducir por la calle, no sabe si tiene que hacerlo por la derecha o por la izquierda, se puede quedar en su casa que todo estará en orden. Más aun, en tanto se trate de representaciones —de todos modos, inseguras— de la situación jurídica realmente dada, y sólo de tales casos (pues las dudas sobre una situación jurídica ficticia conducen al delito putativo), la norma se agota en la disposición de evitar la situación ilícita así y todo reconocida de modo eventual.

El punto de vista esbozado no debe ser seguido, además, por otra razón: y es que no habla de la imputabilidad de un curso real, sino de la no imputabilidad de uno hipotético; esto último interesaría si la hipótesis se transformara en realidad, pero eso no atañe al caso a decidir. Cierto es que, para la hipótesis, uno puede remitirse a que, en caso de darse la información, se *habría* producido un error que no *debería* achacarse al autor, pero a esta información de hecho no se ha llegado, y, por ello, el conflicto no se puede resolver con la hipótesis. Dicho a modo de ejemplo: un agricultor duda acerca de si puede colocar una fuente sobre su terreno sin autorización

administrativa (según el derecho alemán, no puede hacerlo); considera la posibilidad de consultar a su abogado, pero no logra hablar con él y construye la fuente siguiendo en la situación de duda. El abogado le habría dado erróneamente la información equivocada (permitido). Pero dado que él de hecho no le ha dado ninguna información, rechazará acertadamente una culpa de su parte en el suceso, y su aseguradora vería probablemente sólo como una broma la ocurrencia de pretender una reparación por la hipotética información equivocada del abogado. Entonces, la vía de trasladar el conflicto del autor al abogado está obstruida; culpa hipotética o mala suerte hipotética, desgracia hipotética, no explican conflictos reales.

Pero eso no significa que a partir de aquí interese si la duda del autor fue resuelta realmente o no; no está en juego la psiquis, sino la competencia, que es la que decide si el autor *puede* partir de la juridicidad de su conducta o no. Entonces, quien le pregunta a una persona digna de confianza y recibe de ella una información equivocada, puede poner esta información como base del planeamiento restante, y no desempeña ningún papel la cuestión de si él considera la información como convincente o como poco plausible. Más aun, ni siquiera necesita adquirir la información como conocimiento, cuando sólo recaba por ella y ha cumplido así su parte. Por ejemplo: un exportador que duda acerca de si pueden ser exportados ciertos aparatos militares, consulta por escrito al ministerio competente; le llega la respuesta, que reza de modo equivocado —en el sentido de que el negocio estaría permitido—, pero, por desatención, no la ha leído y cree ahora que el ministerio la retarda; enojado, lleva a cabo la exportación con conocimiento eventual del ilícito. En el momento en que el ministerio le dio la información, perdió la competencia referida a tener que seguir preocupándose por el conocimiento de la norma, y, por cierto, independientemente de la forma de su organización interna. La cuestión de si lee la información y confía en ella, la lee y sigue dudando o bien no la lee y ya no piensa en nada o no la lee y sigue dudando, es irrelevante. En el momento en que la información llega a su organización ya no rige pa-

ra él una expectativa cuyo contenido sea que él considerará la situación jurídica como al menos dudosa; pues la elaboración de la situación interna *puede* conducir al resultado de que el negocio esté ciertamente permitido, lo que significa que él ha rendido lo que se requiere en su rol respecto del acatamiento de la norma.

D — *Medición de la pena*

Dado que se trata de competencias y no de fenómenos psíquicos, no sería adecuado penar, en el caso de desconocimiento evitable, necesariamente de modo atenuado con relación al caso de que exista conocimiento. Más bien ha de ser decisiva la razón por la cual el autor no evita el hecho: si el autor es él mismo competente por la no evitación en todo el alcance, también merece la pena total, siendo indiferente que conociera el ilícito o “sólo” pudiera conocerlo. Así ocurre especialmente en el caso de un autor que en el momento actual carece de conocimiento por indiferencia: si, por ejemplo, un conductor no piensa en los límites de velocidad introducidos nuevamente, porque no le interesan —en la seguridad de no ser atrapado—, entonces, este desconocimiento no ofrece ninguna razón para atenuar la pena.

Si el autor ha de ser desgravado, tiene que poder invocar que su desconocimiento se debe a razones que no le atañen, es decir, por ejemplo, por el desconcierto de caer sorpresivamente en una situación compleja, por distracción causada por motivos jurídicamente plausibles, como peligros sorpresivos y de peso. Nuevamente deben quedar de lado las particularidades, pero el principio de que justamente decide la medida de la competencia y no la medida de la realización psíquica del ilícito, debería haber quedado claro.

IV — *RESUMEN*

1. — En tanto una sociedad cotidianamente sea real para todos, el desconocimiento de la norma puede apare-

cer, en caso de una persona imputable y socializada en la sociedad, en todo caso como un desconocimiento selectivo, basado en indiferencia.

2. — Las suposiciones de legitimación esotéricas no anulan el conocimiento de la norma.
3. — El esporádico desconocimiento inevitable de la norma en el ámbito del derecho sólo positivo no pone en peligro el principio del carácter determinante del derecho positivo.
4. — Si una persona se mueve en un ámbito normativo ajeno a ella, el conocimiento de la norma que ella puede alcanzar solamente por el conocimiento de la ajenedad es demasiado difuso como para poder dar sustento a un reproche de culpabilidad por el hecho. Para la punición haría falta un tipo de infidelidad indeterminada a la norma.
5. — La evitabilidad de un desconocimiento de la norma no requiere ningún motivo; más bien éste es postulado por la norma.
6. — Más preciso que hablar de evitabilidad es hablar de competencia por la evitación del hecho. Los principios de la competencia son correspondientes a los de la imputación objetiva.
7. — La medida de la culpabilidad sigue a la medida de la competencia por la evitación del hecho, no a la medida de la realización psíquica del ilícito; conforme a ello, especialmente en caso de desconocimiento selectivo que se basa en indiferencia, existe plena culpabilidad.

OBSERVACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFIA

Las monografías de Rudolphi y Horn fueron citadas ya en el texto (notas 2 y 5). En contra de la deducción aquí intentada del conocimiento del ilícito a partir del conocimiento de la

realidad social se halla el intento de presentar a la “consciencia del ilícito... como posibilidad de autoconstitución del sujeto libre entre otros sujetos libres”, en Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis. § 17 Satz 2 StGB*, 1993. Sobre la bibliografía, véase, por lo demás, las referencias de Jakobs, *Strafrecht, AT*, 2ª edición, 1991, 18/previo a 1; *Derecho penal. Parte General*, 1995, doctrina del apartado 18.

PARAGRAFOS DEL CODIGO PENAL ALEMAN (StGB) VINCULADOS A ESTE CAPITULO*

De la parte general:

§ 16. *Error sobre circunstancias de hecho.* 1) Quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por comisión imprudente queda intacta.

2) Quien, al cometer el hecho, supone erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna, sólo puede ser penado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.

§ 17. *Error de prohibición.* Si, al cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de realizar un ilícito, actúa sin culpabilidad, si no pudo evitar este error. Si el autor pudo evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme al § 49, párr. 1.

De la parte especial:

§ 323 a. *Embriaguez plena.* 1) Quien se embriagare dolosa o imprudentemente mediante bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagantes, será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa, si en ese estado cometiere un hecho antijurídico y no pudiere ser penado por él en razón de que, debido a la embriaguez, se hallaba en un estado de incapacidad de culpabilidad o en razón de que esto no pueda ser excluido.

2) La pena no podrá ser más grave que la pena con que esté amenazado el hecho cometido en estado de embriaguez.

3) El hecho sólo será perseguido a instancia de parte, con autorización o a petición de pena, si el hecho cometido en estado de embriaguez sólo pueda ser perseguido a instancia de parte, con autorización o a petición de pena.

* Nota de traducción.

III.

Exposición y abandono de personas*

Acotaciones sobre el concepto de peligro concreto
y de delito de puesta en peligro
en el ejemplo del § 221 del Código Penal alemán

PROFESOR DOCTOR **EBERHARD STRUENSEE** UNIVERSIDAD DE MÜNSTER

A — Introducción

1. *La exposición en el sistema de protección de bienes jurídicos*

Junto a los delitos que comprenden la *lesión* dolosa e imprudente de bienes jurídicos, hay algunos tipos que penan formas de conducta de determinada clase, si ellas conducen a poner en peligro la vida o la integridad corporal. Se cuentan aquí —especialmente—, la puesta en peligro del tránsito vial (§ 315 c, StGB) y la intervención peligrosa en el tránsito vial (§ 315 b, StGB). A estos tipos penales pertenece, en lo esencial —como se habrá de exponer aún más de cerca—, también la norma penal sobre la exposición de personas.

2. *Clasificaciones dogmáticas*

En la dogmática alemana del derecho penal se ubica a los delitos de puesta en peligro como contrapuestos a los delitos de lesión. El punto de referencia de esta clasificación es el bien jurídico protegido. En los delitos de lesión, el tipo legal describe una lesión del bien jurídico. Los delitos de homicidio

* Traducción de Marcelo A. Sancinetti (UBA, UTDT, UNPSJB, UNNE).

tienen por contenido la lesión del bien jurídico “vida”; el hurto (§ 242, StGB), la apropiación indebida (§ 246, StGB) y el daño (§ 303, StGB) contienen casos de lesión a la propiedad.

También la categoría de los delitos de puesta en peligro está definida por la relación con una lesión del bien jurídico. Se distinguen dos casos de esta relación, a saber, los delitos de peligro *concreto* y *abstracto*.

Se trata de delitos de peligro concreto, cuando la ley exige que en el caso individual, un bien jurídico entre en peligro efectivamente. Estos delitos se reconocen en razón de que o bien la ley exige textualmente la producción de un peligro para el objeto del hecho —así, p. ej., el § 315, c, StGB— o bien la interpretación pone de manifiesto ese requisito. Para el derecho positivo alemán hay que acotar aún que no hay delitos generales de puesta en peligro. Por tanto, no hay un tipo penal de la causación dolosa o imprudente de un peligro para la vida o la salud de otros; Binding había denominado despectivamente una categoría de esa clase como “engendro criminal”¹. En el derecho alemán siempre es necesario que el peligro sea producido por acciones o medios de determinadas características, en el caso del § 315, c, StGB, p. ej., por la conducción de un vehículo y la infracción a determinadas reglas del tránsito vial.

Delitos de puesta en peligro abstracto son aquellos en los cuales la ley conmina con pena acciones que fundamentan de modo característico el peligro para un bien jurídico. En el caso particular, empero, no hace falta que un bien jurídico entre en la esfera de alcance de la acción peligrosa. Un ejemplo de esta categoría de delitos, que, entretanto, se ha vuelto clásico, está configurado por el tipo de “ebriedad en el tránsito”, del § 316, StGB. Conforme a ello, es punible aquel que, en el tránsito vial, “conduce un vehículo, a pesar de no estar, como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas o de otros

¹ Binding, GS, t. 86 (1919), p. 353.

medios embriagantes, en condiciones de conducirlo con seguridad". La inseguridad en la conducción, producida por el medio embriagante, es causa frecuente de accidentes con graves consecuencias para la vida, la salud o la propiedad de otros que participen en el tránsito vial o de personas afectadas por éste (por ejemplo, los aledaños). Pero la punibilidad en el caso particular no depende de que se haya producido una "situación crítica" cualquiera para un bien jurídico protegido. Más bien el temor de que ello suceda, queda como mero *motivo* del legislador para prohibir acciones descriptas de determinado modo, por su peligrosidad².

B — *De la interpretación
del tipo de exposición o abandono*

1. *Panorama*

El delito básico de exposición de personas reza así:

"Será penado con pena privativa de libertad desde tres meses hasta cinco años, quien expusiere a una persona desamparada por su corta edad, decrepitud o enfermedad, o quien abandonare en situación de desamparo a una de esas personas, cuando esté bajo su custodia, o cuando tenga que cuidar de su alojamiento, subsistencia o asistencia".

Los párrafos 2º y 3º contienen calificaciones, previendo, el párrafo 3º, un marco penal agravado, cuando se haya producido una lesión corporal o la muerte de la víctima; a este respecto, el autor tiene que haber actuado, en relación a la consecuencia más grave, al menos imprudentemente (§ 18, StGB).

"Exponer" es un traslado de la víctima; "abandonar", un traslado del autor desde el lugar en que se halla hasta ese

² Cf. M. E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2ª edición, 1923, p. 129; Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, p. 23, nota 52.

momento. Esta es la caracterización usual del contenido de ambas formas de conducta y de la diferencia entre ellas³.

Además, ambas formas de conducta tienen que poner a la víctima en una situación de desamparo o bien dejarla en esa situación. La víctima se halla en situación de desamparo cuando no puede aventar por sí misma un peligro grave para su vida —y, según la opinión dominante, también para su salud—. Se basa en este requisito la declaración de la dogmática de que, en la exposición de personas, está en juego un delito de peligro concreto.

El requisito de la situación de desamparo conduce a ulteriores consecuencias que anticipo como tesis: “Exponer”, o, más precisamente, el resultado del exponer, es el quitar o impedir una ayuda ajena al autor; “abandonar”, o, más precisamente, el resultado del abandonar, es el hacer imposible la propia ayuda.

2. *Exponer*

El exponer, es decir, el trasladar a la víctima, sucede, las más de las veces, llevando el autor mismo a la víctima a otro lugar. Pero la variación del lugar se convierte en exposición recién cuando están cumplidos otros dos presupuestos: se le sustrae a la víctima la ayuda ajena (o bien otra protección subsistente), y ella entra por esa vía en una situación de desamparo. Sea explicado esto con más detalle en algunos ejemplos:

Si, en el lugar en que estaba la víctima originariamente, no tenía ella por qué esperar una ayuda ajena, la variación del lugar no conduce a un empeoramiento de la situación: El conductor que, en fría noche de invierno, recoge a un ebrio en un paraje olvidado de la mano de Dios, y lo lleva consigo apoyándolo en la superficie abierta de su

³ Schönke - Schröder - Eser, *StGB*, 25ª ed., 1997, § 221, nros. 6 y 7.

pequeño acoplado, pero, luego de una discusión, lo deja nuevamente en la calle, no agrava, por esa variación del lugar, el peligro de muerte por enfriamiento.— Quien lleva al toilette a una persona débil produce una modificación del lugar en que ella se hallaba, pero no comete una exposición.— La madre que deja a su hijo recién nacido en el umbral de una casa ajena, aumenta las chances de la víctima de recibir una ayuda ajena, si es que no había que contar con que, en caso contrario, otra persona se habría ocupado de la víctima. (El que la madre sea eventualmente punible por “abandono” es otra cuestión.)

Si uno exceptúa a estos casos de la punibilidad del § 221, StGB —tal como lo hace la concepción general—, puede fundamentar dogmáticamente esa excepción sólo sobre la base de que se incluye en el tipo, por interpretación, un presupuesto no escrito: mediante la variación del lugar, la víctima tiene que ser puesta *en situación de desamparo*⁴. Por cierto, también la ley menciona el requisito de la situación de desamparo, pero sólo en relación con los casos de abandono. El que también en la alternativa típica del “exponer” tenga que darse la situación de desamparo, se puede fundamentar no sólo con la solución evidente de los ejemplos mencionados —que quizá no sea evidente para todo el mundo—. En favor de ello hablan otros puntos de vista. En el contenido de ilícito y de culpabilidad la ley equipara la exposición (por parte de un no garante) con el abandono (por parte de un garante). De allí se deriva que, valorativamente, también la punibilidad de la exposición exige asimismo una puesta en peligro concreto, igual a la del abandono. Adicionalmente, la extensión del requisito de la situación de desamparo se sigue también del tipo del delito calificado por el resultado del § 221, párr. 3º, StGB: “Por” la exposición se puede causar una lesión corporal grave, sólo si se atravesó antes el estadio del peligro correspondiente.

⁴ Así ya la sentencia del RGSt., t. 7, ps. 111 y 112.

La exposición, por tanto, está consumada recién cuando la víctima, tras ser trasladada a otro lugar, entra en grave situación de necesidad y no recibe ayuda.

En tanto el autor, *después* de la variación del lugar, aún pueda ayudar a la víctima por sí mismo, y la ayuda, el tipo no estará todavía realizado. Lo mismo rige cuando el autor reconduce a la víctima al lugar originario, *antes* de la producción de la situación de necesidad grave.

3. *Abandonar*

a) El “abandonar” consiste en que el autor —que tiene que ser garante al ejecutar la acción del hecho (“obligado a la custodia”)— se aleje de la persona necesitada de auxilio. Pero tampoco aquí basta la mera separación temporal entre autor y víctima; más bien el autor tiene que dejar a la víctima “en situación de desamparo”. Detrás del elemento de la situación de desamparo se oculta el requisito del peligro concreto para la vida (o la salud) de la víctima. Aún habrá que tratar qué se debe entender bajo “peligro concreto”. En una primera consideración, bastaría describir la situación de desamparo con el dato de que la víctima no sea capaz de aventar por sí misma los peligros para la vida (o el cuerpo). Pero también esta caracterización es, todavía, imprecisa, como podrán mostrarlo algunos ejemplos:

La madre que deja solo, en la casa, a su pequeño hijo, para ir de compras por una o dos horas, no cumple el tipo del § 221, StGB. En parte, se lo fundamenta de modo superficial, diciendo que el niño no estaba aún gravemente en peligro en el momento del abandono. El texto de la ley apoya esta interpretación; pues, según él, el abandonar tiene que ocurrir cuando la víctima se encuentra ya en situación de desamparo. Según esta interpretación es indiferente que la madre, en el momento del abandono, pensara en volver a tiempo (y ocuparse del niño) o quisiera desaparecer por unos días o para siempre. En ambos casos no estaría cumplido el § 221, StGB.

Las mencionadas constelaciones plantean la cuestión de si se puede subsumir también a la omisión de volver a tiempo bajo la alternativa del “abandonar”⁵. La jurisprudencia y la opinión dominante afirman que sí. Sin embargo, a ello se le opone no sólo el sentido literal de la expresión “abandonar”; más allá de ello, el regresar a tiempo exigiría la ejecución del acto de regresar (y, en la omisión, la comprobación de la no ejecución a pesar de la posibilidad) antes de la producción del peligro que precisamente hay que evitar.

Estas dificultades se evitan, en parte, si, para el tipo objetivo, basta con que la persona desamparada o bien ya se encuentre en el momento del abandono en situación de necesidad grave, *o bien que entre en grave necesidad después de él*⁶.

b) Cuando el garante abandona a su víctima, la situación de ésta sólo se empeora, ciertamente, si uno no sólo suprime mentalmente la separación espacial (= comprobación de la causalidad del hacer activo según la teoría de la equivalencia), sino que tendrá que agregar mentalmente también que el autor, en caso contrario, habría ayudado a la víctima. Esto presupone que el garante, en caso de mantenerse cerca, habría sido capaz de aventar el peligro amenazante⁷. Pues no tendría sentido y, por ello, tampoco sería legítimo, prohibirle al garante separarse de la víctima si él, de todos modos, no puede mejorar su situación:

Ejemplo. — La campesina de una solitaria granja de montaña que todavía no dispone de medios de comunicación modernos, sale de la casa para ordeñar las vacas que pacen a la distancia; no puede ayudar ni aliviar los padecimientos de su marido, que yace en cama, cuando él sufre un nuevo ataque al corazón (un infarto).

⁵ Afirmativamente se responde en BGHSt., t. 21, p. 44, y la opinión dominante; cf. Schönke - Schröder - Eser, *StGB*, 25ª ed., 1997, § 221, n° 7.

⁶ Así Jähnke, *LK*, 10ª ed., 1989, § 221, n° 17, *in fine*; Horn, *SK*, § 221, n° 8.

⁷ Küper, *Jura*, 1994, ps. 513 y 518; Lackner, *StGB*, 25ª ed., 1997, § 221, n° 3; Mitsch, *JuS*, 1996, ps. 407-409.

No se puede dudar de que, en el caso del ejemplo, la campesina ha “abandonado” a su marido “en situación de desamparo” y que, con ello, cumple los presupuestos legalmente descritos del tipo penal. Pero, por otro lado, ella no habría podido hacer nada por su bien. Por ello, es evidente que su conducta no cumple el tipo del § 221, StGB. Con ello se muestra que detrás de la alternativa del abandono se oculta un *delito de omisión*. Más precisamente, se trata del hacer imposible la propia acción de salvamento. Esta constelación es discutida desde v. Overbeck⁸ bajo el lema “delito de omisión por medio de un hacer activo”; a semejanza de la *actio libera in causa*, es llamada también “*omissio libera in causa*”. La problemática de esta manifestación no puede ser tratada aquí de modo más amplio; a mí me parece que se trata —tal como lo he expuesto en otro lugar⁹— sólo de precisar el elemento de la posibilidad de acción, que, según la concepción general, integra el concepto de omisión.

4. *Situación de desamparo (peligro concreto)*

La víctima tiene que entrar en una situación de desamparo por medio de la forma de conducta típica (exponer o abandonar) (véase *supra*). En este elemento se oculta el requisito de la puesta en peligro concreto. La víctima está en desamparo —como ya se dijo—, cuando no puede protegerse por sus propias fuerzas ante los peligros típicos específicos para la vida (o bien la salud). De este modo, el concepto de “desamparo” se remite al concepto general de peligro concreto.

a — *Observaciones previas sobre el concepto de peligro*

El concepto de peligro como elemento de un tipo penal —que está discutido desde hace más de cien años— no pue-

⁸ Gerichtssaal, t. 88 (1922), p. 319 y siguientes.

⁹ Struensee, en: *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, ps. 133, 146 y ss.; trad. de Patricia S. Ziffer, en “Revista Peruana de Ciencias Penales”, 1994, p. 229 y siguientes.

de ser explicado aquí como problema adicional. Quiero tocar tan sólo algunos puntos básicos, que son significativos también para el tipo de la exposición de personas (§ 221, StGB). A este respecto, debo adelantar una cláusula salvadora. El peligro (y el dolo de puesta en peligro) son discutidos intensamente desde hace al menos un siglo, sin que se destaquen resultados útiles y convincentes. Por ello, no se debe esperar que venga a exponer conocimientos nuevos.

El Tribunal Supremo Federal declaró, primeramente, que el concepto de peligro “se sustrae a una descripción científica precisa” y que “es de naturaleza preponderantemente fáctica, no jurídica”¹⁰. De poco tiempo después data la declaración de que el concepto de peligro concreto “no tiene una validez general, sino que sólo vale según las relaciones especiales del caso particular”¹¹. De modo similar se había expresado ya el Tribunal del Imperio en los comienzos de su jurisprudencia: “A este respecto (decía el tribunal, refiriéndose a la afirmación de un peligro) no se pueden establecer normas válidas sin más ni más: sólo la configuración concreta del caso particular y su valoración material son las que deciden”¹².

El que sean decisivas las “relaciones especiales del caso particular” para resolver el caso particular es una verdad de Perogrullo, dado que por la jurisprudencia de cualquier modo sólo pueden ser resueltos casos particulares. El uso de esta muletilla —lamentablemente frecuente en la jurisprudencia— en el marco de la interpretación o determinación de un concepto no es otra cosa que una declaración de quiebra de la ciencia jurídica: o no se quiere formular criterios que configuren una regla que vaya más allá del caso particular, a partir de la cual se pueda derivar la decisión concreta, o no se está en condiciones de hacerlo.

¹⁰ BGH, t. 18, p. 271 (272), con otras referencias.

¹¹ BGH, t. 22, p. 341 (343).

¹² Jurisprudencia del RG, t. 6, ps. 98 y 100.

En toda discusión o en toda falta de claridad sobre el concepto de peligro concreto aparecen algunos elementos aceptados casi en general. “Peligro” es, según una extendida definición, la producción de un estado en el que es cercana la posibilidad o probabilidad de la producción de un daño (de una lesión del bien jurídico)¹³. Esto incluye los siguientes elementos:

1) El estado de peligro requiere circunstancias objetivamente dadas, a partir de las cuales se pueda extraer —según leyes causales o reglas empíricas reconocidas— la conclusión de que se puede llegar a la lesión de un bien jurídico. Ello exige la prueba de la llamada *causalidad general*.

Se puede hablar también de “peligros” cuando falta el conocimiento de las leyes causales o la experiencia sobre cursos ajustados a reglas, pero a esto subyace otro concepto de peligro: Cuando los primeros astronautas regresaron a la tierra desde el espacio, fueron encerrados durante cuatro semanas en cuarentena; pues se temía que se introdujeran microbios, posiblemente desconocidos, provenientes del espacio, que pudieran conducir a efectos devastadores sobre la tierra. Ello fue una medida razonable, seguramente, en vista de la falta de experiencias sobre las relaciones en el espacio. Pero —tal como se sabe ahora— no existía ningún peligro de que se contaminara la tierra con microbios extraterrestres¹⁴.

¹³ Schröder, ZStW, t. 81 (1969), p. 8; Lackner, *StGB*, 25ª ed., 1997, § 315, c, n° 21; Schroeder, Cuaderno de ZStW, 1982, ps. 1, 11.

¹⁴ Para tales casos, de *peligros desconocidos*, Armin Kaufmann (*JZ*, 1971, ps. 569, 576; ídem, también en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 193 y ss.) estableció la exigencia de política jurídica de crear “delitos de riesgo de un nuevo tipo”. (Al respecto, detalladamente, también Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 213 y ss.). El legislador alemán, entretanto, ha llegado a esta exigencia en algunas regulaciones nuevas del derecho penal accesorio, p. ej., en el § 95, párr. 1°, n° 1, de la *Ley de Medicamentos*, según el cual se castiga a “quien pone en circulación medicamentos en los que existe la fundada sospecha de efectos nocivos”.

2) Dado que las circunstancias decisivas tienen que realizarse objetivamente, se habla también de un resultado de peligro¹⁵.

3) Integra los presupuestos objetivos el requisito de que un bien jurídico o el objeto del hecho en el caso particular haya entrado realmente en peligro, es decir, que se haya hallado en la esfera de influencia de la fuente de peligro (adecuada al tipo)¹⁶.

El conductor que sobrepasa a otro vehículo al llegar a una subida ciega o que corta una curva hacia la izquierda sin visibilidad, actúa peligrosamente. Pero si durante el tiempo en que utiliza la mano contraria no circula allí ningún vehículo en sentido inverso, no habrá ningún objeto del hecho o portador de bien jurídico que haya sido puesto en peligro.

Para la exposición de personas, este requisito no desempeña ningún papel visible, pues la ley exige, de cualquier modo, que una víctima “desamparada” haya quedado a expensas de sus fuentes de peligro inmanentes.

4) Un resultado de peligro siempre está realizado si se ha llegado a una lesión; pues a una lesión del bien jurídico le precede necesariamente el estado de su posibilidad o probabilidad¹⁷.

Por ello, para teoría y práctica constituyen un problema —en el ámbito del tipo objetivo— sólo aquellos casos en los cuales no se llega a la lesión del bien jurídico¹⁸. Cuando falta

¹⁵ Lackner, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967, p. 7; básicamente, Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 51 y siguientes.

¹⁶ Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, p. 22 y siguientes.

¹⁷ Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. II, 1887, p. 596 y ss.; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 2ª ed., 1890, p. 378; Schröder, *ZStW*, t. 81 (1969), p. 12; Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 52; Lackner - Kühl, *StGB*, 25ª ed., 1997, § 315, c, nº 22.

¹⁸ Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 63.

un daño, no están realizadas, objetivamente, todas las condiciones de su producción¹⁹. La dificultad y también la misión del concepto de peligro consiste en mencionar una cantidad mínima o una constelación típica de factores causales (circunstancias) que tienen que existir objetivamente para afirmar la existencia de un peligro.

Es evidente que en vista del inabarcable número de leyes causales y reglas empíricas (es decir, suposición de reglas conocidas sólo de modo incompleto, pero prácticamente comprobadas) el concepto de peligro se sustrae a una “descripción científica precisa”. En esa medida, el Tribunal Supremo Federal tiene toda la razón. Sólo que el reconocimiento de esta situación no desliga de la necesidad de buscar líneas directrices en este ámbito. Formulado de otro modo: Con la utilización del concepto de peligro el legislador delega en quien aplica el derecho el resolver la cuestión relativa a qué y cuántos elementos de una regla causal se deben cumplir para fundamentar un “peligro”.

Por tanto, no se trata del caso particular como situación de hecho histórica concreta, sino de la regla particular como ley causal individual. El parámetro relativo a qué factores causales tienen que estar dados realmente para fundamentar un peligro sólo puede darlo la experiencia de que en determinadas constelaciones —conocidas sólo de modo incompleto— se produce un daño con frecuencia o con regularidad, o no es imposible que se produzca²⁰.

Ya Lackner²¹ hablaba, en esa medida, de una “oculta delegación de las atribuciones de la legislación al juez”. Wolfgang Schöne denominó en otro contexto, gráficamente, “ele-

¹⁹ Cf. RGSt., t. 31, ps. 198, 200; Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, p. 63.

²⁰ Cf. Schröder, ZStW, t. 81 (1969), p. 9.

²¹ *Das konkrete Gefährungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967, p. 21 y siguientes; de modo similar, Schröder, ZStW (1969), p. 18.

mentos de formación del tipo”, a las expresiones que de hecho trasladan al aplicador del derecho una competencia para determinar el contenido de la ley²². El considera como tales, principalmente, ciertos presupuestos del delito imprudente, como, por ejemplo, la “previsibilidad objetiva” o el “riesgo permitido”, pero también las regulaciones que Welzel caracterizaba como “tipos abiertos”. Entre estos elementos de formación del tipo hay que contar, según lo dicho precedentemente, también el concepto de peligro.

Obviamente, una técnica legislativa de esa índole, que traslada la misión de la determinación más precisa de la conducta prohibida al aplicador del derecho es problemática desde el punto de vista de la división de los poderes —*nullum crimen sine lege*—. En esa medida todos los delitos de peligro concreto —al igual que los delitos imprudentes— se hallan bajo este signo de interrogación.

Por otro lado, sólo resta como alternativa describir, con toda la precisión que sea posible, formas de conducta de peligro *abstracto*, si es que uno no quiere contentarse exclusivamente con la punición por delitos de lesión. Pero, extrañamente, justamente los delitos de peligro abstracto han caído cada vez más, en tiempos recientes, bajo el bombardeo de la ciencia. Se pone en duda su legitimidad, porque la punibilidad se “adelantaría” demasiado —con relación a la lesión de un bien jurídico—. Esta objeción utiliza como fundamento seguro el concepto de bien jurídico, que, tras una consideración más precisa, se revela, empero, como totalmente oscuro. Eso se muestra tan pronto como se amplíe el concepto de bien jurídico más allá de los casos que tienen una base corpórea, co-

²² Schöne, en: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, comp. por H. J. Hirsch y otros, ps. 649, 655; trad. de Patricia S. Ziffer, *Imprudencia, tipo y ley penal*, publ. individualmente en la colección “Cuadernos de Conferencias y Artículos”, n° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 19.

mo vida, salud, libertad de locomoción y propiedad; piénsese, a modo de ejemplo, en bienes jurídicos como la “seguridad del tránsito vial” o la “seguridad del tráfico probatorio” (delitos documentales), etcétera.

De ese modo, le corresponde al peligro una función similar a la de la lesión del cuidado en el delito imprudente. También en la imprudencia se trata, por cierto, de la descripción de acciones que están prohibidas por su peligrosidad. Valdrá la pena seguir un par de pasos más la comparación con la imprudencia.

Dado que el legislador conmina con pena, en lo esencial, sólo en caso de producción de un resultado típico, no es necesario para la determinación del tipo objetivo (y, por ello, es superfluo), establecer un círculo de circunstancias que tienen que estar realizadas para poder hablar de peligro para un bien jurídico. Pues a toda producción del resultado —como ya se mencionó— le precede, forzosamente, una situación que conlleva la posibilidad (peligro) de la causación del resultado²³. Por ello, la determinación de la contrariedad al cuidado sólo se refiere aún a la descripción de los elementos que la representación del actuante tiene que abarcar, es decir, el tipo subjetivo del delito imprudente²⁴.

Las cosas ocurren de otro modo, aparentemente, en el delito de puesta en peligro concreto. Aquí, el tipo objetivo no exige la producción de un resultado (de lesión), sino que se satisface con el “peligro” de su producción. Por ello, ya en este plano, se debe comprobar qué conjunto de factores causales cumple el concepto de peligro según la ley causal o el principio de experiencia que respectivamente entre en consideración, y si esos factores están realizados objetivamente en el caso particular.

²³ Referencias en Struensee, JZ, 1987, p. 58, nota 68; trad. de Joaquín Cuello Contreras, en: “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. 40 (1987), p. 423 y siguientes.

²⁴ Al respecto, detalladamente, Struensee, JZ, 1987, p. 53 y siguientes.

b — *La situación de desamparo*

Tras haber explicado con mayor detalle el concepto general de peligro concreto, hay que tener a la vista algunas particularidades —en parte sólo aparentes— de la situación de desamparo.

1) Comienzo con un problema que se puede explicar del modo más fácil de la mano de una situación de hecho tomada de la temprana jurisprudencia del Tribunal del Imperio²⁵:

El acusado, padre natural de un hijo de 3 meses y medio de edad, hizo que su hijastra de 11 años dejara a éste, durante una noche de invierno, en la casa de su hermano, ante los pies de una señora que vivía en la casa. Él vigilaba el proceso. En la sentencia no se aclara, sin embargo, si él se quedó cerca del niño hasta que fuera recogido por la habitante de la casa.

El Tribunal del Imperio exigió para el concepto de exposición, en general, que una persona desamparada “sea colocada en situación de desamparo, es decir, en un estado en que ella (sc., la persona), si no se produce una *casualidad* salvadora, esté puesta ... en peligro para su vida o salud”²⁶.

Ya en una temprana sentencia (del año 1880) el Tribunal del Imperio había exigido, para el resultado de la exposición de personas, que la víctima fuera “abandonada a la casualidad”²⁷. Esta fórmula se ha mantenido hasta hoy incontrovertida en la jurisprudencia y en la doctrina²⁸. No se advierte que, por esta vía, se amplía considerablemente la punibilidad por consumación.

²⁵ RGSt., t. 7, p. 111; jurisprudencia del RG, t. 6, p. 98.

²⁶ RGSt., t. 31, ps. 165, 166 y ss.; t. 54, ps. 273, 274; RG, JW, 1938, ps. 2324, 2325; BGHSt., t. 21, ps. 44, 45 y ss.; t. 25, p. 218; t. 26, ps. 35, 36 y ss.; Jähnke, *LK*, § 221, nros. 11, 12.

²⁷ RGSt., t. 2, ps. 15, 16.

²⁸ RGSt., t. 31, ps. 165, 166 y ss.; t. 54, ps. 273, 274; RG, JW, 1938, ps. 2324, 2325; BGHSt., t. 21, ps. 44, 45 y ss.; t. 25, p. 218; t. 26, ps. 35, 36 y ss.; Jähnke, *LK*, § 221, nros. 11, 12.

Quien le quita la ayuda ajena a una persona desamparada llevándola a otro lugar y la abandona a la casualidad de que otros se hagan cargo de ella (de la persona desamparada) no necesariamente habrá producido aún, en ese momento, un peligro concreto para la vida o el cuerpo. La situación de puesta en peligro concreto recién aparece cuando el desarrollo se ha agudizado tanto que en cualquier momento —en cualquier instante— pueda llegarse a una lesión. Raramente es tratado este componente temporal del concepto de peligro²⁹. Si la víctima, antes de la producción de una situación de necesidad grave, es hallada “por casualidad” y cuidada, no se podrá hablar de que se haya encontrado en un peligro concreto para la vida o el cuerpo. Cuando la jurisprudencia y la teoría dominante de todos modos afirman igualmente en tales casos un delito consumado, establecen con ello —a partir de un delito de peligro de resultado— una parte de punibilidad por tentativa, que no conoce el § 221, StGB.

Es una manifestación que se puede observar con frecuencia el que la jurisprudencia y la interpretación de la ciencia jurídica, en caso de delitos en los cuales la tentativa no está amenazada con pena, adelante todo lo posible la producción de la consumación. Respecto del § 221, esto es menos objetable, en vistas del texto de la ley: En el caso del “exponer”, el texto no exige un resultado de peligro, y si uno deja que baste, en el caso del “abandonar”, que la víctima necesitada de auxilio en general, necesite ayuda recién *después* del momento del abandono, esta interpretación permite también la suposición de una consumación ya en el instante en que la víctima abandonada haya sido librada a la casualidad de la intervención o ausencia de una ayuda ajena.

2) El apoyarse en la “casualidad” de la ayuda ajena conlleva no sólo una ampliación de la punibilidad por consumación. Ello pone de manifiesto también otro problema dogmática-

²⁹ Cf. empero Küpper, ZStW, t. 100 (1988), ps. 758, 770.

mente intrincado. La casualidad es —eso nadie lo discute— “hija de nuestra ignorancia”. Lo mismo vale también para el concepto de peligro³⁰. Respecto del peligro, sin embargo, esta caracterización es desafiada fuertemente³¹. Si uno describe el peligro, empero, con ayuda de la casualidad, ya no se podrá negar que él es “producto de nuestra ignorancia”³². Pero aun independientemente de ello, la suposición de un peligro se basa, al menos cuando falta una lesión, en el desconocimiento (en el sentido de un saber no seguro) de que no todas las condiciones del resultado típico están realizadas o pueden producirse³³.

Ello significa que el concepto de peligro concreto no puede ser definido sin considerar el conocimiento del autor de los hechos y reglas. Dicho por vía de ejemplo: Si el autor empuja a su víctima hacia aguas profundas, produce un peligro para la vida si la víctima no sabe nadar. En cambio, si el autor es capaz de sacarla del agua y quiere hacerlo, entonces —desde la perspectiva del actuante—, ya no dependerá de la *casualidad* la cuestión de si la víctima sobrevive a su caída al agua.

Si el autor no sabe si la víctima sabe nadar o si el agua es profunda, o bien no reflexiona en absoluto acerca de ello, actúa en relación con la vida y la salud, en todo caso, *descuidadamente*. El causa un peligro correspondiente, sin embargo, sólo si la víctima efectivamente es incapaz de nadar.

Esta relación del peligro con el *desconocimiento* de la producción de otras condiciones dañosas o salvadoras ya fueron advertidas tempranamente³⁴. Pero se ha intentado objetivar

³⁰ Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. II, 1887, p. 597.

³¹ Especialmente, Robert. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 422; también Binding, *Normen*, t. I, p. 379, hablaba polémicamente de la “pédica de un apóstol de la incertidumbre”.

³² August Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1904, p. 271.

³³ Lackner, *Das konkrete Gefährdungsdelikt*, p. 17.

³⁴ Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. II, 1887, p. 596 y ss.; Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1904, p. 271.

el “desconocimiento”, y se sigue haciéndolo hasta hoy³⁵. Sin embargo, esto ya no sirve cuando el mejor conocimiento del autor —se habla de un “saber especial” o “conocimiento especial”— conduce a negar el peligro supuestamente “objetivo”.

Pero el conocimiento especial desempeña, en el concepto de peligro, un papel distinto al que tiene en el dolo y en la imprudencia. El peligro está constituido no por la existencia, sino por la falta del conocimiento especial; pero esto no modifica en nada que allí está en juego una relación con la *psiquis* del autor.

¿Qué queda, entonces, para el tipo *objetivo* del concepto de peligro? En mi opinión, esta cuestión puede quedar abierta aquí, pues para la determinación del peligro, en principio, se puede proceder tal como lo he propuesto para la determinación de la contrariedad al cuidado³⁶.

En la explicación del peligro se debe partir del lado subjetivo del actuante; así y todo, según todas las concepciones sobre el dolo de puesta en peligro, se debe establecer si el actuante se ha representado tantas circunstancias típicas como para que un observador objetivo extraiga la conclusión de que el curso ulterior (dependiente de la acción) podrá transformarse en una lesión. En este contexto ya debe ser considerado, entonces, también el conocimiento especial del actuante acerca de la falta de una condición necesaria para el resultado, o de la producción de cursos salvadores. Si este proceder conduce a negar el dolo (o bien, la imprudencia, véase *supra*), ya no es necesario establecer una puesta en peligro “objetiva”, independiente del lado subjetivo.

En cambio, si se debe afirmar el dolo, hay que investigar, en un segundo paso, si las circunstancias representadas, que satisfacen el concepto de peligro, también están realizadas objetivamente. En este proceder, se trata —como se advierte

³⁵ Binding, GS, t. 86 (1919), p. 363.

³⁶ JZ, 1987, ps. 53, 58 y ss. (C, I, b).

sin dificultad— de una inversión de la secuencia del análisis de la congruencia entre tipo objetivo y subjetivo. Mientras que en el análisis de un delito consumado usualmente se explica, después de la comprobación de la realización del tipo objetivo, si hay un dolo que se le corresponde, aquí se analiza si al dolo le corresponde un suceso objetivo dado. La inversión de la secuencia de análisis indica que, dogmáticamente, se trata de estructuras de una tentativa —acabada e “idónea”—. Dicho de otro modo: El delito de resultado de puesta en peligro es una tentativa con el torso objetivo (a ser creado por el aplicador del derecho) de una relación causal.

5. *Dolo de puesta en peligro*

El contenido del dolo de puesta en peligro se determina, primeramente, según el concepto general de dolo. Según el derecho positivo alemán el dolo requiere el conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo legal (§ 16, párr. 1°, StGB). A este llamado componente intelectual del dolo, la opinión dominante le agrega, además, un componente voluntario: Según ello, el dolo es definido como “saber y querer las circunstancias del tipo objetivo”.

La significación y el contenido del elemento voluntario son extremadamente discutidos. Sólo existe acuerdo —desde Binding (?)— en que no puede haber voluntad si falta el conocimiento. Según una concepción que cada vez se impone más en la doctrina, dado el elemento de conocimiento, al elemento voluntario no le corresponde en el marco del actuar (como “movimiento corporal voluntario”), una función diferenciadora. Por ello, este discutido requisito del dolo habrá de ser dejado de lado (en un primer momento) en las siguientes reflexiones.

Con relación al uso del lenguaje de la ley, que caracteriza el lado intelectual del dolo como “conocimiento”, y con relación a la definición corriente en la ciencia que habla de “saber y querer”, caben algunas reservas. “Conocimiento” es —al menos en la lengua alemana— una ex-

presión inadecuada para el elemento intelectual del dolo. Pues la expresión denota la certeza subjetiva acerca de relaciones o circunstancias objetivamente dadas; lo mismo vale para la expresión “saber” (dolo = saber y querer ...). Pero puede haber dolo, y esto no está discutido, aun cuando las circunstancias representadas no estén dadas o cuando su existencia sea dudosa. Por ello, es más preciso caracterizar el elemento intelectual del dolo sólo como *representación* de la existencia (segura o posible) de las circunstancias del hecho o como *representación* de su producción.

Conocimiento, saber o representación —brevemente: el dolo— deben referirse a las *circunstancias* que pertenecen al tipo objetivo. Dado que —como ya se explicó arriba con más detalle— el *resultado de peligro* constituye una circunstancia del tipo objetivo, o parece constituirlo, se desprende —recurriendo aquí a Miricka³⁷— la siguiente conclusión: el dolo de puesta en peligro significa, en el lado intelectual, “representación de la posibilidad de que se producirá un peligro de lesión al bien jurídico”, y ello significa, a su vez, “representación de la posibilidad de que se producirá una lesión”³⁸.

Esta es la posición que está en un extremo de las concepciones defendidas. Ella experimenta además otras distinciones: El dolo de puesta en peligro o bien 1) es identificado con la llamada imprudencia consciente³⁹, o bien 2) es concebido como dolo de lesión en la forma de dolo eventual⁴⁰. Más allá de ello, hay clasificaciones que agregan a estas categorías

³⁷ *Die formen der Strafrechtsschuld und ihre gesetzliche Regelung*, 1903, p. 83; del mismo modo, Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 204 y ss.; Feloutzis, *Das delikt der Aussetzung...*, 1984, p. 70 y siguientes.

³⁸ Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 204. (La primera formulación transcripta como cita de Horn se halla ya en, aunque sólo desde el punto de vista del sentido del texto, en Miricka).

³⁹ Así probablemente la opinión dominante, cf. referencias en Küpper, en nota 47.

⁴⁰ Horn, SK-StGB, § 306, nros. 13 y ss., con otras referencias.

corrientes otra forma autónoma de dolo: Se ubica al dolo de puesta en peligro o bien 3) *entre* el dolo eventual y la imprudencia consciente⁴¹, o bien 4) *entre* el dolo eventual y el dolo directo⁴². Finalmente, es concebible además que el dolo de puesta en peligro abarque el ámbito de dolo eventual e imprudencia consciente⁴³.

La posición contraria, en el otro extremo, ha sido formulada al mismo tiempo ya por Radbruch⁴⁴, con insuperable claridad: “El peligro para la vida del expósito se deriva de esas circunstancias abarcadas por el dolo del autor, recién por medio de una conclusión que el autor no necesita haber extraído”⁴⁵.

Las siguientes reflexiones se limitan a la pregunta básica de si el dolo requiere, en relación con el peligro concreto, que esté dado al menos el conocimiento de la posibilidad de la lesión del bien jurídico o de la producción del resultado típico, o si basta el conocimiento de las circunstancias que fundamentan el peligro.

Si uno quiere darles un nombre a estas posiciones, se puede hablar, por un lado, de “teorías de la representación de la posibilidad”, por otro, de la “teoría de la representación de las circunstancias”.

Contra las aquí llamadas “teorías de la representación de la posibilidad” hablan objeciones contundentes:

En tanto el dolo de puesta en peligro sea identificado con el dolo de lesión, los tipos de puesta en peligro son superfluos; en esa medida, la necesidad de punibilidad en caso de ausen-

⁴¹ Arzt - Weber, *Strafrecht*, BT, t. II, n° 98.

⁴² Schroeder, en: *LK*, 11ª ed., § 16, n° 95; cf. también Feloutzis, *Das Delikt der Aussetzung*, p. 71, notas 228 y siguientes.

⁴³ Cf. al respecto, Miricka, p. 84.

⁴⁴ *Aussetzung*, en: VDB, t. V, 1905, ps. 185, 193.

⁴⁵ Es de reparar que esta contraposición no es mencionada incluso por autores que en otros casos suelen darle nombres fantasiosos a cualquier disputa de opiniones con el agregado exagerado de “teoría”.

cia de resultado está cubierta, o bien se puede cubrir, por la punibilidad de la tentativa⁴⁶. Eso vale especialmente si se admite, con la jurisprudencia, que el delito de lesión (consumado o tentado) eliminaría, según las reglas del concurso de leyes, la punibilidad por el delito de puesta en peligro correspondiente⁴⁷.

En tanto el dolo de puesta en peligro configure un grado propio entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, se potencian las dificultades de delimitación con las que todavía no se ha comenzado siquiera en sus puntos de partida. Finalmente, en tanto se lo equipare con la imprudencia consciente, se hace eficaz la objeción de F. C. Schroeder: Si el peligro concreto requiere la posibilidad *cercana* de la lesión o de la producción del resultado, también el dolo tiene que abarcar una posibilidad *cercana* y, de este modo, tiene que ser, en todo caso, dolo de lesión.

A estas objeciones derivadas de las consecuencias de la premisa de que el dolo de puesta en peligro requiere la representación de la posibilidad de la lesión o del resultado, se agregan otras que se refieren a la derivación o a la fundamentación de la premisa.

Las teorías de la representación, como antes se expuso, se basan en un silogismo vulgar: La “posibilidad” de una lesión con la que se describe el peligro, es tratada acriticamente como *circunstancia del hecho*, a la que tendría que extenderse el dolo. Sin embargo, el análisis del concepto de peligro arroja que se trata aquí de un elemento de la formación del tipo. No es la posibilidad misma la que es *circunstancia del hecho*; ella opera sólo como punto de vista rector para la reunión de factores de una ley causal que tiene que rendirle frutos al aplicador del derecho. “Circunstancias del hecho” son, entonces, los factores causales particulares a partir de los

⁴⁶ Cf. Küpper, ZStW, t. 100 (1988), ps. 758, 759, con otras referencias.

⁴⁷ Cf. Küpper, *lug. cit.*, p. 759.

cuales se sigue la posibilidad de una lesión del bien jurídico. Conforme a ello, para el dolo es necesario sólo el conocimiento de las circunstancias, pero no la conclusión sobre la posibilidad de una lesión.

Esta consecuencia es apoyada además por otra reflexión. El tipo objetivo del delito de lesión exige la producción de una lesión del bien jurídico, para el dolo ya basta, en cambio, según la opinión dominante, la representación de la *posibilidad* de un acontecer correspondiente. Ahora, si el legislador, en los delitos de puesta en peligro, rebaja las exigencias del tipo objetivo, dejando que sea suficiente la posibilidad (cercana) de una lesión, entonces, esto debe tener también consecuencias para el tipo subjetivo. Ello significa que no se podrían poner las mismas exigencias (o incluso mayores) al dolo de puesta en peligro que al dolo de lesión.

Si, en el dolo de puesta en peligro, uno se contenta con el conocimiento de las circunstancias, aparece la objeción de que ya no se puede escalar aun más la puesta en peligro imprudente. A mí me parece posible, empero, una delimitación según la cual el autor doloso tenga que conocer más hechos (que cumplirían la ley causal) que el autor imprudente. No se puede seguir aquí en pos de los detalles de esta delimitación. La problemática, en mi criterio, es idéntica a la distinción entre imprudencia simple y ligereza —en el sentido de “temeridad” o imprudencia grave—. A este respecto, parto de que actúa por ligereza quien conoce tantas circunstancias (factores causales) que —si él hubiera extraído la conclusión de un final dañoso— sería autor doloso. (Según esto —a diferencia de lo que sostiene una difundida concepción—, hay ligereza sólo en caso de la llamada imprudencia inconsciente).

La jurisprudencia no exige que el autor de un delito doloso de puesta en peligro haya pensado en la posibilidad de una lesión. Esto vale, en todo caso, para el tipo de la exposición,

pero ocasionalmente se lo expresa también claramente en relación con otros delitos de puesta en peligro⁴⁸. Por cierto, verbalmente se erige el presupuesto de que el actuante deba haber tenido dolo respecto de la *puesta en peligro* de la vida o el cuerpo. Pero, materialmente, basta el conocimiento de las circunstancias que fundamentan el peligro. Probar esto con más detalle exigiría una presentación precisa y un análisis de la situación de hecho, sobre la cual se haya juzgado en cada caso; lo que no se puede realizar aquí. Podrá bastar la indicación de que, a la inversa, siempre que se haya dado la conclusión de una lesión, y, con ello, un dolo de lesión, habrá aparecido el problema de si junto a él, puede haber, además, un dolo de puesta en peligro, y cómo debe resolverse ese problema, en caso de responderse afirmativamente la cuestión del concurso⁴⁹.

C — *Resumen*

1) La exposición es, en el derecho alemán y conforme a su interpretación, un delito de puesta en peligro concreto para la vida (y el cuerpo). Pero la interpretación va más allá de ello y pena también determinados casos de tentativa (acabada).

2) El concepto de peligro no se puede determinar sin considerar lo dado en la psiquis del autor. Ello significa, en caso de que falte una lesión del bien jurídico, que los tipos de puesta en peligro sólo pueden concebirse y tratarse con ayuda de estructuras de tentativa.

3) El dolo de la producción de un peligro concreto requiere sólo la representación de las circunstancias que fundamentan el peligro, no la conclusión de la posibilidad de una lesión. La posibilidad de lesión sólo es un elemento de la formación del tipo, con cuya ayuda son seleccionadas, por el aplicador

⁴⁸ BGHSt., t. 22, p. 67 (párrafo rector), y p. 73 y siguientes.

⁴⁹ Cf., Jähnke, *LK* § 221, n° 22, con otras referencias.

del derecho, las circunstancias que fundamentan el peligro en el marco de leyes causales y reglas de experiencia.

§ 221 DEL CODIGO PENAL ALEMAN (StGB)*

§ 221. *Exposición.* 1) Será penado con pena privativa de libertad desde tres meses hasta cinco años, quien expusiere a una persona desamparada por su corta edad, decrepitud o enfermedad, o quien abandonare en situación de desamparo a una de esas personas, cuando esté bajo su custodia, o cuando tenga que cuidar de su alojamiento, subsistencia o asistencia”.

2) Si la acción es cometida por parte de un padre contra su hijo, la pena privativa de libertad será de seis meses a cinco años.

3) Si, por la acción, ha sido causada una lesión corporal grave (§ 224) de la persona expuesta o abandonada, la pena privativa de libertad será de un año a diez años; si, por la acción, ha sido causada la muerte, la pena privativa de libertad no será inferior a tres años.

* Nota de traducción.

IV.

Los delitos de tenencia*

PROFESOR DOCTOR **EBERHARD STRUENSEE** UNIVERSIDAD DE MÜNSTER

A — *Introducción*

El término “delitos de tenencia” no es de uso corriente. No figura en las clasificaciones tradicionales de hechos punibles y formas de conducta. Hasta ahora los delitos de tenencia (dejando de lado de algunos intentos vacilantes¹) no son percibidos en absoluto como una categoría autónoma o incluso problemática. En esta medida, el tema elegido por mí aborda un terreno que todavía no ha sido tratado sistemáticamente. Por eso, con las reflexiones que siguen sólo puedo intentar, en una primera incursión, despertar en la ciencia del derecho penal, y quizá también en el legislador, la consciencia de que los delitos de tenencia, llamados así también aquí, son un traspié legislativo. A continuación, formulo una tesis que deberá ser confirmada en lo que sigue: todas las dificultades de los delitos de tenencia se basan en que la expresión “tener”, en contra de su forma gramatical, no describe ninguna conducta.

Todavía adeudo la explicación de lo que entiendo por “delitos de tenencia”. Como he dicho, aún no hay ningún término técnico generalizado que establezca tal categoría.

Los “delitos de tenencia” abarcan, ante todo, aquellos tipos penales que describen expresamente la conducta punible como el “tener” una cosa inculpada (= objeto corporal). A éstos pertenece, primeramente, la tenencia de estupefacientes,

* Traducción de Fernando Córdoba (UBA).

¹ Grünwald, StV, 1986, ps. 243, 245; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 316.

punible según el § 29, párr. 1º, de la Ley de Estupefacientes (BtMG).

También pertenecen aquí los delitos que enlazan materialmente la punibilidad a la mera tenencia de una cosa. El legislador emplea últimamente —por ejemplo, en la Ley de Armas, § 52 a y 53—, en lugar del verbo “tener”, la expresión “ejercicio del poder de hecho”; este circunloquio sólo reproduce la definición usual de “tenencia”.

Además se encuentran numerosos tipos penales que enlazan la punibilidad a la tenencia de determinadas cosas, cuando para esas cosas se ha planeado un uso determinado. A estos pertenecen los tipos que penan el “exponer para la venta”², el “tener disponible”³ o el “tener en custodia”⁴ objetos descriptos detalladamente. En lo que sigue, me limitaré en lo esencial a los casos que de manera general someten a pena la tenencia sin intenciones de empleo adicional.

B — *Tenencia como conducta*

1. *Premisas*

a) Las amenazas penales (“derecho penal”) sólo se refieren a conductas de personas naturales⁵. Esta es una afirmación sobre el derecho positivo alemán. Con ello no se afecta en nada la cuestión de si también las personas jurídicas o determinadas asociaciones de personas pueden ser amenazadas con pena.

² Del StGB, p. ej.: § 148, párr. 1º, nº 3; § 149, párr. 1º; § 152 a, párr. 1º, nros. 1 y 2 b.

³ Del StGB: § 86, párr. 1º; § 86 a, párr. 1º, nº 2; § 131, párr. 1º, nº 4; § 184, párr. 1º, nº 8, párr. 3º, nº 3.

⁴ Del StGB: § 87, párr. 1º, nº 3; § 149, párr. 1º; § 152 a, párr. 1º, § 275, párr. 1º; § 311, párr. 1º; § 316 c, párr. 3º.

⁵ Una exposición detallada sobre esto en Lagodny, *lug. cit.*, p. 322 y siguientes.

Esta afirmación se puede derivar de abundantes regulaciones jurídico-positivas que conciernen a los presupuestos de la punibilidad. Menciono algunos párrafos del Código Penal alemán (StGB):

§ 13: *Quien* omite evitar un resultado...; § 14: Si alguien actúa como órgano facultado para la representación de una persona jurídica...; § 16: *Quien* no conoce una circunstancia...; § 212: *Quien* mata a un ser humano...

Numerosas regulaciones de las consecuencias jurídicas muestran aún más claramente que el legislador sólo ha pensado en personas naturales: pena privativa de libertad (§ 38, StGB: “de por vida”), días-multa (§ 40, StGB), condiciones de la condena condicional (“tratamiento curativo o cura de desintoxicación”), medidas (internación en un establecimiento de desintoxicación, § 64, StGB).

b) La segunda afirmación concierne a una afirmación sobre la conducta del individuo humano. La conducta humana individual entra en escena sólo bajo dos formas: actuar u omitir, *tertium non datur*.

Actuar es realizar, *omitir* no realizar —siendo individualmente posible—, movimientos corporales voluntarios. Con ello sólo están mencionadas las exigencias mínimas en las que me basaré a continuación. *Conducta* es una expresión que abarca ambas formas de comportamiento. Se discute si la conducta encierra materialmente un supraconcepto, pero ello no interesa para lo que sigue.

Puppe parece ser de otra opinión, cuando afirma que: “... un movimiento corporal no es esencial a la realización típica como lo demuestran los delitos de omisión y *justamente también los delitos permanentes*”⁶. Aquí, los

⁶ JR, 1986; destacado por mí.

delitos permanentes, de cuyos elementos de conducta justamente se trata, son introducidos sin ningún fundamento como forma de conducta autónoma. Tales decretos carecen de toda competencia.

2. *Significado de las palabras*

Según la forma gramatical, “tener” es un verbo que parece expresar una actividad. Sin embargo, el uso lingüístico entiende por “tener” o “tenencia”, ante todo, relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa: “A” tiene una casa, un auto, una empresa, etc. Pero la palabra “tener” puede expresar también que a una persona le corresponden determinadas propiedades o capacidades: “A” tiene humor, comprensión, un conocimiento extraordinario de la lengua alemana, un gran talento musical, buen gusto. Con la palabra “tener” también son descriptas relaciones entre personas: “A” tiene una mujer, dos hijos, una criada, pero ya no padres. Además, con ella puede ser caracterizada la estima —positiva o negativa— que se le profesa a una persona o a una cosa: “A” tiene el afecto de su familia, el respeto de sus colegas, la confianza de sus colaboradores, pocos enemigos.

Todos estos significados de la palabra “tener” que han sido enumerados y a los que podrían ser añadidos todavía múltiples matices, no conciernen ni remotamente a una conducta en el sentido de la ejecución u omisión de un movimiento corporal voluntario.

También en el lenguaje de la ley —naturalmente, prescindiendo de los delitos de tenencia a ser aún investigados con más detalle— la palabra “tener” menta sólo una relación de dominio y no una actividad; me remito sólo a las prescripciones sobre la tenencia en el Código Civil, por ejemplo:

§ 854, I: La tenencia de una cosa se adquiere obteniendo el poder de hecho sobre la cosa.

§ 868: Si alguien tiene una cosa como... locatario, custodio o en una relación similar...

§ 872: Quien tiene una cosa como si le perteneciera es poseedor.

Pese a que el repaso del uso lingüístico general de la palabra “tener” no dio con ninguna conducta, no es posible conformarse aún con este resultado negativo. Antes bien, hay que abocarse a la cuestión de qué puede significar “tener” como *conducta* cuando el legislador utiliza este verbo para la descripción de la punibilidad, y qué consecuencias se derivan para la aplicación del tipo de un comportamiento semejante.

3. *Tener como actuar*

Como hacer positivo, el tener debería caracterizar un movimiento corporal que es realizado con determinadas intenciones o resultados. Dado que en los delitos de tenencia se trata de casos en los que alguien tiene a disposición una cosa (peligrosa, no deseada), el “tener” como “hacer” puede presentarse en las siguientes formas: *a*) adquisición de la tenencia mediante una acción, por ejemplo, compra, recepción, sustracción de una cosa; *b*) impedir mediante una acción la pérdida de la tenencia que está por producirse, por ejemplo, ocultando armas ante un registro inminente o deglutiendo un recipiente con drogas; *c*) emplear o utilizar la cosa, por ejemplo, viajar con el auto, disparar el arma, consumir droga.

Los casos de las actividades expuestas no pueden ser caracterizados según las reglas y el significado corriente del idioma alemán, como “tener”:

Adquirir la tenencia es un acto que precede al tener o bien que coincide temporalmente con el tener. Por eso, la jurisprudencia ve ya en el acto de adquisición el comienzo de la tenencia⁷. Esto no puede ser objetado. Sólo que no se puede reducir la acción de tener al acto de adquirir la tenencia. Pues el le-

⁷ BGHSt., t. 27, ps. 280, 381; t. 29, ps. 124, 125; StV, t. 81, ps. 127, 128; NSTz, t. 84, p. 171; LGBerlin, NSTz, t. 87, p. 234 y siguientes.

gislador, apoyándose en el mero tener, quiso lograr, precisamente, que “la persecución penal fuese aliviada, en la medida en que ya no es necesario probarle, al tenedor, la adquisición ilegal del estupefaciente”⁸. Pero aquí justamente se busca una determinación de la tenencia que se base solamente en un hacer activo.

La preservación de la tenencia —el salvamento frente a una pérdida que está por producirse— es, ciertamente, un acto que mantiene una tenencia ya existente, pero, por otra parte, tampoco describe material y lingüísticamente una conducta que pueda ser caracterizada como un mero tener; además, en la práctica, no desempeña un papel digno de mención.

Resta el aprovechamiento o empleo del objeto incriminado.

La jurisprudencia y la doctrina valoran la portación de un arma o su uso —por ejemplo, para amenazar o matar— como un “ejercicio especialmente intensivo” del poder de hecho sobre el arma⁹, y, por eso, los consideran subcasos de tenencia. Pero esta subsunción conduce a intrincadas dificultades en las reglas sobre el concurso de hechos punibles, dado que, por ejemplo, la utilización de armas, pero también el trato con estupefacientes, ya están abarcados por otros numerosos tipos penales. Además, causa considerables problemas en el ámbito de la cosa juzgada material. Luego me ocuparé de esto con un poco más de detalle. Ella conduce a ulteriores dificultades allí donde el uso (conforme a lo prescripto) de la cosa incriminada no sería la forma más intensa de la tenencia, sino que, según la opinión general, cae fuera del tipo delictivo. Esto se admite, en todo caso, para el mero consumo de estupefacientes¹⁰.

⁸ Fundamentación del proyecto de Ley sobre la Modificación de la Ley del Opio, BT-Drucks, t. VI/1877, p. 9; BGHSt., t. 26, ps. 117, 118; t. 27, ps. 380, 381 y ss.; Grünwald, StV, 1986.

⁹ OLG Hamm, StV, 1986, p. 441.

¹⁰ Cf. Körner, *Betäubungsmittelgesetz*, 4ª ed., 1994, § 29, n° 802, con otras referencias.

Pero en este lugar basta, por el momento, con mantenerse en la opinión de que “tener”, como hacer activo, tampoco puede ser reducido de manera razonable al empleo de una cosa.

Por lo demás, también desde la sensibilidad lingüística me parece dudoso concebir el empleo, el uso o la utilización de una cosa como subcasos de un tener activo. El tener describe más bien la posibilidad presupuesta y concomitante de recurrir a la cosa, que se actualiza mediante su uso. De manera característica se habla también del “ejercicio de la tenencia”, lo cual presupone la posibilidad de una tenencia sin ejercicio.

Conclusión: las constelaciones que podrían describir un tener mediante un hacer activo conciernen a sucesos a los que el legislador, precisamente, no quería limitar o extender la punibilidad.

4. *Tener como omitir*

Ocasionalmente, en la jurisprudencia y en la doctrina han aparecido referencias que dicen que “tener” no describe un actuar, sino un omitir, a saber, la omisión de interrumpir o acabar la tenencia:

Así, se dice en una sentencia del Superior Tribunal Regional de Zweibrücken¹¹: “El ejercicio de poder de hecho sobre un arma en el sentido de la Ley de Armas contiene, en tanto delito (permanente) que se extiende en un espacio de tiempo, elementos de acción y de omisión. Luego de la obtención del poder de hecho, al autor se le reprocha, en definitiva, que omita abandonar la tenencia del arma y mantiene la posibilidad de un inmediato recurrir a ella”.

Estas consideraciones merecen el mayor reconocimiento ya por el solo hecho de que plantean la cuestión fundamental

¹¹ NJW, 1986, p. 2841 y siguientes.

e intentan responder qué *conducta* podría ser mentada con la expresión “tener”. Pero la respuesta no satisface.

Definir “tener” como un no abandonar, un no acabar la tenencia, recuerda por lo pronto a la breve y concisa definición de conducta de Jakobs como un *no evitar evitable*¹². Si se la aplica a una conducta neutral o valorada positivamente, entonces, su inutilidad salta a la vista: describir una visita al teatro mediante la evitabilidad de la visita al teatro es un absurdo teatro (mi colega Jakobs quiera perdonarme).

Tener, como ejercicio del poder de hecho sobre una cosa, describe la relación de coordinación entre cosa y persona y presupone, evidentemente, que la persona no se haya deshecho de la cosa. Pero no puede ser concebido materialmente como la omisión de abandonar la tenencia.

Las consecuencias que habría que extraer de la admisión de un delito de omisión de esta índole no son extraídas y ni siquiera son vistas. Al tenedor debería serle probado que él —en un espacio de tiempo para el que no ha operado la prescripción— tenía la posibilidad de deshacerse de la cosa inculpada; a mis ojos no ha llegado ninguna sentencia en la que se haya hecho una comprobación semejante. Además, el dolo no sólo debería referirse a la existencia de la cosa en el ámbito de dominio propio; el tenedor debería tener también la consciencia actual de que podría arrojar, destruir o entregar la cosa. La mera posibilidad de obtener esta consciencia no alcanza para el dolo. En las decisiones en cuestión, sin embargo, se buscará en vano comprobaciones análogas referidas al tipo subjetivo. Por lo demás, sería también ajeno a la vida real suponer que el aficionado a las armas o el asesino de profesión hayan jugado siquiera alguna vez con la idea de destruir sus armas; tampoco al adicto que se ha procurado drogas para el propio consumo se le ocurrirá la idea de destruir la “sustancia”.

¹² Jakobs, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 6/24 y siguientes.

Resumen: En el “tener”, tampoco se puede ver la forma de conducta de una omisión.

En suma, uno sólo puede adherirse a la comprobación de Grünwald¹³, quien expresa sobre el tipo de la tenencia no permitida de armas:

“Racionalmente, el legislador debería declarar punibles sólo acciones aprehensibles, como la adquisición no permitida de armas. Junto a ello podría ser necesario ... crear ... tipos omisivos de contornos claramente trazados. En cambio, un tipo como el de la tenencia no permitida —que según su tenor literal declara punible un mero estado y que tampoco por vía de interpretación llega a más que a una figura amorfa— no debería existir”.

5. *Tener como delito permanente*

Según la concepción dominante, los tipos de tenencia forman parte de los delitos permanentes. Tal como ya fue explicado más arriba, el delito permanente no es una forma de conducta autónoma. Antes bien, pertenece al ámbito de las reglas del concurso y constituye allí un caso especial de “unidad de acción”. Se les contraponen los delitos de creación de una situación, en los cuales la realización del tipo está concluida (consumada y acabada) con la producción del resultado¹⁴, p. ej., homicidio, daño, hurto. En cambio, se admite la existencia de un delito permanente, cuando, luego de la creación de la situación antijurídica (esto es, de la primera consumación formal), su mantenimiento depende de la voluntad del autor¹⁵. La privación de libertad (§ 239, StGB) oficia de ejemplo clásico. Pero delito permanente sería también el con-

¹³ StV, 1986, ps. 243, 245.

¹⁴ Jakobs, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 6/80; Jescheck - Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5ª ed., 1996, p. 263 (§ 26, II, 1, a).

¹⁵ Jescheck - Weigend, *lug. cit.*, Wessels, *Strafrecht, AT*, 26ª ed., 1996, n° 32.

ducir en estado de ebriedad (§ 316, StGB)—conducir un automóvil en el tránsito vial en estado de inseguridad para la conducción condicionada por el alcohol— o la formación de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129, 129 a, StGB). En estos casos, sin embargo, no se puede hablar de la creación y mantenimiento de una situación antijurídica. Esto muestra que son declarados delitos permanentes tipos estructurados de manera bien diferente.

Jakobs¹⁶ define de modo más preciso los delitos permanentes en sentido estricto; en ellos “el ilícito se intensifica en la medida de la intervención en el bien mediante un actuar u omitir posterior del autor. La conducta delictiva se prolonga entonces en la conducta siguiente, en la que es posible la participación, que impide la prescripción, etc.”. Esta definición es más precisa, porque para la admisión de un *delito* permanente se basa expresamente en una conducta posterior; falta la aclaración de que la conducta posterior debe realizar el mismo tipo del delito de comisión o de un delito impropio de omisión que se le corresponda.

Sólo entonces, a saber, cuando los presupuestos de un tipo penal son realizados varias veces, se plantea la cuestión del concurso y se requiere una regla relativa a si la realización múltiple de un tipo será tratada como una única realización (“unidad de acción”) o como una realización reiterada (“pluralidad de acciones”).

Ahora, ¿qué significa la afirmación de que los delitos de tenencia son delitos permanentes? Para la cuestión de si “tener” describe una conducta o sólo un estado de situación, la clasificación en la categoría de los delitos permanentes no aporta nada. Por el contrario, esta clasificación presupone que en el tener ha de ser vista una *conducta* delictiva del autor. Tal como fue expuesto más arriba, éste no es el caso. Por eso, ni siquiera se llega a realizaciones típicas que concu-

¹⁶ AT, 6/80.

ren, de modo que el recurso a la categoría del delito permanente es superfluo.

Según esto, la supuesta cuestión relativa al concurso que surgiría ante la coincidencia de los delitos de tenencia con la realización de otro tipo penal, es una mera quimera. Para el juez que debe aplicar una ley inservible, esta conclusión es de poca utilidad. Lamentablemente, aquí la ciencia, en todo caso la ciencia del derecho penal, no le puede prestar más ayuda. A lo sumo, la comprobación de que la ley penal es inconstitucional a causa de su indeterminación (art. 103, párr. 2, de la Ley Fundamental —GG—) o de la falta de vinculación de la punibilidad con una conducta¹⁷ y que, con ello, es nula, puede conducir, por la vía del control concreto de las normas (art. 100, de la Ley Fundamental —GG—), a una descarga del juez a través de la consulta al Tribunal Constitucional.

*C — Delitos de tenencia
y extinción de la acción penal
(Cosa juzgada material, “ne bis in idem”)*

1. Observaciones previas

Según el derecho procesal penal alemán, el inculpado no puede ser perseguido más de una vez por el *mismo hecho*. Sólo admiten limitadas excepciones las prescripciones relativas a la revisión en favor de quien ha sido condenado o absuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (§ 362, Ordenanza Procesal Penal alemana —StPO—).

El principio de la extinción de la acción penal no estaba consagrado expresamente en el derecho positivo anterior, sino que constituía solamente el reverso de las reglas de la revisión. Recién la Ley Fundamental (nuestra

¹⁷ Así, en las consecuencias, Lagodny, *lug. cit.*, ps. 318 y 335.

Constitución) introdujo con el art. 103, párr. 3º, una disposición —aunque malograda lingüísticamente— con rango constitucional.

Ella reza: “Nadie puede ser castigado en virtud de las leyes penales generales más de una vez por el mismo hecho”.

La formulación está malograda, porque no se trata de la prohibición de castigar al autor más de una vez, sometiéndolo así a consecuencias jurídicas que según el derecho material no le corresponden; antes bien, se trata de la prohibición de una *persecución* procesalmente múltiple por el mismo hecho. Al mismo tiempo, de ello se deriva que no sólo el penado, esto es, el acusado condenado a una pena, debe ser protegido de una nueva persecución, sino también quien ha sido absuelto.

Lo decisivo para el alcance de la cosa juzgada material es qué se debe entender por *el mismo hecho*. El concepto de identidad de hecho procesal está controvertido y es de lo más oscuro. Durante mucho tiempo rigió como afirmación relativamente segura la proposición de que todo lo que desde la perspectiva del derecho material debe ser visto como una “unidad de acción” (la jurisprudencia prefiere el término “unidad de hecho”), constituye también procesalmente un hecho único (“unitario”)¹⁸.

La conclusión inversa, de que todo lo que desde la perspectiva del derecho material debe ser visto como una pluralidad de hechos, constituye también procesalmente diversos hechos, no tiene validez. En casos estrictamente delimitados de pluralidad de hechos para el derecho material, se ha afirmado identidad de hecho procesal.

¹⁸ BVerfG, t. 45, p. 434; BGHSt., t. 8, p. 92 y ss.; t. 26, ps. 284, 285; BGH, NJW, 1981, p. 997.

En tiempos recientes, el Tribunal Supremo Federal ha admitido que también en casos de unidad de acción del derecho material, de manera excepcional, pueden estar dados procesalmente diversos hechos¹⁹. Estas “excepciones” se hallan siempre en el terreno de los delitos permanentes.

**2. Alcance de la autoridad
de cosa juzgada de la condena
por un delito de tenencia**

La problemática puede ser explicada del modo más sencillo de la mano de un ejemplo. Lo extraigo de la sentencia del Tribunal Superior Regional de Zweibrücken²⁰, simplificándolo un poco.

Mediante una acusación de junio de 1985, se le imputó al acusado que a fines de enero de 1983 había matado a una mujer, disparándole, con tres disparos de una pistola de fogeo adaptada. En agosto de 1984, el acusado ya había sido condenado, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por ejercer el poder sobre esa arma, en unidad de hechos con su portación. Esta sentencia se basaba en la comprobación de que el 17 de febrero de 1983 —el día en que la policía puso a resguardo el arma— y en el espacio de tiempo anterior, para el que aún no había operado la prescripción, el acusado había ejercido el poder de hecho sobre el arma y la había portado, escondiéndola en el botiquín del automóvil que utilizaba.

Casi para la misma época, el Tribunal Superior Regional de Hamm debió pronunciarse sobre un caso similar²¹.

¹⁹ Por primera vez en la sentencia que se registra en BGH, t. 29, p. 288.

²⁰ NJW, 1986, p. 2841 y ss.; al respecto, comentario de Mitsch, en NSTZ, 1987, p. 457.

²¹ StV, 1986, p. 241, con comentario de Grünwald; otros comentarios sobre esta sentencia, en Puppe, JR, 1986, p. 205; Neuhaus, NSTZ, 1987, p. 138.

Según las reglas de concurso antes expuestas, la tenencia del arma es un delito permanente y constituye una “unidad de hecho” para el derecho material. Este delito se halla, al mismo tiempo, en unidad de hecho con los actos de portación del arma realizados mientras duró la tenencia²². Además, los delitos que fueron cometidos empleando el arma se hallan en unidad de hecho con la portación y la tenencia²³.

Conforme al principio de que la unidad de hecho del derecho material fundamenta también la identidad de hecho procesal, el delito de homicidio ya no habría podido ser perseguido en los casos de los tribunales superiores de Zweibrücken y Hamm, dado que se había producido la extinción de la acción penal. Así lo habían decidido también las instancias previas, invocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (t. 31, p. 29), sobre la unidad de hecho del derecho material. Incluso el Tribunal Supremo Federal había afirmado, poco después de la resolución del tomo 31, identidad de hecho en sentido procesal entre el delito de homicidio y la tenencia de armas²⁴, y había acentuado especialmente el “principio de indivisibilidad del hecho”.

No obstante, el Tribunal Superior Regional de Zweibrücken hace notar, con razón, que en las decisiones del Tribunal Supremo Federal sólo se trataba de abarcar exhaustivamente el hecho imputado y de incluir, además de los delitos de homicidio y lesiones corporales, también los delitos de armas. Es decir, que el Tribunal Supremo Federal no se hallaba frente a la alternativa de tener que desistir de la persecución de uno de los delitos más graves, por el hecho de que ya hubiera tenido lugar una condena por un delito relativamente insignificante. Dicho de otra manera: la afirmación de identidad de he-

²² BGHSt., t. 29, ps. 184, 186; t. 31, ps. 29, 30; BGH, NStZ, 1984, p. 171 y ss.; NStZ, 1985, p. 221.

²³ BGHSt., t. 1, ps. 67, 68; t. 31, ps. 29, 30 y ss., con otras referencias; BGH, StV, 1984, p. 171 y ss.; NStZ, 1985, p. 221.

²⁴ NStZ, 1985, p. 515.

cho no “costaba”, en los casos decididos por el Tribunal Supremo Federal, el abandono de la persecución penal, sino que, por el contrario, la facilitaba. Lo mismo vale, en la medida en que las decisiones del Tribunal Supremo Federal sólo implicaban consecuencias para la cuestión de derecho material, relativa a si había que admitir un concurso ideal o real²⁵; también esta cuestión tiene, a lo sumo, efectos marginales sobre el marco penal y la medición de la pena.

Sin embargo, ambos tribunales superiores regionales (Zweibrücken y Hamm) llegaron a la conclusión de que el delito de homicidio podía ser perseguido penalmente. El OLG Zweibrücken parte del derecho material y favorece la concepción, sostenida ocasionalmente en la jurisprudencia, de “que entre el delito permanente consistente en el ejercicio del poder de hecho —a éstos pertenece también la portación de un arma de fuego— y el delito de homicidio se debe admitir una pluralidad de hechos...”²⁶. Agrega el argumento de que una decisión diferente conduciría “a un resultado que contradice groseramente consideraciones de justicia”. También el OLG Hamm invoca a modo de ayuda la justicia: “Si en un caso semejante se produjese la extinción de la acción penal con relación al delito de homicidio, entonces, el contenido de disvalor que se manifiesta en él no podría ser sometido ni por asomo a una valoración justa”²⁷.

El último argumento aparece como el más importante materialmente, pero ya en su punto de partida es groseramente equivocado, y eliminaría el instituto de la cosa juzgada material o bien lo pondría en manos de amorfas “consideraciones de justicia”. Pues el sentido y el contenido del instituto de la cosa juzgada material es, precisamente, interrumpir la investigación procesal penal de la

²⁵ BGHSt., como en las notas 22 y 23.

²⁶ NJW, 1986, p. 2842.

²⁷ StV, 1986, ps. 241, 242.

verdad y resignarse, al hacerlo, a que la realización de la justicia material quede impedida.

El Tribunal Superior de Hamm se atiene, ciertamente, a la unidad de hecho entre los delitos de armas y los actos de homicidio, pero estatuye en conexión con la sentencia del Tribunal Supremo Federal que se registra en el tomo 29, página 288 de la colección oficial, una excepción al principio de que la unidad de hecho del derecho material conduce también a la indivisibilidad procesal del objeto de juzgamiento. La huida a la excepción es un método cuestionable o mejor dicho: carece de todo método. Esto salta a la vista en la fundamentación que el Tribunal Superior de Hamm aduce primeramente en favor de la existencia de un caso de excepción:

“La conexión del delito de homicidio con un acto parcial del delito permanente de tenencia no permitida de armas es más bien circunstancial; no se vislumbra una conexión real que según una concepción natural pudiera constituir un acontecimiento único de la vida”.

Y poco después se dice: “Ampliando el concepto de hecho en el presente caso también el delito de homicidio, que se presenta casual (casi circunstancialmente) en el ámbito del hecho punible permanente, se contradirían ostensiblemente también los intereses de la víctima”²⁸.

La afirmación de que el uso de arma (para matar) coincide “más bien circunstancialmente”, “casi circunstancialmente” o “casualmente” con el delito continuado de tenencia no permitida de armas, pone las cosas cabeza abajo, si se tiene en cuenta todo lo que ha sido expresado en la jurisprudencia y en la doctrina sobre la tenencia de armas. El homicidio con un arma, que el autor tiene y porta de modo no permitido, realiza al mismo tiempo *necesariamente* un delito de armas. Por lo demás, queda abierta la cuestión de por qué la coincidencia “circunstancial” o “casual” de delitos sería un criterio

²⁸ OLG Hamm, StV, 1986, ps. 241, 242.

para la pluralidad de hechos procesal en casos de unidad de hecho del derecho material. Esto, literalmente, “está tomado del aire”. Además, ello decidiría si el acusado debe sufrir una pena de prisión perpetua o si se sobresee el proceso penal en su contra. Una vaguedad semejante resulta intolerable, también en el ámbito procesal.

Tal como lo esperaba el Tribunal Superior Regional de Zweibrücken, también al Tribunal Supremo Federal le llegó la “hora de la verdad”²⁹. Debió “tomar partido” y resolver si se atenía o no al principio de la indivisibilidad del hecho³⁰ que había acentuado con vehemencia. En las consecuencias, el Tribunal Supremo Federal siguió al Tribunal Superior Regional Zweibrücken, apoyando, sobre dudosas premisas de carácter psicológico (el uso del arma presupone normalmente una “nueva decisión” del autor) y dudosas premisas de carácter jurídico (una nueva decisión fundamenta un nuevo hecho), la conclusión de que existía una pluralidad de hechos en el sentido del derecho material (y, con ello, también del procesal).

He presentado en forma intencional algo periodísticamente o —como lo formularía Jakobs— folletinescamente este desarrollo reciente de una constelación especial, porque la argumentación de la jurisprudencia también se mueve en ese plano.

No puedo extenderme aquí sobre otros detalles de esta discusión, en particular, sobre las numerosas opiniones que con distintos matices han sido formuladas en la doctrina. Para concluir, sólo quisiera poner de relieve, una vez más, dos puntos neurálgicos de esta problemática:

Grünwald escribe, acertadamente, que “la cruz del caso es el tipo de la tenencia no permitida de armas”³¹. Esta afirmación sólo puede ser confirmada, si se tiene en cuenta que con

²⁹ BGHSt., t. 36, p. 151.

³⁰ BGH, NSTZ, t. 85, p. 515.

³¹ StV, 1986, ps. 243, 245.

la expresión "tener" no se describe en absoluto formas de conducta humana. Pero la afirmación sólo encierra la mitad de la verdad. La otra mitad reside en el ominoso concepto de delito permanente, que también Grünwald acepta lamentablemente en forma acrítica. Se debe tener presente que el delito permanente es, en primer lugar, una figura que no está determinada legalmente y que tampoco está reconocida por la ley; en segundo lugar, el delito permanente no ha encontrado hasta hoy una determinación suficiente ni en la jurisprudencia ni en la ciencia, sino que es empleado en manifestaciones completamente heterogéneas. No se debe legitimar que un concepto extralegal y tan poco aclarado como ése pueda condicionar la prohibición tajante de la múltiple persecución penal.

