

*Estudios
de filosofía del Derecho
y Derecho penal*

Kurt Seelmann

Derecho penal & Criminología



Marcial
Pons

Colección

Derecho penal y Criminología

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Ramon Ragués i Vallès
Luis Greco
(dirs.)

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y DERECHO PENAL

KURT SEELMANN

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL

Edición a cargo de
Juan Pablo Montiel

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico *manuscritos@derechopenalycriminologia.es*. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la página web *www.derechopenalycriminologia.es*.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Kurt Seelmann

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-084-3

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	15
NOTAS DEL EDITOR	17
ABREVIATURAS	23

PRIMERA PARTE

LA DIGNIDAD HUMANA Y LA «JURIDIFICACIÓN» DE LA MORAL EN EL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

DIGNIDAD HUMANA Y LAS FORMULACIONES SEGUNDA Y TERCERA DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO. DIAGNÓSTICO KANTIANO Y FUNCIÓN ACTUAL

1. LA SEGUNDA Y TERCERA FORMULACIÓN DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO DE KANT EN LA «FUNDAMENTACIÓN» Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD	28
1.1. Problemas de comprensión	28
1.2. Autolegislación y dignidad	30
1.3. Tradición	31
2. EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA DIFERENCIA ENTRE LA SEGUNDA Y LA TERCERA FORMULACIÓN DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO PARA LA DISCUSIÓN DE LA DIGNIDAD.....	33
2.1. La formulación del fin-en-sí-mismo y el debate sobre el objeto moral.....	34
2.2. La distinción entre «homo phaenomenon» y «homo noumenon»	35
2.3. La relación de la dignidad con el mundo empírico	36

CAPÍTULO II

¿ES EL RESPETO UN DEBER JURÍDICO?

1. EL PROBLEMA	39
2. LA PROBLEMÁTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL EN LA MODERNIDAD CLÁSICA	40
3. EL RECONOCIMIENTO COMO FUNDAMENTO JURÍDICO	42
3.1 Marco jurídico actual	42
3.2. Trasfondo histórico	43
4. ALCANCE PERSONAL DEL DEBER DE RESPETO	45
4.1. ¿Protección de la persona o del sujeto?	45
4.2. ¿Protección de la dignidad de la colectividad o del grupo?	46
5. EL PROBLEMA DEL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL RESPETO: ¿QUÉ BIENES JURÍDICOS RESULTAN PROTEGIDOS? ...	48
5.1. Protección de la responsabilidad	48
5.2. Protección de la capacidad de orientación	49
5.3. Protección de la auto-representación	51
6. RESPONSABILIDAD, CAPACIDAD DE ORIENTACIÓN Y MONOPOLIO DE LA REPRESENTACIÓN: ¿QUÉ GENERA LA MODERNA PROTECCIÓN DEL RESPETO?	54
6.1. Las relaciones	54
6.2. Los cambios en el Derecho	55

CAPÍTULO III

DELITOS DE COMPORTAMIENTO: ¿PROTECCIÓN DE LA CULTURA A TRAVÉS DEL DERECHO?

1. CONSIDERACIONES PREVIAS	59
2. LOS TIPOS DE «DELITOS DE COMPORTAMIENTO» EN DISCUSIÓN	60
3. DELITOS DE COMPORTAMIENTO Y DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL	62
3.1. Repercusiones de la diferencia en la protección penal de la orientación y de los sentimientos	62
3.2. Limitaciones culturales de la diferenciación	65
4. LA EXIGENCIA DE CONSENSO	67
5. EQUILIBRIO REFLEXIVO DEL CONSENSO Y DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL	69

CAPÍTULO IV
**¿EXISTEN DEBERES DE SOLIDARIDAD
 EN EL DERECHO PENAL?**

1. TIPOS DE DEBERES DE SOLIDARIDAD JURÍDICO-PENALES...	73
2. LOS DEBERES DE SOLIDARIDAD COMO «DEBERES DE VIRTUD» (<i>TUGENDPFLICHTEN</i>)	75
3. ARGUMENTOS TRADICIONALES EN CONTRA DE LA JURIDIFICACIÓN DE LOS «DEBERES DE VIRTUD»	76
4. EL DESINTERÉS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	78
5. LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO: LOS ARGUMENTOS A FAVOR.	79
6. SOLIDARIDAD Y DERECHO PENAL: DOS CONCEPTOS DIFERENTES DE RESPONSABILIDAD	81
7. RESUMEN	82

SEGUNDA PARTE
**CONTRACTUALISMO, IDEALISMO
 Y LEGITIMACIÓN DE LA PENA**

CAPÍTULO V
**COMUNICACIÓN SIMBÓLICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN
 DE LA PENA EN EL SIGLO XVIII Y COMIENZOS DEL XIX**

1. LAS CONSTRUCCIONES CONTRACTUALISTAS EN PARTICULAR.....	86
1.1. El derecho a punir transferido al Estado	86
1.2. Cada uno consiente condicionadamente una sanción posterior	88
1.3. Todos ceden derechos condicionada y recíprocamente	90
1.4. El autor consiente a través del delito	91
2. CONSTRUCCIONES COMPLEJAS EN EL FIN DE SIGLO	92
2.1. La teoría de la prevención	92
2.2. La teoría de la «coacción psicológica».....	93
2.3. La pérdida de la condición jurídica y el «contrato de expiación».	94
2.4. Legitimación «absoluta».....	95
3. CRÍTICA AL CONTRACTUALISMO A COMIENZOS DEL SIGLO XIX	96
3.1. Críticas expresas al contrato	96
3.2. El derecho de defensa de la sociedad.....	97

	Pág.
3.3. «Regla de oro» y compensación de daños.....	99
3.4. Sentimientos e intuiciones	100

CAPÍTULO VI

INTENTOS DE UNA LEGITIMACIÓN DE LA PENA A TRAVÉS DEL ARGUMENTO DEL COMPORTAMIENTO AUTOCONTRADICTORIO DEL AUTOR DEL DELITO

1. «LIBERTAD DE AUTOCONTRADICCIONES» EN EL SIGLO XVII.....	103
2. EL ARGUMENTO DE LA AUTOCONTRADICCIÓN EN LAS TEORÍAS DE LOS INTERESES Y LAS CONTRACTUALISTAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA.....	104
3. LA CRÍTICA DE LA METÁFORA DEL CONTRATO EN HEGEL.....	106
4. EL PROPIO INTENTO DE HEGEL DE LEGITIMACIÓN DE LA PENA A PARTIR DEL ARGUMENTO DEL COMPORTAMIENTO AUTOCONTRADICTORIO	108
4.1. Los dos fundamentos de la pena de Hegel	108
4.2. La diferencia entre el argumento de la autocontradicción de Hegel y los modelos contractualistas.....	109
4.2.1. El argumento legal y el acuerdo concluyente.....	109
4.2.2. El argumento del reconocimiento y la reciprocidad como condición de la concesión de derechos	111
5. CONCLUSIÓN	113

TERCERA PARTE

PARADOJAS DE LA «PRIVATIZACIÓN» DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO VII

¿DEBERES DE GARANTE FUNDAMENTADOS EN EL DERECHO PRIVADO?

1. INTRODUCCIÓN: LA ACTUALIDAD DEL PROBLEMA DE LA MANO DE LA SENTENCIA DEL CASO «LEDERSPRAY»	118
2. LA HISTORIA DEL PROBLEMA	118
3. EL ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS DEBERES DE GARANTE	119
4. LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO PRIVADO.....	121

	Pág.
4.1. Deberes de tráfico	121
4.2. Autovinculación sin contrato.....	122
5. EL DISTANCIAMIENTO DE LOS CRITERIOS DEL DERECHO PRIVADO RESPECTO DEL DERECHO PENAL.....	123
6. DIFICULTADES EN LA IMPUTACIÓN.....	124
7. LA EXIGENCIA DE COHERENCIA	125
8. CONSECUENCIAS SOBRE LOS DEBERES DE GARANTE DERIVADAS DE LA EXIGENCIA DE COHERENCIA	126
9. EL CONCEPTO DE DERECHO ADECUADO AL DERECHO PENAL.....	127
10. CONSECUENCIAS PARA LAS CUESTIONES ACTUALES DE LA DINÁMICA DE LOS DEBERES DE GARANTE.	129
11. RESUMEN	130

CAPÍTULO VIII

EL NO HACER COMO HECHO PUNIBLE. SOBRE LA CRECIENTE IMPORTANCIA Y EL POTENCIAL PROBLEMÁTICO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

1. LA CRECIENTE IMPORTANCIA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA	134
2. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DEBERES DE GARANTE	137
2.1. Punto de partida	137
2.2. Las ampliaciones de los deberes de garante.....	138
2.3. Objeciones.....	140
3. DIFICULTADES DE IMPUTACIÓN	142
3.1. La ausencia de una referencia.....	143
3.2. Atribución según la utilidad (<i>Zweckmässigkeit</i>)	144
4. ¿PARALELOS?.....	145
4.1. El debate sobre las sanciones	145
4.2. Los acuerdos en el proceso penal.....	148
5. ¿CONVERGENCIA DE LAS RAMAS DEL DERECHO?	149

CAPÍTULO IX

INTERESES DE LA VÍCTIMA Y RESPONSABILIDAD POR LA ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA DE LOS DEBERES DE GARANTE

1. ORIENTACIÓN A LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN	151
--	-----

	Pág.
2. EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DEBERES JURÍDICO-PENALES DE GARANTE.....	153
3. EL DILEMA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA OMISIÓN	158
4. RESPONSABILIDAD POR LA ACCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL DEBER.....	163
5. RECAPITULACIÓN	169

CAPÍTULO X PUNIBILIDAD DE LA EMPRESA: CAUSAS, PARADOJAS Y CONSECUENCIAS

1. LÍMITES DEL DERECHO PENAL INDIVIDUAL	172
1.1. Problemas generales de imputación.....	172
1.2. Posibilidades de punición individual en la cúpula de la empresa...	174
2. LA PENA A LA EMPRESA	175
2.1. ¿Responsabilidad por asunción o responsabilidad directa de la empresa?.....	175
2.2. Pena a la empresa e imputación subjetiva.....	178
2.2.1. La empresa: más que una suma de individuos.....	178
2.2.2. El principio de culpabilidad como compatible con la pena a la empresa	179
2.2.3. Derecho penal de la empresa sin culpabilidad	181
2.2.4. Sanción a la empresa fuera del Derecho penal	182
3. LOS AFECTADOS.....	183
3.1. ¿Afectados pese a todo?	184
3.2. La responsabilidad del garante.....	184
3.3. La responsabilidad por la puesta en peligro	184
4. EFECTOS DEL REACOPAMIENTO.....	185
4.1. Aligeramiento de los presupuestos de imputación	186
4.2. Problematicación del Derecho penal	186

CAPÍTULO XI PARADOJAS DE LA ORIENTACIÓN HACIA LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

1. DOS PARADOJAS.....	191
2. LA SALIDA OBSTRUIDA	193
3. ¿Orientación solamente hacia la víctima concreta?	195
3.1. El problema del alcance limitado	196

	Pág.
3.2. El problema de la concurrencia con el Derecho civil.....	197
3.3. La disolución del concepto de víctima a través de la orientación hacia la víctima: la tercera paradoja.	197
3.3.1. Responsabilidad de la víctima como consecuencia de la ayuda a la víctima.....	198
3.3.2. El traslado del interés de la víctima hacia la categoría de la necesidad de ayuda.....	198
3.3.3. Disposición del procedimiento como «devolución del conflicto».....	199
3.4. Filosofía social del «conflicto»	200
3.4.1. Impulso desde la investigación empírica.....	200
3.4.2. La «víctima» como resultado de una adscripción	200
3.4.3. Objeciones pragmáticas	201
3.4.4. Objeciones bajo el aspecto de la protección de la libertad.	202
3.4.5. La objeción de la «regresión a la estructura dual»	202
4. ¿RELEVANCIA DE LAS NECESIDADES DE LA VÍCTIMA?	203
4.1. La relevancia del conflicto para terceros (<i>Drittrelevanz des Kon- flikts</i>).....	203
4.2. Recapitulación sobre las bases propuestas.....	205
5. CONCLUSIÓN	206
BIOGRAFÍA DEL AUTOR	209
RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS TEXTOS ORIGINALES.....	211
OTRAS PUBLICACIONES DESTACADAS DE KURT SEELMANN	213
RELACIÓN DE TRADUCTORES.....	219

PRÓLOGO

Para mí es un honor y un placer prologar este libro. Lo es por dos razones: porque se trata de un proyecto de mi querido discípulo y amigo Juan Pablo Montiel; y, sobre todo, porque con él, Juan Pablo y un amplio grupo de traductores¹ pretenden rendir un sincero y merecido homenaje a la obra de Kurt Seelmann (1947). En realidad, su decisión constituye una de las formas más eficaces de homenajear a una obra: difundirla, traduciéndola, para que puedan acceder a ella quienes no entienden la lengua original en que se ha escrito. Ciertamente, no se trata aquí de la primera traducción de un texto de Seelmann al español. Pero sí de la primera traducción de una parte homogénea de su obra, que permite hacerse una idea de cuáles son algunas de sus preocupaciones fundamentales y el método mediante el que las aborda. No obstante, esto —que es un motivo de profunda satisfacción— también me lleva a verbalizar un pensamiento no tan alegre. Resulta ciertamente lamentable que todavía no se haya traducido al español otra de las grandes partes homogéneas de la obra de Seelmann: ni más ni menos que aquella que se refiere a la obra jurídica y, en particular, jurídico-penal de los teólogos-juristas de la escolástica tardía hispánica. Seelmann es, en efecto, uno de los más grandes especialistas mundiales (¿el mayor?) en esta época capital de nuestra doctrina jurídico-penal; y su obra en este punto ha mostrado, además, las posibilidades de una reflexión contemporánea sobre la base de los argumentos esgrimidos ya entonces. Parece claro, pues, que aun tras esta traducción seguiremos estando en deuda con él.

Kurt Seelmann es en la actualidad catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho en Basilea, tras haberlo sido en Hamburgo y Saarbrücken. De su amplia obra jurídica y filosófica me interesa aquí subrayar fundamentalmente el método con el que aborda los problemas jurídico-penales. Cuando se ocupa de cuestiones de teoría del delito (muy singularmente lo ha hecho con problemas de estado de necesidad y de omisión), Seelmann hace «metadogmática». Es decir, integra el discurso dogmático en un contexto general de legitimación. Cuando aborda instituciones de la teoría de las consecuencias del delito (pena, reparación, sanciones a las personas jurídicas...), Seelmann proyecta sobre éstas el instrumental analítico propio de la filosofía del Derecho, moral y política.

¹ Así como otros colaboradores. También aquí hay una cierta «dispersión de la responsabilidad» (*Verantwortungstreuung*), por utilizar una expresión de nuestro autor.

El resultado es, como subraya Juan Pablo Montiel en sus Notas del Editor, enormemente sugerente y —lo que es más importante— muestra una gran potencia crítica. La elegancia del estilo de Seelmann —al que, obvio es, ninguna traducción puede hacer plena justicia— convierte, por lo demás, la lectura de sus obras en un auténtico placer.

Está claro que a Seelmann le preocupa el alejamiento del Derecho penal contemporáneo de sus señas de identidad liberales. Por eso ha dedicado páginas a la creciente accesoriedad del Derecho penal con respecto al Derecho administrativo o al Derecho civil (esto último, de modo singular, a la hora de construir posiciones de garante). Por eso se ha ocupado, asimismo, del fenómeno de los delitos de acumulación y, también, de los así denominados «delitos de conducta (o comportamiento)». Porque unos y otros ponen en cuestión ya sea la lesividad del hecho, ya —en todo caso— la de una determinada conducta individualmente considerada. Su pretensión de que no se le impute al autor más que aquello que es realmente suyo se ha manifestado, además, en su creciente contribución al estudio de los fenómenos de responsabilidad colectiva y a eso que él denomina la «dispersión de la responsabilidad».

En definitiva, nos hallamos ante una obra que —siendo hasta hace muy poco apenas conocida por el lector de habla hispana— reúne todos los méritos para entrar por la puerta grande en el mercado de las ideas de nuestro ámbito lingüístico. Y para triunfar en él.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

NOTAS DEL EDITOR

Por Juan Pablo MONTIEL

La concepción de este libro nació de una distendida charla mantenida con Jesús Silva mientras recorríamos las calles de una (extrañamente) soleada Bogotá en el mes de agosto de 2010. En aquella ocasión comentábamos la importancia de los aportes de Kurt Seelmann a la dogmática de la omisión y del estado de necesidad (entre muchos otros temas) los cuales lamentablemente el lector de habla hispana conocía tan solo parcialmente. Observábamos, en esta línea, que si bien algunos artículos representativos de su pensamiento aparecen en español en obras colectivas de renombre en nuestro entorno¹, la real envergadura de sus aportaciones no era conocida a cabalidad. A esta conversación le siguió un agradable encuentro que mantuve con el Prof. Seelmann en la ciudad de Basilea en diciembre de ese mismo año, en el que conversamos largamente sobre aquellos aspectos de su rica obra que debían aparecer en este volumen.

La tarea desde un inicio no resultaba nada sencilla por la cantidad y la diversidad de aportaciones que seguramente son interesantes para cualquier jurista de habla hispana. En el ámbito del Derecho penal sobresalen sus aportaciones a los fundamentos de la teoría de la imputación, la justificación, la responsabilidad por omisión y de las personas jurídicas, los criterios de delimitación de la pena, etc. Dentro de la Filosofía y la Historia del Derecho descuellan, entre muchos otros, sus estudios sobre la Filosofía del Derecho de la Edad Media tardía, la Ilustración y el idealismo alemán, la fundamentación de las normas (jurídicas y morales), la dignidad humana y el concepto

¹ Puede aquí citarse, entre los libros, SEELMANN (ed.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2002, y VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012; entre los artículos «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena» (trad. MARTÍN LORENZO), en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, pp. 373 y ss.; «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena» (trad. ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ), en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 213 y ss.

de persona y de autonomía. Incluso sus trabajos allende el terreno del Derecho penal y la Filosofía del Derecho tienen un notable valor, por ejemplo, para el Derecho médico (más precisamente la Bioética)². En este contexto, fue sumamente dificultosa una selección prudencial que reflejara lo más fielmente posible su pensamiento, pero sin que ello arrojara como resultado un libro absolutamente heterogéneo y exageradamente voluminoso. Finalmente, se optó por presentar una colectánea de artículos que, en opinión de Kurt Seelmann, plasme del modo más fiel su particular perfil científico, en tanto *jurista y filósofo*, aunque resaltando en primer lugar su incidencia en la filosofía del Derecho penal.

En mi opinión, los presentes *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal* tienen, en primera línea, un sentido *revisionista y analítico*. El libro recoge artículos sobre temas clásicos del Derecho penal y que además son analizados desde unas coordenadas filosóficas que resultan familiares en nuestra tradición jurídico-penal. Sin embargo, la agudeza de sus observaciones y la claridad con que identifica y disecciona los grandes problemas de la dogmática moderna, arroja como resultado señales de alerta sobre el modo en que estamos analizando el Derecho penal y sus principales instituciones. Por ello, no sería exagerado decir que *subliminalmente* es un libro de *crítica* al Derecho penal de hoy; pero una crítica que no estamos acostumbrados a leer. Las debilidades y yerros de ciertos constructos dogmáticos son puestos al desnudo por Kurt Seelmann con maestría, pero orientándose hacia la *construcción y evolución* del saber jurídico-penal. Además, si bien esta crítica subliminal transita en muchos casos por pasajes ya conocidos por nosotros (por ejemplo, el alejamiento del actual Derecho penal respecto del liberalismo clásico) el notable *background* filosófico otorga a su análisis gran originalidad y muestra *indirectamente* la superficialidad de muchas corrientes críticas.

Pero vamos ahora mejor al contenido concreto de nuestro libro. En primer lugar, la selección de artículos y su presentación tienen en consideración los intereses de quienes se preguntan por el trasfondo filosófico de la teoría de la pena y del delito, como así también los de quienes se abocan al traslado de los debates de la Filosofía moral y política a concretos problemas jurídicos. De ahí que el libro tenga como principales destinatarios a penalistas y filósofos del Derecho. En segundo lugar, el libro se estructura en tres partes que aglutinan los estudios según denominadores comunes. Además, el orden de esas tres partes está pensado de tal manera que el análisis filosófico de los problemas jurídico-penales se va haciendo más concreto a medida que se avanza en la lectura del libro.

Los estudios contenidos en la primera parte se agrupan bajo dos grandes temas: la dignidad humana y la «juridificación» de la moral en el Derecho

² Aquí merece la pena destacar principalmente sus trabajos en el terreno de la investigación con embriones y células madres, con personas humanas, tecnología de trasplantes, etcétera.

penal. Los primeros dos artículos abordan el concepto de dignidad humana³; en primer lugar, desde una fundamentación kantiana, mientras que la segunda contribución presta atención a la relevancia del reconocimiento del «otro» como sujeto de Derecho y acreedor de respeto. Ambos temas tienen un notable valor para el debate jurídico-penal respecto a la fundamentación de la imputación y del castigo. Además, aportan herramientas para enriquecer nuestra discusión. Por poner algunos ejemplos un tanto obvios: el concepto de dignidad humana ha sido utilizado en los últimos años para impedir la justificación de la tortura en casos de extrema gravedad⁴ o la justificación del derribo de aviones secuestrados con fines terroristas⁵. Sin embargo, en el debate predomina un uso vacío de este concepto, de tal modo que pierde significativamente la fuerza limitante que se le atribuye⁶.

Junto a ello, los restantes dos artículos nos invitan a reflexionar sobre la frontera entre el Derecho penal y la moral. Desde ahí nos arroja una pregunta que nos resulta claramente incómoda cuando intentamos fundamentar en la dogmática los delitos de comportamiento y los deberes de solidaridad: *¿estamos construyendo teorías de responsabilidad jurídico-penal o de responsabilidad moral?; ¿estamos trabajando como penalistas (esto es, como juristas) o como filósofos morales?* Seelmann intenta mostrarnos que muchas veces los dogmáticos pasamos por alto un pilar elemental del liberalismo político que decimos profesar: la distinción entre Derecho y moral.

La segunda parte del volumen nos presenta dos exquisitos e reveladores trabajos sobre la legitimación de la pena dentro de la Ilustración y el idealismo alemán. A simple vista, este apartado parece ofrecer una mera

³ Vale la pena enfatizar que el Prof. Seelmann se ha abocado fuertemente al estudio del concepto de dignidad humana en los últimos años. Basta con confrontar los siguientes libros SEELMANN/BRUDERMÜLLER (eds.), *Menschenwürde - Begründung, Konturen, Geschichte*, 2008; SEELMANN (ed.), *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, 2004. Entre los artículos sobre el tema, cfr. SEELMANN, «Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde - leere Floskel oder Grundlage der Rechtsordnung?», en LORETAN (ed.), *Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte Religionsrechtliche Studien*, 2011, pp. 101 y ss.; SEELMANN, «Menschenwürde als Würde der Gattung - ein Problem des Paternalismus?», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, pp. 241 y ss.; SEELMANN, «"Menschenwürde" als Begriff des Rechts?», en GANDER (ed.), *Menschenrechte, philosophische und juristische Positionen*, 2009, pp. 166 y ss.; SEELMANN, «Menschenwürde als Kostenfaktor», en FISCHER/STRASSER (eds.), *Ethik im Sog der Ökonomie*, 2008, pp. 77 y ss.

⁴ JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, pp. 542 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 279 y ss. GÖTZ, NJW, 2005, pp. 953 y ss., 956; GRECO, *InDret* (4) 2007, pp. 1 y ss., especialmente pp. 10 y ss.

⁵ Paradigmática la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006 (BVerfG, 1. BvR 375/05 von 15.2.2006, Absatz. Nr. /1.156). En la doctrina, entre muchos otros, ROIG DAVISON/RUIZ GARCÍA, *InDret* (4), 2006, pp. 13 y ss.; HOFMANN, NVwZ, 2010, pp. 217 y ss.; MERKEL, JZ, 2007, pp. 379 y ss.

⁶ Crítico al respecto, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, TIEDEMANN, DÖV, 2009, pp. 606 y ss.

(aunque «jugosa») recreación histórica de esta discusión durante la segunda mitad del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX. Desde esta perspectiva, se presenta una exposición pormenorizada de las diferentes variantes contractualistas de la concepción de la pena, junto a sus limitaciones y a la conexión con las teorías idealistas. Sin embargo, todo este análisis todavía resulta de gran valor para entender y juzgar con mejores herramientas las aportaciones que ha ido realizando la ciencia jurídico-penal en los últimos años, al hilo de los debates en torno al concepto de la pena⁷ y del Derecho penal del enemigo⁸.

La tercera y última parte del libro sirve para ilustrar algunas de las paradojas más sobresalientes de las actuales construcciones dogmáticas. Detrás de ellas aparecen innumerables inconvenientes de fundamentación y de coherencia sistemática. De acuerdo a estos estudios, podría decirse que las nuevas tendencias que se reflejan en la responsabilidad por omisión, el Derecho penal empresarial y la orientación hacia la víctima responden al fenómeno de la «privatización» o «civilización» del Derecho penal. Es decir, el acercamiento del Derecho penal —en cuanto a sus estructuras de imputación y al concepto de sanción— al Derecho privado o (más concretamente) civil. Aunque quizá entre las paradojas convendría reconocer —como el mismo autor hace— cierta independencia conceptual a la orientación hacia la víctima *concreta* en el Derecho penal.

La gran paradoja de la «privatización» del Derecho penal consiste en que cuanto más parece esta rama del Derecho haberse esforzado por independizarse del Derecho civil⁹, más se ha acercado a éste. Kurt Seelmann presenta como paradigma de esta paradoja la actual dogmática de la omisión impropia. Muestra críticamente que la dispersión de las posiciones de garante es síntoma de la incorporación de criterios del Derecho de daños al Derecho penal. Más aún: el síntoma de una incorporación, *sin mediar correctivos o adaptaciones* a los concretos fines o a las estructuras jurídico-penales. Además, semejante acercamiento no queda limitado a la responsabilidad individual; la «mare» *iusprivatista* acaba alcanzando también a la responsabilidad de entes colectivos. Estos estudios pretenden ventilar así, principalmente, los déficits de «liberalismo» de las actuales doctrinas de imputación jurídico-penal como consecuencia de la importación del Derecho civil.

⁷ Por ejemplo, basta con mirar el trasfondo filosófico de la discusión en PAWLIK, *Das Strafrecht des Bürgers*. Tübingen, 2012, pp. 82 y ss.; *id.*, *Person, Subjekt, Bürger*. Berlin, 2004, *passim.*, especialmente pp. 75 y ss.

⁸ JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 25 y ss.

⁹ Siendo posiblemente ésta una de las cruzadas científicas más importantes de la primera mitad del siglo XX. Cfr. entre otros BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*. Berlin, 1938, *passim*; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4.^a ed., 1922 (reimpresión 1965), pp. 284 y ss.

Como el mismo autor pone sobre el tapete, también la tan renombrada orientación del Derecho penal a la víctima queda cercada por paradojas bastante evidentes. Dos ejemplos pueden resultarnos útiles. Por un lado, se realza a la víctima *concreta* dentro del espectro del Derecho penal al mismo tiempo que proliferan los delitos de peligro, donde ese concepto de víctima se esfuma ¹⁰. Por otro lado, mientras se insiste en dar a la víctima una respuesta *específicamente penal*, el Derecho penal incorpora soluciones materiales (*v. gr.* reparación del daño como tercera vía) y procesales [*v. gr.* acuerdos (*Absprachen*)] para atender a este fenómeno, que poco tienen que ver con su esencia.

Una vez más fuera del «contenido» del libro, quiero agradecer muy enérgicamente a todos los traductores que participaron en este proyecto editorial, cuya labor ha sido de alta calidad: Gastón Chaves, Albert Estrada i Cuadras, Percy García Caveró, Gabriela Jugo, Irene Navarro Frías, Raúl Núñez Ojeda, Eugenio Sarabayrouse, Vicente Valiente Ivañez y Thomas Vogt. Sin la *donación* de sus muy valiosos tiempos (laborales y libres) el lector no tendría entre sus manos este ejemplar. Con todos ellos me siento en deuda, en especial con mi querido Albert Estrada, quien, además de haber hecho (como siempre) una labor brillante, ha acudido en mi ayuda en momentos críticos del proyecto. También quisiera destacar aquí la colaboración de mi querido Pablo Sánchez-Ostiz, quien, pese a no haber participado directamente en las traducciones, ha oficiado como (*sozusagen*) «*Translator Doctor*», «afinando» varias de ellas y además la asistencia de Álvaro Sánchez-Ostiz en la traducción de las expresiones en latín. Igualmente sobresale en la fase final del «pulido lingüístico» de este libro la valiosísima participación de mis queridos colegas y amigos Felipe de la Fuente y Juan Pablo Cox. A mi querido maestro y amigo, Jesús-María Silva Sánchez, también mi más sentido agradecimiento por prologar este libro, por ayudarme incluso a detectar problemas lingüísticos y de traducción, y especialmente por haberme incitado a emprender esta recopilación.

Finalmente un cálido agradecimiento a Íñigo Ortiz de Urbina, Ramón Ragués y Luis Greco por aceptar este trabajo recopilatorio en su joven (aunque ya muy prestigiosa) colección *Derecho penal y Criminología*. Sin dudas, la publicación en la editorial Marcial Pons es el mejor cierre que uno podría esperar para un trabajo que, por momentos, fue pesado y desalentador, pero en el resultado global enormemente gratificante y formativo.

¹⁰ Caracterizando este fenómeno, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 51 y ss.

ABREVIATURAS

AGBG	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz</i> (Ley de condiciones generales de la contratación).
AK-StGB	<i>Kommentar zum Strafgesetzbuch, Reihe Alternativkommentare.</i>
AöR	<i>Archiv des öffentlichen Rechts.</i>
art.	artículo.
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.</i>
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte general).
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán).
BGE	<i>Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts</i> (Sentencias del Tribunal Federal Suizo).
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> (Sentencias del Tribunal Supremo alemán en materia penal).
BMJ	<i>Bundesministerium der Justiz</i> (Ministerio Federal de Justicia).
BT	<i>Besonderer Teil</i> (Parte especial).
BverfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Sentencias del Tribunal Constitucional alemán).
Cap.	Capítulo.
Cfr.	Confrontar.
comp(s).	compilador(es).
dir(s).	director (es).
DJT	<i>Deutscher Juristentag</i> (Congreso de Juristas alemanes).
DÖV	<i>Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft.</i>
ed(s).	Editor(es)/edición.
e.g./i.e.	<i>exempli gratia.</i>
et al.	<i>Et alii.</i>
FG	<i>Festgabe.</i>
FS	<i>Festschrift.</i>
GS	<i>Gedächtnisschrift.</i>
inc.	inciso.
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter.</i>
JGG	<i>Jugendgerichtsgesetz</i> (Ley alemana de Justicia Juvenil).
JR	<i>Juristische Rundschau.</i>
JS	<i>Juristische Schulung.</i>
Jura	<i>Juristische Ausbildung.</i>
JuS	<i>Juristische Schulung.</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung.</i>

Abreviaturas

KrimJ	<i>Kriminologisches Journal.</i>
lit.	literal.
LK	<i>Leipziger Kommentar.</i>
MK	<i>Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch.</i>
M SchrKrim	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.</i>
NE	Nota del editor.
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift.</i>
nm.	Nota marginal.
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht.</i>
NT	Nota del traductor.
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato.</i>
OwiG	<i>Gesetz über Ordnungswidrigkeiten</i> (Ley de infracciones administrativas).
p./pp.	Página(s).
Párr.	Párrafo.
PVS	<i>Politische Vierteljahresschrift.</i>
RDA	República Democrática Alemana.
RGSt	<i>Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen</i> (Sentencias del Tribunal del Imperio en materia penal).
s./ss.	Siguiente(s).
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung.</i>
SK-StGB	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.</i>
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán).
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (Ordenanza procesal-penal alemana).
t.	tomo.
VStR	<i>Vermögenssteuer-Richtlinien.</i>
vol.	volumen.
ZEE	<i>Zeitschrift für Evangelische Ethik.</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik.</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>
ZStrR	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.</i>

PRIMERA PARTE

**LA DIGNIDAD HUMANA
Y LA «JURIDIFICACIÓN» DE LA MORAL
EN EL DERECHO PENAL**

CAPÍTULO I

DIGNIDAD HUMANA Y LAS FORMULACIONES SEGUNDA Y TERCERA DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO. DIAGNÓSTICO KANTIANO Y FUNCIÓN ACTUAL*

La invocación a Immanuel Kant se encuentra muy extendida en el actual debate sobre la dignidad humana. De ello resulta una vinculación a la filosofía de Kant, en parte explícita pero también en parte implícita, mediante el empleo de una terminología más o menos alusiva a la conceptualidad kantiana. La obviedad de la recepción —especialmente en la ciencia jurídica— del concepto de dignidad siguiendo las huellas de Kant, o de términos que dan la impresión de ser kantianos, no solamente pone a disposición argumentos y formulaciones manejables, sino que también crea problemas. Ella origina el peligro de una argumentación *ex autoritate* en el debate; incluso, puede ocultar de la vista posibles y ya anticipados puntos de conexión atinentes al problema y, finalmente, frecuentemente amenaza también con enturbiar la visión de los fundamentos de los textos kantianos. A veces, como se verá, las interpretaciones erróneas o los meros malentendidos se corresponden con las necesidades prácticas.

En lo siguiente, solo se tratará con detalle, dentro del espectro del ya bosquejado campo temático, la parte que atañe al concepto de dignidad con relación a la segunda y la tercera formulación del imperativo categórico en la obra de Immanuel Kant de 1785, «Fundamentación de la metafísica de las costumbres». Allí se establece también el fundamento del concepto de dignidad para la «Metafísica de las costumbres», aparecida doce años después. A algunas consideraciones sistemáticas e históricas con relación a la segunda formulación (la del fin en sí mismo)¹ y a la tercera (la de la

* Traducción a cargo de Gastón Chaves Hontou.

¹ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Akademie-Ausgabe, tomo IV, p. 429: «El imperativo práctico será entonces el siguiente: Obra de tal manera de consideres a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro igual, como un fin y no simplemente como un medio».

autonomía)² en el imperativo categórico de Kant —cada una de ellas relacionada con el concepto de la dignidad— siguen observaciones sobre la significación práctica de la diferencia entre ambas formulaciones para el actual debate sobre la dignidad humana. Esta contribución llega a la conclusión de que, para el mismo Kant, el concepto de dignidad encuentra sus fundamentos en la tercera formulación, pese a que el actual debate por razones comprensibles se inclina particularmente a favor de tomar la segunda formulación como punto de partida.

1. LA SEGUNDA Y TERCERA FORMULACIÓN DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO DE KANT EN LA «FUNDAMENTACIÓN» Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD

1.1. Problemas de comprensión

Es natural que, en la búsqueda de la elaboración del concepto kantiano de dignidad, al vincularlo con la argumentación de la «Fundamentación» nos encontremos aquí, por primera vez en Kant, con una más exacta concepción de la temática de la dignidad, así como de la del hombre como fin en sí mismo y de la autolegislación de éste. También la literatura secundaria sobre el tema «dignidad humana en Kant» establece por regla general este punto de partida.

«Cada hombre es una persona, por tanto un fin en sí mismo, y esto es lo que fundamenta su dignidad»³.

Así circunscribe Joachim Hruschka el núcleo de la relación de fundamentación de Kant en su «Fundamentación de la metafísica de las costumbres», para luego, dos párrafos después, desarrollar:

«De la dignidad de la persona resulta la exigencia de respeto y a causa de su dignidad la persona es un fin en sí misma»⁴.

Sin embargo, en principio esto puede sorprender si en el primer caso la dignidad se funda en la calidad de ser fin en sí mismo, mientras que en el segundo esta cualidad resulta fundada por la dignidad. En otras aportacio-

² KANT (nota 1), p. 431: «...de aquí se sigue aún el tercer principio práctico de la voluntad, como condición superior de la concordancia de la razón práctica con la razón práctica general, la idea de la voluntad de cada ser razonable como la de una voluntad legisladora». Cfr. también p. 434: «...cuyo principio es entonces: ninguna acción puede obrar bajo otra máxima que no sea compatible con una ley general, de modo que la voluntad solo pueda considerarse a través de su máxima al mismo tiempo como una ley general».

³ HRUSCHKA, *ARSP* 88 (2002), pp. 463 y ss., 477.

⁴ HRUSCHKA (nota 3), p. 477.

nes, Hruschka incluso considera la cualidad de ser un fin en sí mismo y el concepto de dignidad tan recíprocamente unidos, que reúne en una frase a ambos en un breve resumen del texto kantiano en la «Fundamentación»:

«Como ser dotado de razón, él es persona y no cosa, tiene un valor absoluto, un valor intrínseco, no como las cosas que, en tanto medios, poseen un valor relativo; a él se le adjudica la dignidad, mientras las cosas solo tienen un precio a causa de su valor relativo»⁵.

Así, la persona —ser, en el sentido de un ser en sí mismo— es equiparada con la posesión de la dignidad. Pese a que en la «Fundamentación» Kant habla expresamente de dignidad con relación a la tercera formulación —la de la autonomía del imperativo categórico—⁶, y no todavía en las discusiones sobre la persona como «fin en sí mismo»⁷, esa síntesis del texto kantiano —como Hruschka lo hace notar— es absolutamente evidente. En las realizaciones de la tercera formulación explica Kant por primera vez que la autonomía, esto es, la autolegislación, es el fundamento de la dignidad y de la cualidad de ser fin en sí mismo. Pues si bien por una parte es cierto que hace de la autonomía, esto es, de la autolegislación, el fundamento de la dignidad («*Autonomía es, entonces, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional*»)⁸; por otra parte, sin embargo, la dignidad es también la condición de la cualidad de ser un fin en sí mismo:

«...sin embargo, lo que constituye la condición bajo la cual algo puede ser fin en sí mismo tiene, no simplemente un valor relativo, esto es, un precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad»⁹.

Del pasaje precedente resulta que Kant, con «lo que constituye la condición», alude a la autonomía o al principio de la autolegislación. De ello se sigue que la autolegislación es la condición de la cualidad de ser fin en sí mismo y que al sujeto le corresponde la dignidad de la autolegislación.

En el mismo contexto vuelve otra vez a esto en otro pasaje:

«¿Y qué es, si no, entonces, lo que tan altas exigencias eleva a lo que justifica la opinión éticamente buena o la virtud? Es nada menos que la participación que se confiere al ser racional en la legislación general y lo hace, en este sentido, miembro apropiado en un posible reino de los fines...»¹⁰.

También aquí es la autolegislación el fundamento del ser un fin en sí mismo, pues «en este sentido», esto es, a través de la participación en la

⁵ HRUSCHKA, JZ, 1990, pp. 1 y ss., 10: «La persona como fin en sí misma. Sobre la fundamentación del Derecho y la ética en August Friedrich Müller (1733) e Immanuel Kant (1785)».

⁶ KANT (nota 1), pp. 434 y ss.

⁷ KANT (nota 1), pp. 428 y ss.

⁸ KANT (nota 1), pp. 434 y ss.

⁹ KANT (nota 1), p. 435.

¹⁰ KANT (nota 1), p. 435.

legislación general, el ser racional se vuelve integrante del reino de los fines. Sin embargo, enseguida Kant también invierte esa relación en la misma frase y parte de que la naturaleza de un ser racional lo determina como un fin en sí mismo y, «por esto mismo», a la autolegislación:

«...para ello ya estaba determinado por su propia naturaleza, como fin en sí mismo y, precisamente por esto, como quien puede legislar en el reino de los fines...».

Recientemente, Rudolf Ruzicka ha señalado por primera vez esta relación de fundamentación de carácter intercambiable:

«Por un lado, esto que se adscribe a la dignidad, es decir, la autonomía, es el fundamento por el cual un ser racional es un fin en sí mismo, luego y a la inversa, el ser-un-fin-en-sí mismo es aquello que permite a éste recibir la dignidad, esto es, la autonomía»¹¹.

Ahora, si bien es cierto que a la autonomía no se le adjudica dignidad, sino que aquélla, según Kant, hace del hombre un ser a quien debe adjudicarse dignidad, es cierta también, por otra parte, la observación de que la relación de fundamentación entre autolegislación y autonomía está en Kant a veces formulada de modo ambivalente. Ruzicka comenta esta circunstancia comprensiblemente con estas palabras:

«Esto es, por lo menos, confuso»¹².

1.2. Autolegislación y dignidad

Es posible, sin embargo, que subyazca a esta confusión no tanto una confusión de contenido sino más bien una negligencia lingüística de Kant cuando éste se refiere a quien es «fin en sí mismo y por consiguiente el que legisla». La relación de las dos formulaciones del imperativo categórico puede no estar claramente formulada; la posición de la dignidad en la argumentación de Kant se deja en todo caso determinar comparativamente a partir del contexto objetivo. Que la dignidad sea mencionada precisamente con relación a la tercera formulación del imperativo categórico¹³ no podría ser una casualidad.

Dietmar von der Pfordten ve el fundamento de ello en que Kant habla expresamente de la dignidad solamente en relación con la tercera formulación —no con la segunda del imperativo categórico—, de modo que, en la concepción kantiana, el hombre

«es el propio autor de sus delimitaciones éticas»¹⁴.

¹¹ RUZICKA, *Studia Philosophica* (63), 2004, pp. 121 y ss., 122.

¹² RUZICKA (nota 11), p. 122.

¹³ *Supra* nota 2.

¹⁴ VON DEL PFORDTEN, «Tierwürde nach Analogie der Menschenwürde», en BRENNER (ed.), *Tiere beschreiben*, Erlangen, 2003, pp. 105 y ss., 109.

Que a través de las normas que se da a sí mismo la autonomía del hombre lo coloque entonces en estado de controlar sus propios deseos y, en caso de ser necesario, de negarlos, constituye al hombre —para Kant— en un portador de dignidad. Sin embargo, esto significa que, según la concepción de Kant —como lo muestra von der Pfordten— solo tiene dignidad un hombre que en consecuencia puede autolimitarse; en el sentido kantiano, quien obra por las reglas de su autolegislación.

En efecto, este «darse-a-sí-mismo-leyes» no está todavía necesariamente expresado en la formulación del fin en sí mismo, puesto que ésta solamente dispone que el agente no puede hacer de otros un medio cualquiera ¹⁵. Es posible, sin embargo, que la autolimitación resulte de la autolegislación: con ella se hace dependiente el individuo de la universalización de sus máximas. Vista entonces de un modo real, la autolegislación es el fundamento de la ética para Kant, de la cual, en la relación de fundamentación, la cualidad de ser fin en sí mismo aparece en un segundo paso, como consecuencia de la autolegislación:

«La razón vincula, entonces, toda máxima de la voluntad, como legislador general, a toda otra voluntad y aun a toda acción contra sí mismo y esto no precisamente en razón de cualquier otra motivación práctica o de ventaja futura, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a otra ley que la que, a la vez, él mismo se da» ¹⁶.

Es patente que también Hegel lo ha entendido así, cuando, en su Filosofía de la Religión, ve como signo de dignidad «la abolición de la natural extravagancia y, con ella, el saber que lo verdadero es un ente general y para sí», con lo cual la dignidad se sostiene también sobre la autolimitación ¹⁷.

Aun cuando Kant más tarde en la «Metafísica de las Costumbres», establece una más estrecha relación entre dignidad y el ser un fin en sí mismo ¹⁸, ya en la «Fundamentación» se diferencian bastante nítidamente las dos formas del imperativo categórico en vistas a su significación para el concepto de dignidad en el modo descrito.

1.3. Tradición

También en la tradición prekantiana del siglo XVIII podría tener apoyo la diferenciación entre autolegislación y cualidad de ser un fin-en-sí-mismo y la inmediata vinculación solo del primer aspecto con el concepto de dignidad. Hruschka ha mostrado cómo August Friedrich Müller desarrolla en

¹⁵ VON DER PFORDTEN (nota 14), p. 109.

¹⁶ KANT (nota 1), p. 434.

¹⁷ HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*, t. 1, 4.^a ed. (1837), t. 11, 1961, p. 323.

¹⁸ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1787, AA, t. VI, p. 462.

el siglo XVIII el concepto de la cualidad de ser fin-en-sí-mismo aún de modo totalmente independiente del de la autolegislación¹⁹. Para Müller, la cualidad de ser fin-en-sí-mismo es, por tanto, el bien mayor del hombre, fundado eudemonísticamente en intereses subjetivos. Müller deduce el imperativo de respetar al otro de la «regla de oro». En verdad, como Hruschka lo destaca, esto representa en las reflexiones de Müller «tan solo un paso»²⁰ hacia la segunda formulación del imperativo categórico. En efecto, existe esta corta distancia tan solo respecto a la segunda formulación del imperativo categórico, mientras que en lo tocante a la tercera formulación —que trata de la autolegislación— no hay en August Friedrich Müller absolutamente nada. Müller funda la cualidad de ser fin-en-sí-mismo no ya en la autolegislación y la dignidad, sino solamente en el verdadero provecho para el hombre que es inherente a ella.

Como ha mostrado Hruschka en otro lugar²¹, el imperativo categórico en su acepción kantiana —y, esto, en especial, en su tercera fórmula, la de la autolegislación— es posible gracias a la relación entre la regla de oro y «el principio de *Wernher*», como ya fundamentó Gottfried Achenwall; esto es, el principio de la universalización, introducido por Johann Gottfried Wernher en el debate filosófico²². Es decir: la tercera formulación del imperativo categórico retoma el aspecto de la posible adecuación legal (*Gesetzmässigkeit*) de la máxima contenido en el principio de la universalización, en el sentido de que trae a la discusión expresamente el acto de la autolegislación. Esta capacidad de autolegislación es declarada luego fundamento de la dignidad.

En la formulación del imperativo categórico, Kant vincula ambas tradiciones: une la cualidad de ser fin-en-sí-mismo como consecuencia de la regla de oro y de la autolegislación como resultado de un desarrollo del tradicional principio de la universalización. Básicamente, anuda con esto por primera vez la tradición del principio de la universalización, estableciendo el imperativo categórico sobre la capacidad de legislación de forma sencilla y, con ella, la universalización. De la regla de oro, sin embargo, proviene, de todos modos, la subjetivización de la formulación: a diferencia de la tradición del principio de la universalización, no es un observador objetivo quien debe decidir sobre ésta, sino la persona misma a quien va dirigida la exigencia del actuar recto²³. Esto coloca estructuralmente el principio de la universalización en Kant en las cercanías de la regla de oro, pues el individuo

¹⁹ HRUSCHKA (nota 5).

²⁰ HRUSCHKA (nota 5), p. 10.

²¹ HRUSCHKA, «Die Konkurrenz von Goldener Regel und Grundsatz der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17/18 Jahrhunderts als geschichtliche Würzel von Kants kategorischem Imperativ», *JZ*, 1987, pp. 941 y ss.

²² En sus «Prolegomena iuris naturalis ad usum auditorum» (aquí utilizado: Töttingen, 1767) Aschenwall se ocupa en el parágrafo 84 (pp. 78 y ss.) de la regla de oro y en el parágrafo 85 (pp. 79 y ss.) del fundamento de la universalización.

²³ HRUSCHKA (nota 21), p. 951.

que decide se orienta ahora, respecto a su decisión sobre la universalización, a las potenciales expectativas de los otros frente a él.

La segunda y tercera formulación de este «imperativo categórico» revelan, pese a estos esfuerzos, raíces históricas totalmente distintas. En todo caso, el concepto de dignidad originariamente aparece vinculado en la «Fundamentación», en primer lugar, con el aspecto de la autolegislación, como también aparece marcado históricamente en la tradición medieval de la dignidad de modo significativo por el aspecto del apartamiento de las preferencias individuales frente al mandato de la razón divina²⁴.

2. EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA DIFERENCIA ENTRE LA SEGUNDA Y LA TERCERA FORMULACIÓN DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO PARA LA DISCUSIÓN DE LA DIGNIDAD

Habiendo sido desarrollado el concepto de la dignidad en la «Fundamentación» de Kant con relación a la tercera formulación del imperativo categórico, ha ocurrido en este sentido un cambio en nuestro tiempo. La segunda y tercera formulación del imperativo categórico pierden claramente su estrecha unión y el concepto de dignidad se ha acercado crecientemente a la segunda formulación.

El estrecho vínculo —todavía no existente en la «Fundamentación» de Kant— del concepto de la dignidad humana con el de la cualidad de ser fin-en-sí-mismo ha sido determinado, precisamente y en primera línea, por la historia de las repercusiones del concepto de dignidad en el siglo XX. El imperativo de respeto de la dignidad humana fue y continúa siendo identificado con la «prohibición de instrumentalizar». Para esto fue fundamental en los años de posguerra un escrito de Günter Dürig, en el cual —aunque sin expresa vinculación a Kant— el autor consideraba la cualidad de ser fin-en-sí-mismo como fundamento para la protección de la dignidad humana y, consecuentemente, a la instrumentalización del hombre como el acto decisivo de lesión de esa dignidad:

«La dignidad humana como tal es fulminada cuando el hombre concreto es degradado a un simple instrumento, a un mero medio, a una magnitud fungible»²⁵.

Dürig creó así una formulación a la que los tribunales y muchos autores se han adherido. Esto, como se ha dicho, parece haber sido prefigurado ya

²⁴ KONDYLIS, «Art. "Würde"», en BRUNNER/CONZE/KOSELLECK (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, t. 7, 1992, pp. 665 y ss.

²⁵ DÜRIG, *Archiv des öffentlichen Rechts* (81), 1956, pp. 117 y ss., 127.

en la «Metafísica de las Costumbres» de Kant, aparecida doce años después de la «Fundamentación». Sin embargo, ¿qué consecuencias prácticas tiene la decisión acerca de si la exigencia de respeto de la dignidad se fundamenta solamente en el principio de la autolegislación o si la cualidad del hombre de ser fin-en-sí-mismo ya alcanza como fundamento de ella?

2.1. La formulación del fin-en-sí-mismo y el debate sobre el objeto moral

Las consecuencias prácticas detrás de la más cercana aproximación del concepto de dignidad a la segunda formulación del imperativo categórico, la del fin-en-sí-mismo, podrían demostrarse en el moderno debate en la diferenciación entre la «teoría de la prestación» y la «teoría del don». La dignidad humana, según la concepción hoy tal vez dominante —y, ante todo, la sostenida en el Derecho constitucional— debe corresponder a todos los hombres, con independencia de sus particulares cualidades, capacidades o logros²⁶. Si ella aparece como un don innato, no debe ser el resultado de una circunstancia contingente.

Sin embargo, esta «teoría del don» depende decisivamente de las formulaciones —la segunda o la tercera— del imperativo categórico con las cuales se trace el vínculo. Si, en efecto, se establece una estrecha vinculación entre dignidad y cualidad de ser fin-en-sí-mismo y se desacopla tendencialmente la dignidad de la autolegislación, parece entonces sustancialmente más fácil lograr fundamentar este propósito. Es posible entonces adjudicar dignidad, individual y actualmente, a hombres no dotados de razón, que manifiestamente no están capacitados para la autolegislación. Además, cuando a la cualidad de ser fin-en-sí-mismo no se le plantean otras condiciones que la aptitud de tener los propios intereses, podría postulársela incluso para ciertos animales en aras de algo así como una protección, un derecho propio. En efecto, hoy se encuentra ampliamente extendida la concepción de que, al menos los animales superiores con capacidad de sentir dolor, deben ser protegidos por sí mismos, esto es, independientemente del fin que esa protección traiga consigo en relación con los hombres; son, por consiguiente, objetos de nuestra dedicación moral, objetos de nuestra moral²⁷. En todo caso, los seres humanos, con entera independencia de su aptitud para actividades racionales, serían objetos idóneos de la protección de dignidad.

Si por el contrario se funda la dignidad en la capacidad para la autolegislación, el reconocimiento de la dignidad como un don se vuelve más difícil. Una salida evidente, esto es, el recurso a una extensión temporal de esta ca-

²⁶ Cfr., por ejemplo, GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu Art. 1, Abs. 1, Grundgesetz*, Berlin, 1990, pp. 34 y s.

²⁷ Cfr. simplemente la compilación de la discusión en ARZ DE FALCO/MÜLLER, *Wert und Würde von «niederen» Tieren und Pflanzen*, Freiburg, 2001, especialmente, pp. 50 y ss.

pacidad de autolegislación más allá de su ámbito empíricamente verificable, no puede cumplir su propósito en un punto decisivo: la propuesta de von der Pfordten²⁸, en el sentido de que se puede garantizar a embriones, lactantes y perturbados mentales la adjudicación de la dignidad inherente más allá de las causas y las repercusiones del don de la dignidad, no basta para la inclusión de todos los seres humanos, puesto que semejante modelo no puede ya de antemano comprender a quienes sufren impedimentos mentales severos desde su nacimiento. Sin embargo, la extensión de la protección de la dignidad humana más allá del ámbito de los cualificados para la autolegislación —esto es, la inclusión, por ejemplo, de los impedidos mentales absolutos en la protección de dignidad— requiere de un argumento suplementario, por poco discutido que sea el resultado de la protección. ¿Existe con la ayuda de Kant un camino sencillo hacia esta meta compartida (posiblemente) por la mayoría?

Esto depende de si se quiere tomar a Kant como garante de la respectiva interpretación kantiana sobre la cuestión de cómo se llega a una fundamentación confiable de la exigencia de protección de la dignidad en el caso de los impedidos mentales absolutos. Evidentemente no es fácil en absoluto decidir —hacia el interior de la filosofía kantiana— con cuál fundamento puede considerarse suficiente la pertenencia del hombre a una categoría, con miras a la garantía de la exigencia de protección de la dignidad. Los posibles caminos relativos a esta cuestión serán examinados a continuación.

2.2. La distinción entre «*homo phaenomenon*» y «*homo noumenon*»

Un camino practicable para la fundamentación de la protección de la dignidad humana posiblemente sea el recurso a la distinción kantiana entre el «*homo phaenomenon*» y el «*homo noumenon*», tomando como referencia que Kant adjudica la dignidad al «*homo noumenon*», esto es, no al hombre en su condición de hombre sensorial (en general, inteligente) en el mundo empírico, sino al hombre como integrante de un mundo moral, como ser que carga con la obligación de autolegislación. Algo similar propone Paolo Becchi²⁹. La dignidad no sería entonces una cualidad antropológica que el individuo tiene de modo empíricamente comprobable o que pudiera no tener, sino un modo de expresión de un principio de razón inteligible. De acuerdo con esta concepción, los argumentos empíricos contrarios quedarían vacíos de sentido en el caso concreto.

A primera vista, esto supone liberarse de la pretensión de que la titularidad de la dignidad dependa de cualesquiera mínimas exigencias intelectua-

²⁸ VON DER PFORDTEN (nota 14), p. 116.

²⁹ BECCHI, «L'idea kantiana di dignità umana e le sue attuali implicazioni in ambito bioetico», en *Id. et al.* (eds.), *Kant e l'idea di Europa. Atti del Convegno Internazionale di Studi*, Genova, 2005, pp. 15 y ss.

les y, con ello, de determinadas cualidades, aptitudes o logros humanos, algo así como el uso de la razón. Pero se ha hecho notar, con toda razón, que si la dignidad es un predicado que prescinde de todos los momentos empíricos, no podría en modo alguno ser lesionada y, por ello, tampoco podría ser objeto de protección jurídica³⁰. Aquello que en desde sus bases se deshace totalmente de lo empírico, difícilmente pueda exigir eficacia en el mundo empírico. Debería poder ser demostrada la relación del «*homo noumenon*» con la realidad social, la cual, por cierto, de ningún modo es evidente a partir de la consciente y deliberada distinción de este «*homo noumenon*» respecto del «*homo phaenomenon*», en tanto ser sensorial en el mundo empírico.

2.3. La relación de la dignidad con el mundo empírico

Se podría intentar subsanar esta dificultad, si, en defensa de una estricta «teoría de los dos mundos» o «teoría de las dos perspectivas», la dignidad estuviese también relacionada de un modo determinado con el mundo empírico, pese a ser vista como elemento de un mundo inteligible. En tal sentido, Gerhard Luf ha intentado establecer una vinculación entre la dignidad humana y el mundo empírico. En primer lugar se remite al carácter no empírico de los presupuestos de la dignidad: una interpretación de Kant según la cual no se le atribuye dignidad a todo hombre en razón de su humanidad, malinterpreta, según Gerhard Luf,

«el concepto de dignidad de Kant en sus fundamentos sistemáticos. Pues el concepto de dignidad es, como aquel de la libertad, un concepto de razón práctica, que supera todas las atribuciones empíricas y, en su dignidad apriorística, no es por ello dependiente de la existencia de aptitudes específicas»³¹.

No obstante, Luf se aferra a apreciar imaginariamente el mundo inteligible en el mundo empírico «de una manera simbólica»³²; consecuentemente, tratar al hombre en su existencia corporal como «representante» de un inteligible «reino de los fines»³³. De este modo, quien respeta y protege la dignidad del hombre empírico, como lo hace el Derecho, lo respeta y protege consecuentemente como representante de un principio de razón y aun cuando individualmente no muestre tener razón alguna.

Joachim Hruschka intenta igualmente tender un puente entre el principio de razón, de la dignidad y el hombre empírico, postulando en cada hombre (empírico) una «disposición» (*Anlage*) para la persona moral y, a

³⁰ DREIER, «Kommentierung zu Art. 1 GG», en *Id.* (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, Tübingen, 1996, nm. 13.

³¹ LUF, «Menschenwürde als Rechtsbegriff», en E. A. WOLFF-FS, Berlin *et al.*, 1998, pp. 307 y ss., 322.

³² *Op. cit.*, p. 310.

³³ *Op. cit.*, p. 311.

través de ello, asegura que el hombre vale como persona (partícipe de la dignidad) desde su creación en adelante³⁴. Para ello, trabaja con un concepto que Kant emplea en la teoría de la virtud al tratar la «receptividad del ánimo al concepto de deber» y, en tal sentido y en especial, «el sentimiento moral» y la conciencia.

«Ellos son», escribe Kant con relación a estos sentimientos, «en conjunto, estéticos y previos, pero disposiciones del ánimo (*predispositio*) a ser despertadas por los conceptos del deber...»³⁵.

Esto lo admite Kant para la conciencia:

«Precisamente por eso, la conciencia no es algo a obtener y no hay deber que uno pueda adquirir, sino que cada hombre, como ser moral, lo tiene originariamente consigo»³⁶.

Entretanto: ¿son resistentes estos puentes? El concepto del hombre empírico, como un representante del «*homo noumenon*» partícipe de la dignidad, apela a una metafísica aristotélica. Ésta interpreta como característico de todas las personas algo que puede faltar accidentalmente en casos individuales, sin que por ello puedan ser excluidas de la sociedad³⁷. Muy pocos pueden hoy compartir todavía esta variante de la metafísica clásica. Pero tampoco el tendido de puentes que hace Hruschka en materia de dignidad humana, entre el principio de razón kantiano y el mundo empírico, me parece realmente convincente. Las «disposiciones» abordadas por Kant son «condiciones subjetivas de la capacidad para el concepto de deber»³⁸ y, con ello, diferentes del concepto de deber que corresponde al mundo empírico. ¿Qué sentido podría tener decir respecto de un comatoso de nacimiento que tiene «la capacidad para el concepto de deber»?

Sin embargo, como es propio de la tercera formulación del imperativo categórico, se advierte nítidamente que la dignidad humana anclada conceptualmente a la autolegislación no puede fundarse para todos los hombres. De ahí que consideremos intuitivamente que quien tiene la aptitud de comportarse racionalmente «frente a sus propios deseos e intereses en un meta-nivel»³⁹ —y por más que esto sea lo que puede determinar nuestro común entendimiento— no puede por este simple hecho desprenderse del funda-

³⁴ HRUSCHKA (nota 3), en especial pp. 474 y 476.

³⁵ KANT (nota 18), t. VI, p. 399.

³⁶ *Op. cit.*, p. 400.

³⁷ En este sentido, fundamentando la dignidad humana de los discapacitados mentales: SPAEMANN, «Über den Begriff der Menschenwürde», en BÖCKENFÖRDE/SPAERMAN (eds.), *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen — säkularer Gestalt — christliches Verständnis*, Stuttgart, 1987, pp. 295 y ss., 305.

³⁸ KANT (nota 18), p. 399.

³⁹ Así, en paráfrasis de la concepción kantiana de la autolegislación de VON DER PFORDTEN (nota 14), p. 114.

mento de un concepto de dignidad humana, como el empleado en la Ley Fundamental alemana. Por tanto, estamos ante un fructífero malentendido o simplemente ante una sabia limitación cuando en el nuevo debate sobre la temática los kantianos vinculan frecuentemente la dignidad tanto con la segunda (fin-en-sí-mismo) como con la tercera (autolegislación) formulación del imperativo categórico.

CAPÍTULO II

¿ES EL RESPETO UN DEBER JURÍDICO?*

1. EL PROBLEMA

Solemos considerar como un deber moral el deber de respetar al otro, de no tratar al otro de modo denigrante, desde que la «honra» vinculada a ese estado ha sido sustituida a comienzos del siglo XIX por la «personalidad»¹. Cuando hablamos del deber moral de respeto pensamos con ello no en un respeto² meramente simbólico de cortesía, discreción y buenos modales, sino en un manifiesto deber de consideración de los congéneres, a los cuales se los ha de tomar³ estrictamente en su realidad social, de tal manera que podría quedar abierta, al menos desde esa posición, la controvertida cuestión de si el respeto sería equiparable al tratamiento de otros como un «fin absoluto». Ahora, ¿qué sucede con el respeto y el Derecho? En efecto, se podría afirmar cierto consenso en cuanto a que la afectación de derechos fundamentales podría ser, a la vez, una falta de respeto para con individuos o grupos de personas⁴. Pero, ¿puede ser el deber de respeto, como tal, también un deber jurídico? Aquí, se separa totalmente de la idea originaria: mientras que, conforme a una determinada concepción, el deber de respeto no puede ser un deber jurídico sino tan solo un deber moral, desde otra perspectiva éste sería verdaderamente el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, bien puede esperarse que en esta discusión nos entendamos con el Derecho.

* Traducción a cargo de Gabriela Noemí Jugo y Juan Pablo Montiel.

¹ Sobre ello, HOLZHAUER, «Zur Vorgeschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts», en ERICHSEN/KOLHOSSE/WELP (eds.), *Recht der Persönlichkeit*, Berlin, 1996, pp. 51 y ss., 62 y ss., y 69 y ss.

² Sobre ello, RAZ, «On Frankfurt's Explanation of Respect for People», en BUSS/OVERTON (eds.), *Contours of Agency. Essays on Themes from Harry Frankfurt*, Cambridge, 2002, pp. 299 y ss. (300). Sobre las respectivas implicaciones morales del desconocimiento de las reglas de cortesía, discreción y buenos modales, cfr. BUSS, *Ethics* (109), 1999, pp. 795 y ss.

³ H. FRANKFURT, «Equality and Respect», en *Id.*, *Necessity, Volition and Love*, Cambridge, 1999, pp. 150 y ss.

⁴ Sobre esa relación entre el respeto y el Derecho, cfr. M. MILLER/SAVOIE, *Respect and Rights. Class, Race, and Gender Today*, Lanham, 2002.

Aquí se habla de manera consciente del respeto como un concepto genérico y no de dignidad, pese a que la conexión puede ser clara: el fundamento relativo al deber de respeto de unos podría ser la pretensión de atender a la dignidad de otros. Pero, dejando de lado que el uso inflacionario del concepto de dignidad ha colocado incorrectamente su mirada sobre algunos matices de la problemática del respeto, también la conceptualidad de la dignidad sería demasiado estrecha para los fines aquí perseguidos. Se habla de dignidad de la persona, principalmente, en el Derecho constitucional. Por su parte, el Derecho civil comprende una temática muy parecida con el concepto de «derecho general de la personalidad». En tanto que en el Derecho penal se alude a la «protección de sentimientos» (*Gefühlsschutz*), en ocasiones también a la «protección de la piedad» (*Pietätsschutz*) o a los «delitos de comportamiento», especialmente cuando se piensa en tipos penales en los que se debe proteger a los terceros no por la afectación de bienes jurídicos particulares sino, antes bien, generales, que descansan sobre la existencia de un reconocimiento social. Naturalmente, en lo sucesivo se abordará también la «dignidad humana» cuando sea abordado el aspecto específico del Derecho público. Sin embargo, el campo del problema en su totalidad abarca más al «respeto como deber jurídico» que al concepto restringido, acuñado en una rama individual del Derecho.

En primer lugar deberá indagarse ante todo la solidez de la clásica diferenciación entre Derecho y moral respecto al deber de respeto (2). Después será considerada la revisión crítica de un modelo de concurso (*Konkurrenzmodell*), según el cual el respeto mutuo constituye el presupuesto de cualquier orden jurídico (3). Finalmente, ello conducirá al intento de reflexionar justamente sobre una nueva formulación de la materia regulatoria que está a disposición del Derecho y de hacer visible la limitación personal (4) y material (5) de estos deberes jurídicos de respeto.

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL EN LA MODERNIDAD CLÁSICA

Kant y muchos de sus discípulos parten de un deber de respeto, entendido como un deber de observancia a otras personas que *solo* puede ser un deber moral y que, como deber jurídico, no admitiría su imposición de modo coactivo en caso de ser necesario. Así, Kant sostiene en la *Metafísica de las Costumbres* la opinión de que los deberes ⁵ morales —los cuales no deberían ser normativizados— pueden diferenciarse claramente de aquellos deberes morales que podrían autorizar el cumplimiento coactivo inherente al Derecho. Evidentemente el Derecho moderno tiene ciertas dificultades

⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Wiesbaden, 1956, t. IV, p. 600: «De deberes de virtud frente a otras personas a un debido respeto».

con la distinción kantiana entre Derecho y moral, en la que las normas jurídicas serían solo prohibiciones de intervención y la asistencia positiva hacia otros, como el simple respeto, sería una cuestión exclusivamente de la moral.

Ante todo hemos de contemplar las razones por las cuales en ese modelo limitador sólo han de ser consideradas normas jurídicas legítimas las prohibiciones de intervención y, por tanto, el deber de respeto no puede tener tal consideración.

En verdad, el deber de respeto como deber de respetar a los otros en tanto individuos es también, desde la perspectiva kantiana —a diferencia del otro deber de virtud, como el amor al prójimo⁶—, un «deber negativo». Tiene una prohibición como fundamento en común con las demás obligaciones jurídicas que parten del *neminem laedere**, a saber, la prohibición de colocarse por encima de otro⁷. Justamente en eso se diferencia el deber de respeto del deber de amor al prójimo, de asistencia y de socorro, el cual difícilmente puede ser formulado como una prohibición. Sin embargo, desde la perspectiva de Kant son mayores los manifiestos puntos en común entre el deber de respeto y el mandamiento de amar al prójimo, que respecto a los deberes jurídicos; en efecto, Kant clasifica en su sistema el deber de respeto de tal manera que lo coloca entre los deberes de virtud. Así, ha interpretado que el deber de respeto, al igual que el deber de amar al prójimo, es impensable sin que se lo convierta en una máxima de acción. Por este motivo, el deber de respetar a otro no podría ser de ningún modo un deber externo, coercible y, con ello, un deber jurídico⁸.

El Derecho —así puede resumirse el segundo argumento— podría consistir tan solo en una relación recíproca relativa a la capacidad de la formación de la voluntad, por tanto, no sobre el contenido de la voluntad —esto es, sobre las necesidades materiales o ideales de los demás—, debido a que de otra manera se originaría una dependencia de la determinación de objetivos que hagan ocasionalmente los terceros, la cual resultaría peligrosa para la libertad⁹. Por consiguiente, ayudar o brindar respeto a otro importaría una perturbación inaceptable de la libertad.

Se erigen objeciones contra la validez irrestricta de ese argumento:

⁶ KANT (nota 5), p. 584: «Del deber de amar a otros seres humanos».

* NT: Principio tradicional del Derecho privado, según el cual nadie puede causar un daño injusto a otro. En el Derecho romano se lo enunciaba como *neminem laedere*, así, en el *Corpus Iuris Civilis* justiniano las *Institutas* comienzan por señalar los tres pilares del Derecho privado: *honeste vivere, sum cuoque tribuere y neminem laedere*.

⁷ *Op. cit.*, pp. 585-606.

⁸ En ese sentido, HRUSCHKA, «Rechtstaat, Freiheitsrecht und das “Recht auf Achtung von seinen Nebenmenschen”», en BYRD/HRUSCHKA/JOERDEN (comps.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, I (1993), pp. 193 y ss., especialmente en pp. 199 y ss., 202 y ss.

⁹ KANT (nota 5), p. 337.

Frente al argumento de la necesaria inclusión en la máxima podría en todo caso objetarse en favor del caso del deber de respeto que el respetar a otros —en cuanto al modo de razonamiento— no exige más que la prohibición de intervenir. De hecho, resultan irrelevantes las consideraciones que están de fondo en quien respeta, pero el Derecho podría exigir una conducta externa que no denigre o humille a otros. Incluso Kant diferencia aquí —aun desde su perspectiva— el «menosprecio» del (a veces inevitable) «desprecio interno»¹⁰.

También se podría objetar frente al argumento de la protección de la libertad el hecho de que el respeto no es una concesión que tiene lugar a partir de la consideración de los contenidos de voluntad diversos en cada individuo, sino que puede ser visto como una renuncia general a todo comportamiento humillante, en paralelo a la atención de la capacidad de la formación de la voluntad.

Por tanto, las reservas contra la juridificación del deber de respeto no podrían resistir adecuadamente su exclusión total del Derecho. Ello debería ser motivo, por ejemplo, para determinar de modo más preciso los límites del deber de respeto impuesto por el Derecho. Conforme a la visión actual, ahora se puede reconocer que el deber jurídico legítimo no se reduce solamente al ámbito de las prohibiciones de intervención, sino que también los deberes de solidaridad y respeto resultan en cierta medida aceptables, de modo que cabría formular una pregunta complementaria: ¿Tienen acaso los deberes de respeto una mayor amplitud que los deberes jurídicos en casos excepcionales? ¿Constituyen la base fundamental de la totalidad del ordenamiento jurídico?

3. EL RECONOCIMIENTO COMO FUNDAMENTO JURÍDICO

3.1. Marco jurídico actual

En el siglo XIX cambió la valoración de los límites del ámbito de los deberes jurídicos en el Derecho positivo, sobre todo a partir de discutir abiertamente el punto de partida kantiano relativo al «deber de virtud» de amar al prójimo. Una asistencia positiva a otros en determinadas situaciones de peligro ha sido incluida en varios ordenamientos jurídicos¹¹; así, un deber que en la anterior tradición era valorado como un «deber de virtud» sufrió una juridificación para las situaciones de necesidad. Sin embargo, desde el punto de vista de uno que otro autor de la tradición kantiana, éste era ya un pecado original que perjudicaba indebidamente la libertad¹².

¹⁰ *Op. cit.*, p. 601.

¹¹ Al respecto, SEELMANN, *JuS*, 1995, p. 281.

¹² Cfr. solo GALLAS, *JZ*, 1952, 396; WELZEL, *NJW*, 1953, p. 327.

A mediados del siglo XIX el Derecho positivo admitió como algo evidente y poco problemático la juridificación de otro «deber de virtud», el respeto frente al prójimo. Claramente esto tuvo ulteriores consecuencias de gran alcance. Así, en el Derecho constitucional se puede notar en el art. 1 de la Ley Fundamental alemana el destacado mandato de respetar y proteger la dignidad humana como positivización del imperativo de respeto. En los años cincuenta tuvo lugar en el Derecho civil una ampliación de la figura jurídica de los «derechos personales»¹³ dentro de la esfera individual, privada e íntima, tendente al desarrollo de los elementos del mandato de respeto, el cual también fue radicalmente juridificado. Más tarde, las voces críticas apenas pudieron cambiar algo respecto al deber de socorro. En el caso de la dignidad humana «que el empleo, por medios coercitivos, de un principio de la moralidad en el reino del Derecho conlleva ciertas dificultades»¹⁴ fue claramente motivo de preocupación para unos pocos (tal es así, que la dignidad humana podría convertirse en una «carga humana»)¹⁵. Y también el «derecho general a la personalidad» aparece ya establecido hace décadas en la doctrina y la jurisprudencia¹⁶. Aún existe —como ya mencioné al principio— una antigua tradición, según la cual las normas de respeto se han de convertir en normas jurídicas; más precisamente, el Derecho penal¹⁷ ha reforzado de nuevo la problemática de la protección de la devoción y de la sensibilidad, especialmente al admitirlos bajo el concepto de «delitos de comportamiento».

Las cuestiones relativas a la protección de la dignidad humana, a la salvaguarda general de los derechos personalísimos y a la tipificación de delitos que afectan la protección del respeto y de los sentimientos tienen que ver con una controversia nuclear del Derecho moderno y su autognosis. Así, conforman el marco teórico de este tipo de debates cuestiones tales como el sí y, en caso afirmativo, hasta qué punto la protección de respeto mutuo debe ser garantizada jurídicamente.

3.2. Trasfondo histórico

Hegel fue quien defendió desde un principio otro enfoque sobre el tema del respeto en su crítica a Kant. Incluso va más allá que Kant, en cuanto el recíproco reconocimiento de las personas, más precisamente, de unos a

¹³ Al respecto, HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln, 1953.

¹⁴ HOFMANN, *AöR* (118), 1993, p. 353 (360).

¹⁵ Sobre esto, NEUMANN, «Die Menschenwürde als Menschenbürde - oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet», en KETTNER (ed.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt am Main, 2004, pp. 42 y ss.

¹⁶ HATTENHAUER, *JuS*, 1982, pp. 405 y ss. (408 y ss.).

¹⁷ Sobre la historia de esta cuestión según las distintas clases de delitos, véase MISCH, *Der strafrechtliche Schutz der Gefühle*, Breslau, 1911.

otros respetándose como seres humanos iguales y libres, y, sobre todo en su individualidad, no es tan solo un mandato jurídico. Por lo contrario, es además el fundamento del Derecho en su totalidad.

Ese concepto de reconocimiento es tomado prestado por el joven Hegel en la metáfora de un proceso experimental, de la «lucha por el reconocimiento». El hombre que necesita del reconocimiento para el desarrollo de su autoconsciencia —y ésta es la premisa de Hegel— intenta alcanzar esa autoconsciencia, en primer lugar, matando a otro, así como mediante su esclavización. La experiencia le enseña que de un muerto no se obtiene reconocimiento y de un siervo tan solo una servil aceptación. En primer lugar, el mutuo respeto en igual libertad permite la relación de reconocimiento recíproco para que el individuo forme su conciencia de sí mismo ¹⁸. Ese reconocimiento es además el fundamento del Derecho como una relación de igualdad, como una relación de respeto igualitario ¹⁹. Se trata de una experiencia que recomienda al individuo dirigirse con los demás hacia una relación jurídica de aquel tipo y a respetar a los otros en su diversidad, en su «singularidad» ²⁰ (aquí también hay una diferencia con el modelo teórico de Kant). Quien lo haya experimentado no puede desligarse, no puede resolver racionalmente esta relación de reconocimiento y retirarse unilateralmente de ella.

El intento de ver en este proceso de reconocimiento recíproco el fundamento del Derecho podría fracasar —si se tiene en cuenta la similitud superficial de la doctrina del reconocimiento con las teorías del contrato social— a causa de las conocidas objeciones formuladas contra las fundamentaciones jurídicas de carácter contractualista. En efecto, a los fines de una fundamentación jurídica no es suficiente que el contrato fuera dado por una de las partes, ya que la parte contratante podría sin problemas —según la opinión unánime— volver a rescindir el contrato. Así, el contrato no ofrecería necesariamente seguridad alguna a terceros. Además, puede criticarse ciertamente a quien no ha cumplido el contrato, pero la legitimidad de esa crítica no puede ser fundamentada mediante las teorías contractualistas; en caso contrario debería afirmarse que el deber de cumplir el contrato, el principio «*pacta sunt servanda*», tendría base contractual y de ese modo se llegaría a un regreso al infinito.

Por su parte, el modelo del reconocimiento está a salvo de esas críticas: un contrato requiere por lo menos dos partes contratantes que entran en relación conjuntamente como sujetos de Derecho —por tanto siendo sujetos de Derecho ya antes de la celebración del contrato— y que justamente como

¹⁸ Véase HEGEL, «Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III», en *Id.*, WERKE (MOLDENHAUER/MICHEL, comps.), Frankfurt a. M., 1970, §§ 430 y ss., pp. 219 y ss.

¹⁹ Sobre la relación jurídica como reconocimiento recíproco, HEGEL (nota 18), § 490, p. 307.

²⁰ HEGEL (nota 18), § 481, p. 300.

consecuencia de ello ya estaban vinculados por el «*pacta sunt servanda*», el cual no es posible fundamentar a través de un contrato. Es diferente en el modelo del reconocimiento, en el que la subjetividad jurídica es resultado del mismo proceso de reconocimiento y no solo un presupuesto suyo. En ese proceso se constituyen los sujetos de Derecho como tales. Los individuos serán reconocidos en su persona y no solo como individuos que se comprometen a responder recíprocamente ²¹. Además, la relación de reconocimiento se diferencia del pensamiento del reconocimiento típico del modelo de la Ilustración del contrato social no solo por el resultado, sino también por el punto de partida del modelo, el cual está construido de manera diferente. Hegel no trata la relación del reconocimiento a partir de la génesis del mecanismo de formación comunitaria como tal, sino a partir de la génesis directa de las relaciones jurídicas. No pretende saber cómo los individuos pueden tener una mejor vida juntos sino, antes bien, cómo se convierten en personas. Así, él parte de los individuos para el origen del reconocimiento y, por consiguiente, no se ocupa del individuo hipotéticamente aislado del contractualismo, sino del individuo centralizado en comunidades nativas ²². Así, el otro como compañero de interacción supone ya el comienzo del proceso de reconocimiento.

Por tanto, el modelo del reconocimiento supone un fundamento apropiado para el ordenamiento jurídico; justamente, reconocer al otro como sujeto del ordenamiento jurídico también en su singularidad es lo que hace posible el reconocimiento de las normas. Pero, ¿qué significa reconocer a otros como sujetos del ordenamiento jurídico? ¿Quién ha de ser respetado y qué se espera con el respeto? Al igual que en el punto de partida de la diferenciación kantiana entre Derecho y moral y la crítica referida a ella (*supra* 2), cuando se está de acuerdo con la idea de que la relación de respeto es el fundamento del ordenamiento jurídico, debe uno preguntarse más bien por los límites de la capacidad de resistencia de esta posición, lo cual significa aquí preguntarse por el alcance personal y objetivo de un mandato jurídico de respeto.

4. ALCANCE PERSONAL DEL DEBER DE RESPETO

4.1. ¿Protección de la persona o del sujeto?

El alcance personal del mandato de respeto ha sido discutido especialmente en debates en torno a la dignidad humana. En el período de la posgue-

²¹ Sobre la diferencia entre el modelo contractualista y la teoría del reconocimiento, véase también, LESAAR, «Anerkennung als hermeneutischer Prozess», en GANDER (comp.), *Anerkennung. Zu einer Kategorie gesellschaftlicher Praxis*, Würzburg, 2004, pp. 45 y ss. (53 y ss.).

²² HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M., 2003, p. 27.

rra ha tenido lugar ese debate y en él puede verse un desarrollo de importancia respecto a la relación de respeto. Ante todo, la protección de la dignidad humana pasa por proteger a la persona, entendiendo por tal a la subjetividad jurídica igualitaria de todos los seres humanos. En respuesta a un tratamiento desigualitario de las personas que se realizó sistemáticamente, tales como las leyes raciales de Núremberg, a la declaración de determinados seres humanos como «no-personas» o «sub-personas», se hizo hincapié ante todo en que la concepción de cada ser humano como «persona» —en condiciones de igualdad jurídica con todas las demás— tenía validez como fundamento de la convivencia. La violación de la dignidad humana es una humillación que consiste en el apartamiento de individuos de la relación de igualdad jurídica general. Se trata de una protección ante «la humillación, la estigmatización, la persecución, la proscripción, etc.»²³ y, a partir de ello, de si le es negado a alguien su derecho a la vida como ciudadano en la comunidad estatal o si en este punto se lo ha estigmatizado como «un miembro de la comunidad de escaso valor»²⁴.

Por lo contrario, si según las nuevas posturas el individuo debe ser sujeto de la protección de la dignidad en sus diferencias culturales y naturales, como también en su destino fundamentalmente distinto al de otros, la situación (comparada con la dignidad humana) ha cambiado claramente. Un concepto que sirve a la protección del sujeto de Derecho se convierte en otro que aprehende también los aspectos concretos del individuo²⁵. Conforme a estos nuevos conceptos, el ser humano se encuentra protegido en su dignidad tal como él considera su individualidad y se hace consciente de sí mismo. El especial rol social de las personas ha de respetarse más allá de su personalidad, en términos de su individualidad inconfundible y contingente. Precisamente, la comprensión hegeliana del Derecho como el reconocimiento de otros en su particularidad (véase *supra* 3) se halla aquí contenida. Con ello, la moderna protección de la dignidad se acerca más a un mandato general de respeto, si la comparamos con lo que sucedía con la protección de la persona en el primitivo entendimiento de la dignidad.

4.2. ¿Protección de la dignidad de la colectividad o del grupo?

El hecho de que en el contexto de un moderno entendimiento del mandato de respeto no solo deba ser protegida la persona, sino también el individuo, todavía no dice nada respecto a si el objeto de protección puede admitir también dimensiones colectivas. Sobre todo en el debate bioético está difundida la idea de que determinadas acciones no lesionan realmente

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), 1, 97 (104).

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior Federal en materia penal (BGHSt), 21, 371 (373).

²⁵ En detalle y con mayores precisiones SEELMANN, «Menschenwürde zwischen Person und Individuum», en LAMPE-FS, Berlin, 2003, pp. 301 y ss.

la dignidad humana de los individuos, pero sí la de la totalidad de la especie humana. Si un individuo no ve afectada en absoluto su propia dignidad individual (por ejemplo cuando alguien está de acuerdo con que de sus células se cree un clon humano), o bien si resulta discutible la existencia de un portador individual de la dignidad humana o la lesión individual de ella (por ejemplo, en el embrión durante los primeros días después de la fertilización o cualquier entidad que deba su existencia a una formación de quimeras*) y se considera de todos modos intolerable el procedimiento, resulta evidente la advertencia sobre la lesión de la dignidad de la especie, ya que con ello se puede reclamar no obstante la protección de la garantía de la dignidad humana. Pero también en el debate sobre ética intercultural no es extraordinario incluir al grupo como sujeto directo de respeto.

Frente a estas exigencias de ampliar la protección de la dignidad humana a la humanidad en general, al género humano²⁶ o a una parte de él, prevalece ampliamente el escepticismo. Antes bien, la historia y el texto de la Ley Fundamental no ofrecen ningún punto de referencia para una protección de la «dignidad de la especie». Además, el Tribunal Constitucional Federal no se refiere, por ejemplo, a la dignidad de la especie, sino a la del individuo como consecuencia de su pertenencia al género, cuando alude al ser humano como «ente genérico» («*Gattungswesen*»)²⁷. La comprensión de la dignidad humana como «dignidad de especie» no solo estaría en permanente peligro de que posturas morales particulares interpretasen el concepto como jurídicamente vinculante, sino que, adicionalmente, la protección individual quedaría limitada en caso de conflicto²⁸. Un concepto de este tipo hablaría de nuevo inequívocamente de una cuestión apenas establecida en el individualismo normativo, según la cual las decisiones políticas solo son legítimas si han sido tomadas en interés de los seres humanos afectados por la decisión, ya que lo colectivo no puede ser tratado independiente de los individuos humanos que la han sufrido y exigen una justificación jurídica²⁹. Por

* El quimerismo es un trastorno genético cuya teoría postula que dos cigotos, tras la fecundación, se combinan formando uno solo que se desarrolla normalmente. El ser vivo resultante (*la quimera*) posee entonces dos tipos de células diferentes, cada una con distinta constitución genética (NT).

²⁶ Al respecto, además, ISENSEE, «Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution. Verfassungsperspektiven nach der Entschlüsselung des Humangenoms», en HOLLERBACH-FS, Berlin, 2001, pp. 243 y ss., 253, 116.

²⁷ También, GUTMANN, «“Gattungsethik” als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?», en VAN DEN DAELE (comp.), *Biopolitik* (número especial de la Revista *Leviathan*), 2005, pp. 235 y ss.

²⁸ Al respecto, NEUMANN, «Die “Würde des Menschen” in der Diskussion um Gentechnologie und Befruchtungstechnologien», en KLUG/KRIELE (comps.), *Menschen- und Bürgerrechte, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (ARSP), Beiheft, 33, 1988, pp. 139 y ss. (145).

²⁹ Al respecto, VON DER PFORDTEN, «Zum Schutz des Embryos vor gentechnischen Veränderungen durch politische Ethik und Verfassungsrecht», en SCHWEIDLER/H. NEUMANN/BRYSCHE (comps.), *Menschenleben - Menschenwürde - Interdisziplinäres Symposium zur Bioethik*, MÜNSTER *et al.*, 2004, pp. 175 y ss. (176).

tanto, es necesario preguntarse si lo referido con las expresiones «dignidad de especie» o «dignidad de grupo» puede ser traducido a un concepto que no sea abarcado por el veredicto de una contradicción con el individualismo normativo.

Por de pronto, podría darse el caso de que, debido a un reforzamiento subjetivo del objeto de protección, ya no se pensase más en proteger «la especie» o «el grupo», sino más bien un interés general de todos los seres humanos (individualmente) o de un ser humano particular dentro de un grupo para la conservación de su «imagen de hombre». Semejante protección del respeto, en el sentido de una orientación hacia la imagen del hombre, ha sido expuesta de vez en cuando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal³⁰ y particularmente en la doctrina³¹ más antigua, aunque encuentra rechazo en la doctrina constitucional más reciente. El concepto no es empleado en la propia Constitución y sobre todo resulta peligroso, pues sugiere «homogeneidad y unidad»³², lo que en un Estado pluralista de libertad ideológica no puede incluirse. Por el contrario, la pertenencia del individuo a grupos como un elemento de su individualidad exige absolutamente respeto.

5. EL PROBLEMA DEL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL RESPETO: ¿QUÉ BIENES JURÍDICOS RESULTAN PROTEGIDOS?

De este modo queda claro quién puede ser sujeto de protección jurídica de respeto: solo el ser humano individual —en tanto sujeto de Derecho (persona) o individuo—; no así en cambio la especie o el grupo. Sin embargo, está pendiente hasta el momento la pregunta acerca de frente a qué se concede la protección: ¿Qué bienes puede comprender la garantía, en tanto protección jurídica necesaria del respeto?

5.1. Protección de la responsabilidad

Tradicionalmente aparece como expresión de respeto la consideración de la responsabilidad de las personas, esto es, la aceptación de que no solo uno estaría determinado por las causas, sino también de que uno estaría influenciado por razones; resumiendo: un sujeto con capacidad de interacción con otros. Ese pensamiento, que facultaría y obligaría a alguien a responsabilizarse por los comportamientos propios derivados de sus decisiones,

³⁰ Sobre esta jurisprudencia, cfr. DREIER, *Grundgesetz. Kommentar*, 2.^a ed., art. 1 I, nm. 99.

³¹ Cfr. HÄBERLE, en ISENSEE/KIRCHHOF (comps.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. 1 (Heidelberg, 1987), § 20, nm. 50; en general sobre esto, *id.*, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin, 1988 (3.^a ed., 2005).

³² DREIER (nota 30), nm. 168.

está vinculado desde hace mucho tiempo con el concepto de persona. Ello es observado habitualmente en un Estado de Derecho, allí donde el poder estatal utiliza con mesura las posibilidades coercitivas frente a los individuos. Especialmente en los procesos judiciales debe prestársele atención al individuo en tanto sujeto con derechos individuales potestativos y de defensa. Pero también rige en general respecto a la relación del poder estatal con el ciudadano que éste no puede ser tratado desde el principio como un objeto de intervención enfermo, incapaz o incluso como simple objeto de las injerencias estatales. Actualmente sería indiscutido que esa relación con el ciudadano como un agente responsable constituiría un mandato no solo moral sino también jurídico ³³.

5.2. Protección de la capacidad de orientación

La cuestión de la dimensión objetiva de la protección del respeto plantea reciprocidad en relación con el ciudadano, especialmente, en los tipos penales que tienen en su foco diferentes variantes de protección. A menudo, las normas jurídicas prohíben una conducta que resulta «contraria a los modelos de valor y de comportamiento arraigados en la sociedad» o contraria a «las creencias homogéneas existentes en la sociedad» ³⁴, a pesar de que no se lesiona el derecho individual de persona alguna ni bienes claramente identificables. Esta criminalización de los llamados «delitos de comportamiento» se puede entender, al menos parcialmente, como una protección del respeto. Se trata de un ámbito que antiguamente intentó ser abarcado con la denominación de «delitos de protección de sentimientos». Por tanto, aparece justificada la criminalización, a partir de la cual un comportamiento debe ser prohibido a causa de sus «efectos desorientadores», «ya que genera todo tipo de temores» ³⁵.

La extensión de semejante protección jurídica no está claramente fijada. Especialmente ha sido discutida la prohibición de la profanación de cementerios y la perturbación de los funerales (§§ 168, 167a), el insulto a las confesiones religiosas, a sociedades religiosas y a grupos ideológicos (§ 166), el exhibicionismo y actos sexuales públicos (§§ 186, 186a), la facilitación simple de pornografía a otro sin que fuera solicitada (§ 184, párr. 1, núm. 6), también el incesto entre adultos (§ 173) o la denominada «negación de *Auschwitz*» (§ 130, párr. 3). En el Derecho penal especial hay que pensar en algunas disposiciones para la regulación jurídica de la medicina reproduc-

³³ Al respecto, detalladamente, DOWNIEL/TELFER, *Respect for Persons*, London, 1971, pp. 94 y ss.

³⁴ HEFENDEHL, GA, 2002, pp. 21 y ss. (23).

³⁵ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., Berlin-New York, 1991, pp. 2-16 y ss. Respecto a los ámbitos claros de libertad ideológica frente a esta protección del respeto en los Estados Unidos, cfr. BRUGGER, JA, 2006, pp. 68 y ss.

tiva o de la ingeniería genética, por ejemplo, la punibilidad de la clonación conforme el § 6 de la Ley de Protección de Embriones (ESchG).

Se trata aquí del acoso estético (como las conductas agobiantes en contextos sexuales), de la lesión de sentimientos de respeto (como la perturbación de la paz de los muertos y de los funerales), de antiguos (incesto) o nuevos tabúes (la clonación) o, finalmente, de la afectación de sentimientos de identidad (la negación de *Auschwitz*). A menudo esta seguridad de orientación de los afectados en su mundo se lesiona a partir de injerencias parciales (como el envío de material pornográfico) e incluso de un cuestionamiento de su cosmovisión o del propio punto de vista (la clonación, la negación de *Auschwitz*).

El punto de partida clásico para la crítica de la criminalización de semejantes delitos de comportamiento es la diferenciación entre Derecho y moral (cfr. *supra* 2). Esa diferenciación parte de que habría una infracción «puramente moral» y semejantes comportamientos no podrían ser abarcados por prohibiciones jurídicas. Al menos desde esa perspectiva de la diferenciación del Derecho y la moral una parte de los delitos de comportamiento establecen la inadmisble normativización de un mandato puramente moral, es decir, de un «moralismo jurídico».

Ahora bien, ¿dónde debería trazarse el límite con una clásica diferenciación entre Derecho y moral que resulta modificada gracias a tomar en serio las plausibles objeciones contra la posición kantiana (*supra* 2)? ¿Resulta de ayuda para la solución hacer jugar la idea de protección de la orientación y ver lesionado el Derecho a partir de una cierta intensidad del daño a la protección de la orientación? No hay indicios de que la distinción entre moral y Derecho pueda contribuir a la limitación de la criminalización, a lo cual se llega por pura cuantificación del ser afectado. Probablemente se debería intentar fijar el límite de los deberes jurídicos y los deberes puramente morales a partir de considerar como jurídicamente relevante solamente la lesión del otro en su personalidad, una negación unilateral del reconocimiento de otros en su subjetividad jurídica ³⁶. La pena, en el sentido de una reducción del autor en su estatus jurídico, resulta solamente necesaria (más allá de las claras lesiones del Derecho) en tanto compensación que restablece el ordenamiento jurídico allí donde alguien, en tanto autor, ha reducido el estatus jurídico de otro, la víctima.

Sin embargo, ¿qué significa exactamente ello en el caso de los delitos de comportamiento? Se observa en esos delitos en su conjunto que la seguridad

³⁶ Detalladamente, SEELMANN, «Rechtsgutskonzept, "Harm Principle" und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (comps.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, pp. 261 y ss. [NE: existe versión en español: SEELMANN, «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena (trad. Martín)», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 373 y ss.].

de la orientación de los seres humanos en el mundo está puesta en cuestión; entonces resulta necesario preguntarse bajo qué presupuestos puede ser la seguridad de orientación tan gravemente dañada que el individuo ya no es reconocido como sujeto de Derecho. Este caso podría darse si el sujeto, a través de un comportamiento determinado, hubiere perjudicado a otro en su capacidad general para familiarizarse con el mundo, a saber, si él también se viera amenazado con perder su *capacidad* de la orientación³⁷. Esto sería imaginable, por ejemplo, cuando se le imposibilitara a alguien realizar su efectivo destino a partir de negárselo³⁸. Puede suceder que en un mundo que cambia permanentemente en su cultura no sea tarea del Derecho penal o incluso del Derecho en general aferrarse a ciertas situaciones discrecionales de la orientación de los seres humanos. Tampoco el Derecho puede abo- carse totalmente a la tarea de asegurar en casos extremos a los seres humanos su capacidad de orientación. Mientras que la protección de una determinada orientación sería una (pura) protección moral, la protección de la *compe- tencia* de orientación es una protección del individuo en su competencia general de interactuar regladamente con otros. Esa competencia de interac- tuar regladamente con otros es, sin embargo, la competencia del individuo como sujeto de Derecho y con ello su protección resulta una tarea legítima del Derecho.

A modo de balance provisorio puede decirse entonces que, según una modificación de la clásica separación entre Derecho y moral, la lesión de otra persona adquiere relevancia jurídica y supera lo puramente moral, cuando esa lesión cuestiona la responsabilidad o la subjetividad jurídica, entendida como competencia de orientación del otro. Sin embargo, de la manera en que ello surgiría no alcanza a describir todavía completamente el objeto del deber de respeto en sentido jurídico.

5.3. Protección de la auto-representación

La protección de la responsabilidad y de la capacidad de orientación se dirige a la persona y no considera todavía al ser humano en sus diferencias con otros seres humanos, esto es, al individuo. La individualización de la protección del respeto observada en el Derecho moderno (cfr. *supra* 4.1) genera más allá de esto otro deber de respeto, a saber, el deber de respe- to ante la particularidad de individuos en su auto-representación. Esa idea de protección de la auto-representación se revela primeramente desde un punto de vista histórico en la tradicional interpretación de la dignidad. En

³⁷ SEELMANN, «Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens», en E. A. WOLFF-FS, Berlin *et al.*, 1998, pp. 481 y ss., 492 y ss.

³⁸ En ese contexto cfr. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt a. M., 2005, p. 144.

efecto, la individualización de la protección de la dignidad se funda en una posición según la cual la dignidad se asoma al retirarse la subjetividad y, por consiguiente, en un acto individual de representación externa que de ningún modo se efectúa por todos de igual manera y que tampoco se refiere a la persona sino al individuo (o también, la personalidad).

Para Robert Spaemann la dignidad presupone necesariamente que su portador haya «tomado distancia de sí mismo como ser natural». El ser humano debe ser protegido en su dignidad, en tanto «ser que puede relativizarse, replegarse en sí mismo»³⁹. Debido a que esta integración engendra ostensiblemente la dignidad como un acto libre no forzado, parece tener poca importancia a primera vista esta comprensión tradicional de la dignidad humana para el Derecho que se vincula con la autorización de coerción. A pesar de todo, esa impresión resulta engañosa. En realidad, la autolimitación que se exterioriza se trata de una tarea que no puede ser impuesta a nadie a través de la coerción del Derecho, pero facilitarla puede ser un cometido especialmente importante para el Derecho, justamente bajo el aspecto de la protección del respeto.

El Derecho moderno podrá ahora subordinar la auto-representación a una protección del respeto, sin tener que considerar más exclusivamente las autolimitaciones. Más bien podría existir, según la comprensión actual, un respeto digno de protección frente a la auto-representación de cada persona.

Esto se muestra más claramente allí donde el individuo busca representarse de una manera distinta a lo que se corresponde con su propia imagen y en donde justamente en ese sentido goza *de lege lata* de la protección de la dignidad. También debe existir respeto frente a la perspectiva que otros le den desde fuera, así como ante las exigencias de su interior. La sociedad tiene realmente «la tarea no solo de tolerar tales comportamientos, sino incluso de ayudar, por ejemplo, reconociendo a las personas una esfera íntima o colocándolas solo en casos excepcionales en situaciones incómodas, como consecuencia de haberlas puesto en evidencia»⁴⁰. Muestra de ello son la prohibición existente en varios ordenamientos jurídicos del «detector de mentiras», la prohibición del polígrafo, así como la largamente conocida protección frente a la obligación de autoincriminarse, por ejemplo ante el tribunal, y la protección de datos que en las últimas décadas está siendo tomada cada vez más en serio respecto de algunos de sus aspectos: según el legislador, el individuo debería estar protegido en su auto-representación desde el derecho a la propia imagen hasta los apuntes en su diario íntimo.

³⁹ SPAEMANN, «Über den Begriff der Menschenwürde», en BÖCKENFÖRDE/SPAEMANN (comps.), *Menschenrechte und Menschenwürde*, Stuttgart, 1987, pp. 295 y ss. (300, 303).

⁴⁰ STOECKER, «Die Würde des Embryos», en GROSS (comp.), *Ethik in der Medizin in Lehre, Klinik und Forschung*, Würzburg, 2002, pp. 53 y ss. (64).

La conservación de la auto-imagen existente —y no solamente una representación diversa de la opinión propia— también habrá de gozar de protección de respeto. Los nuevos conceptos de la dignidad se basan en la relevancia de la imagen de uno mismo respecto a la dignidad, porque los perjuicios frente a la propia imagen podrían disminuir en cierta medida la autoestima y esta reducción de autoestima afectaría la dignidad ⁴¹. Así, el Tribunal Constitucional Federal se ha manifestado en favor de proteger la dignidad humana, «la cual comprendería su propia individualidad y su propia consciencia» ⁴². Especialmente en el pensamiento filosófico la dignidad ha entrado en conexión con la autoestima y comprende en sentido positivo la afectación de la dignidad como disminución de la autoestima: «alguien es humillado si se encuentra en unas circunstancias en las que él ya no puede respetarse a sí mismo» ⁴³. En los mismos términos estableció la correspondiente violación de la dignidad el libro de Avishai Margalit *The Decent Society*, que a finales de los años noventa del siglo XX desencadenó en la filosofía internacional una fuerte inclinación a ocuparse del problema de la protección del respeto ⁴⁴.

A pesar de todo, cabe preguntarse ¿cómo ocurre eso? ¿De qué manera se produciría una intervención coactiva en la auto-representación de la propia identidad? En particular, se sostienen dos posibilidades al respecto. Por un lado, una intervención externa podría inducirme en mi auto-representación a renunciar a mis propios principios y así perder los estándares de mi autognosis. Algunos ejemplos ilustrativos son la confesión «voluntaria» en procesos ejemplares o el trabajo forzado (*Arbeitseinsatz*) de carácter «voluntario» ⁴⁵. Por el otro lado, ello puede ocurrir como consecuencia de una intervención externa, una pérdida de control, por ejemplo, mediante la administración de ciertos psicofármacos, que además harían que mi propia imagen formal fuera interpretada por mí mismo como un error fundamental ⁴⁶. Ambos son supuestos en los que se niega el respeto a partir de lesionar la autoestima.

Sin embargo, esto significa que junto a la responsabilidad y a la capacidad de orientación también está protegida jurídicamente la auto-representación como objeto de deber de respeto.

⁴¹ Cfr. H. FRANKFURT (nota 3), p. 155.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 49, 286 (298).

⁴³ BALZER/RIPPER/SCHABER, *Menschenwürde vs. Würde der Kreatur. Begriffsbestimmung, Gentechnik, Ethikkommissionen*, Freiburg/München, 1998, p. 28.

⁴⁴ MARGALIT, *The Decent Society* (publicado en 1997), versión alemana: *Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung*, Frankfurt a. M., 1999, pp. 148 y ss.

⁴⁵ Al respecto, LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 2.^a ed., Berlin, 1974, p. 73.

⁴⁶ Al respecto, MARGALIT (nota 44), pp. 143 y ss.

6. RESPONSABILIDAD, CAPACIDAD DE ORIENTACIÓN Y MONOPOLIO DE LA REPRESENTACIÓN: ¿QUÉ GENERA LA MODERNA PROTECCIÓN DEL RESPETO?

Si la responsabilidad, la capacidad de orientación y la auto-representación son objeto de un respeto protegido jurídicamente, cabe preguntarse, por tanto, cómo se interrelacionan esos tres objetos de protección y también qué cambios se producen en el Derecho cuando esos objetos reciben protección jurídica.

6.1. Las relaciones

La responsabilidad —en tanto elemento de protección del respeto más antiguo y reconocido desde hace ya mucho tiempo— ha dado menos motivos para una discusión más precisa sobre esta cuestión. La capacidad de orientación tiene en común con ella que es la condición para un obrar controlado en el mundo, pero, a diferencia de la responsabilidad, no solo es una condición atribuible por razones prácticas de comunicación, sino también una condición necesaria para la acción. En cambio, la auto-representación nos protege para permitir que nos proyectemos en el mundo de la manera deseada. Así, ambos objetos de protección tienen en común que el Derecho moderno los incluyó en su esfera en la antesala de la protección jurídica clásica.

Al amparo de la capacidad de orientación, el Derecho extiende su protección a la persona fuera del ámbito de las garantías tradicionales de libertad de acción. La protección abarca actualmente no solo la libertad de cambiar de opinión, sino que comprende también la capacidad de formación de la voluntad a la luz de la apreciación del mundo. Si se perdiera la facultad de orientación en el mundo sería imposible formar voluntad alguna y no habría intervención jurídica primaria. Dentro de la competencia de orientación la libertad de acción está adicionalmente protegida por los requisitos subjetivos de la posibilidad de acción. El objeto de la protección no es solo la libertad *personal* sino también la *integridad del individuo*. Sin embargo, en tanto se desmaterializa de este modo el objeto de protección en la masa, se llega así al límite del moralismo jurídico.

Por el contrario, en la protección de la auto-representación ampliamos la protección de la esfera privada más allá de su ámbito de protección, tradicionalmente entendido de modo estático. La protección de la intimidad se amplía en la auto-representación hasta una activa «comunicación hacia afuera» de lo privado, aunque no por medios coactivos. Por tanto, el individuo por sí mismo obtiene dentro de la protección su identidad concreta.

6.2. Los cambios en el Derecho

En los ámbitos de la protección de la integridad y de la protección de la identidad individual se evidencia en el Derecho moderno un fuerte acaparamiento de la esfera interna de la persona, adicional a la tradicionalmente juridificada esfera externa. La protección va más allá de la libertad de acción y la privacidad.

Mientras que en la libertad de acción está protegido el cambio de voluntad en el actuar externo y con ello la interacción solamente está regulada en esa esfera externa, el derecho a la protección de la seguridad de orientación ya asegura adicionalmente los requisitos internos de la libertad de acción y se arroga una competencia en el ámbito de la formación de la voluntad. Frente a la protección de la privacidad, que también permitiría detener al Derecho frente a esta concreta *privacidad*, el crecimiento de la regulación afecta adicionalmente «hacia afuera» la presentación simbólica de la esfera íntima en el caso de la auto-representación, justamente allí donde todavía no han acaecido conductas que representan una injerencia en la esfera de terceros.

Eso significa, empero, que ambas ampliaciones muestran la función de bisagra entre el Derecho y la moral que ejerce el concepto de protección del respeto. En la interpretación tradicional, en la modernidad clásica, se asocia el Derecho con lo «externo» y la moral con lo «interno», es decir, que para el Derecho son conductas constitutivamente relevantes las acciones externas de injerencia directa en la esfera jurídica de terceros y no los motivos internos. A lo sumo, en el contexto de los comportamientos externos podría llegar a ser relevante la motivación tradicional. Observamos una disolución de esa proporción notoriamente clara en la representación de la protección del respeto como garantía de la formación de la voluntad, o bien como representación del «interior» en el «exterior» y con ello en la protección de la representación de lo «interno».

Así, un Derecho que gozaba de un carácter medido en el entendimiento liberal-clásico de la protección jurídica amplía su competencia fuera del claro ámbito del concreto *derecho de defensa* ⁴⁷ del individuo. Los elementos del derecho de configuración (*Gestaltungsrecht*) * aparecen también en la relación entre particulares como objetos de protección. La protección de derechos individuales claramente determinados frente a las intervenciones existentes es además complementada a través de la protección frente a las amplias injerencias en las oportunidades de desarrollo.

⁴⁷ Respecto a la derivación del mandato de respeto recíproco a partir de la protección de los derechos de configuración (*Gestaltungsrechte*), cfr. WIEDERKEHR, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, Bern, 2006, p. 227.

* NE: *Gestaltungsrecht* se refiere a un derecho subjetivo relativo en virtud del cual unilateralmente se puede originar un nuevo derecho o modificar o extinguir una relación jurídica existente.

Sin embargo, lo que por un lado significa una protección oportuna frente a perturbaciones, resulta ser, por el otro, un *desplazamiento de la frontera Derecho/moral* en perjuicio de ella. Además, la diferencia entre Derecho y moral está justificada como lo fue en el caso del liberalismo clásico. Al proteger la capacidad de orientación y el monopolio de representación el Derecho da con su protección un paso más hacia el ámbito de los actos previos. Sin embargo, debido a que la protección de uno siempre implica la restricción de acción de otro, el Derecho controla con ello de manera adicional el ámbito previo. Conceder a alguien una competencia y un monopolio implica excluir a otros de ese ámbito. Por un lado, el ordenamiento jurídico fortalece los derechos al declarar como cometido propio la protección del respeto cuando se aprovecha esta protección. Por otro lado, también se recortan derechos cuando se prohíbe la falta de respeto.

Esta modificación podría estar determinada —al menos en Alemania también generada por la experiencia histórica— por una revalorización de la importancia del respeto hacia las demás personas. La evolución de la protección de la dignidad humana, al igual que la idea del derecho genérico a la personalidad en los tiempos de posguerra, hablan en favor de ello. Pero también los delitos de protección de sentimientos en el Derecho penal han podido entrar en ese movimiento: en su origen, al igual que todos los delitos de protección del honor, se procuró evitar una *laesio majestatis*, aunque al principio parecía poco adecuado para la época. Pero que en el Derecho penal los delitos de protección de sentimientos no hayan compartido enteramente la suerte de los delitos contra el «honor» —a saber, el mantenerse dentro del marco de los concretos derechos individuales lesionados—, pone de relieve la alta necesidad de una protección simbólica del respeto. Desde esta perspectiva los delitos de protección de la sensibilidad experimentan en la actualidad un verdadero incremento en tanto delitos de protección de la cultura ⁴⁸.

Teóricamente se podría sostener la idea de que el mandato de respeto no sería tan solo una norma entre tantas otras, ni tampoco una mera norma moral: tomado ello en serio se presenta entonces el mandato de respeto en el Estado moderno como fundamento del ordenamiento jurídico, sobre la base de la protección de la identidad y de la integridad de los individuos. Desde la perspectiva actual el Estado moderno lo reconoce como presupuesto de los derechos por él garantizados, junto a aquellos otros que, sin embargo, no puede garantizar. Esto parece justificar también que ese mandato de respeto sea protegido por el Derecho, sin embargo con sentido de proporcionalidad ante las exigencias morales de terceros en caso de no quererse anular la

⁴⁸ Al respecto, SEELMANN, «Verhaltensdelikte -Kulturschutz durch Recht?», en JUNG-FS, Baden-Baden, 2007, pp. 893 y ss. (NE: véase *infra* en este volumen, pp. 59 y ss.).

protección jurídica de la libertad, relevante también para el reconocimiento recíproco. La limitación aquí propuesta del mandato de respeto a una protección de la responsabilidad, de la capacidad de orientación y de la auto-representación busca indicar un posible sendero en esta excursión cuesta arriba.

CAPÍTULO III

DELITOS DE COMPORTAMIENTO: ¿PROTECCIÓN DE LA CULTURA A TRAVÉS DEL DERECHO?*

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En los últimos años se ha venido cuestionando la legitimación de los tipos penales a través de la teoría que ha dominado esta materia durante mucho tiempo: la teoría del bien jurídico. Desde hace mucho existen reservas acerca de si el concepto de bien jurídico es lo suficientemente claro, así como sobre si al final con los bienes jurídicos «espiritualizados» no se puede legitimar casi cualquier criminalización. Últimamente estas reservas se han confrontado con principios recibidos de modelos anglosajones sobre la limitación de la pena, especialmente de modelos de la tradición de John Stuart Mill y, más recientemente, de Joel Feinberg. La diferenciación entre lesiones, perturbaciones, moralismo jurídico y paternalismo jurídico, parece facilitar el punto de partida para un debate más preciso.

Partiendo de consideraciones todavía más básicas, otra crítica a la teoría del bien jurídico cuestiona el hecho de que desde su posición individualista-liberal, determinada por su tiempo, esta teoría no puede comprender (o no de forma completa) las auténticas razones de la criminalización. En el punto de mira aparece especialmente la necesidad de criminalizar comportamientos que chocan «con las concepciones valorativas o sobre los comportamientos arraigados en la sociedad», con las «convicciones homogéneas existentes en la sociedad»¹, aunque no se lesionen los derechos de nadie o bienes claramente determinables. La criminalización de los denominados «delitos de comportamiento»², desde la perspectiva de los críticos de la teoría del bien jurídico, no es una mera excepción a la regla de que, básicamente, solo son merecedoras de pena las lesiones a bienes jurídicos. Por el contrario, el que se penalice un comportamiento intolerable es el supuesto normal y evidente;

* Traducción a cargo de Irene Navarro Frías.

¹ HEFENDEHL, *GA*, 2002, pp. 21 y ss., 23.

² HEFENDEHL (nota 1).

el clásico ámbito de las lesiones a bienes jurídicos solo constituye una parte de lo anterior³.

En lo que sigue trataremos justamente de esta crítica a la concepción del bien jurídico desde el punto de vista de los «delitos de comportamiento». Los denominados «bienes jurídicos colectivos», que de alguna manera sirven a la protección de las condiciones sociales o públicas necesarias para la protección de bienes jurídicos individuales, quedarán fuera de consideración. De lo que trataremos, más bien, es de un ámbito que antes trataba de comprenderse (al menos una parte del mismo) con la denominación «delitos de protección de sentimientos» (*Gefühlsschutzdelikte*). Nos referimos, por tanto, a aquel fundamento de la criminalización, conforme al cual un comportamiento debe ser prohibido por sus «efectos desorientadores», «porque provoca miedos sumamente heterogéneos»⁴.

En todos estos casos se puede tratar de legitimar la criminalización aludiendo a que «la norma pertenece a las reglas cuyo reconocimiento para nosotros, como comunidad de valores, es tan importante que percibimos su lesión como merecedora de pena»⁵. Nos fijaremos primero en cuáles son los tipos penales que necesitan de tal fundamentación más allá de la remisión directa o indirecta a bienes jurídicos individuales (*infra* 2). El resultado plantea, sin embargo, la cuestión de cómo se pueden limitar tales necesidades de pena —que requerirían de los correspondientes tipos penales— conforme a las exigencias del Estado de Derecho. Los criterios candidatos para esta limitación serían, primero, los criterios fundamentalmente técnicos de idoneidad, costes y coherencia sistemática. Pero también podrían ser criterios de limitación la diferencia entre Derecho y moral (*infra* 3) y la exigencia de consenso (*infra* 4), de los que se sirven los clásicos modernos. Al final intentaremos sacar alguna consecuencia de las insuficiencias de los dos últimos principios, que en sí mismos son racionales.

2. LOS TIPOS DE «DELITOS DE COMPORTAMIENTO» EN DISCUSIÓN

El concepto de «delito de comportamiento» no ha sido fijado de manera unívoca. Se discuten especialmente las siguientes normas: el respeto a los difuntos y la perturbación de un sepelio (§§ 168, 167a), los ultrajes a la confesión, sociedades religiosas y asociaciones ideológicas (§ 166), las acciones exhibicionistas y la realización pública de acciones sexuales (§ 183, 183a),

³ STRATENWERTH, «Zur Legitimation von Verhaltensdelikten», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, *Mediating Principles - Prinzipien der Strafbegrenzung*, Baden-Baden, 2005 (antes de la publicación, manuscrito en p. 5).

⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., Berlin-New York, 1991, pp. 2-16 y ss.

⁵ STRATENWERTH (nota 3), p. 5.

el facilitar pornografía a quien no la ha requerido (§ 184.1.6), el incesto (§ 173) o la denominada «negación de Auschwitz» (§ 130.3). En el Derecho penal accesorio podemos pensar en preceptos penales de la regulación de la medicina reproductiva o de la tecnología genética; fundamentalmente en la punibilidad de la clonación por el § 6 ESchG (Ley de protección de los embriones, de 13 de diciembre de 1990).

Entre estos grupos de normas pueden establecerse diferencias con base en distintos criterios. Una posibilidad sería hacer una clasificación según el objeto de los sentimientos lesionados: por ejemplo, si se trata de una grave perturbación estética (como en el tener que asistir a relaciones sexuales de otros), o de la lesión de sentimientos piadosos (como en el respeto a los difuntos⁶ y a los sepelios), o de la ruptura con viejos (incesto) o nuevos (clonación) tabúes o, finalmente, de la perturbación de sentimientos de identidad (negación de Auschwitz). Evidentemente los distintos ámbitos se solapan en parte. Además, se podría establecer otra diferencia en atención al grado de lesión de los sentimientos —en qué grado se lesiona la orientación segura de los afectados en su mundo—, desde lesiones parciales (en el envío de material pornográfico) hasta la puesta en cuestión de la propia visión de mundo (clonación, negación de Auschwitz). Finalmente se podría diferenciar en atención a cuán cerca se encuentra el correspondiente comportamiento de una lesión de derechos individuales. La perturbación causada por el exhibicionismo y por la pornografía tiene algo de lesión de la esfera privada individual, pues con su desprecio por la esfera sexual/íntima personal lesiona el derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*)⁷. Otros, como los ultrajes a la confesión, deben evitar exclusivamente determinados sentimientos desagradables; en este sentido, se trata de «delitos de protección de sentimientos» en sentido estricto.

Algunos de estos tipos penales no son indiscutidos: el tabú de la prohibición del incesto no encuentra hoy ya un reconocimiento ilimitado⁸ y desde hace años se discute sobre la conservación a largo plazo de la prohibición de la clonación. Ya solo esto hace que nos preguntemos si frente a la protección de los sentimientos valorados penalmente existen límites que podamos fundamentar. Uno puede pensar en escenarios muy distintos, sobre todo de ampliación de la protección de sentimientos, y esto plantea la cuestión de la posibilidad de determinar límites fundamentados de forma racional: ¿qué se puede oponer a un legislador, sometido a los correspondientes cambios

⁶ De otra opinión HÖRNLE, «Der Schutz von Gefühlen im StGB», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, pp. 268 y ss.: derechos de los todavía vivos.

⁷ HÖRNLE (nota 6), p. 275: «Delitos de protección de sentimientos impropios» como la amenaza de hechos delictivos del § 126.

⁸ Sobre el intento (fracasado) de sacar este tipo del Código Penal con motivo del debate sobre la reforma legislativa suiza, véase STRATENWERTH (nota 3), p. 6.

culturales, que se dispone a penalizar, como se hacía antes, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, y que lo justifica diciendo que ya solo el pensar que algo así sucede en dormitorios ajenos le arrebatara a muchas personas la seguridad orientativa en este mundo? ¿Y qué argumentos se podrían aducir en contra de que la mera declaración de ateísmo para muchos creyentes sea ya una ruptura insoportable de un tabú y, por tanto, merecedora de pena? ¿Es posible argumentar más allá de la idoneidad, los costes y la coherencia, o más bien debe uno retirarse en tanto que las consideraciones sobre merecimiento de pena están culturalmente determinadas y con ello no son criticables desde un punto de vista inmanente a la sociedad?

Intentaremos fundamentarlo con la diferenciación entre Derecho y moral desarrollada en nuestra cultura por los clásicos modernos. ¿Ofrece esta diferencia argumentos de cara a la limitación de la criminalización en el ámbito de los delitos de comportamiento?

3. DELITOS DE COMPORTAMIENTO Y DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

3.1. Repercusiones de la diferencia en la protección penal de la orientación y de los sentimientos

La diferenciación entre Derecho y moral es el punto de partida clásico de la crítica de la criminalización de (algunos) delitos de comportamiento. Esta diferencia parte de que hay un «comportamiento puramente moral», y tal comportamiento no debe ser comprendido por prohibiciones jurídicas. Desde el punto de vista de esta diferencia entre Derecho y moral, al menos una parte de los delitos de comportamiento constituiría una inadmisibles jurificación de mandatos puramente morales, un «moralismo jurídico».

Una primera crítica frente a la diferencia entre Derecho y moral podría ser que se trata de una diferenciación históricamente casual y contraintuitiva⁹. Pero, ¿lo es?

Si se discute sobre la diferencia entre Derecho y moral en el contexto de los límites legítimos a la criminalización, entonces nos interesarán evidentemente los argumentos sobre por qué determinadas normas *solo* tienen significado moral y no deben convertirse en normas jurídicas. La teoría de Kant sobre la diferencia entre obligación jurídica y obligación moral ha sido históricamente determinante (y lo es todavía) en la diferenciación entre Derecho y moral: para Kant las obligaciones jurídicas solo afectan al comportamiento externo de una persona frente a otra y por ello solo pueden prohibir injerencias en la libertad de otro. Para Kant, las obligaciones frente a uno mismo,

⁹ STRATENWERTH (nota 3), p. 4.

así como las obligaciones de ayudar a otras personas de manera positiva, caen exclusivamente, por tanto, en el campo de las obligaciones morales¹⁰.

En relación con los delitos de comportamiento o los delitos que se denominaban de protección de sentimientos, apenas tiene relevancia la diferencia entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales frente a uno mismo. Para la limitación de los delitos de comportamiento lo que tiene relevancia es la delimitación de Kant entre las obligaciones jurídicas y las obligaciones morales de ayuda positiva a los otros. Y ello porque la protección de la orientación o de los sentimientos de otros como obligación se encuentra en una esfera cuya clasificación como prohibición de lesionar (legítima como obligación jurídica) o como mandato de ayuda (solo moralmente relevante) no es fácil.

Atendamos primero, por tanto, a las razones de Kant a favor de la no juridificación de las obligaciones de ayudar a otros. Kant encuentra en ellas una dependencia demasiado fuerte de las finalidades arbitrarias de otros como para ser obligaciones jurídicas imponibles por la fuerza y considera tales obligaciones como no susceptibles de universalización si tenemos en cuenta los medios necesariamente limitados de cada persona. Además, y esto las descalifica especialmente como obligaciones jurídicas, no son susceptibles de precisión¹¹. Incluso cuando desde el tiempo de Kant se han venido realizando objeciones parciales de muy distinto tipo y desde la perspectiva actual aceptables —lo que se confirma con el consenso general existente sobre la legitimidad de deberes jurídico-penales de socorro en situaciones de necesidad—, la diferenciación de Kant se sigue considerando, en principio, como correctamente fundamentada¹².

No obstante, queda la siguiente cuestión: ¿qué es una lesión y qué es un mero incumplimiento de la obligación de ayuda? Por un lado, una lesión no es solo un daño material, sino que también un «daño intelectual» puede ser una lesión jurídica. Y así, por ejemplo, estamos dispuestos a reconocer como lesiones jurídicas a las injurias masivas (*massive Beleidigungen*). Además, como indican los ejemplos, el Derecho contiene realmente una protección de los sentimientos. Por otro lado, en una sociedad pluralista no hay un «derecho a no tener que ver determinadas acciones, que uno considera (ética o moralmente) inaceptables; a veces uno debe incluso desconectar o mirar hacia otro lado»¹³. Pero ¿dónde se debe trazar la frontera de acuerdo con la

¹⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten* (primera publicación 1797), ed. Weischedel, t. IV, 1956, *Einleitung in die Rechtslehre und Einleitung in die Tugendlehre*.

¹¹ Con detalle SEELMANN, «Solidaritätspflichten im Strafrecht?», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN, *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1991, pp. 295 y ss. (NE: cfr. *infra* en este volumen, pp. 73 y ss.).

¹² Una fundamentación similar en J. S. MILL, *Utilitarianism*, primera publicación en 1861, aquí es utilizada la ed. Lindsay, 1936, pp. 1 y ss. (36).

¹³ DREIER, «Kommentierung zu Art. 1 Abs. 1 GG, nm. 119», en *Id.* (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, t. 1, Tübingen, 2004.

clásica distinción entre Derecho y moral? ¿Allí donde uno «se puede apoyar en un amplio y unánime rechazo de determinadas prácticas»¹⁴? ¿Donde se trata de «concepciones valorativas generales y profundamente interiorizadas del pueblo»¹⁵, de «convicciones culturales profundamente arraigadas»¹⁶? Esto serviría como mucho para el quiebre de tabúes, no para las grandes perturbaciones, que normalmente son tenidas también por merecedoras de pena, y tampoco para los sentimientos de identidad, que están más bien asociados a un grupo. Además, la remisión a concepciones valorativas o convicciones culturales «profundamente interiorizadas» y «profundamente arraigadas» sería demasiado vaga para operar como límite.

Aquello a lo que puede contribuir la clásica diferenciación entre Derecho y moral a la hora de limitar la criminalización, no se puede descubrir con una simple cuantificación de la intensidad individual y la extensión social de la afectación. En otro lugar he tratado de comprender el núcleo de la diferencia entre obligaciones jurídicas y obligaciones meramente morales tomando como base una lesión a otro en su personalidad (*Personsein*), un rechazo unilateral del reconocimiento del otro en su subjetividad jurídica¹⁷. La pena entendida como una rebaja del autor en su estatus jurídico solo es necesaria, en tanto compensación restitutiva del orden jurídico, allí donde alguien, por su lado, como autor, ha rebajado el estatus jurídico de otra persona, la víctima.

Pero, ¿qué significa eso exactamente en el caso de los delitos de comportamiento? Si nos fijamos en lo que de común tienen estos delitos, esto es, que se pone en cuestión la seguridad en la orientación de las personas en el mundo, entonces debe plantearse bajo qué condiciones la seguridad se ha dañado de tal modo que el particular ya no se reconoce como sujeto de Derecho. Y éste solo será el caso, en mi opinión, cuando el particular mediante un determinado comportamiento de otro pierda su competencia general de orientarse en el mundo, cuando se ve privado de su competencia de orientación (*Orientierungskompetenz*)¹⁸. En efecto, en un mundo que culturalmente está cambiando de forma continua, no puede ser tarea del Derecho penal, ni en general del Derecho, mantener un determinado esta-

¹⁴ DREIER (nota 13).

¹⁵ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 318 y ss.

¹⁶ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, p. 56.

¹⁷ SEELMANN, «Rechtsgutskonzept, "Harm Principle" und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, pp. 261 y ss. [NE: existe versión en español del texto: véase SEELMANN, «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 373 y ss.].

¹⁸ SEELMANN, «Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens», en E. A. WOLFF-FS, Berlin *et al.*, 1998, pp. 481 y ss., 492 y ss.

do de la orientación de las personas. Pero, por otro lado, el Derecho penal tampoco puede cerrarse totalmente a la tarea de asegurar la capacidad de orientación de las personas en casos extremos. Mientras que la protección de una determinada orientación sería (mera) protección de la moral, la protección de la *competencia* de orientación es una protección del particular en su competencia de interacción regulada con otros. Esta competencia de interacción regulada con otros es la competencia del individuo como sujeto de Derecho y, con ello, legítima e incluso imprescindible tarea del Derecho.

En resumen, podemos decir que, conforme a la clásica separación entre Derecho y moral, una lesión a otras personas solo adquiere relevancia jurídica y sobrepasa el ámbito de lo puramente moral cuando esa lesión cuestiona la subjetividad jurídica del otro. Para los casos en los que se trata de la orientación segura de las personas, esto significa que no basta con que este comportamiento lesivo dañe orientaciones meramente personales o su seguridad. Proteger jurídicamente las orientaciones personales sería, en la tradición kantiana, una inadmisible protección jurídica de la (pura) moral. Al Derecho solo le concierne cuando es la competencia general de orientación, precisamente la competencia de interacción como elemento central de la subjetividad jurídica, la que amenaza con ser lesionada. Éste puede ser el caso en algunos quiebres de tabúes —hoy tal vez más en el caso de la clonación que en el del incesto— y también en algunos casos de protección de los sentimientos de identidad.

Así las cosas, a la hora de delimitar los objetos que se deben proteger con los delitos de comportamiento, formulaciones como las citadas de las «concepciones valorativas profundamente interiorizadas» o las «convicciones culturales profundamente arraigadas», probablemente no se refieren a otra cosa que al hecho de que no cualquier daño a una orientación o sentimiento es merecedor de pena. La inconveniencia de estas formulaciones es que se agotan en la mera cuantificación, que no permite entrever que se trata de la lesión de objetos que también se diferencian de forma cualitativa; aquí la mera seguridad en la orientación relativa a contenidos parciales, allí la competencia de orientación.

3.2. Limitaciones culturales de la diferenciación

Pues bien: naturalmente puede plantearse también si esta corriente, la de la distinción clásica entre Derecho y moral, no contiene algo de arbitrario y solo puede desarrollarse en un contexto cultural muy específico. ¿No es «estrechar el punto de mira»¹⁹ partir de una posición que se asienta esencialmente en los intereses de los individuos, y por tanto, en algo que «histórico-

¹⁹ STRATENWERTH (nota 3), p. 3.

culturalmente constituye una auténtica excepción»? ¿Y no se propaga así un egoísmo normativo?

En realidad debe partirse de que en muchas culturas el merecimiento de pena de los delitos de comportamiento es una verdadera obviedad, que no precisa mayor fundamentación. Y también es conocido que en nuestra cultura la creciente necesidad de justificación respecto a estos tipos penales, comparados con los tipos penales protectores de intereses individuales, encuentra su raíz en una concreta evolución de la Europa occidental. Por este motivo ha de estarse de acuerdo con la referencia a la especial posición cultural de este punto de vista. La corriente de diferenciación entre Derecho y moral y el escepticismo frente a tipos que protegen determinados sentimientos presupone claramente una posición del individualismo normativo que de ninguna manera debe aceptarse como evidente. Sin embargo, a su favor existen de hecho, y en mi opinión, buenas razones, defendibles también en un debate intercultural. Éstas se pueden describir como sigue:

Una posición normativa-individualista basa, y en última instancia justifica, cualquier acción política, y por tanto también el poder punitivo del Estado, en los individuos afectados²⁰. Por este motivo, en relación con la legitimación del instituto de la pena y del Derecho penal, lo más fácil de fundamentar para el individualismo normativo es la criminalización de la lesión de individuos. Frente a ello, y desde este punto de vista, la protección de bienes jurídicos colectivos aparece como legítima solo en la medida en que pueda entenderse como condición de la posibilidad de proteger derechos individuales. También, desde la perspectiva del individualismo normativo, los delitos de comportamiento y los delitos protectores de determinados sentimientos deben poder medirse con referencia a esta finalidad y, en última instancia, deben servir a la protección de individuos. Desde esta perspectiva, la diferencia entre Derecho y moral tiene una importante función práctica en la limitación de la criminalización: la protección de la pura moral comporta siempre el peligro de que la legitimación de la intervención estatal se fundamente, bien en valores colectivos como tales, bien en intereses individuales, pero no en intereses de *todos* los afectados, sino en intereses de determinados grupos. En ninguno de estos dos casos la intervención sería legítima para el individuo frente al que se interviene.

No obstante, el individualismo normativo no es egoísmo normativo. Los intereses individuales en el bienestar de todos o en otros valores colectivos —y las normas penales relacionadas con ellos— no representan de por sí ningún problema para el individualismo normativo. También son compatibles con el individualismo normativo las denominadas posiciones perfeccionistas dentro de la ética liberal, que también admiten la intervención del Estado en los derechos de los ciudadanos con el fin de fortalecer en el futuro

²⁰ Con detalle VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, München, 2001, pp. 227 y ss., 237.

el ejercicio de la autonomía del particular o protegerlo de limitaciones a su autonomía actualmente queridas por él mismo. También estas posiciones son compatibles con un individualismo normativo²¹, por lo que aquí no se necesita entrar en si se le pueden hacer objeciones por otros motivos.

Frente a ello, una posición normativo-colectivista encuentra la última referencia para la intervención del poder estatal en la (o en una) comunidad de personas, entendiendo que a ésta se le reconoce un valor propio independiente del de las personas. En contra de esta concepción, y a favor de un individualismo normativo, está el hecho de que las decisiones estatales solo pueden afectar de forma perceptible a los individuos: las comunidades ni sienten dolor ni trazan planes de vida²².

Vista la alternativa, no es casualidad que hoy en nuestra cultura no se encuentren apenas declaraciones expresas a favor del colectivismo normativo. Incluso los autores que, razonablemente, defienden un colectivismo *genético* —el individuo es individuo como tal solo como producto de un colectivo social en funcionamiento— no se oponen en el plano normativo, por regla general, a un individualismo normativo legitimador, sino simplemente a un egoísmo que recoja muy pocos intereses de la comunidad en las preferencias individuales.

Por tanto, cuando se prefiere un individualismo normativo, esto significa para el caso de los delitos de comportamiento partir consecuentemente de la diferencia entre Derecho y moral y del límite práctico resultante de la misma, desde la perspectiva de la *competencia* orientativa. Todavía se puede hacer sin embargo una crítica, y es que este criterio resulta aún algo vago para la determinación de los límites de la criminalización legítima. Debe reconocerse que el modelo desarrollado proporciona un valor indicativo y no una frontera inequívoca. En este sentido, es absolutamente lógico que, apelando a la honradez científica, se reclame que se tome distancia de este modelo que pretende limitar la criminalización, y que se parta simplemente de que la criminalización se obtiene del consenso acerca de los valores básicos de nuestra convivencia (en lo que sigue «modelo de consenso»). Examinemos un poco más de cerca este modelo.

4. LA EXIGENCIA DE CONSENSO

En relación con la criminalización, el modelo del consenso exige exclusivamente partir de aquello sobre lo que existe consenso en la respectiva comunidad cultural. Lo decisivo es entonces únicamente qué normas penales están preparadas para aceptar una sociedad entendida como comunidad de

²¹ Al respecto KRIMEL, *Oxford Journal of Legal Studies* (21), 2001, pp. 473 y ss.

²² VON DER PFORDTEN (nota 20), p. 282.

valores. Con ello debe tenerse en cuenta que no habría ningún límite entre comportamiento simplemente inmoral y lesión jurídica más allá de las concretas culturas²³.

Un modelo del consenso de este tipo puede parecer a primera vista una construcción arbitraria, en tanto que lo que se criminaliza depende solo del hecho de la criminalización. Sin embargo, la impresión engaña en tanto que en todo caso hay dos corrientes que aparecen excluidas:

Primero aparece excluida la corriente que, argumentando desde el Derecho natural, parte de lo evidentemente correcto. Frente a ello el principio del consenso reacciona de forma crítica y se ocupa de la cuestión de que el juicio sobre el merecimiento de pena no debe determinarlo lo «malo por naturaleza» o lo «malo por tradición», sino fundamentalmente el consentimiento de los afectados. Sin embargo, en tanto que se entiende que este consenso es revisable conforme a criterios como la idoneidad de la sanción para el control del correspondiente comportamiento, los costes sociales de la intervención y la coherencia sistemática con otras decisiones del ordenamiento jurídico, no se considera suficiente cualquier consenso fáctico. Desde esta perspectiva, la exigencia de consenso no es simplemente un puro positivismo normativo, sino que debe ser entendido como teoría del consenso necesitado (en todo caso con límites) de fundamentación.

En segundo lugar, el modelo del consenso se muestra también crítico con otra corriente: el utilitarismo. Lo que decide sobre el merecimiento de pena no debe ser simplemente la finalidad social, sino el consentimiento de los afectados. Incluso cuando se pudiera alcanzar un mayor beneficio total mediante la criminalización de determinado comportamiento, sobre la base de un modelo del consenso ello no aportaría todavía legitimación para la criminalización.

Entonces, ¿la orientación hacia la exigencia de consenso no se basa en una posición liberal, incluso individualista? En el modelo del consenso, incluso cuando se basa en el particular como «persona moral»²⁴, no se defiende la posición del auténtico moralismo jurídico, conforme al cual los objetos de protección del Derecho están establecidos moralmente, independientemente de las preferencias y decisiones individuales. Más bien, en el modelo del consenso solo la persona que vive en una cultura decide qué objetos de protección le parecen necesitados de protección. El principio del consenso se trata, por tanto, del resultado de una decisión humana, de una decisión de individuos; no se trata de valores objetivos que existan previamente a estos individuos. Lo importante es solo, evidentemente, que

²³ JAKOBS (nota 4), pp. 2-21; STRATENWERTH (nota 3), p. 4.

²⁴ STRATENWERTH, «Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, pp. 255 y ss., 258.

en esta decisión lo decisivo no sean exclusivamente intereses asociados a uno mismo (*ich-bezogene Interessen*) en un sentido egoísta, sino también la comprensión de los individuos sobre sus deberes sociales y su visión del bien común.

Al mismo tiempo, con ello se ve claramente que tampoco el principio del consenso puede negar su origen en un individualismo normativo, que evidentemente también, como se ha señalado, toma como base de las decisiones individuales intereses altruistas y ligados a la comunidad. Tampoco en el principio del consenso son los valores colectivos la última instancia legitimadora, sino que también los valores colectivos, por importantes que éstos sean, deben estar legitimados frente a los individuos afectados, deben ser reconocidos por ellos.

No obstante, en relación con el principio del consenso sucede algo muy parecido a lo que ocurría con la diferencia entre Derecho y moral: se excluye tanto un colectivismo normativo de Derecho natural como el utilitarismo, pero todavía no se logran los contornos claros de un criterio de criminalización con la referencia a lo que los individuos en su calidad de personas morales deciden en una cultura determinada. Y los criterios formales de idoneidad, costes y coherencia son de tipo jurídico-general y, por tanto, se trata de criterios razonables pero que no ayudan realmente más allá como criterios de criminalización.

5. EQUILIBRIO REFLEXIVO DEL CONSENSO Y DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Entonces, en tanto que ni la diferenciación entre Derecho y moral ni el principio del consenso llevan a resultados claros, parece que se vacían de contenido como candidatos para una limitación racional de la criminalización. ¿O no?

Podría llegarse a una solución a través de un principio que se hizo conocido a través de las teorías de la justicia de John Rawls²⁵, pero que ya antes se había discutido y cuyos orígenes pueden buscarse hasta en Hegel²⁶: nuestras concepciones teóricas básicas —en ocasiones vagas— y nuestras comprensiones intuitivas deben contrastarse las unas con las otras, reflejarse unas en otras y ponerse en equilibrio. Se habla en este sentido de un «equilibrio reflexivo», que se pretende conseguir en el marco de una ponderación permanente, de una continua corrección de las comprensiones a las que se llega y de los respectivos correctivos teóricos. En las últimas décadas «se ha

²⁵ RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, pp. 17 y ss.

²⁶ GOODMAN, *Fact, Fiction and Forecast*, Cambridge, Mass, 1965, pp. 65 y ss.; sobre los antecedentes, HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, primera publicación en 1807, edición utilizada MOLDENHAUER/MICHEL (Suhrkamp-Ausgabe), pp. 68 y ss. (introducción).

elaborado de manera más precisa» este método del «equilibrio reflexivo»²⁷. En el «equilibrio reflexivo amplio» (WRE, *wide reflective equilibrium*) hay tres factores que interaccionan: las intuiciones (o también las opiniones, los sentimientos o las convicciones) se ponderan, por un lado, con principios básicos individuales del Derecho y de la Ética, y por otro lado, con las teorías de base (*Hintergrundtheorien*), como una determinada concepción de la persona. Por todo lo visto, el proceso describe el curso normal de un producto del conocimiento que, partiendo de la conciencia natural (*natürlichen Bewusstsein*), permite que el «saber emergente» se compruebe a sí mismo en una combinación estructurada de intuiciones y de enunciados de coherencia²⁸.

Nuestro *prejuicio* (*Vorverständnis*) intuitivo acerca de lo que es injusto merecedor de pena sería, en el sentido de este «equilibrio reflexivo», la base emocional del análisis, que debe ser tomada muy en serio. Sin embargo, debe ser corregida de manera permanente conforme a la escala de, por un lado, la teoría de base relevante, conforme a la cual, como se propone aquí, en el moderno Estado de Derecho la legitimación de las intervenciones del Estado solo puede provenir del individualismo normativo y, por otro lado, del principio básico del Derecho conforme al cual la lesión de la subjetividad jurídica es condición de una criminalización legítima en los delitos de comportamiento. Ahora bien, lo que pueda entenderse por lesión de la subjetividad jurídica no está determinado de forma fija y de una vez para siempre, sino que se fija (entre otras cosas) de acuerdo con el estado del consenso sobre el comportamiento merecedor de pena, en tanto que intolerable socialmente, con lo que tiene lugar la correspondiente repercusión del plano intuitivo en el plano teórico. En conjunto se puede producir en el curso de la argumentación un equilibrio de las influencias de unos planos relevantes de reflexión sobre otros²⁹. En todo caso, existe la posibilidad de que al final nuestras intuiciones se muestren como no sostenibles; podemos llegar a plantear objeciones, si bien no fundamentadas de forma definitiva, sí fundamentadas frente a un precipitado consenso acerca del merecimiento y la necesidad de pena³⁰.

Observemos tal proceso con tres ejemplos, la punibilidad en el caso del respeto a los difuntos, la punibilidad de la clonación (reproductiva) y la punibilidad del incesto.

²⁷ Con más detalle MONA, *ARSP* (90), 2004, pp. 355 y ss., 363 y ss. Respecto a la introducción véase también DANIELA, «Introduction: Reflective Equilibrium in Theory and Practice», en *Id.*, *Justice and Justification. Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, 1996, pp. 1 y ss.

²⁸ HEGEL (nota 26), pp. 74, 75.

²⁹ Precisamente esto es demostrado por MONA (nota 27) con el ejemplo de la prohibición de las donaciones de riñón remuneradas.

³⁰ Sobre el *estatus* de la fundamentación, véase GAUS, *Justificatory Liberalism*, New York-Oxford, 1996, p. 105.

En los dos primeros ejemplos existiría para la mayoría de la población necesidad de pena. En el caso del respeto a los difuntos el objeto de protección serían los sentimientos piadosos de los familiares. En el caso de la clonación, se puede tomar como base la pretensión de la persona clonada de no deber su existencia a una completa determinación genética por parte de otro, y/o la pretensión de la persona a partir de la que se clonará a otro de no tener que sufrir su reduplicación genética. La teoría del individualismo normativo es en principio compatible con ambas necesidades de pena. Lo que todavía es dudoso es si existen principios morales o jurídicos básicos que pudieran oponerse a la criminalización. Si partimos de que para la punibilidad de los delitos de comportamiento debe existir una lesión de la subjetividad jurídica, entonces se derivaría para ambos ejemplos que:

En el caso del respeto a los difuntos lo decisivo sería si el trato irrespetuoso de los parientes podría lesionar la competencia de orientación de alguien. Pero esta competencia de orientación debe verse a su vez bajo la luz de la intensidad de la necesidad general de pena. Es cierto que el resultado no es claro. Pero en mi opinión, teniendo en cuenta las reservas que existen frente al trato irrespetuoso respecto a los muertos, es defendible que pueda no excluirse tal lesión de la competencia de orientación de los parientes. Y si esta interpretación puede defenderse, entonces debe reconocerse un ámbito de decisión al legislador para decidir a favor o en contra de la necesidad de pena.

Finalmente, no otra cosa parece ocurrir en el caso de la clonación. También aquí debe concederse al legislador que la decisión a favor de la criminalización es defendible. Tanto para el ser clonado ya vivo al que se «duplica» sin su consentimiento, como para el nuevo ser clonado a partir de aquél, resulta en tal medida intolerable la idea de que su reproducción se debe a la planificación humana (considerando además el respeto que se le debía) que se puede legitimar su criminalización.

Frente a ello, en el caso de otras amenazas de pena, como por ejemplo, la punibilidad del incesto entre adultos, la decisión acerca de una legítima criminalización sobre la base de un equilibrio reflexivo sería, en principio, negativa. Es cierto que se puede presuponer que para mucha gente existe aquí necesidad de pena. Y más allá de ello, se puede presuponer que la penalización no solo tendría sentido para intereses colectivos supraindividuales, sino que también se podría basar en el interés de muchas personas en no tener que vivir en un mundo en el que el incesto está permitido. Sin embargo, prácticamente nadie a día de hoy verá lesionada su *competencia* de orientación por el pensamiento de que se comenten incestos entre adultos. A favor de ello habla ya el hecho de que la persona insegura o desconcertada en sus sentimientos por el incesto, normalmente no lo percibirá de manera directa ni una sola vez, sino que lo imaginará en su fantasía, mientras que los parientes en el caso del respeto a los difuntos y el clonado, así como la

persona de la que provienen las células, pueden confrontarse directamente con el hecho.

La circunstancia de que, sin embargo, el legislador se haya decidido por la punibilidad del incesto entre adultos, y de forma general, el que exista un sinnúmero de delitos de comportamiento que sean discutibles, no es razón para renunciar al examen de su legitimidad. La existencia de la *lex lata*, así como la frecuente comprobación de que el legislador, a juicio de los expertos en Derecho penal, generalmente criminaliza de forma excesiva, no nos parece que sea razón para renunciar a la crítica científica. Los argumentos de *lege ferenda* no son inútiles de por sí.

CAPÍTULO IV

¿EXISTEN DEBERES DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO PENAL?*

1. TIPOS DE DEBERES DE SOLIDARIDAD JURÍDICO-PENALES

El «espíritu de la época» (*Zeitgeist*) ha producido un «cambio en las ideas»: el «pensamiento jurídico occidental» ya no puede prescindir del «nuevo espíritu de la solidaridad»¹. Con estas palabras defendió Wilhelm Gallas la subsistencia de un deber general de socorro general reforzado penalmente en casos de accidentes, de peligro común y de necesidad. Un año después Hans Welzel se adhirió a ello, argumentando que semejante obligación procede «de las obligaciones sociales de los ciudadanos en una democracia social»². En aquel entonces este deber de actuar aparecía necesitado de una fundamentación, pero solo en lo que respecta a un aspecto particular, esto es, si el § 330 StGB en su versión antigua (que sigue existiendo de un modo muy similar como § 323c StGB) era o no una representación del Derecho nacionalsocialista. La Exposición de Motivos de esta norma creada en 1935 responsabilizaba al «ascenso del nacionalsocialismo» por el «cambio de concepción de los deberes individuales frente [...] al sentimiento del pueblo»³. Empero, esta apreciación del legislador puede rechazarse con buenas razones por ser demasiado egocéntrica, dado que, como lo demuestra una mirada a otros países, semejante deber de solidaridad jurídico-penal tiene una acogida general⁴. En realidad, al reducirse la mirada a la historia del precepto se oculta paradójicamente la pregunta normativa: ¿pueden existir realmente en el Derecho penal estos deberes de solidaridad?

* Traducción a cargo de Juan Pablo Montiel.

¹ GALLAS, JZ, 1952, p. 396.

² WELZEL, NJW, 1953, p. 328.

³ Exposición de Motivos, en *Amtl. Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz*, núm. 10, 1935, p. 42; al respecto GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipzig, 1938, p. 4, nota 18.

⁴ Cfr. el listado de países con deberes generales de socorro previstos legalmente, comenzando por Portugal (1867) y Holanda (1881) en FEINBERG, *Harm to Others - The Moral Limits of the Criminal Law*, New York-Oxford, 1984, pp. 126, 256.

Que no se trata de un problema de tipos penales individuales de la Parte especial del Derecho penal se evidencia a partir de echar un vistazo al denominado «estado de necesidad agresivo» (§§ 34 StGB, 904 BGB). Aquí un tercero ajeno al hecho, cuyos derechos han sido afectados («agresivamente») en una situación de peligro, se ve obligado por el Derecho a tolerar esta injerencia. Se trata de un deber de solidaridad paralelo al § 323c StGB⁵. En verdad, la infracción de un deber de solidaridad no es castigada por el Derecho penal. No obstante, la obstaculización de una conducta en estado de necesidad puede ser castigada, según las circunstancias, como coacciones, lesiones, etc., ya que no está justificado mediante una legítima defensa.

La posibilidad de que existan deberes de solidaridad en el Derecho penal es una cuestión ético-jurídica de *lege ferenda*, relativa a las formas en que estos deberes han aparecido hasta ahora. Sin embargo, los deberes de solidaridad de toda persona son desde hace tiempo tan solo *un* aspecto del problema. Entretanto, parece imponerse la opinión de que también los deberes de garante o, en todo caso, una parte de ellos sirven de «garantía de solidaridad»⁶. En cuanto a los conceptos de «responsabilidad por riesgo» y de «relación de confianza» como fuentes de los deberes de garante, su fundamentación a partir de «competencias por organización e institucionales» parece subrayar esta comprensión⁷. También la mayoría de los deberes de garante generalmente reconocidos pueden ser fundamentados sin un amarrar a la «solidaridad», esto es, mediante el recurso a un comportamiento previo, consistente en la creación o asunción de un riesgo o en la retirada del dispositivo de defensa (al igual que la asunción de la posición originada en ella)⁸. Frente a una comprensión restrictiva de los deberes de garantía se encuentra el llamamiento a la «solidaridad», que se realiza de tal manera que el círculo de deberes se amplía mucho más: en definitiva, tampoco se pueden negar desde un principio las relaciones de solidaridad entre padres e hijos mayores, entre quienes comparten una vivienda, entre compañeros de clase, reclusos, soldados, compañeros de fiesta, etc. Por tanto, es también una cuestión realmente decisiva saber si los deberes de solidaridad son deberes jurídicos en los términos del § 13 StGB.

A partir de aquí se presenta un problema con los deberes de solidaridad, tanto de *lege ferenda* como también de *lege lata*. Pero, ¿dónde está ese problema? ¿Por qué estos deberes no son tan evidentes como actualmente se acepta con frecuencia? Esta problemática solamente será comprensible en la medida en que nos ocupemos de la discusión tradicional sobre «el Derecho y la moral».

⁵ Sobre esta relación, HRUSCHKA, *JuS*, 1979, p. 385.

⁶ JAKOBS, *Strafrecht AT*, 1983, p. 28/15; SAMSON, en WELZEL-FS, 1974, p. 595.

⁷ Detalladamente respecto a la orientación de la actual dogmática de los deberes de garante a los intereses de la víctima, SEELMANN, *GA*, 1989, pp. 241, 244, 253 (NE: véase *infra* pp. 151 y ss.).

⁸ *Op. cit.*, pp. 251 y ss.

2. LOS DEBERES DE SOLIDARIDAD COMO «DEBERES DE VIRTUD» (*TUGENDPFLICHTEN*)*

El tema del Derecho y la moral presenta, por lo menos, tres variantes distintas en lo que respecta a su significado. Simplemente, uno puede preguntarse cuán moral realmente debe ser el Derecho; con otras palabras, si su vigencia se pierde cuando aquél se aleja en cierta medida de los conceptos morales. Este problema fue discutido especialmente por la doctrina premoderna del Derecho natural, aunque también posteriormente en 1945, por dar solo un ejemplo. De ello debe distinguirse, en segundo lugar, la pregunta relativa a la medida en que el Derecho puede vincularse —de cara a los criterios de corrección suprapositivos que concurren— a uno concreto de estos criterios o si más bien debe limitarse a garantizar un estándar mínimo de comportamiento, imprescindible para asegurar la paz. Éste fue un tema sobresaliente de la discusión *iusnaturalista* en los dos siglos de la postescolástica española hasta Thomasius, dentro de la cual se acabó exigiendo de las personas solamente un *ne pacem turbent*, en virtud de una distinción planteada por este autor entre *decorum*, *honestum* y *iustum*⁹. Existe en tercer lugar también otra cuestión discutida especialmente durante el siglo XVIII, esto es, si habría ámbitos de los comportamientos humanos que, debido al fin perseguido o al motivo de la acción, de ninguna manera pueden ser —para utilizar un concepto modal— juridificados. Esta discusión en buena medida lleva al extremo la distinción *kantiana* entre deberes jurídicos y deberes de virtud: los deberes jurídicos afectarían solamente al comportamiento exterior de una persona frente a otras, prohibiendo tan solo injerencias en la libertad ajena. En cambio, los deberes respecto a uno mismo, al igual que los deberes para incentivar la felicidad ajena, es decir el bienestar, caerían exclusivamente bajo el ámbito de los deberes de virtud, los cuales carecen de coerción jurídica¹⁰. Mientras que la discusión sobre la punibilidad del intento de suicidio y, en parte también, sobre la despenalización de los delitos morales tiene que ver con la distinción entre deberes jurídicos y deberes de virtud respecto a uno mismo¹¹, la distinción entre deberes jurídicos y debe-

* NT: Si bien para el lector en español es más habitual contraponer deberes jurídicos y deberes morales, aquí se prefiere traducir el término *Tugendpflicht* como *deber de virtud*, atendiendo a que el autor utiliza el término siguiendo a Kant. Valga recordar que su *Metafísica de las costumbres* tiene dos partes [teoría del Derecho y teoría de la virtud (*Tugend*)] y en ese contexto *Tugend* debería ir siempre traducida como *virtud*, toda vez que para Kant tanto el Derecho como la virtud son parte de la moral. Agradezco en este punto las aclaraciones terminológicas brindadas por Pablo Sánchez-Ostiz.

⁹ THOMASIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 1705, Libro 1.º, Cap. 4.º, §§ 89 y ss.; Cap. 5.º, § 24.

¹⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten* (aparecida por primera vez en 1797), ed. Weischedel, t. IV, 1956, *Introducción a la Teoría del Derecho* e *Introducción a la Teoría de la virtud*.

¹¹ Al respecto detalladamente J. S. MILL, *On Liberty*, aparecida por primera vez en 1859, utilizada aquí la edición Lindsay, London, 1936, pp. 61, 131 y ss.

res de virtud respecto a terceros apunta a cuestiones relativas a los deberes jurídicos de acción y de tolerancia. Seguramente la distinción entre *iustitia* y *caritas* evidencia también los discursos premodernos¹², sin embargo ambos conceptos no fueron en aquel entonces repartidos entre el Derecho y la moral. Además, que el Derecho deba terminar conceptualmente allí donde la condición necesaria es el afecto, como por ejemplo sucede con el amor, es una cuestión que pertenece a la comprensión de una antigua tradición¹³. Lo nuevo en este momento es que lo exclusivamente moral desborde su ámbito, lo cual es conceptualmente inevitable pero innecesario. Así gana terreno aquello de lo que no puede disponer el Derecho.

Por tanto, en el primer grupo de problemas nos preguntamos acerca de cuán próximo debe estar el Derecho de la moral para ser válido y en el segundo nos preguntamos acerca de cuán distante de los sistemas morales puede estar para ser válido, mientras que en el tercer grupo se busca un criterio de validez jurídica que impida una contaminación con lo exclusivamente moral. Además, en el tercer contexto de problemas ya deja de ser correcto hablar de un criterio de validez, porque esta tercera delimitación del Derecho se presenta en verdad con la pretensión de ser una modesta explicación teórica.

Las siguientes reflexiones se refieren tan solo al tercer complejo de problemas y en este caso estarán limitadas, en cuanto a que solamente serán tratados aquellos deberes de conducta y de tolerancia de los individuos frente a terceros. Por tanto, la pregunta es si, de cara a la dicotomía «Derecho-moral», discutida en este conjunto de cuestiones, tales deberes pueden ser realmente deberes jurídicos o si en verdad los deberes jurídicos no pueden ser solo deberes de omisión, es decir, deberes de comportarse sin lesionar a terceros. Frente a ello debe considerarse que el problema se presenta en la discusión jurídica casi exclusivamente como un problema de deberes jurídico-penales de comportamiento.

3. ARGUMENTOS TRADICIONALES EN CONTRA DE LA JURIDIFICACIÓN DE LOS «DEBERES DE VIRTUD»

No resulta especialmente difícil una primera respuesta a la pregunta por el carácter jurídico de los deberes de comportamiento y los de tolerancia, a partir de la distinción mantenida en la tradición kantiana. Así, por ejemplo, también es puesto de relieve por Hegel a partir de su concepto de Derecho abstracto¹⁴,

¹² Al respecto, SCHILD, «Gerechtigkeitsbilder», en PLEISTER/SCHILD, *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, Köln, 1988, pp. 86 y ss.

¹³ Al respecto, RÜPING, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortentwicklung in der Thomasius-Schule*, Bonn, 1968, p. 45, nota 73.

¹⁴ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 38.

aunque también por Schopenhauer¹⁵, que los deberes de acción podrían ser deberes jurídicos, según se haya estado obligado jurídicamente a actuar, de tal manera que la omisión de los comportamientos lesionen por consiguiente derechos de terceros. Frente a ello se piensa primeramente en obligaciones contractuales de las que pueden surgir deberes jurídicos de acción y de tolerancia. El círculo de estos deberes se extiende más allá de los deberes plasmados contractualmente, en cuanto también otra conducta precedente imputable puede fundamentar tales deberes, pudiendo ser fundamentados también de este modo los deberes de garante aceptados mayoritariamente a partir de esta tradición. En relación a estos deberes procedentes de una conducta previa atribuible al autor y capaz de fundamentar otros deberes —ellos deberían llamarse aquí deberes de solidaridad en conexión con la expresión utilizada al comienzo— se rechaza mayoritariamente su carácter de deberes jurídicos en la discusión filosófica del siglo XIX. Esto vale no solo para la tradición alemana sino también —especialmente en lo que se refiere a J. S. Mill— para los países angloparlantes¹⁶.

Cabe preguntarnos ahora por los argumentos a favor de la distinción entre deberes jurídicos y deberes de virtud y que conducen a partir de ello a la expulsión de los deberes de solidaridad del Derecho. En la tradición de Kant y de Mill existen especialmente tres argumentos al respecto:

1. Un argumento protector de la libertad: el Derecho solo podría consistir en una relación bilateral sobre la capacidad de formación de la voluntad, aunque no sobre el contenido de ella; esto es, sobre las necesidades de un tercero, porque en caso contrario la libertad dependería peligrosamente del ocasional establecimiento de fines ajenos¹⁷. Igualmente en otras condiciones similares un deber de acción afecta a la libertad en mayor medida que un deber de omisión¹⁸.

2. Un argumento de generalización: el altruismo sería un mandato que no resulta posible generalizar, dado que este mandato coloca inmediatamente a quienes pueden prestar socorro en una situación en la que ellos mismos dependen de la ayuda ajena. En consecuencia, generalmente un altruismo vinculante elimina directamente sus propias bases¹⁹.

¹⁵ SCHOPENHAUER, *Preisschrift über die Grundlagen der Moral*, 1840, Zürcher Ausgabe, t. VI, p. 260.

¹⁶ J. S. MILL, *Utilitarianism*, aparecido por primera vez en 1861, utilizada aquí la edición Lindsay, 1936, pp. 1 y ss. (46); ya antes (1837) MACAULAY, «Notes on the Indian Penal Code», en *Works*, t. 7, 1897, pp. 494 y ss. Sobre la evolución, FEINBERG (nota 4), pp. 126 y ss.

¹⁷ KANT (nota 10), p. 337.

¹⁸ ENGISCH, en GALLAS-FS, 1973, p. 163 (173 y ss.).

¹⁹ ILTING, «Sittlichkeit und Höflichkeit oder: Von der Würde der Persönlichkeit und der Verletzlichkeit des Amour Propre», en RASSEM-FS, 1982, p. 107. Cfr. también al respecto, E. A. WOLFF, «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen», en HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1988, p. 137 (181).

3. Finalmente un argumento vinculado a la teoría del Derecho, el argumento del «espacio de juego» (*Spielraum*): los deberes señalados en la discusión como «incompletos», y a los que pertenecen los deberes de solidaridad, se destacan por que con motivo de la falta de precisión no puede verificarse necesariamente su infracción. Debido a que a nadie le es posible auxiliar a todo aquel que necesita ser socorrido, cada cual encuentra necesariamente en los deberes de solidaridad un margen de acción que no puede rellenar el Derecho²⁰.

4. EL DESINTERÉS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Ahora bien, ¿qué opina la dogmática jurídico-penal acerca de esta limitación del terreno de los deberes jurídicos? Hasta donde alcanzo a ver, ésta prácticamente no ha tenido conocimiento de la discusión fundamental. En el siglo XIX, aunque también en el XX, la distinción kantiana entre deberes jurídicos y deberes de virtud, al igual que las objeciones contra ellos, prácticamente no han sido objeto de discusión en la ciencia jurídica, sobre todo, como se señaló, en el Derecho penal respecto a la fundamentación de los deberes de conducta. Por ahora los deberes generales de socorro dirigidos a toda persona no son discutidos. Respecto a los deberes de garante ya Feuerbach separó al contrato y a la ley como fundamento de la obligación, dejando así que sea finalmente el Derecho positivo quien decida lo que puede ser un deber de conducta²¹. En pocas palabras, para la fundamentación del deber basta con una estrecha vinculación personal²². Por tanto, la profundización de la discusión sobre el actuar precedente —en tanto fundamento de la obligación— no se produjo en la segunda mitad del siglo XIX²³ tanto como consecuencia de las connotaciones kantianas, sino que más bien se debió fundamentalmente a las necesidades de un concepto de causalidad uniforme dentro del sistema. Entonces, cuando a finales de siglo se diagnosticó la superficialidad de este concepto de causalidad en los delitos de

²⁰ KANT (nota 10), p. 520; MILL (nota 16); al respecto, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum, Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 1974, especialmente en pp. 15 y ss.

²¹ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts*, Giessen, 5.ª ed. (1812), p. 26 (§ 24).

²² SPANGENBERG, *Neues Archiv für Criminalrecht* (4), 1821, p. 527; HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1.ª parte, Berlin, 1823, pp. 249 y ss. Al respecto, cfr. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, p. 6; WELP, *Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz des Unterlassens*, Berlin, 1968, p. 27.

²³ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, t. 4, Leipzig, 1855, pp. 21 y ss., 61 y ss.; GLASER, *Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*, Wien, 1858, pp. 289 y ss.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, I, 2.ª ed., Leipzig, 1914, pp. 516 y ss., 536 y ss., 560 y ss.; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. 1, Bonn, 1881, pp. 237 y ss.; al respecto, RUDOLPHI (nota 22), pp. 9, 15; WELP (nota 22), pp. 34 y ss., 36 y ss., 45 y ss.

omisión²⁴, se argumentó tan solo a partir de insertar lo particular en una estructura social. En la discusión jurídico-penal del siglo pasado los deberes de conducta aparecen fijados principalmente a partir de una nueva referencia a la ley²⁵ o a partir de una visión utilitarista de la teoría material de los deberes jurídicos²⁶, hasta que finalmente en los años treinta la Escuela de Kiel alcanza en relación a los deberes de garante y los deberes generales de omisión un punto de vista propio del nacionalsocialismo²⁷. Es ahora cuando el «espíritu de la época» de Kant sopla nuevamente en nuestros rostros —siguiendo las palabras de Gallas— cuando se toma distancia claramente de la distinción entre deberes jurídicos y deberes de virtud²⁸.

5. LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO: LOS ARGUMENTOS A FAVOR

Las objeciones argumentativas contra la distinción kantiana se desarrollaron en la discusión filosófica del siglo XX. Por un lado, las réplicas —conectadas con las premisas normativas de la tradición— toman apoyo en una visión divergente de los hechos. No obstante, por otro lado, las réplicas se apoyan en que las reservas planteadas tradicionalmente contra los deberes jurídicos de solidaridad solo afectan a una versión demasiado fuerte de estos deberes, pero a la hora de limitar no dan en el blanco.

1. Frente al argumento de la protección de la libertad puede objetarse que precisamente la reducción de lo individual a una subjetividad jurídica puramente formal produce fuera del Derecho desigualdades masivas y perpetúa el desequilibrio de poder en la sociedad y con ello hace posible la pérdida real de libertad²⁹. En la Alemania de los años veinte y treinta existieron teóricos del Estado social que, en nombre de la libertad individual, exigían el cumplimiento de la ley y, en lo posible, la eliminación de las diferencias sociales³⁰, lo que trajo consigo, por ejemplo, no solo la estructuración social del Estado. A los individuos también se les exigieron deberes de solidaridad,

²⁴ Véase BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. 2, Berlin, 1907, pp. 244 y ss.; KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, t. 1, Leipzig, 1889, pp. 45 y ss.; al respecto, RUDOLPHI (nota 22), p. 20; WELP (nota 22), pp. 57 y ss.

²⁵ Cfr. solamente véase LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Strafrechts*, 26.^a ed., t. 1, Berlin, 1932, p. 190; MEZGER, *Strafrecht Lehrbuch*, 2.^a ed., München/Leipzig, 1933, p. 138; al respecto, RUDOLPHI (nota 22), pp. 27 y ss.; WELP (nota 22), pp. 61 y ss.

²⁶ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin, 1921, pp. 447 y ss.; KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handel bei den Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1933, pp. 65, 83 y ss.; al respecto, RUDOLPHI (nota 22), pp. 31 y ss.; WELP (nota 22), pp. 66 y ss.

²⁷ Sobre la Escuela de Kiel, véase RUDOLPHI (nota 22), p. 37.

²⁸ Cfr. entre otros, GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipzig, 1938, p. 3.

²⁹ EDER, *Soziale Welt* (29) 1978, p. 247 (254); TUGENDHAT, *ARSP* (14), 1980, pp. 1 y ss. (19).

³⁰ Por ejemplo en RADBRUCH, *Vom individualistischen zum sozialen Recht*, aparecido por primera vez en 1930, reimpresso en *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, pp. 35 y ss.

especialmente a los socialmente más fuertes, por ejemplo, en el Derecho laboral o en el Derecho económico³¹. A la segunda variante de los argumentos de la protección de la libertad, según la cual los mandatos afectan más intensamente a la libertad que las prohibiciones, se le opone que prohibiciones tales como no abandonar su casa o no superar en la autovía ciertas velocidades, implican una injerencia en la libertad mayor que el mandato de llamar a una ambulancia en caso de accidentes³².

2. Frente al argumento de la generalización se esgrime que la ayuda respecto a terceros que no provocaron una situación de necesidad tranquilamente podría generalizarse como principio jurídico, por ejemplo, cuando se trata de mantener la existencia de un tercero como ciudadano. Un deber de solidaridad limitado de esta manera solamente sería posible para todos a largo plazo sin el peligro de que sea necesario prestarnos socorro, cuando una regla de colisión considerara valiosos los intereses propios³³, al igual que sucede con el deber general de socorro del § 323c. Al margen de ello, se ha desencadenado entretanto una discusión en Alemania y los Estados Unidos sobre si es necesario resaltar tanto el principio de generalización del imperativo categórico mediante un principio de generalización que considera la necesidad fáctica de los intervinientes, aunque no en el sentido de una diferenciación o complemento del nivel posconvencional de la fundamentación del juicio moral defendida por Kohlberg o a partir de Rawls o del discurso ético³⁴.

3. El argumento tradicional presentado por la teoría del Derecho se encuentra finalmente con que la comentada reducción de los deberes de solidaridad a casos de accidentes y de específicas relaciones estrechas lleva a que se reduzca significativamente el margen de actuación de aquellas personas individualmente obligadas y a que las lagunas de concreción todavía existentes sean colmadas de un modo flexible con la ayuda de estándares sociales, como por ejemplo la exigibilidad, la competencia por el peligro (*Gefahrenzuständigkeit*) y la confianza³⁵. Ellos, no obstante, son conceptos que justamente rellenan los deberes generales (*Jedermannspflicht*) o los deberes de garante³⁶.

Bien es cierto que puede dudarse acerca de si siempre existió el concepto de solidaridad que motiva estos argumentos. Quizá sea también revelador que antiguamente no hayan existido normas sociales fiables, posiblemente debido a que ello era considerado peligroso desde un punto de vista jurídico-político. Sin embargo, conviene separar los argumentos de aquellas razones que aquí pierden interés y que se dirigen contra las restricciones tra-

³¹ Véase nota 30, p. 42.

³² Al respecto, FEINBERG (nota 4), pp. 163 y ss.; BUCHANAN, *Ethics* (97), 1987, p. 558 (560); JAKOBS (nota 6), p. 28/13.

³³ E. A. WOLFF (nota 19), pp. 201 y ss.; FEINBERG (nota 4), p. 134; BUCHANAN (nota 32).

³⁴ Al respecto, las referencias en EDER y TUGENDHAT (nota 29).

³⁵ Al respecto, SEELMANN (nota 7), pp. 248 y ss.

³⁶ Véase nota 35.

dicionales en la juridificación de los deberes de solidaridad y fundamentan con ello la ampliación de estos deberes de solidaridad.

6. SOLIDARIDAD Y DERECHO PENAL: DOS CONCEPTOS DIFERENTES DE RESPONSABILIDAD

No dispongo aquí del tiempo suficiente para analizar en detalle los argumentos, aunque sí resulta suficiente a los fines de las siguientes reflexiones, si se parte de que actualmente puede llegarse a un consenso sobre cuestiones particulares, más allá de las imprecisiones y exageraciones. Sin embargo, aquí comienzan realmente las dificultades de mi tema. Desde el punto de vista de la ética del Derecho se acepta que los deberes de solidaridad son en cierta medida deberes *jurídicos*. Considerar, no obstante, que ellos son en consecuencia aceptados también como deberes jurídico-penales podría ser demasiado precipitado. Pueden surgir fricciones entre el modelo jurídico-penal de imputación y el contenido de los deberes que resulta determinado por la solidaridad. Ello se aclara cuando las tres réplicas contra la tradicional prohibición de juridificación de los deberes de solidaridad son puestas en relación con el Derecho penal:

1. La problemática aparece en principio con el argumento de la protección de la libertad. Un concepto de sujeto de Derecho que mute hacia lo material, en contraposición a la visión formal defendida por Kant, o sea un concepto de sujeto de Derecho que comprenda las particularidades de la individualidad, resulta conflictivo para la simple orientación hacia el hecho. Por ejemplo, la aceptación de deberes de socorro en la denominada «estrecha comunidad de vida» presupone indagar sobre la vida del autor y la víctima, lo que como regla no sería necesario ante conductas lesivas. Como consecuencia del carácter interventor propio del Derecho penal es éste un contraargumento fuerte.

2. Igualmente, no va con el Derecho penal la acertada objeción contra el argumento de la generalización de Kant, según la cual en un Estado social son generalizables en cierta medida los daños según la productividad, las necesidades y los factores económicos. Ante la ficción de la autonomía del reproche que se le hace al individuo y de la injerencia en la libertad y la propiedad, que excede la coacción de la reparación de daños, solo puede ser la responsabilidad individual por el hecho del autor su punto de referencia para evitar un conflicto de valores. No resulta suficiente erigir —como hoy es frecuente en la dogmática de los deberes de garante— competencias por organización o institucionales³⁷ del omitente o el simple interés de la víctima³⁸. En una área del Derecho, en la que las consecuencias jurídicas se fundamentan en

³⁷ JAKOBS (nota 6), pp. 29/28 y ss.

³⁸ Al respecto, SEELMANN (nota 7), pp. 246 y ss.

el (deficiente) querer (*Wollen*) o poder-querer (*Wollenkönnen*) de una persona, el contenido del deber no debería dirigirse hacia la equiparación de un perjuicio o una preferencia disímil, cuya deficiencia se debe a circunstancias externas, independientes de la voluntad del directamente involucrado³⁹. Con otras palabras, en la imputación jurídico-penal, por un lado, y en los deberes de solidaridad, por el otro, se presentan dos formas diferentes de responsabilidad. En el sentido de la distinción planteada por Hans Jonas⁴⁰ se trata, por una parte, de un cálculo *ex post facto* para quien actúa y, por la otra parte, de una determinación relativa a la situación del obligado a actuar (*Zu-tuenden*).

3. Y, finalmente, en el Derecho penal tampoco se acoge incondicionalmente la objeción en contra del argumento procedente de la teoría del Derecho del «margen de maniobra». Una imputación a partir de estándares sociales, por ejemplo, a partir de considerar las expectativas que se presentan habitualmente entre personas y en determinadas situaciones, puede reducir realmente el margen de actuación y con ello el grado de la denominada imperfección del deber, evitando sin embargo en el Derecho penal justamente el grave peligro de infringir el mandato de determinación.

Para evitar confusiones, no se trata aquí de un alegato a favor del concepto de deber jurídico defendido por Kant, ni tampoco a favor del Derecho penal. Se trata de un simple argumento de coherencia. La doctrina de la imputación y las consecuencias jurídicas del Derecho penal toman apoyo en este concepto de deber jurídico y por ello sus bienes protegidos deben orientarse consecuentemente en esta dirección.

7. RESUMEN

Actualmente se hace una remisión a los conceptos de solidaridad interpersonal a favor de los deberes de tolerancia y de acción, en este último supuesto tanto respecto al caso de los deberes generales (*Jedermannspflichten*) como también en los casos de deberes de garante. De este modo se retoma nuevamente el antiguo discurso sobre la distinción entre «deberes jurídicos» y «deberes de virtud». Una fuerte tradición en la Ilustración y el liberalismo no deseaba juridificar los deberes de solidaridad debido a la protección de la libertad, la falta de capacidad de generalización y el amplio margen de maniobra que se liga inevitablemente a ello. Entretanto, estos argumentos pueden ser considerados absolutamente rebatidos en la discusión filosófica respecto a determinados deberes de solidaridad. Sin embargo, el Derecho penal podría entrar en problemas de coherencia a causa de manejar un concepto de responsabilidad totalmente distinto al concepto de responsabilidad por solidaridad.

³⁹ Sobre la distinción de estos dos problemas de justicia, JOERDEN, *ARSP*, 1988, pp. 307 y ss. (320 y ss.).

⁴⁰ JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1979, p. 174.

SEGUNDA PARTE

**CONTRACTUALISMO, IDEALISMO
Y LEGITIMACIÓN DE LA PENA**

CAPÍTULO V

COMUNICACIÓN SIMBÓLICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA PENA EN EL SIGLO XVIII Y COMIENZOS DEL XIX^{*1}

En el siglo XVIII se tornó evidentemente insuficiente la subordinación a la voluntad de Dios para legitimar la pena estatal. En la segunda mitad de ese siglo y hasta poco después del cambio de centuria, el peso de la legitimación de la pena recaía, en primer lugar, sobre una metáfora: la del contrato. La comunicación simbólica abarcó asimismo al proceso penal, que por sí mismo y desde siempre revistió un carácter central², al igual que a la ejecución de la pena y a la determinación de la proporcionalidad entre el delito y el castigo. Las críticas posteriores a la legitimación contractual sirvieron, sin embargo, para ramificarla mediante otra metáfora, por la cual la figura del contrato se reemplazó por la de defensa de la sociedad o de la compensación de un daño (ideal).

En cierto modo, se da una relación entre la forma de la pena y las metáforas sobre la legitimación, en el sentido de que determinados tipos de teorías contractualistas no compatibilizan con penas particularmente segregativas —como las de prisión de larga duración— o la de muerte: justamente en esta última era inconciliable la idea de que se estaba obligado a soportarla con la concepción de la indisponibilidad de la vida del afectado. Por lo demás, con las metáforas del deber contractual, la defensa de la sociedad o de la compensación de un daño ideal, pudo ocultarse legítimamente el ámbito de diversas penas.

* Traducción a cargo de Eugenio Sarrabayrouse.

¹ En los siguientes artículos de mi autoría, se encuentran exposiciones detalladas acerca del debate sobre la legitimación en ambos periodos: «Vertragsmetaphern zur Legitimation der Strafe im 18. Jahrhundert», en STEN GAGNÉR-FS, München, 1991, pp. 441 y ss.; «Zur Kritik kontraktualistischer Straftheorien im Deutschland des frühen 19. Jahrhunderts», en KLIPPEL (comp.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach, 1997, pp. 293 y ss.

² Véase además SCHULZE, «Symbolische Kommunikation vor Gericht während der frühen Neuzeit in historisch-vergleichender Perspektive», en *Id.* (comp.), *Symbolische Kommunikation vor Gericht in der Neuzeit*, Berlin, 2006, pp. 13-25; sobre la ejecución de la pena, cfr. VAN DÜLMEN, *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, München, 1995.

Asimismo, estas metáforas sobre la legitimación tienen efecto aparentemente también sobre la conformación del proceso judicial: si el delincuente es concebido como alguien que consintió contractualmente su propio castigo, es posible que predomine en el proceso su rol de sujeto; si, por el contrario, se lo ve como el objeto de la defensa social, entonces se aproxima a un trato determinado técnicamente. Esta cuestión de la relación de las variantes legitimadoras y los tipos de proceso no se tratará en lo que sigue, pues aquí solo se presentarán los fundamentos de las figuras sobre la legitimación.

1. LAS CONSTRUCCIONES CONTRACTUALISTAS EN PARTICULAR

En la discusión sobre los fundamentos de la legitimación de la pena estatal en el siglo XVIII pueden diferenciarse cuatro tipos básicos de argumentación que, por lo menos, de cuando en cuando, se visten enteramente de teórico-contractualistas. Se distinguen las siguientes construcciones: el Estado ejerce en la vida social, mediante la pena, el derecho de defensa que le corresponde al individuo en su condición natural (1); en el contrato social, el individuo se obligó, en caso de cometer un delito, a soportar el castigo (2); el contrato social es una afirmación de seguridad recíproca y condicionada para determinados derechos; de modo que si alguien lesiona uno de esos derechos de otro, él mismo pierde esa facultad (3); y finalmente: quien conociendo de la pena amenazada comete un delito, consiente de forma concluyente el castigo a través de este ilícito (4). Mientras que los tres primeros tipos de justificación se pueden servir de un vocabulario basado en el contrato social, el cuarto modelo se funda en un contrato concluido una y otra vez en cada caso particular, entre el autor del delito respectivo y la instancia dotada con el poder de penar, esto es, el Estado.

1.1. El derecho a punir transferido al Estado

Algunos autores argumentaban sobre esto señalando que el derecho de los individuos a castigar existente en la condición natural fue transmitido al Estado. En el segundo plano de esta concepción del Derecho natural individual se encuentra el deber de perfeccionamiento de Leibniz y Wolff: el individuo tiene una obligación natural de perfeccionarse, por lo que se le deben otorgar todos los medios para impedir que otro perjudique esta tarea. Hutcheson, en su obra póstuma aparecida en 1755 *A System of Moral Philosophy*³, parte de una transmisión desde el contrato social. Luego

³ HUTCHESON, *A System of Moral Philosophy* (publicado por primera vez en 1755), libro III, capítulo 9; aquí se cita la reimpresión de los «Collected Works of Francis Hutcheson», Hildesheim, 1969, p. 331.

Blackstone⁴ en la década de 1760 tomó la idea en sus «Comentarios» pero solo para la «*mala in se*», esto es, para aquellos crímenes así considerados ya en el estado de naturaleza, mientras que eligió otra construcción para las acciones delictivas así consideradas solo en virtud de la legislación estatal. Pero también autores alemanes tomaron ese argumento de la transmisión. Según E. F. Klein en sus *Fragmente eines peinlichen Gesetz-Buchs nebst einer Anleitung dazu* de 1780, el Derecho «recibe la esencia común»⁵. Resulta notorio que en tales construcciones contractualistas quien recibe la pena no la consiente; el castigo no se legitima frente a él.

Las teorías de la transmisión se remontan a Hobbes y a Locke, para quienes el derecho de defensa de cada individuo —aunque sin raíces contractualistas— se transmite al Estado con la socialización. Hobbes rechaza expresamente una *transmisión* del derecho de defensa propia y de terceros. Antes bien, según su concepción, todos, con excepción del soberano, resignan este derecho en el contrato social, de tal modo que solo queda el que le corresponde al soberano⁶. También Locke construye primero un derecho de defensa del individuo en el estado de naturaleza⁷. Este derecho lo ejerce el Estado en la socialización, en tanto él es quien lo asume⁸. De esta manera, aunque en Hobbes y en Locke falta la concepción de una transmisión (contractual) del derecho, ellos establecen, sin embargo, un punto de contacto para las teorías posteriores de la transferencia, en tanto parten de un derecho de defensa individual y originario de la persona.

Como las doctrinas de la transmisión carecían de un origen vinculado a la teoría de contrato social, ya a finales de siglo se quitan toda esa vestimenta contractualista. Servin, en su obra *De la Législation Criminelle*, de 1782, todavía plantea un razonamiento analógico entre el Derecho penal del individuo y el del Estado⁹. Y finalmente Stübel, quien en 1795 fue el primero en establecer el derecho de defensa como la única piedra basal de un sistema de Derecho penal, del mismo modo y sin ninguna referencia a la idea del contrato, parte de un derecho natural de defensa¹⁰.

⁴ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, libro IV (publicado por primera vez en 1755), citado aquí de acuerdo con la edición de Londres, 1795, capítulo I, p. 7.

⁵ KLEIN, «Fragmente eines peinlichen Gesetz-Buchs», en *Vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit*, segunda parte, Leipzig, 1780, pp. 28 y ss. (en particular, p. 38).

⁶ HOBBS, *Leviathan sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, publicado por primera vez en inglés en 1651, citado aquí de acuerdo con la Opera ed. Molesworth, vol. 3, Londres, 1841, cap. 28 (pp. 223 y ss.).

⁷ LOCKE, *Two Treatises on Civil Government*, publicado por primera vez en 1690; aquí se utiliza la edición de Londres, 1970, libro II, capítulo II, § 7 (p. 120).

⁸ LOCKE (nota 7), § 11 (p. 122).

⁹ SERVIN, *De la Législation Criminelle*, Basilea, 1782, libro I, § V (p. 6).

¹⁰ STÜBEL, *System des allgemeinen peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze*, t. I, Leipzig, 1795, § 66 (pp. 48 y ss.).

1.2. Cada uno consiente condicionadamente una sanción posterior

La segunda tesis, según la cual alguien se obliga en el contrato social a soportar la pena bajo la condición de que realice un delito, se distingue esencialmente de la primera variante de la teoría contractualista relativa a la legitimación de la pena, pues en ella la pena se debe legitimar frente a la persona que recibirá el castigo. Aquí, al igual que en las otras dos, la función de la pena consiste, respecto al condenado, en la realización de su propia voluntad, mientras que, respecto a la comunidad y a la autoridad, en la salvaguarda de los derechos contractuales y en el cumplimiento de los deberes.

Blackstone, quien prefirió legitimar el delito conforme al Derecho natural a través de una transmisión del derecho de defensa, basa la justificación de la pena en una aceptación social del contrato solo para las acciones prohibidas por el Derecho penal positivo: «*The law by which they suffer was made by their consent*» *¹¹. Posiblemente aquí fue influenciado por Diderot, quien había establecido al respecto ya en 1753 para la palabra «*Châtiment*» en la Enciclopedia francesa: «*On a connu ces règles, en se faisant membre de ces sociétés on en a même connu les inconvénients: on s'y est soumis librement*» **¹². Sin embargo, aquí el argumento del consentimiento coincide solo en el caso del «castigo corporal» para delitos dentro del umbral del Derecho criminal propio: por tanto, el argumento era visto como especialmente adecuado, tal como puede apreciarse también en Blackstone, para los «casos menos graves» de faltas.

Este diagnóstico se confirma con la posición de Servin, quien del mismo modo deja en claro las consecuencias prácticas de la aplicación del argumento del consentimiento solo a las faltas insignificantes: porque no puede partirse de que alguien en el contrato social quiera desprenderse, incluso condicionadamente, de la vida y de la libertad, las penas de muerte y las privativas de la libertad debían contar con otro fundamento¹³. A la inversa, él querrá convenir para los delitos leves (más precisamente: aquellos que a través de un acuerdo se convierten en tales), donde se aplica el argumento del consentimiento previo condicionado, que las correspondientes sanciones debían ser indulgentes¹⁴. Rousseau introdujo un tono nuevo en esta discusión. Con el argumento del consentimiento previo, condicionado y otorgado

* NE: «La ley que les hace padecer es fruto de su consentimiento».

¹¹ BLACKSTONE (nota 4), p. 8.

** NE: «Uno ha conocido estas reglas, haciéndose miembro de estas sociedades ha conocido también sus inconvenientes: se ha sometido a ellas libremente».

¹² DIDEROT, «Art. Châtiment», en *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, compilado por Diderot y d'Alembert, t. 3, 1753, p. 250.

¹³ SERVIN (nota 9), § VI (p. 8).

¹⁴ SERVIN (nota 9), § VI (p. 8).

en el contrato social, fundamentó además la pena de muerte¹⁵. Esta argumentación del «Contrato Social» de 1762 la toma Beccaria dos años después en su obra *Dei delitti e delle pene*, aparecida en un principio como anónima, pero la utilizó *contra* la pena de muerte¹⁶. Sin embargo, con ello Beccaria desacreditó el argumento del consentimiento condicionado a la vista de sus contemporáneos. Al utilizar el argumento con una finalidad crítica, incluso contra las sanciones penales más duras, produjo que desde entonces se analizara mesuradamente este intento de legitimación de la pena en general. E. F. Klein replicó:

«Empero, para qué se necesita una prueba difusa de que el hombre puede decidir condicionadamente sobre su vida. Pues ¿quién ha dudado de que está permitido morir por la patria? Incluso cuando todas esas razones no existieran: entonces es [...] para remarcar que el verdadero o supuesto consentimiento dado anteriormente del ciudadano para ser castigado no es de ningún modo necesario para fundamentar el Derecho penal»¹⁷.

La posibilidad destacada por Beccaria de utilizar el argumento del consentimiento condujo finalmente a que no solo se lo considerara superfluo sino también peligroso. En 1783, Filangieri rechaza en el libro tercero dedicado al Derecho penal de su *Scienza della Legislazione* toda la construcción del consentimiento, puesto que en ella observa una carga explosiva¹⁸. A él se adhiere Gmelin en su obra *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen* de 1785:

«Pronto se proclama, y por cierto con el mismo fundamento, como Beccaria y otros que discuten la cuestión: resulta inhumano castigar a un hombre sin finalidad, el cual mediante la privación de su libertad ya perdió su bien más preciado; [...] y del mismo modo, tal como ocurrió con otras frases de Beccaria, se encontrarán también legiones completas de admiradores y repetidores»¹⁹.

Las dificultades en la construcción de esta variante de la concepción contractualista para fundamentar la pena estaban claras ya para sus contemporáneos. La conocida representación, extraída del modelo general de contrato social, de un convenio de intercambio, consistente en un cierto trato por el cual alguien entrega algo para alcanzar con ello como contraprestación su aseguramiento, esto es, algo que no entregó, choca con los límites

¹⁵ ROUSSEAU, *Du Contrat Social, ou Principe du Droit Politique* (primera edición de 1762), citado de acuerdo con la edición de París, 1973, Ed. Guillemin, cap. 5, p. 94.

¹⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (publicado en 1764), citado aquí de acuerdo con la edición de Milán, 1977, Ed. Maestro, p. 208.

¹⁷ KLEIN (nota 5), p. 38.

¹⁸ FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, libro tercero, segunda parte (primera edición de 1783), aquí citado por la edición de Firenze 1872², Ed. Villari, p. 213.

¹⁹ GMELIN, *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, Tübingen, 1785, Introducción, p. XIV.

para sustentar la pena: era por lo menos dudoso que el individuo, incluso condicionadamente, quisiera intercambiar toda su libertad y hasta su vida en un contrato semejante. Si la primera variante expuesta tenía por objetivo un acuerdo voluntario con el fin de alcanzar algo en común, para lo cual el individuo era muy débil (la idea de una «alianza»)²⁰ presentaba el inconveniente de que ella no legitimaba la pena frente al receptor, lo que sí intentó por cierto el modelo del intercambio, pero que, sin embargo, era discutible en razón de lo dudoso de sus premisas.

1.3. Todos ceden derechos condicionada y recíprocamente

Bastante después, en concreto en el último tercio del siglo, aparece una tercera concepción: la legitimación para penar es la consecuencia de la pérdida de un derecho de protección, perdido por haber lesionado un contrato recíproco y condicionado. Por supuesto, esta idea tampoco era por entero novedosa: su fundamento tradicional debía ser la «regla de oro», que en esencia hacía depender los derechos de uno frente a otro de la existencia de facultades iguales²¹.

Una primera referencia se encuentra ya en Beccaria —en un lugar un tanto escondido, allí donde trata lo que hoy se denomina «presunción de inocencia»²²: el delincuente lesiona los contratos en virtud de los cuales se le promete la protección de la sociedad, por lo cual, él mismo se priva mediante el delito de la protección del orden jurídico. Por supuesto, aquí también los fundamentos de la legitimación de la pena son limitados: bien mirado no existe, en concreto, ningún *derecho* a punir, sino que la pena se convierte en una especie de ámbito liberado del Derecho, en virtud de la recaída parcial del autor, ya que no todo el contrato social se cancela por el delito sino que exclusivamente aquél contenido de los contratos individuales protectores de los derechos ya lesionados por el delito. El plural («*patti*») utilizado por Beccaria sugiere esta explicación. Luego, fue formulado expresamente por Servan en su obra anónima aparecida en 1767, *Discours sur l'Administration de la Justice Criminelle*²³ y es Filangieri quien coloca tal argumentación en el centro de su teoría del Derecho penal²⁴.

Para estas variantes, la justificación del castigo no se deriva directamente del contrato, sino posteriormente, esto es, de la lesión existente en el delito;

²⁰ Sobre la idea de la alianza en la construcción del contrato social véase KODALLE, *Thomas Hobbes - Logik der Herrschaft und Vernunft des Friedens*, München, 1972, pp. 70 y ss.; SIEP, «Vertragstheorie - Ermächtigung oder Kritik von Herrschaft?», en BERMBACHER/KODALLE, *Furcht und Freiheit. Leviathan - Diskussion 300 Jahre nach Thomas Hobbes*, Opladen, 1982, pp. 129 y ss. (pp. 131 y ss.).

²¹ Sobre este tema, cfr. HRUSCHKA, *JZ*, 1987, pp. 941-952.

²² BECCARIA (nota 16), p. 198.

²³ SERVAN, *Discours sur l'Administration de la Justice Criminelle*, Ginebra, 1767, pp. 115 y ss.

²⁴ FILANGIERI (nota 18), p. 203.

la pena no es de ningún modo objeto del contrato original, sino solo una consecuencia de su ruptura y del estado existente por la pérdida del contrato. No deben pasarse por alto los vínculos con las antiguas teorías sobre la pérdida de la paz, aunque esta concepción, en virtud de la referencia a contratos (en plural), aparece solo en una forma debilitada.

1.4. El autor consiente a través del delito

Si en la tercera variante de legitimación recién mencionada, el delito en sí mismo ya no representaba solo la verificación de una condición en relación a un consentimiento otorgado antes de forma condicionada (como en la segunda variante), sino el fundamento para la terminación de una relación contractual, y con ello, un *actus contrarius* autónomo adverso a un contrato originario, que como tal no tiene referencia a la pena, en la cuarta variante se avanza un paso más en esa dirección. Aquí no juega ningún papel un contrato (social) vinculante y temporalmente anterior al delito, sino que únicamente resulta decisivo el delito que contiene en sí mismo el consentimiento del castigo; así, la metáfora de un contrato originario se transforma en una alegoría de un acuerdo concluyente y efectivamente contraído.

La cuarta variante de una legitimación desde la teoría contractualista de la pena resulta ser, sin embargo, la más antigua. Por lo menos puede remontarse a Grocio, quien todavía no había recurrido al modelo del contrato *social* para la legitimación de la pena. Grocio considera un paralelismo: «*Quia sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censeatur ad ea omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit sua voluntate se videtur obligasse poenae...*» *²⁵. En el siglo XVIII, Chr. Wolff dio por sobreentendido este principio: «*Qui enim in delictum consentit, in poenam consentit*» ** establece lapidariamente en su *Philosophia Practica Universalis*²⁶ aparecida en 1738. Incluso en E. F. Klein resuena esta argumentación al discutir el rechazo de la pena de muerte por parte de Beccaria: «No me cuesta la vida esa unión (en el contrato social) sino la violación posterior de la ley»²⁷. Sin embargo, en Klein no se habla expresamente de la existencia de un consentimiento a través del delito. El reparo tradicional contra esta variante de la legitimación de la pena desde la teórica contractualista ya había sido aportada por Pu-

* NE: «Porque, así como se entiende que el que vende, aunque no diga nada específicamente, se ha obligado a todo lo que es natural de la venta, del mismo modo se entiende que quien cometió un delito se obligó a la pena por propia voluntad».

²⁵ GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres* (primera edición de 1625), citado aquí según la edición de Amstelodami, 1701, libro II, cap. XX, § 2, núm. 3 (p. 488).

** NE: «Quien consiente el delito, consiente la pena».

²⁶ WOLFF, *Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata* (publicada por primera vez en 1738), citada aquí conforme a la reimpresión de esta edición, Hildesheim-New York, 1971, párr. I, cap. VI, § 527 (p. 395).

²⁷ KLEIN (nota 5), p. 37.

fendorf: «*Verum ideo hautquidquam recte dicitur, aliquem in poenam suam directe & immediate consensisse aut potius ex proprio consensu ad eandem sustinendam sese obligasse. Cum nemo delictum admittat, quin simul speret, sese latendo, aut alia ratione poenam declinaturum*» * ²⁸. El argumento de la conformidad con la pena a través del delito fue rescatado, en tanto el concepto de «conformidad» no era entendido como expresión de una voluntad fáctica sino normativa («debería prestar razonablemente su conformidad»).

2. CONSTRUCCIONES COMPLEJAS EN EL FIN DE SIGLO

Como reacción a los diferentes problemas en las cuatro variantes de legitimación de la pena desde la teoría contractualista, cerca del fin de siglo (entre 1795 y 1799) se desarrollaron en Alemania varios complejos modelos de fundamentación de la pena similares, los cuales determinaron por lo menos las dos primeras décadas del siglo siguiente. Se trata de la «teoría de la prevención» de Stübel (1795), v. Almendigen (1797) y Grolman (1798), la teoría de Feuerbach de la «coacción psicológica» (1799), la teoría de la pena de Fichte (1796), así como también de la posteriormente llamada «teoría absoluta» de Kant (1797). Todos estos intentos tienen en común que toman elementos de las cuatro variantes de legitimación de la pena ya presentados, aunque la metáfora del contrato aparece solo tangencialmente y en un segundo plano.

2.1. La teoría de la prevención

En las teorías de la prevención a tratar aquí, a diferencia de lo que hoy ocurre en el uso del lenguaje, se mencionan solo la llamada «prevención especial» y dos componentes (la disuasión individual y el aseguramiento) con exclusión de la resocialización. Como postulado de un derecho de defensa ante el delincuente se utiliza una teoría de los fines de la pena al mismo tiempo legitimadora. Esta legitimación se ubica en la tradición del derecho de punir transmitido del individuo al Estado. En la obra de Grolman *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* de 1798, encontramos la formulación más importante de este «derecho de prevención», consecuencia de su discusión con Feuerbach.

Ante todo, lo novedoso aquí —comparado con las anteriores teorías del derecho de defensa— es que éste no se funda ni en un recurso a un Derecho

* NE: «Sin embargo por eso se dice de manera completamente errónea que alguien ha consentido directa e inmediatamente con su pena o más aún que se ha obligado a sí mismo por su propio consentimiento a soportarla. Como no hay nadie que admita el delito y que no espere al mismo tiempo que se librerá de la pena, escondiéndose o por otra razón».

²⁸ PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo* (aparecido por primera vez en 1672), aquí se emplea la edición de Frankfurt a. M., 1684, lib. I, cap. V, § 5 (p. 1156).

natural previo a la sociedad ni —como consecuencia de ello— en la metáfora del contrato, sino en una reminiscencia de la definición de Derecho brindada por Kant en su *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, de 1785. Aquí ya salta a la vista que pese a todas las críticas a la teoría kantiana de la pena de 1797, sus obras anteriores se habían convertido en un canon reconocido en general por la filosofía del Derecho penal alemana de fin de siglo. Grolman parte evidentemente de Kant cuando destaca:

«Así como todo en la esfera de libertad de los hombres depende de su propia conducta, así también se arroga aquella fuerza física que quiere volcar sobre terceros. El hombre debe utilizar su fuerza, para impedir sus efectos y alejarlos de su ámbito. Por tanto, el hombre debe proteger con violencia sus derechos contra el resto de la sociedad; todos sus derechos son derechos coactivos»²⁹.

La novedad, en comparación con las anteriores teorías de la defensa, es que ahora las dificultades para deducir tal derecho del Derecho penal, son tratadas abiertamente. Los críticos consideraron errada tal argumentación (punición en virtud de la pura probabilidad de una lesión futura) y no veían allí ningún «fundamento jurídico» para el castigo penal. Finalmente, Stübel, v. Almendingen y Grolman se desdijeron de sus teorías en 1803 o 1805 ante el tenor de las críticas de Feuerbach. Solo Tittmann, uno de los pocos influidos por los argumentos kantianos, continuó desarrollando estas teorías y buscó durante el siglo XIX legitimar el Derecho penal como un derecho de defensa del Estado fundado contractualmente³⁰.

2.2. La teoría de la «coacción psicológica»

El surgimiento de la segunda teoría de la «coacción psicológica» de Feuerbach se debe a la vinculación de dos elementos juzgados insuficientes, propios de las teorías contractualistas. La amenaza de pena legal debe atemorizar, mientras que su justificación no necesita ninguna prueba, porque a través de ella «nadie puede lesionar [...] derechos»;³¹ el Estado tiene la «plena facultad de condicionar acciones antijurídicas mediante daños físicos»³². Aquí se apela al así llamado derecho de defensa en la discusión anterior, de manera similar a los teóricos de la prevención, Stübel, v. Almendingen y Grolman. No se trata, también plenamente en la tradición de los «Fundamentos» de Kant, de un derecho de defensa «natural» sino de un concepto

²⁹ GROLMAN, *Grundsätze de Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Giessen, 1798, § 7 (pp. 4 y ss.).

³⁰ TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, 1.ª parte, Halle, 1806, libro I, Introducción, § 26 (pp. 46 y ss.).

³¹ Véase FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1.ª parte, Erfurt, 1799, p. 49.

³² Véase FEUERBACH (nota 31), p. 53.

deducido del Derecho. Por esta razón, el problema de una transmisión contractual de este derecho tampoco se plantea en Feuerbach. Sin embargo, él complementa —y con ello se diferencia claramente de los teóricos de la prevención mencionados— este aspecto con la búsqueda de un fundamento jurídico especial para la *ejecución* de la pena, que no estaba dado con el derecho de amenazar un mal. Para la legitimación de la ejecución argumenta con una figura expresa de la metáfora del contrato en el sentido de una conformidad mediante el delito (*supra* 1.4): «El consentimiento en lo condicionado jurídicamente incluye empero la anuencia con respecto a la condición jurídica; [...] por tanto, o debo someterme a la condición o debo omitir la acción»³³.

Claro está, Feuerbach brinda otra base para la ejecución de la pena, que en contraposición con el fundamento jurídico, la caracteriza como «la necesidad política de la imposición efectiva del mal»³⁴, ya que sin ejecución la amenaza estaría «vacía» de tal forma que no podría amedrentar lo suficiente³⁵. Esta argumentación define el efecto histórico de Feuerbach, mostrando la necesidad decreciente en el siglo XIX de recurrir a construcciones contractuales y, sobre todo, a teorías no utilitarias legitimantes de la pena.

2.3. La pérdida de la condición jurídica y el «contrato de expiación»

El fundamento del Derecho penal en Fichte, que constituye la tercera teoría de la unión tradicional —anticipando la argumentación de Feuerbach— ya presente en su *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre* de 1796, contiene una teoría de la «coacción psicológica» mediante la amenaza de pena: «El fin de la ley penal es que no se aplique. La voluntad mala debe reprimirse a través de la pena amenazada y producirse la faltante buena voluntad; entonces, nunca se necesita la pena»³⁶. Sin embargo, Fichte se distingue esencialmente de Feuerbach en la diferente fundamentación de la ejecución y de la pena, en tanto combina otros dos argumentos procedentes de las teorías contractualistas: el del contrato condicionado disuelto y el del consentimiento contractual previo. El delito como lesión del contrato social quita al autor *eo ipso* «todos sus derechos como ciudadano y como hombre», «perdiendo totalmente su condición jurídica»³⁷. Ésta es, además, una formulación radical del argumento de la resolución del contrato condicionado, expresada por autores anteriores del siglo XVIII; el parentesco

³³ Véase FEUERBACH (nota 31), p. 54.

³⁴ Véase FEUERBACH (nota 31), p. 52.

³⁵ Véase FEUERBACH (nota 31), p. 50.

³⁶ FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Principien der Wissenschaftslehre* (publicado por primera vez en 1796), en *Fichtes Werke*, compilado por J. H. FICHTE, nueva edición, Berlin, 1971, t. III, § 20, p. 262.

³⁷ FICHTE (nota 36), p. 260.

con las viejas teorías de la pérdida de la paz se hace más patente: «Después de todo, alguien tiene derechos derivados de un concepto jurídico, solo bajo la condición de que encaje en una comunidad racional...»³⁸. Este modelo de exclusión, empero, se atenúa a través de un contrato (también social) de expiación: «Todos prometen a todos que ellos autorizan, en la medida que sea compatible con la seguridad pública, a no ser excluidos del Estado por sus faltas, a expiar esa pena de otra manera»³⁹.

Con ello, la teoría de la pena de Fichte contiene, dentro de las planteadas en la década de 1790, la combinación más compleja de tres líneas tradicionales del siglo XVIII: la teoría del derecho de defensa, la de la disolución del contrato social condicionado y la del consentimiento contractual previo a la pena.

2.4. Legitimación «absoluta»

El fundamento «absoluto» de la pena de Kant chocó finalmente —incluso también con respecto a los autores más influidos por su filosofía— con la incomprensión y el rechazo⁴⁰. Incluso cuando ya en el siglo XIX su teoría confrontaba con las «relativas», entendidas éstas, según la comprensión actual, como aquéllas en las cuales la legitimación coincide con el fin positivo del bien general, la crítica de entonces de ningún modo provino originariamente de una concepción utilitaria de la pena⁴¹. El fundamento de ésta como «imperativo categórico», la afirmación de que se sanciona solo «porque él ha delinquido»⁴², se aleja muy claramente, empero —a simple vista—, de la tradición del siglo XVIII. En los años siguientes, la teoría de Kant, por cierto, fue ampliamente reproducida, pero solo como un ejemplo de un desafortunado basamento de la pena.

Pero con una segunda mirada, también se observan en Kant reminiscencias de los fundamentos de la pena del siglo XVIII. Así es, ante todo, la concepción de que el delincuente pierde el derecho porque lesionó a otro: «El mal inmerecido que tú le inferiste a otro del pueblo, te lo has hecho a ti mismo»⁴³. Aquí se toma la concepción del contrato recíproco condicionado que se disuelve, pero sin una referencia explícita a la metáfora contractual.

³⁸ FICHTE (nota 36), p. 260.

³⁹ FICHTE (nota 36), p. 261.

⁴⁰ Con detalle al respecto, FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin, 1987, pp. 135-149 (en especial pp. 140, 149).

⁴¹ En 1789 Jeremy Bentham publicó su obra *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en la que trata el principio de utilidad, ya analizado por Hutcheson («The greatest happiness for the greatest numbers») y lo aplicó expresamente al Derecho penal. Cfr. capítulo XIII («cases unmeet for Punishment»), Ed. Burns/Hart, London y New York, 1970, pp. 158 y ss.

⁴² KANT, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, 2.^a parte, 1.^a sección, § E, Werke, Ed. Weischedel, Wiesbaden, 1956, t. IV, p. 453.

⁴³ KANT (nota 42), pp. 453 y ss.

También aparece aquí otro argumento tradicional ya conocido: como el autor a través del hecho se hace algo a sí mismo, esto remite al argumento de la conformidad mediante el delito. Este punto de vista se fortalece con otra referencia de Kant: «Nunca se escuchó que un condenado a muerte por asesinato se quejara, diciendo que con ello le sucedía algo excesivo y por tanto injusto...»⁴⁴. Claro está, este razonamiento sobre el consentimiento en Kant no se vincula ni con una voluntad expresa para investigar empíricamente ni tampoco con una presunta, sino que la postula para fundamentar la razón, esto es, una voluntad presunta. En Kant es el propio juicio del delincuente, como algo dotado de razón, lo que justifica atribuirle el correspondiente consentimiento para la imposición de la pena⁴⁵.

La metáfora del «contrato», en su ambigüedad, comprende también esta concepción. En este aspecto, la teoría de la pena de Kant únicamente extrae la consecuencia terminológica de esa metáfora así entendida. La diversidad de opiniones surgió con los criterios para establecer qué debía entenderse por voluntad racional. En lo que se refiere al contenido de ese «contrato», al comienzo del siglo XIX y en los años siguientes se interpretó a Kant diciendo que el delincuente debía ser tratado «según las reglas que él había elevado a la categoría de ley para sí mismo»⁴⁶. El autor como ser racional se orienta, por tanto, a través de la generalización de su hecho, en el que se basa la máxima y por eso debe dejarse subsumir él mismo bajo esa regla⁴⁷. Justamente fue esto lo que les pareció a sus contemporáneos, en general, infundado.

3. CRÍTICA AL CONTRACTUALISMO A COMIENZOS DEL SIGLO XIX

Un rechazo expreso a todo tipo de construcción contractual para fundar la pena se encuentra en la primera mitad del siglo XIX. Por este motivo, para culminar, se brindará un pequeño repaso del mismo.

3.1. Críticas expresas al contrato

Tittmann consideró en su *Handbuch der Strafrechtswissenschaften und der deutschen Strafgesetzkunde* de 1806 que el contrato no podía convertir en

⁴⁴ KANT (nota 42), p. 456. Cfr. ya PUFENDORF (nota 28): «*Ut queri non possim*».

⁴⁵ KANT (nota 42), p. 458.

⁴⁶ De otra opinión, ØRSTEDT, *Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung*, Copenhague, 1818, p. 20.

⁴⁷ Así también expresamente HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1.ª ed. de 1820), Ed. Iltting, t. 2, Stuttgart, 1974, § 100 (p. 362), quien sin embargo en su lección del semestre de invierno de 1817/1818 ya había argumentado de esta manera; cfr. el apunte de Wannenmann en ILTING (comp.), *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann* (Heidelberg, 1817/18) und Homeyer (Berlin, 1918/19), Stuttgart-Bad Cannstatt, 1983, p. 69.

Derecho lo que no lo era desde antes⁴⁸. Poco tiempo después, en 1811, Borst asegura en su *Versuch einer neuen, reinrechtlichen Darstellung des Strafrechts und der Strafbarkeit*:

«Desde hace mucho quiso deducirse el Derecho penal de un contrato social. Muy poco se puede aquí refutar esa visión errada; muy poco necesita ser refutada. Desde hace tiempo se ha comenzado a escuchar que la voluntad privada de ciudadanos unidos en el Estado no puede ser ni fuente ni fundamento para conocer la norma, según la cual aquél debe actuar [...] El Estado actúa [...] conforme a la regla de la razón, sin considerar la voluntad privada de sus ciudadanos»⁴⁹.

La presentación opuesta entre «voluntad privada» y «razón», que aquí no será analizada con más profundidad, es un *topos* habitual en la primera década del siglo XIX.

3.2. El derecho de defensa de la sociedad

En la literatura penal de ese tiempo es muy común, antes que un abandono expreso de la concepción del contrato, el tratamiento implícito de otros modelos de fundamentación, también abarcados parcialmente mediante figuras hasta hacía poco muy desarrolladas, aunque sin la correspondiente discusión con la metáfora del contrato.

Muchas veces el fundamento del Derecho penal se derivaba de un derecho de defensa, cuya existencia en el final del siglo XVIII se deducía de una transmisión contractual del individuo al Estado⁵⁰. Este derecho de defensa aparece ahora, empero, sin una metáfora contractual, como un derecho propio de la sociedad o del Estado. Sin embargo, no se aleja lisa y llanamente de las metáforas sino que solo se las modificó. Que el Derecho penal signifique «defensa» también es una imagen y, tal como lo había demostrado el debate de la década sobre este tema, no era problemático. En definitiva, el delito ya había ocurrido y por tanto era imposible defenderse de él; de esta manera, solo podía hablarse de una defensa en sentido muy amplio.

Empero, para ello *de facto* alcanza con que la pena le sirva al Estado. Posiblemente, influyó la crítica proveniente de Hume y dirigida a la concepción del contrato social basado en una supuesta abstinencia frente a aquélla. Hume la consideró prescindible: eran decisivos los intereses de los hombres, que en definitiva fundaban la conclusión de sus contratos; la vida en los

⁴⁸ TITTMANN (nota 30) pp. 46 y ss.

⁴⁹ BORST, *Versuch einer neuen, reinrechtlichen Darstellung des Strafrechts und der Strafbarkeit*, Nürnberg, 1811, pp. 37 y ss.

⁵⁰ Entre otros, cfr. HUTCHESON (nota 3), p. 331; BLACKSTONE (nota 4), p. 7; KLEIN (nota 5), pp. 28 y ss. (en particular, p. 38).

Estados coincidía con los intereses de los hombres⁵¹. Bentham utilizó esta idea para legitimar la pena estatal⁵², y fue recibida de manera evidente en la literatura penal alemana a partir de la década de 1830. Feuerbach, por ejemplo, menciona la teoría de Bentham a partir de la 11.^a edición de su Manual de 1832 como equivalente a la suya⁵³.

Sin embargo, resulta muy instructivo para la discusión alemana establecer qué debe ser defendido, lo que al mismo tiempo implica un malestar residual ante la igualdad entre pena y defensa. Si ello no es, por ejemplo, el interés individual o de la sociedad, se defienden el Derecho y el orden jurídico. Dice Heinrich Luden, en su introducción a la obra de Romagnosi *Génesis del Derecho* de 1833, «el poder penal es una institución necesaria [...], para garantizar la existencia del Derecho bajo esas relaciones». La pena es «una demanda necesaria de la ley jurídica»⁵⁴. Hepp considera en 1834 que el poder estatal «a través de la razón está obligado a procurar que cada uno pueda ejercer sus derechos sin ser molestado [...]», y en el peor de los casos «le resta al Estado solo la atribución de imponer penas para lograr la seguridad general»⁵⁵; también habla de un «mandato de la razón para mantener el orden jurídico»⁵⁶.

Que se trate de la defensa del *Derecho*, cuya existencia requiere «necesariamente» de la pena, que el Estado a través de la *razón* está además *obligado* a penar (y no solo justificado), es un vocabulario que no se encuentra así expresado en la literatura penal antes de Kant. Se advirtió al respecto que esta acentuación en lo jurídico para la descripción de las tareas del Derecho penal tiene algo que ver con una limitación liberal temprana con respecto a una pura protección de la moral por medio del Derecho penal⁵⁷. Convertir al Derecho en objeto de defensa por medio del Derecho penal autoriza, sin embargo, también a una reducción práctica y útil del despliegue de los fundamentos en la teoría de la pena. Así, se observa una dispensa con respecto a los problemas discutidos poco antes del cambio de siglo, esto es, de cómo se podía deducir el Derecho penal a partir del derecho de defensa. Si en concreto se trataba de la defensa *del Derecho*, podía concluirse fácilmente que el delito ocurrido era una amenaza (se decía, ideal) al Derecho, también con efectos futuros, por tanto, la pena constituía un medio de seguridad

⁵¹ HUME, *A Treatise of Human Nature*, t. 3 («Of Morals», primera publicación de 1740); aquí se utiliza: *Id.*, *The Philosophical Works* (Eds. Green/Grose), t. 2, London, 1886, pp. 229 y 304-313.

⁵² BENTHAM, *A Fragment on Government* (1.^a ed. de 1776), aquí se utiliza: BURNS/HART (eds.), Cambridge et al., 1988, p. 55.

⁵³ Véase FEUERBACH, *Lehrbuch des Strafrechts*, 11.^a ed., Giessen, 1832, § 18, nota 11.

⁵⁴ LUDEN, Introducción a Romagnosi, *Genesis des Strafrechts*, t. 1, Jena, 1833, p. LXVIII.

⁵⁵ HEPP, *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien nebst einem Versuch über die Möglichkeit einer strafrechtlichen Theorie überhaupt*, Heidelberg, 1829, p. 10.

⁵⁶ HEPP (nota 55), p. 63.

⁵⁷ FROMMEL (nota 40), pp. 135-149.

post factum para el porvenir. Con ello, mediante una simple resignificación de los fundamentos de la legitimación de la pena se abarcaron las medidas policiales preventivas.

En definitiva, no es claro que este uso de la terminología kantiana en relación con la teoría de la defensa significara para los autores que, en cierta forma, la necesidad de legitimación se apoyara en Kant. La pena se consideró legitimada con Kant y Feuerbach y pudieron elaborarse con tranquilidad las tan plausibles teorías relativas, sin tener que profundizar filosóficamente en los problemas de legitimación. En efecto, no hubo a comienzos del siglo XIX algo así como una «lucha de escuelas», en el sentido de lo ocurrido a finales de esa centuria, sino una vinculación completa y natural entre kantismo y teorías relativas de la pena⁵⁸.

3.3. «Regla de oro» y compensación de daños

Si se consideran las diferentes legitimaciones contractualistas de la pena planteadas a fines del siglo XVIII y se busca la supervivencia de elementos de esa forma de contractualismo, se choca, junto con el vocabulario kantiano amalgamado con teorías de la defensa, con otro tipo de teorías legitimantes de principios del siglo XIX: teorías que se sirven de la «regla de oro» como un argumento de justicia. Esta regla, discutida desde la Antigüedad, fue ampliada en el siglo XVIII, tal como ya se mostró; así, se partía de una ubicación recíproca y condicionada de los derechos⁵⁹. Sin embargo, en la primera década del siglo XIX la regla de oro aparece nuevamente en la literatura penal en su formulación original; las connotaciones contractualistas resuenan todavía, pero en un segundo plano. Borst escribe, de manera similar a Rotteck, que «a través de mi lesión, aunque ilícitamente yo la permita, se expresa de inmediato que yo debo complacer la venganza del herido. Pues no puedo considerarme mejor que mi prójimo —con los derechos de los privilegiados— sin contradecir mi naturaleza más íntima»⁶⁰.

También pueden contarse aquí todas aquellas teorías que al principio del siglo XIX buscaron legitimar el Derecho penal mediante la analogía con la indemnización civil de los daños. El delito como lesión «ideal» o «intelectual», como causa de un «daño ideal», debía ser pagado con una indemnización sublimada⁶¹. Aquí también la metáfora del contrato es reemplazada por otra imagen, justamente la compensación del daño. Además, esta figura no es implícita, si se piensa que en la pena se debe legitimar una sanción suficiente

⁵⁸ FROMMEL (nota 40), p. 260.

⁵⁹ FICHTE (nota 36), p. 260.

⁶⁰ BORST (nota 49), p. 47.

⁶¹ Aquí adicionalmente MÜLLER-DIETZ, GA, 1983, pp. 481 y ss.; en detalle, RÜCKERT, *Der intellektuelle Verbrechensschaden bei Carl-Theodor Welcker*, Frankfurt a. M., 1998.

por encima de la compensación del daño (en el sentido tradicional, esto es, en el significado civil). Mediante la idealización del daño en el caso del delito se suprime esta diferencia y con ello se disminuye nuevamente la necesidad de legitimación.

3.4. Sentimientos e intuiciones

Finalmente, aparecen además la tradición y el sentimiento compitiendo con la concepción contractual. Von Rotteck funda la validez de la regla de oro a través de un abierto retorno a los sentimientos e intuiciones: «No solo el delito individual, sino la máxima del mismo o su concepto general se me muestran cuando veo realizar algo injusto y me siento robado y abusado»⁶². Más claro es August Wilhelm Heffter en su ya mencionado *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, aparecido en 1833: «Y cuánto más crece el sentimiento de un desgano particular del lesionado a través de un hecho injusto en el que todos participan, el cual reclama un lugar de contento: [...] esta analogía de sentimientos es el único e inmediato génesis de las penas y del Derecho penal»⁶³. Luego brinda un informe breve sobre las diversas teorías tradicionales de la pena para finalmente continuar, menos resignado, con un respiro liberador: «En la duda presente sobre el último fundamento de todo Derecho penal queda solo la jurisprudencia práctica, la esencia del mismo mediante historia e intuición del existente, de acuerdo con su formación orgánica, en la cual su libertad se comprueba mediante la naturaleza humana entregada»⁶⁴. «Historia», «intuición», «formación orgánica» (también aquí y de manera evidente la literatura penal se contagió de la teoría del organismo social, romántica y contraria al «mecanicismo» de las teorías contractualistas de tipo demarcador⁶⁵).

Resumidamente, puede decirse de la historia posterior al fin del siglo XVIII que en la literatura penal de principios de la centuria siguiente se halla una tendencia a la identificación entre las teorías del fin de la pena y las de su legitimación, que aparecen teorías de la pena relativas que emplean terminología kantiana, aunque se afirma la fuerza intuitiva de las representa-

⁶² Véase ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, t. 1, 2.^a ed., Stuttgart, 1840, p. 53.

⁶³ HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinsamen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf die nicht exklusiven Landesrechte*, Halle, 1833, p. 8. Sobre la fundamentación de la pena «a través del sentimiento, a través de una incontrolable voz interior», cfr. también HENKE, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Zürich, 1815, p. 4.

⁶⁴ HEFFTER (nota 63), p. 12.

⁶⁵ Sobre tales teorías del organismo, STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Macht des absoluten Fürstenstaates*, Berlin, 1986, en particular, pp. 202 y ss.; BÖCKENFÖRDE, «Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper», en BRUNNER et al. (comps.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, t. 4, Stuttgart, 1978, pp. 519 y ss.

ciones de la justicia desarrolladas a lo largo de la historia. Las legitimaciones de la pena desde la teoría contractualista, muy difundidas en la segunda mitad del siglo XVIII, retroceden claramente. La metáfora del contrato no se utiliza, pero a veces se emplean otras imágenes como la «defensa» o «la compensación de daños». Sin embargo, mientras que la metáfora del contrato, en la mayor parte de sus variantes, considera la legitimación de la pena con una función para el condenado —le sucedió por su voluntad—, con la defensa y la indemnización se le reclaman funciones para la comunidad, cuya fuerza intuitiva se desprende del paralelo entre el derecho de defensa y la responsabilidad civil por el ilícito. Empero, tales imágenes también se utilizan: el público ciudadano y crítico existente desde el siglo XVIII, surgido con el rechazo a las formas simbólicas⁶⁶, debe servirse de ellas para sí en el lugar decisivo de su discurso de legitimación.

⁶⁶ Véase además STOLLBERG-RILINGER, *Zeitschrift für historische Forschung* (31), 2004, pp. 489-521 (en particular, p. 521).

CAPÍTULO VI

INTENTOS DE UNA LEGITIMACIÓN DE LA PENA A TRAVÉS DEL ARGUMENTO DEL COMPORTAMIENTO AUTOCONTRADICTORIO DEL AUTOR DEL DELITO*

1. «LIBERTAD DE AUTOCONTRADICCIONES» EN EL SIGLO XVII

Ya en la filosofía práctica del siglo XVII existía un «Programa de la ausencia de autocontradicciones»¹. En este programa, era claro que el término «*contradictio*» era entendido en un sentido amplio y en uno restrictivo. Con una noción de contradicción en sentido amplio, Pufendorf argumentaba lo siguiente: «*Et sane uti contraria judicare de rebus, quae inter se conveniunt, contradictionem implicat, ita etiam in casu prorsus simili, meo et alieno dissimilia statuere*»^{** 2}. Cuando Pufendorf arguye que establecer criterios de trato diferenciado en casos totalmente análogos ya implica una «*contradictio*», iguala cualquier vulneración de la «regla de oro» a una contradicción. Por el contrario, desde la tradición escolástica Hobbes entendía la noción de «contradicción» en un sentido restrictivo, definiéndola como «*absurdity, to contradict, what one maintained in the beginning*»^{***} y como «*injustice, and injury, voluntarily to undo that, which from the beginning he had voluntarily done*»^{**** 3}. Se trataba entonces del mantenimiento de la propia decisión a

* Traducción a cargo de Albert Estrada i Cuadras. Esta traducción no habría sido posible sin la ayuda del profesor Dr. Ricardo Robles Planas, sin perjuicio de que cualquier error que se haya podido cometer sea exclusivamente imputable al traductor.

¹ Al respecto HRUSCHKA, JZ, 1992, p. 434.

^{**} NE: «Y desde luego, de la misma manera que juzgar de manera contraria sobre cosas que coinciden entre sí implica una contradicción, así también (la implica) juzgar de manera diferente en un caso ajeno y en un caso propio que sea muy similar».

² PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, primera publicación en 1672 (aquí se cita la edición de Frankfurt a. M., de 1684), libro III, capítulo II, § 4, p. 345.

^{***} NT: «La absurdidad de contradecir aquello que se ha mantenido al comienzo».

^{****} NT: «La injusticia y el daño de deshacer voluntariamente aquello que desde el comienzo él ha realizado voluntariamente».

(Véase nota 3 en página siguiente)

lo largo del tiempo. Partiendo de este último sentido más estrecho de contradicción, en lo que sigue abordaremos el argumento del comportamiento autocontradictorio en un ámbito determinado de la filosofía práctica: la justificación de la pena estatal. Las reflexiones se limitarán a un periodo de tiempo en el cual este argumento se transformó de manera fundamental, a saber, los años de cambio del siglo XVIII al XIX.

2. EL ARGUMENTO DE LA AUTOCONTRADICCIÓN EN LAS TEORÍAS DE LOS INTERESES Y LAS CONTRACTUALISTAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Los intentos de legitimación de la pena a través del comportamiento autocontradictorio del autor del delito ya estaban difundidos en el siglo XVIII, a la manera de teorías contractualistas en diferentes variantes. El que estaba de acuerdo con someterse de manera previa a un contrato social que castigaba la comisión de delitos con penas y consentía con otros a que sus derechos estuvieran condicionados mutuamente por el respeto de los derechos de los demás, o el que aceptaba con un acto concluyente a través de la comisión de un delito que le fuera aplicada una pena, esa persona, se suponía, no podía quejarse de la pena que le era aplicada ⁴. Aquí no pertenece, sin embargo, otro tipo de fundamento penal de corte teórico contractualista: la idea de que los individuos le hubieran cedido al Estado sus derechos individuales de defensa a través de un contrato social. Este tipo de teorías de la cesión no precisa fundamentar la pena frente al autor del delito, por lo que tampoco funciona frente a él con un argumento de la autocontradicción.

Ahora bien, ya los contemporáneos de la época eran conscientes de los problemas de una legitimación de la pena del autor basada en una teoría contractualista: que alguien en un contrato social histórico o hipotético se declarara de acuerdo con una pena privativa de libertad o hasta con la pena de muerte no era algo autoevidente, dado el peso de la privación que tendría que asumir. Fue con esta objeción que Beccaria dio comienzo a la historia de la lucha contra la pena de muerte. También eran conscientes del segundo argumento: que el condicionamiento mutuo que circunscribía los límites de los derechos a lo sumo podía fundamentar la pacificación, pero no la pena. Y, finalmente, contra la asunción de que la comisión del delito era a su vez

³ HOBBS, *Leviathan, or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, primera publicación en 1651 [aquí se ha trabajado con la edición titulada: *The English Works of Thomas Hobbes*, London/ND Aalen (Molesworth) 1839/1966], vol. III, parte I, capítulo 14, p. 119.

⁴ Sobre las distintas variantes de la teoría contractualista, SEELMANN, «Vertragsmetaphern zur Begründung des Strafens im 18. Jahrhundert», en STEN GAGNÉR-FS, München, 1991, p. 441.

una aceptación de la pena, Pufendorf ya advirtió que, naturalmente, el criminal esperaba que su delito no fuera descubierto⁵.

¿Qué se podía hacer para salvar el argumento de la autocontradicción y superar al mismo tiempo las dificultades nombradas? De dos maneras se podía intentar devolver la metáfora del contrato a su núcleo original. O bien preguntar por el trasfondo fáctico de un contrato que debía ser celebrado hipotéticamente, o bien preguntar por el trasfondo normativo oculto.

Cuando se preguntaba por el trasfondo fáctico, se llegaba rápidamente a la categoría de los intereses. Éste fue el camino transitado por Hume y sus seguidores⁶. Cuando son los intereses los que determinan los comportamientos de los hombres, entonces se podía ahorrar la metáfora del contrato. La celebración de cualquier contrato está determinada únicamente por la existencia de un interés específico, ¿por qué no sustituir entonces simplemente el contrato por el interés? En ese caso tuvo que darse por sentado el interés de todo ser humano por el funcionamiento efectivo del sistema penal. Al delincuente detenido, que expresa un interés actual contra su propia penalización, se le puede oponer que hay un interés a largo plazo para que el Derecho penal siga su curso. Al fin y al cabo, también él quería mantenerse protegido de delitos cometidos en su contra. Mas, una vez presupuestos los intereses en juego, difícilmente se puede argumentar que es autocontradictorio ordenar los intereses a corto plazo por delante de los intereses a largo plazo. Debido a que de acuerdo con el objeto de este trabajo aquí tan solo interesa el argumento del comportamiento autocontradictorio, no se continuará con el enfoque «individual-racional» de los intereses.

Dirijámonos entonces en la otra dirección de la crítica al contractualismo que está orientado a legitimar la pena, la vertiente explícitamente normativa de la metáfora contractual. Kant dio un paso en esa dirección con su teoría de la pena; él no se pregunta si yo acepté un contrato determinado (histórico) o si yo lo aceptaría estando en esa situación (hipotética). Se pregunta, en vez de ello, si yo no lo *tendría que* aceptar razonablemente; a él le importa «el juicio del criminal mismo (en el que es necesario confiar en su naturaleza de sujeto racional)»⁷. Sin embargo, entendida en tales términos la metáfora del contrato social ya no tiene ningún significado autónomo. Por qué yo tendría que aceptar es una pregunta que debe justificarse de otra forma, esto es, normativamente. Kant se pregunta de manera consecuente en su teoría de la pena si yo no tendría que aceptar mi propia pena, como la persona «racional» que soy; lo que daría lugar a una autocontradicción si quisiera

⁵ PUFENDORF (nota 2), libro VIII, capítulo III, § 5, p. 1156.

⁶ HUME, *A treatise of Human Nature*, vol. III (*of Morals*), primera publicación 1740, aquí se trabaja con la incluida en *The Philosophical Works*, vol. 2, London (GREEN/GROSE), 1886, pp. 229, 304-313.

⁷ KANT, *Metaphysic der Sitten, Rechtslehre*, 2.^a parte, 1.^{er} párrafo, § E, Wiesbaden (Weischedel), 1956, vol. IV, p. 458. Con detalle al respecto SEELMANN (nota 4), 1991, pp. 457 y ss.

oponerme al castigo. Si bien admitió la posibilidad de que un criminal se opusiera a la pena y cayera en una posición autocontradictoria, sin embargo no profundizó esta posibilidad en el contexto de su argumentación. En las tres primeras décadas del siglo XIX, fue otro autor el que se dedicó repetidamente y de manera detallada al argumento de la autocontradictoriedad del criminal: G. W. F. Hegel. A él se refieren, principalmente, las siguientes reflexiones. Así, parten de su crítica a la metáfora contractual (3) e indagan sobre el argumento de la autocontradicción en las justificaciones hegelianas de la pena (4).

3. LA CRÍTICA DE LA METÁFORA DEL CONTRATO EN HEGEL

Hegel desarrolla su legitimación de la pena en un estrecho vínculo con su crítica contra el pensamiento contractual de las teorías de la pena. Cabe resaltar que no menciona a ninguno de los contractualistas del ámbito de la teoría del Derecho penal que todavía existen en su época, como, por ejemplo, Welcker⁸. Su oponente es Beccaria. Ante la duda de Beccaria sobre la posibilidad de legitimar la pena de muerte desde una teoría contractualista, Hegel contrapone:

«Beccaria despojó al Estado de su derecho a la pena de muerte porque no se podía presumir que existiera la aprobación de los individuos de dejarse matar, sino, más bien, todo lo contrario. El Estado no es ningún contrato, y el cuidado y la protección de la vida y de la propiedad de los individuos no es necesariamente su esencia. El Estado es, más bien, lo más elevado, y recaba para sí la vida y la propiedad, requiriendo también su sacrificio»⁹.

En su crítica al pensamiento contractualista relativo a la legitimación de la *pena*, Hegel se remite a su crítica de la metáfora contractualista en su teoría del *Estado*. Hegel critica el entendimiento del Estado como un vínculo contractual entre los ciudadanos, porque de esa manera el Estado queda reducido a un «puro conjunto de voluntades a merced del libre arbitrio de los sucesos acumulados dentro de su seno»¹⁰. Le parece criticable el hecho de que «ser un miembro del Estado se convierta en algo discrecional»¹¹, ya que «un conjunto es una generalidad con la forma de una contingencia, habiendo surgido a su vez del libre arbitrio»¹². Cuando

⁸ WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt*, Giessen, 1813, pp. 76, 81, 90.

⁹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, primera publicación en 1820 (aquí se cita la edición de ILLING, titulada: *Die Rechtsphilosophie von 1820*), Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974, § 100 A, p. 364.

¹⁰ HEGEL (nota 9), § 75 A, p. 302.

¹¹ HEGEL (nota 9), § 257 A, p. 693.

¹² HEGEL, *Naturrecht und Staatswissenschaft, nach der Nachschrift Carl Gustav Homeyers*, vol. 1, Stuttgart-Bad Cannstatt (edición de Illing), 1973, § 38 A, p. 267.

Hegel habla de «discrecionalidad», «contingencia» y «libre arbitrio», está haciendo referencia a dos cosas: a la posibilidad de no cumplir el contrato, pero también a la posibilidad de que las partes contractuales, bajo consenso mutuo, decidan retirarse del contrato que había existido hasta ahora y decidan pactar algo que no sea razonable: ciertamente, el «acuerdo de voluntades» significa una identidad, pero «la identidad es solo aparente, pues puede ser disuelta»¹³; mientras que el Estado es, en efecto, algo que es necesario «en sí y para sí mismo»¹⁴, esto es, algo que es necesario por motivos de la razón misma.

En primer lugar, Hegel alude en su crítica al contractualismo a aquella paradoja que surge de la pregunta sobre la razón de la obligatoriedad en una fundamentación contractualista del Estado: si toda obligación surge del contrato, entonces también de él surge la máxima «*pacta sunt servanda*». Pero, en ese caso, ¿de dónde surge entonces la obligatoriedad del mantenimiento de aquel contrato en el que se pacta expresamente el principio «*pacta sunt servanda*», en el que, por tanto, no regía desde el principio? Claramente, si no se quiere tomar como fundamento el mero hecho del interés, tienen que ser «motivos de la razón» no expresados en la formulación del contrato los que obliguen. Esto ha sido formulado recurrentemente como un problema, al menos desde el joven Fichte¹⁵.

Junto a esta problemática de la obligatoriedad individual existe una segunda. El Estado, o lo que hoy resulta más relevante en términos prácticos, el Estado de Derecho, podría suprimirse contractualmente. Hoy conocemos este problema en el Derecho constitucional como la inderogabilidad de determinadas normas y derechos fundamentales, incluso respecto a mayorías parlamentarias cualificadas¹⁶. Pero esta inderogabilidad necesita una legitimación que el pensamiento contractual, como tal vacío de contenido en relación con el orden estatal y los derechos individuales, no logra justificar. Si, en cambio, se formula el pensamiento contractual en clave normativa, de forma tal que se pregunte por lo que los seres humanos «racionalmente» querrían que formara parte del contenido de su acuerdo, se remite entonces de nuevo a un criterio de corrección exógeno a la metáfora contractual.

¹³ HEGEL, *Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho* 1822/23, vol. 3, Stuttgart-Bad Cannstatt (edición de Iltting), 1974, § 75 A, p. 268.

¹⁴ HEGEL, *Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. v. Griesheims* 1824/25, vol. 4, Stuttgart-Bad-Cannstatt (edición de Iltting), 1974, § 75 A, p. 251.

¹⁵ Al respecto, detalladamente, SCHOTTKY, «Die staatsphilosophische Vertragstheorie als Theorie der Legitimation des Staates», en KIELMANSEGG, *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, PVS (v. 7), 1976, pp. 98 y ss.

¹⁶ Cfr. simplemente con el art. 79, apdo. 3.º de la Constitución alemana.

4. EL PROPIO INTENTO DE HEGEL DE LEGITIMACIÓN DE LA PENA A PARTIR DEL ARGUMENTO DEL COMPORTAMIENTO AUTOCONTRADICTORIO

¿Qué podría oponer Hegel al contractualismo, siendo que tanto en lo referente al Estado como en lo referente a las penas critica la metáfora contractual? (4.1) ¿Cómo salva no obstante el argumento de la autocontradicción? (4.2).

4.1. Los dos fundamentos de la pena de Hegel

En Hegel hay dos construcciones distintas para la legitimación de la pena y del Derecho penal. La primera se encuentra en el § 100 de su Filosofía del Derecho, la otra en afirmaciones que hace en el § 97 del mismo libro, como también en una serie de otras obras anteriores.

La primera legitimación, que denomino el argumento legal, parte del hecho de que el delito puede ser visto «como obrar racional», «que es algo general a través de lo que se establece una ley», bajo la cual el criminal «puede ser subsumido como su Derecho»¹⁷. En otra parte aparece de manera más concreta: «Como asesino, él establece la ley de que la vida no se debe respetar..., de esa forma se dicta él mismo su propia sentencia de muerte»¹⁸.

Esto se puede entender de la siguiente forma: para Hegel, el criminal, que también en la comisión del delito sigue siendo un ser racional, declara, en tanto ser racional, la universalidad de la máxima que fundamenta su acto. Luego, si el criminal dijera que esa misma máxima suya no se puede dirigir en su contra, caería entonces en una autocontradicción.

La segunda legitimación de la pena de Hegel —yo lo llamo el argumento del reconocimiento— parte de que un delito es «nulo en sí mismo», porque el criminal violenta una relación de reconocimiento recíproco¹⁹. Transgrede de esa manera algo que para Hegel, en la tradición de Fichte, es requisito de la condición de persona, esto es, de la condición de sujeto de Derecho e, incluso más allá de esto, de la autoconciencia²⁰. Si el autor del delito sustrae

¹⁷ HEGEL (nota 9), § 100, p. 362.

¹⁸ HEGEL (nota 13), pp. 318 y ss.

¹⁹ En el § 97 HEGEL [*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820 (1974)] describe a la pena como algo «en sí inútil» (p. 354), lo que en el *System der Sittlichkeit de 1802/03* ya fundamentó, afirmando que el delincuente se lesiona a sí mismo (en GÖHLER, *Frühe politische Systeme*, Frankfurt a. M., Berlin, Wien, 1974, p. 49). Sobre la idea que se encuentra detrás de la lesión del reconocimiento, HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, vol. 3, Frankfurt a. M., 1971, pp. 145 y ss., así como SEELMANN, JS, 1979, p. 688.

²⁰ Con detalle al respecto, WILDT, *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, 1982, especialmente pp. 320 y ss., 325 y ss., 343 y ss.

a la víctima (y a través de eso también a todo el ordenamiento jurídico) el debido reconocimiento, reduce a la víctima en concreto y al ordenamiento jurídico en general a meros instrumentos de su libre arbitrio. Ya que el reconocimiento es una relación condicionada de forma recíproca, el criminal se sustrae a sí mismo el reconocimiento. Luego, la pena no sería otra cosa que la mera manifestación de este estatus provocado por el propio autor: éste ve denigrado su estatus jurídico de forma externamente reconocible mientras se restablece una relación jurídica basada en la igualdad. También aquí Hegel argumenta con el comportamiento autocontradictorio (¡autolesivo!) del delincuente.

4.2. La diferencia entre el argumento de la autocontradicción de Hegel y los modelos contractualistas

¿Qué relación guardan las dos construcciones legitimadoras de la pena de Hegel con las fundamentaciones contractualistas? La pregunta requiere una respuesta de nuevo diferenciada en función de cada uno de sus argumentos legitimadores.

4.2.1. El argumento legal y el acuerdo concluyente

El argumento legal de Hegel tiene en sus inicios claras reminiscencias del argumento contractualista. Ello se desprende de la tradición de fundamentar la pena a través del acuerdo concluyente en la misma, manifestado con la comisión del delito. La tradición del argumento era evidente también en sus contemporáneos y discípulos. El hegeliano Köstlin parece no darse cuenta en absoluto de la diferencia cuando en su *Nueva revisión de los fundamentos del Derecho penal* de 1845 interpreta el § 100 de Hegel en el sentido de que éste «no quiso expresar otra cosa» que «el requisito que los filósofos previos a él establecieron, relativo a que el criminal debe haber consentido en la pena»²¹. El propio Hegel se sitúa próximo a esta comprensión cuando dice: «Lo que Beccaria exige, a saber, que el hombre haya dado su consentimiento, lo realiza ya el criminal con su hecho»²². Es correcto, en primer lugar, que la estructura de la autocontradicción es aquí la misma que la del modelo del consentimiento concluyente. En la autocontradicción a la necesidad de pena le es contrapuesto su contradictor: él ha afirmado con su comportamiento previo (que reside en el hecho delictivo) la necesidad de la pena. En ambos casos existen dos proposiciones contradictorias entre ellas en diferentes momentos temporales. La diferencia entre el argumento legal de Hegel y el argumento contractualista se encuentra tan solo en la fundamentación

²¹ KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, p. 777.

²² HEGEL (nota 13), p. 319.

respecto de cómo es construida la primera proposición: «Yo debo ser sancionado». Los contractualistas parten de una voluntad manifestada de forma concluyente. Hegel, por el contrario, obtiene esta proposición de la mano de la idea de autonomía de Kant. Bien mirada, esta primera proposición, con la que el delincuente entra en contradicción al oponerse a la pena, es de hecho entendida por su parte como una contradicción: el delincuente convierte en máxima a través de su crimen algo no universalizable sin contradicciones, al mismo tiempo que se muestra como un hombre racional con la pretensión de que todas sus máximas sean universalizables sin contradicciones. De este modo, el delincuente afirma también el carácter universalizable sin contradicciones de la máxima que subyace al hecho criminal, en realidad no universalizable sin entrar en contradicción. Con ello el autor decía, en opinión de Hegel: «Esta máxima debe serme aplicada a mí también». Yo debo «ser subsumido en ella». Por ello, según la aproximación de Hegel, el homicida declara «se me debe dar muerte».

En otro lugar he intentado fundamentar una crítica al contenido de esta argumentación de Hegel²³. Por ello, aquí solo se va a advertir brevemente que ya la premisa de que el hombre, como ser racional, afirma necesariamente de modo implícito el carácter universalizable de las máximas subyacentes a sus hechos, encierra un especial problema de fundamentación. Un problema adicional reside en la fundamentación de que las (falsas) máximas de los delincuentes les son aplicables a ellos mismos. Ya los contemporáneos hablaron en esta medida de un «indigno falseamiento del injusto» y de una «falsa ilusión» el pensar que un segundo injusto estaría justificado²⁴.

Lo que impresiona del argumento de Hegel es el intento, después de todo, de expresar el argumento de la autocontradicción de forma aún más precisa de lo que ya había sido expresado por parte de sus antecesores o contemporáneos. Cuando el Barón de Prusia establece que quien invade los derechos de otro debería permitir, por la misma regla, una invasión de los suyos²⁵, o cuando Borst ve una «contradicción con mi propia naturaleza más íntima» cuando me erijo como un delincuente privilegiado frente a mis congéneres²⁶, se deduce la existencia de una autocontradicción directamente de la lesión de la regla de oro. Sin embargo, con ello aún no han sido en absoluto formuladas las dos proposiciones que, afirmadas al mismo tiempo, resultan incompatibles y constituyen, así, una contradicción.

²³ SEELMANN, ARSP (79), 1993, pp. 228 y ss.

²⁴ RÖDER, *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, Heidelberg, 1846, p. 16, sobre la correspondiente afirmación en la teoría de la pena de Kant.

²⁵ Véase PREUSCHEN, *Versuch über die Begründung des Strafrechts*, Darmstadt, 1835, p. 43.

²⁶ BORST, *Versuch einer neuen, reinrechtlichen Darstellung des Strafrechts und der Strafbarkeit*, Nürnberg, 1811, pp. 37 y ss., 47.

4.2.2. *El argumento del reconocimiento y la reciprocidad como condición de la concesión de derechos*

Históricamente el argumento del reconocimiento tiene su origen en aquellas construcciones contractualistas que parten de la reciprocidad como condición del reconocimiento de derechos entre unos y otros. Claramente la regla de oro se encuentra también aquí incluida como uno de los elementos de la argumentación. En la teoría de la pena de Hegel encontramos, igualmente, el argumento de la reciprocidad, en una forma originaria comparativamente menos compleja y fundamentada. En su *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften* de 1840, Carl von Rotteck señaló: «Cuando yo lesiono el derecho de otro, de modo que sobrepaso los límites de mi derecho, ya no toco de pies en el suelo del Derecho [...] La consecuencia general de una vulneración del Derecho es que el vulnerador, en la misma medida en que él lesionó el Derecho, sufre a cambio una disminución de su derecho»²⁷. La diferencia decisiva con Hegel se encuentra en que en su argumento del reconocimiento no se presupone ninguna reciprocidad de naturaleza arbitraria, sino que la reciprocidad se hace subyacer ya al concepto mismo de Derecho.

También el argumento del reconocimiento debe ser determinado de forma más precisa en su relación con el modelo contractual. Ello no significa que deba tratarse aquí de examinar, al mismo tiempo, la solidez del argumento en su contenido²⁸, sino tan solo de indagar de forma algo más detallada en su estructura. En este sentido resulta relevante, como ya se ha señalado, que para Hegel el reconocimiento es —en la tradición de Fichte— requisito de la condición de persona y especialmente de la autoconsciencia. En términos modernos, se trata aquí de la identidad del yo²⁹ (*Ich-Identität*), esto es, de un nivel absolutamente distinto de interacción que el de la relación contractual: personas aún no formadas se relacionan entre ellas de forma voluntaria, sin embargo, la relación de reconocimiento requiere el haberse-hecho-persona (*Personwerden*). Y el haberse-hecho-persona, con la consecuencia de tener la posibilidad de celebrar contratos, está condicionado por la relación de reconocimiento. El contrato «certifica, concretiza y corporeiza» la por él requerida relación de reconocimiento³⁰.

Pero no sólo existe este doble nivel psicológico de relación de condicionalidad. Como consecuencia de esta relación de condicionalidad también se

²⁷ Véase ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, vol. 1, Stuttgart, 1840, p. 53.

²⁸ Sobre ello también SEELMANN (nota 23), pp. 228 y ss.

²⁹ Al respecto KRAPPMANN, «Neuere Rollenkonzepte als Erklärungsmöglichkeit für Sozialisationsprozesse», en AUWÄRTER/KIRSCH/SCHRÖTER, *Seminar: Kommunikation, Interaktion, Identität*, Frankfurt a. M., 1976, p. 316.

³⁰ SIEP, «Intersubjektivität, Recht und Staat in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts», en HENRICH/HORSTMANN (eds.), *Hegels Philosophie des Rechts*, Stuttgart, 1982, p. 266.

distinguen las dos formas de la interacción a través del distinto rigor de los argumentos de la autocontradicción que de ellas se derivan. Si el reconocimiento es condición de la autoconsciencia y de la interacción libre, entonces no se puede argumentar contra la necesidad de reconocimiento recíproco sin autocontradicción. Si, en efecto, la argumentación está destinada al buen funcionamiento de la interacción, entonces requiere precisamente el reconocimiento.

De este modo se alcanza, sin embargo, un tipo de argumento de la autocontradicción totalmente nuevo. Tanto en el argumento contractualista como en el legal se trata de una contradicción entre una declaración actual y una futura. La diferencia tan solo radica en que la declaración inicial estaría construida de forma distinta. Este tipo de argumento simple de la autocontradicción es siempre fácilmente rebatible: «Yo lo había pensado de otra manera». Por el contrario, si alguien quiere rebatir el argumento del reconocimiento, se produce una autocontradicción de principio: uno reconoce en ese mismo momento que, lo que rebate, lo rebate en tanto que lo reconoce. Quien argumenta contra el reconocimiento está presuponiendo el reconocimiento en la medida en que admite la posibilidad de argumentar y de interaccionar. De esta manera, este argumento cualificado de la autocontradicción ofrece, a través de su forma de argumentación, un fundamento más sólido que el del argumento simple de la autocontradicción.

¿Puede objetarse, no obstante, que en este sentido también se produciría un tipo parecido de autocontradicción en la violación contractual tan pronto como la elevación de la violación contractual como máxima de comportamiento también conduciría a una contradicción lógica? Éste es un importante argumento bajo la palabra clave «incumplimiento de promesa» en la doctrina del imperativo categórico de Kant³¹. En contra cabe objetar, no obstante, tres consideraciones.

En primer lugar, debe introducirse un requisito adicional, a saber, que la negativa del criminal de que su promesa inicial siga en vigor puede ser considerada generalizable en tanto que se celebren contratos. En tal caso debería suponerse que, en el futuro, el delincuente tan solo querría celebrar contratos con la condición de cumplirlos solamente cuando a él le beneficiaran. Esto resulta dudoso. El mismo Hegel lo tuvo que reconocer, pues su argumento legal partía en última instancia de la base de que todo hombre, en tanto que ser racional, afirma de forma concluyente el carácter universalizable de las máximas subyacentes a sus actos.

En segundo lugar, sería necesario —siempre que quiera alcanzarse el rigor de una autocontradicción lógica— que se hubiera emitido una efectiva promesa. Una construcción contractual hipotético-normativa no sería

³¹ KANT (nota 7), pp. 29 y ss.

suficiente. Pues ¿por qué debería obligarme a mí algo que tan solo *debería prometer* ante el peligro de una autocontradicción lógica?

En tercer lugar, aún no tendríamos, incluso habiendo supuesto todo eso, ninguna autocontradicción lógica. La máxima según la cual la promesa de cumplimiento tan solo en caso de ser favorable lleva a la absoluta desvalorización de todas las promesas, requiere determinadas —cuando no probables— suposiciones ulteriores de tipo empírico respecto del comportamiento del tercero³².

La rigurosidad del argumento del reconocimiento ante el descubrimiento de una autocontradicción lógica no puede alcanzarse a través de las teorías contractualistas, por múltiples motivos.

5. CONCLUSIÓN

Las tentativas de legitimar la pena frente al delincuente trabajan necesariamente con un argumento de la autocontradicción. En la segunda mitad del siglo XVIII eran todas ellas variantes de una teoría contractualista. Sus déficits de fundamentación fueron percibidos en gran medida a finales de siglo. Ante ello, por un lado, hubo quien se liberó de los trasfondos fácticos mediante el abandono de las teorías contractualistas, optando en su lugar por las teorías del interés, y por otro, hubo quien se liberó de los trasfondos normativos y desarrolló nuevos tipos de argumento de la autocontradicción.

La teoría de la pena de Hegel presenta dos argumentos de la contradicción postcontractualistas diferentes: un argumento legal —que también podría llamarse argumento de la autosubsunción— apoyado en la tradición kantiana, que constata en el delincuente que se opone a la pena una contradicción entre una declaración inicial y una actual; aunque, en contraposición a las doctrinas contractualistas, la declaración inicial no es construida sobre un mero actuar concluyente, sino sobre la razón en el sentido de una necesaria capacidad de universalización. Frente a este primer argumento se encuentra, en la teoría de Hegel, un segundo argumento asumido y desarrollado por Fichte: el del reconocimiento. Este pretende fundamentar la necesidad de la pena de tal modo que el contradecir esa necesidad resulte contradictorio en sí mismo, porque el cuestionamiento requiere, a su vez, un «presuponer».

Es claro que con este último argumento Hegel anticipa lo que hoy se discute intensamente bajo el lema de la «fundamentación última pragmático-trascendental»³³. Pero, como siempre, en principio uno está, con Hobbes,

³² Así, correctamente, WILDT, *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, 1982, pp. 48 y ss.

³³ Sobre la pragmática trascendental, cfr. tan solo los trabajos publicados en KUHLMANN/BÖHLER (eds.), *Kommunikation und Reflexion - Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik. Antworten auf Karl-Otto Apel*, Frankfurt a. M., 1982.

a favor de suponerle el veredicto de la «injusticia» a la autocontradicción, pero entonces, y también como siempre, uno trata de rebatir la objeción de sacar una «conclusión intelectual errónea»³⁴ contra tal proceder: lo que aparentemente era un caso inequívoco de aplicación de la pragmática trascendental acaba mostrando sus deficiencias prácticas. En esta línea, también el argumento del reconocimiento de Hegel es, al fin y al cabo, dependiente de premisas prácticas. A saber: que un hecho delictivo realmente lesiona la relación de reconocimiento en el sentido de Hegel y que, dadas las circunstancias, la pena es un medio necesario e idóneo para el restablecimiento de la relación de reconocimiento. Por consiguiente, en el delincuente que se opone a la pena se da, sin duda, una contradicción. Pero, aun cuando Hegel ha precisado el argumento del comportamiento autocontradictorio en relación con el fundamento de la pena, con ello aún no se ha fundamentado que la pena sea un postulado de la justicia³⁵.

³⁴ ILTING, «Der Geltungsgrund moralischer Normen», en KÜHLMANN/BÖHLER (eds.), *Kommunikation und Reflexion - Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik. Antworten auf Karl-Otto Apel*, Frankfurt a. M., 1982, pp. 612 y ss.

³⁵ Con mayor detalle al respecto, SEELMANN (nota 23), pp. 228 y ss.

TERCERA PARTE
**PARADOJAS DE LA «PRIVATIZACIÓN»
DEL DERECHO PENAL**

CAPÍTULO VII

¿DEBERES DE GARANTE FUNDAMENTADOS EN EL DERECHO PRIVADO?*

Muchos de los que hablan de la unidad del ordenamiento jurídico se refieren con ello a un ideal que, por varias razones, no es tan fácil de realizar. En el tratamiento de las cuestiones prácticas sobre la dogmática jurídico-penal se manifiesta no infrecuentemente de modo apodíctico esta relación positiva relativa al concepto de unidad del ordenamiento jurídico, como si se utilizara el concepto a modo de argumento: por ejemplo, según entiende el BGH, un concepto puramente económico de patrimonio para el delito de estafa contradice la unidad del ordenamiento jurídico¹. Lo que está prohibido por el Derecho privado, no debería estar protegido por el Derecho penal. Por el contrario, en los discursos de la *teoría del Derecho* predomina cierto escepticismo en cuanto a si, dado el caso, puede lograrse algo más que una mera consistencia lógica del ordenamiento jurídico². Bien es verdad que este escepticismo se presenta con cierto desconsuelo. En lo que sigue quiero desplazar levemente el punto de vista y mostrar, por medio de un ejemplo, que la unidad del ordenamiento jurídico, entendida en un sentido no lógico, también puede tener sus defectos.

El ejemplo en cuestión se refiere a los deberes de garante fundamentados en el Derecho privado. En primer lugar, la *actualidad* del problema es tratada de forma breve a partir de un caso conocido por todos. A continuación, se dirán unas palabras sobre la historia de la subordinación de los deberes de garante al Derecho privado y el estado actual de la discusión, se señalarán algunas dificultades y, finalmente, se propondrá una posible solución.

* Traducción a cargo de Vicente Valiente Iváñez (el traductor agradece a Juan Pablo Montiel los comentarios).

¹ Cfr. solo SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*, § 263, nm. 83.

² PEINE, *JZ*, 1990, pp. 201, 209.

1. INTRODUCCIÓN: LA ACTUALIDAD DEL PROBLEMA DE LA MANO DE LA SENTENCIA DEL CASO *LEDERSPRAY*

Pocas resoluciones del BGH en materia penal han tenido una repercusión comparable a la resolución del caso *Lederspray*³ (o el caso *Erdal*). Esta sentencia se refería a la obligación de retirar los productos sospechosos de entrañar un peligro para la salud después de su venta. De forma general, se recibió con asombro que el BGH —¡nótese que en Derecho penal!— abandonara en la práctica la exigencia de una clara causalidad entre el uso del aerosol y los daños para la salud y considerara suficiente la correlación positiva.

En un principio, pasó inadvertido que, tras este aspecto de la resolución del BGH, la decisión se prestaba, al mismo tiempo, a modificar de manera expresa el núcleo esencial de la dogmática de los deberes de garante. Ello afectó tanto a la clase de deberes de garante invocados, como a sus requisitos. Además de la injerencia por la que se crea un peligro con el actuar precedente, se hizo referencia al dominio de una fuente de peligro; según la opinión del BGH, «mucho inducía a pensar» que también son aplicables al Derecho penal los deberes de responsabilidad por el producto derivados del Derecho privado. Todo esto sorprendió por varias razones: con la injerencia, el BGH renunció al requisito de la antijuridicidad del actuar precedente⁴. Con el dominio de una fuente de peligro se renunció a la pertenencia del hecho peligroso al círculo de organización de quien tiene el deber de actuar y con la referencia a los deberes de responsabilidad por el producto derivados del Derecho privado se renunció al establecimiento de un filtro jurídico-penal en la fundamentación de tales deberes. En todos estos puntos la jurisprudencia más reciente del BGH sobre los deberes de garante jurídico-penales se aproxima a los presupuestos de la responsabilidad del Derecho privado: como se verá más adelante, a los presupuestos de la responsabilidad de los deberes de tráfico.

Ahora bien, ¿es realmente nueva esta accesoriedad con respecto al Derecho privado respecto de los deberes de garante jurídico-penales?

2. LA HISTORIA DEL PROBLEMA

El recurso por parte de la dogmática de los deberes de garante al Derecho privado en particular, tiene una larga historia, como también sucede con su crítica. Feuerbach, uno de los primeros autores que a comienzos del si-

³ BGHSt, 37, p. 106.

⁴ Sobre esta renuncia, véase KUHLEN, *NStZ*, 1990, pp. 566, 567 y ss.; SAMSON, *Strafverteidiger*, 1991, pp. 182, 184.

glo XIX se ocupó de manera sistemática de los deberes de garante, fue de los pocos que hizo derivar deberes de los contratos y de la ley para fundamentar suficientemente la omisión punible⁵. En lo sucesivo, se entendió por deber legal, en particular, un deber de asistencia familiar legalmente reforzado. De esta forma, la dogmática de los deberes de garante fue elaborada principalmente por el Derecho privado a través de los conceptos de «contrato» y «ley».

La crítica al respecto giró sobre dos ejes: sobre todo, en los años treinta del siglo XX las llamadas teorías materiales del deber jurídico propagaron una separación del Derecho privado⁶. Estas teorías materiales del deber jurídico rechazaban toda limitación formal que no procediese de los deberes jurídico-penalmente reforzados, y postulaban una construcción *ad hoc* de deberes relevantes para el Derecho penal a partir de una concepción natural. Estos deseos de «liberación del Derecho penal respecto del pensamiento civilista»⁷ no excluían al Tribunal Supremo del *Reich* que, evidentemente, no sin ciertos reparos pero con el espíritu de la época a las espaldas, creó deberes de garante a partir de una «estrecha comunidad de vida»⁸.

Fue un Derecho penal que se despojó de las cadenas del Derecho privado para poder dar finalmente entrada a todo lo que era socialmente dañino y reprochable; es decir, desde hacía tiempo existía una corriente crítica respecto a una dependencia del Derecho privado. Los incumplimientos contractuales no deberían tener la fuerza de convertir una conducta penalmente irrelevante en una conducta punible. Como señaló Kohlrausch, «el incumplimiento de una promesa no puede convertir a nadie en asesino»⁹.

3. EL ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS DEBERES DE GARANTE

La derivación de los deberes de garante jurídico-penales del Derecho privado nunca fue pacífica. En el periodo de la postguerra hubo repetidos esfuerzos por contrarrestar el mero traslado de dichos deberes del ámbito del Derecho privado y que buscaban desarrollar determinados criterios materiales —como se dijo, penales— de los deberes jurídicos. Pronto surgió algo parecido a un consenso: los deberes de garante relevantes en el Derecho penal debían determinarse alternativamente por medio de dos criterios:

⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts* (ed. Mittermaier), 14.^a ed., Giessen, 1847, § 24.

⁶ SAUER, FRANK-FG I, Tübingen, 1930, p. 202; KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau-Neukirch, 1933 (StrAbh. H. 317).

⁷ BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin, 1938.

⁸ RGSt, 69, 323.

⁹ KOHLRAUSCH, StGB, 29.^a ed., Vorb. I 36, 14.

o bien debería subyacer una responsabilidad por el peligro (*Gefahrverantwortlichkeit*) —los denominados deberes de aseguramiento—; o bien debían fundamentarse en una relación de confianza entre quien omite y la víctima, hablándose entonces de deberes de amparo (*Obhutspflichten*)¹⁰. Todavía hoy se discute si con ello se ha dado con un criterio de clasificación y a la vez de delimitación, o si también se están designando fuentes de deberes de garante idóneas¹¹, no obstante con ello pareció comprenderse lo específicamente jurídico-penal de tales deberes y mantenerse frente a categorías tales como «contrato» y «ley».

Entretanto, surgen grandes dudas acerca de si realmente se ha proporcionado un poder independiente del Derecho penal. Y no solo esto: también despierta cierto escepticismo la idoneidad de criterios tales como «competencia por el peligro» (*Gefahrzuständigkeit*) y «confianza» (*Vertrauen*), en tanto limitadores del ámbito de los deberes de garante aceptables en un Estado de Derecho. Ambos problemas están relacionados: como se puede ver, por medio de estas categorías no se trata de superar la subordinación de los deberes de garante jurídico-penales al Derecho privado. Simplemente es una adaptación al *nuevo* Derecho privado. Y puesto que el *nuevo* Derecho privado se dispone a ampliar en lugar de restringir el ámbito de los deberes jurídicos, también los deberes de garante están perdiendo sus contornos tradicionales. Sin embargo, con la creación de los criterios de la competencia por el peligro y de confianza no se ha añadido nada específicamente jurídico-penal a los deberes del Derecho privado. Los deberes jurídicos derivados de estas fuentes son de hecho idénticos a los deberes desarrollados por el *nuevo* Derecho privado. Los denominados deberes de aseguramiento muestran una sorprendente similitud con los deberes de tráfico del Derecho civil; y los que en Derecho penal se denominan deberes de amparo difícilmente pueden diferenciarse de lo que es objeto de discusión en el nuevo Derecho privado y que ha se dado en llamar «autovinculación sin contrato» u obligación cuasi-contractual. En este sentido, ni el criterio de «competencia por el peligro» y ni el de «confianza» han establecido para el Derecho penal barreras frente a los deberes jurídicos derivados del Derecho privado, ni estos deberes han sido reemplazados por deberes específicamente *penales*. Muy al contrario, los deberes de garante jurídico-penales se han aproximado más de lo que ya estaban a los deberes jurídicos de carácter privado, en ocasiones sin reparar en ello. Mostraré brevemente esta quizá sorprendente afirmación de la mano de los dos tipos de deberes de garante que gozan de mayor consenso: los deberes de aseguramiento y los deberes de amparo.

¹⁰ Terminología de SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch AT*, nm. 16/38, pp. 40 y ss.

¹¹ Para más detalle, SEELMANN, *AK-StGB*, vol. I, 1990, § 13, nm. 31 y ss.

4. LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO PRIVADO

4.1. Deberes de tráfico

Los deberes de tráfico del Derecho privado imponen a los responsables del peligro el deber de tomar las precauciones oportunas para evitar daños a terceros, al menos cuando el peligro excede el riesgo general de la vida¹². Desde el punto de vista del deber de tráfico se incluyen por el momento los casos de responsabilidad (*Zustandshaftung*) por cosas o personas peligrosas. Pero también el propio actuar precedente peligroso, la llamada «injerencia», aparece entretanto como una subclase de los deberes de tráfico tratados por el Derecho de daños (*Deliktsrecht*)¹³. En resumen, puede leerse a Christian von Bar cuando se refiere a la protección general de tráfico jurídico por medio de una «cláusula general parcial de protección y compensación frente a las lesiones indirectas de derechos y de bienes jurídicos»¹⁴.

Como muestra el repaso a la dogmática jurídico-penal más reciente, estas consideraciones han sido abordadas de forma rápida y elemental. La fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal en deberes de tráfico vuelve a tropezar con los conocidos argumentos del Derecho privado. También las razones para la limitación de la responsabilidad se asumieron de forma consecuente: ello se observa claramente en relación con el efecto de disminución de la responsabilidad cuando es la víctima la que crea un riesgo especial, tal como recogen los manuales de Baumann/Weber y del propio Jakobs¹⁵. Del mismo modo, la jurisprudencia del BGH en materia de injerencia, en la que hasta ahora se hace difícil encontrar un hilo conductor, puede descifrarse sin esfuerzos a partir de este código. Se hará referencia a dos casos de manera breve: *en uno de ellos*¹⁶, una víctima ebria se tambaleó delante de un coche que terminó arrollándole sin que el conductor se ocupara de ella. El BGH desestimó la existencia de homicidio doloso en comisión por omisión. Si se analiza en detalle, la fundamentación consta de dos partes: un comportamiento conforme a Derecho que incrementa el peligro crea un deber de garante, solo si frente a él uno mismo no puede protegerse de manera suficiente, como ocurre en el tráfico rodado. En esto rige una excepción: cuando existe concurrencia de culpas con la propia víctima respecto de la lesión. Existe *otra resolución*¹⁷ del BGH estructural-

¹² LARENZ, *Schuldrecht*, II, 12.ª ed., München, 1981, p. 612; JAKOBS, *Stafrecht AT*, 2.ª ed., Berlin/New York, 1991, p. 29/42 [existe traducción al español a cargo de José SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y otros, en JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. corregida, Marcial Pons, 1997 (NT)].

¹³ MERTENS, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. III/2, 2.ª ed., 1986, § 823, nm. 187 y ss.

¹⁴ C. VON BAR, *JuS*, 1988, pp. 169 y ss.

¹⁵ BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª ed., Bielefeld, 1985, p. 250; JAKOBS (nota 12), p. 29/42.

¹⁶ BGHSI, 25, 218.

¹⁷ BGHSI, 23, 327.

mente similar: un sujeto derribó a otro en legítima defensa sin preocuparse posteriormente por el herido que estaba a punto de fallecer. Tampoco aquí se pronuncia el BGH sobre si el actuar precedente por injerencia tiene que ser antijurídico. No obstante, y como resultado de ello, se desestimó la existencia del delito de omisión de garante. Nuevamente, pueden entrecruzarse las siguientes consideraciones no expuestas de manera expresa: quien actúa de manera justificada todavía puede ser sujeto de un deber de garante según la intensidad del peligro, salvo que la víctima tenga que responder por la lesión, como ocurre con el agresor en una situación de legítima defensa. Por lo demás, solo así podría explicarse de manera sistemática y consecuente que a nadie se le ocurriría de entrada descartar un deber de garante en el caso de una justificación por estado de necesidad. La *jurisprudencia* penal en materia de injerencia deduce tanto el fundamento de la responsabilidad como el límite de la misma directamente de la figura de Derecho privado de los deberes de tráfico.

4.2. Autovinculación sin contrato

Lo apuntado para los deberes de aseguramiento sobre su dependencia del Derecho privado es válido también para los deberes de amparo. Es decir, también estos deberes son tomados en la moderna dogmática jurídico-penal de la dogmática del Derecho privado, donde son tratados como «obligaciones cuasi-contractuales». Una autovinculación sin contrato es propuesta por Köndgen para los casos de «expectativas legítimas»¹⁸. El Derecho privado ha desarrollado diferentes criterios en relación con el viejo principio «*venire contra factum proprium*» que deberían ayudar a determinar la existencia de una «expectativa legítima». Gran importancia tendrá aquí la cognoscibilidad por parte del destinatario del comportamiento basado en la confianza¹⁹. Pero puesto que no se trata simplemente de expectativas, sino de la legitimidad de las mismas, se requerirán «inversiones de confianza» en el Derecho privado²⁰.

Si se intenta aplicar este tipo de criterios a los deberes de garante jurídico-penales, entonces uno puede volver a reconstruir de esta manera la moderna dogmática jurídico-penal. Así lo mantiene Schultz para la justificación de los deberes de amparo, cuando en quien tiene expectativas no concurre ninguna imprudencia relativa «a un resultado que acaece a partir de la deficiencia de quien lleva adelante la actuación»²¹. Así, desde un punto de vista jurídico-penal, las «inversiones de confianza» tienen importancia en la medida en que quien confía, justamente sobre la base de esa confianza,

¹⁸ KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, pp. 116 y ss.

¹⁹ ROTH, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2, 2.^a ed., 1985, § 242, nm. 297.

²⁰ TEUBNER, *AK-BGB*, vol. 2, 1980, § 242, nm. 31, con ulteriores referencias.

²¹ M. SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, Berlin, 1984, p. 270.

omite la puesta en marcha de medidas de protección y vigilancia²². Después de todo, se está retomando el concepto de confianza de la Sociología del Derecho de Luhmann: por tanto, puede tenerse derecho a una expectativa cuando la misma se ha estabilizado socialmente en quien la tiene o cuando su destinatario haya esperado, a su vez, este tipo de expectativas²³.

Si comparamos esta evolución con la tradicional dependencia del Derecho privado de los deberes de garante, en categorías como «contrato» y «ley», entonces algo debería estar claro: la dependencia no ha disminuido, sino que se ha hecho más fuerte. A menudo el contrato y la ley se incluyen en la discusión jurídico-penal con especiales cautelas. Solo eran tenidos en cuenta deberes contractuales de un peso considerable y deberes legales de gran trascendencia. Ahora, en cambio, los deberes del Derecho privado son asumidos directamente por el Derecho penal.

5. EL DISTANCIAMIENTO DE LOS CRITERIOS DEL DERECHO PRIVADO RESPECTO DEL DERECHO PENAL

Quizá se pregunten ahora qué hay de objetable en ello. Pues, ¿no es acaso plausible, desde el punto de vista de lo que al comienzo llamamos «concepto de la *unidad del ordenamiento jurídico*», que distintos órdenes jurídicos partan del mismo concepto de deber jurídico? Para hacer inteligible mi escepticismo al respecto, se requiere todavía una descripción más detallada de los antecedentes presentes en la historia del pensamiento, relativos a la fundamentación de algunos de los recientes deberes jurídicos del Derecho privado. Von Bar entiende los deberes de tráfico del Derecho privado como «una transferencia del ideario de la responsabilidad por la puesta en peligro a la responsabilidad por la negligencia»²⁴. Por tanto, ya no se trata de la responsabilidad por las propias acciones, sino de una serie de otras consideraciones que justifican la responsabilidad. Debe ser responsable, por ejemplo, quien obtenga ventajas intangibles o económicas del peligro o quien mejor pueda asegurarse frente a él. Muy parecida es la situación relativa a las obligaciones cuasi-contractuales. Para la protección de la confianza debe justificarse una responsabilidad cuasi-contractual objetiva e independiente de la voluntad. Por ende, en los dos ámbitos existen múltiples consideraciones de justicia que subyacen a los fundamentos de la responsabilidad. Hay que guiarse por la capacidad de la persona responsable, por la necesidad de protección de la víctima, por una óptima distribución de la responsabilidad en la sociedad y por muchas otras consideraciones.

²² ARZT, JA, 1980, pp. 652 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, StGB, § 13, nm. 27.

²³ BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, pp. 169 y ss.

²⁴ C. VON BAR, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schulrechts*, vol. II, 1981, p. 1715.

En cambio, el Derecho penal, del que por lo demás se espera capacidad para dirigir conductas, siempre se ha interesado por la responsabilidad individual de los autores. Por consiguiente, estuvo y está en cierta relación de proximidad con las formas de responsabilidad orientadas a la voluntad y a la culpabilidad en otras ramas del ordenamiento jurídico. Ello es válido para el clásico Derecho de daños, dado que muestra similitudes con los requisitos de imputación del Derecho penal. También es válido para el Derecho de los contratos, pues precisamente su aparición fue determinada por medio de la imputación a la voluntad propia del idealismo alemán. Estas similitudes estructurales ponen también de manifiesto por qué tradicionalmente los presupuestos de la responsabilidad en el Derecho privado y en el Derecho penal fueron diferenciados de forma cuantitativa: bienes jurídicos especialmente importantes y lesiones especialmente graves de bienes jurídicos deben estar comprendidas tanto por el Derecho privado como por el Derecho penal. Pero si se comparan los ya tradicionales, y hasta hoy respetados, presupuestos de imputación jurídico-penal con los de una parte del Derecho privado moderno, entonces llama la atención lo siguiente: se trata, por un lado, de una responsabilidad individual y de una culpabilidad vinculada a un reproche ético-social y, por el otro, se trata, además, de justicia distributiva.

6. DIFICULTADES EN LA IMPUTACIÓN

De esta forma se muestra la diferencia que presenta el Derecho penal tradicional respecto a aquellos presupuestos de la responsabilidad civil que son ahora asumidos por el Derecho penal en *un* concreto ámbito, a saber, el de los deberes de garante. Con ello todavía no se han dado las razones de por qué esta rama debe desprenderse de sus presupuestos clásicos de imputación y, uniéndose a las nuevas tendencias, hacer suyos los presupuestos de responsabilidad civil, independientes del comportamiento defectuoso. Al respecto, la objeción señala que la asunción de los fundamentos de la responsabilidad del Derecho privado por parte de la dogmática de los deberes de garante conllevaría dificultades de imputación para el Derecho penal. Si se sigue la dogmática jurídico-penal moderna, entonces el garante responderá según un programa de control jurídico (*rechtliches Steuerungsprogramm*) muy diferente, precisamente como el del Derecho privado. Se le reprochará al garante no haber interrumpido el proceso ya puesto en marcha hacia la lesión de un bien jurídico cuando hubiese debido hacerlo en virtud de una proximidad organizativa o institucional o por la confianza existente²⁵. La imputación jurídico-penal se orienta aquí según estándares sociales, como la competencia o la confianza, que van variando constantemente debido a los cambios en las condiciones sociales marginales. Se revela aquí cierta simili-

²⁵ Sobre estas categorías, JAKOBS (nota 12), 29/28 y ss.

tud con la accesoriedad administrativa, como ocurre por ejemplo con el Derecho del medio ambiente. Con la accesoriedad administrativa el Derecho penal pasa a depender de los reglamentos y los actos administrativos, que hoy dicen una cosa y mañana dicen otra y cuyo contenido será determinado por el respectivo principio de eficacia administrativa. La accesoriedad del Derecho privado respecto de los deberes de garante jurídico-penales actúa en su orientación sobre la competencia por el peligro y la confianza de forma variable y a partir de objetivos, pero también adolece de una ambigüedad difícilmente tolerable en materia penal. Sin embargo, esto conlleva que, a diferencia de lo acontecido en el modelo penal clásico, la respectiva imputación no se imponga como evidente, sino que se presente como un acto que ha de efectuarse una vez acaecido el hecho (*post factum*). Únicamente esta explícita adscripción según criterios de eficacia es lo que saca al autor del círculo de intervinientes en el conflicto (*Konfliktbeteiligten*). Por tanto, lo adscrito lo será según criterios que, debido a otras consideraciones de eficacia procedentes del Derecho privado quizá no menos convincentes, podrían haber sido diferentes. Esta falta de certeza en la imputación, que sin embargo puede ser considerada como necesaria para un reproche ético-social, trae consigo problemas. Tal y como se formula en la actualidad, el hecho en el caso de un delito de omisión podrá normalmente «aclararse dejando al margen al autor»²⁶.

7. LA EXIGENCIA DE COHERENCIA

Por supuesto, también en este caso se suele preguntar: ¿No debería el Derecho penal tolerar estos problemas de imputación? ¿No es acaso el precio por la adhesión a una dogmática moderna, el precio también por el mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico? Claramente, la creciente importancia de los delitos de omisión es un fenómeno de la sociedad moderna²⁷. El aumento, por un lado, de la administración de servicios por parte del Estado, y, por el otro, de la prestación de servicios por parte del sector privado en un ámbito que anteriormente correspondía al sistema de previsión de asistencia social, redundan en fenómenos tales como el aumento de la división del trabajo y la automatización: cada vez es más difícil que el particular pueda corresponder a las incumbencias propias de protección frente a riesgos generales o al cuidado de quien está a su cargo, teniendo, por tanto, que transmitirlo a otras partes. Pero también la reorientación socialmente planificada de la intervención de la administración pública intensifica la cuestión sobre los respectivos deberes de acción de la generalidad o de los particulares. Por ende, en el Estado moderno se expande la importancia

²⁶ JAKOBS, *ZStW* (89), 1977, pp. 2 y ss.

²⁷ Sobre lo que sigue, más detalladamente, SEELMANN, *AK-StGB*, § 13, nm. 7.

político-criminal de los delitos de omisión (¿dónde cambian los hechos, no tiene que cambiar también el Derecho penal?). Evocar en esta situación la parquedad de los criterios de imputación del Derecho penal clásico puede parecer anacrónico, abogar por detener el Derecho penal en la responsabilidad individual, incluso arcaico.

Por supuesto, puede discutirse largo y tendido acerca de si los problemas sociales típicos de finales del siglo XX, como por ejemplo la contaminación medioambiental o el abuso de estupefacientes, pueden afrontarse de manera sensata con los instrumentos de que dispone el Derecho penal. *Sin embargo*, una cuestión completamente diferente es si ahí donde el legislador se ha decantado por abordar penalmente el problema no tendría que exigirse por parte de la ciencia jurídica un mínimo de coherencia que evite contradicciones valorativas. Después de todo, el Derecho penal contiene sanciones como el pago pecuniario al Estado o la privación de libertad, ambas vinculadas a un reproche ético-social, que configuran una combinación desconocida en otros ámbitos jurídicos. Los presupuestos de la imputación jurídico-penal tienen que ajustarse a tales consecuencias jurídicas. Cuando éstas son de carácter fuertemente intrusivo, y suponen además un reproche ético-social, solo pueden ajustarse a un sistema de imputación que se aplique a la responsabilidad individual de quien actúa. Es evidente que puede haber muchas buenas razones para modificar los presupuestos de imputación para ajustarlos a los nuevos avances de la sociedad y a los nuevos valores rectores, pero esto ha de tener efectos sobre las consecuencias jurídicas y ello por las mencionadas razones de coherencia: quien según criterios de eficacia imputa sin que exista un reproche, tiene que abandonar en este punto el Derecho penal. Quien a partir de razones preventivas, seguramente muy razonables, aboga por la conexión con los presupuestos de responsabilidad del Derecho privado, también tiene que considerar la proximidad a ese otro ámbito jurídico en relación con las consecuencias jurídicas. Quien por el contrario quiere para determinados ámbitos aferrarse a una sanción que suponga además un reproche ético-social, debería esforzarse también en la moderación habitual del Derecho penal respecto a los presupuestos de imputación.

8. CONSECUENCIAS SOBRE LOS DEBERES DE GARANTE DERIVADAS DE LA EXIGENCIA DE COHERENCIA

A partir de estas consideraciones sobre la coherencia, se tratará ahora de extraer consecuencias para la dogmática de los delitos de omisión. ¿Debe uno entonces alejarse de las sanciones jurídico-penales o recurrir nuevamente a los presupuestos de imputación tradicionales? Al respecto existe también desde hace tiempo una discusión a nivel internacional, a saber, si no se ha llegado muy lejos con la penalidad de los delitos de omisión en

algunos supuestos límite²⁸. No es necesario ser un abolicionista para experimentar ciertas dudas sobre la punibilidad de la tentativa en la omisión y de la omisión imprudente. Pero incluso quien no tenga fuertes motivos para exigir una pena, por buenas razones prácticas deberá tener cuidado a la hora de exigir una completa supresión de los denominados delitos de omisión impropia, como de hecho ocurre en Francia²⁹. El efecto inmediato sería el mismo que en este país. Los tribunales recurrirían en la etapa de la valoración de la prueba a destacar de manera expresa los aspectos de la acción para algunas situaciones de omisión o, formulado con mayor cautela, la frecuente transformación, jurídico-procesalmente condicionada, de la acción en omisión sería más excepcional. En ocasiones, el titular de un vehículo es considerado como omitente por no haber impedido que otro sujeto condujera, y ello por no poderse demostrar quién era el que conducía. A los médicos no se les condena por una conducta defectuosa activa, sino por la omisión del tratamiento indicado. Si bien los responsables en determinados ámbitos pueden ser sospechosos de haber cometido determinados hechos punibles, puede ocurrir que lo único susceptible de prueba sea el hecho de no haber impedido delitos de otros. No se ofenderá a los tribunales si se ve con recelo que, a falta de la punibilidad de la omisión, se pueda realizar una interpretación amplia de alguna que otra situación probatoria.

Sobre todo, resulta conveniente por esas razones prácticas no lograr la coherencia entre los presupuestos y las consecuencias del hecho punible en los delitos de omisión a partir de eliminarlos del Derecho penal. Antes bien, la coherencia se garantiza con el regreso a los criterios de imputación jurídico-penal tradicionales. Sin embargo, ¿cómo se determina un auténtico esquema de imputación jurídico-penal? Tal y como se indicó, éste viene condicionado por las consecuencias jurídicas reprobatorias. Quien reprocha presupone la responsabilidad individual; y quien reprocha tan enérgicamente, como ocurre con una sanción jurídico-penal, presupone una responsabilidad individual muy grave. En la filosofía de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX surgió el concepto de deber jurídico y de Derecho orientado a este tipo de responsabilidad.

9. EL CONCEPTO DE DERECHO ADECUADO AL DERECHO PENAL

Ello no implica —y esto deberá servir para tomar nota de los malentendidos— tener que retornar a la *dogmática de los deberes de garante* de

²⁸ Cfr. solo las Conclusiones del Congreso Internacional de Derecho penal de 1984 en *ZStW* (97), 1985, p. 732.

²⁹ Sobre esto JESCHECK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin, 1988, p. 553 [existe traducción al español de esta edición a cargo de MANZANARES SAMANIEGO en JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Comares, Granada, 1994 (NT)].

principios del siglo XIX. En este sentido, no debiera postularse un regreso a Feuerbach, esto es, un regreso a los deberes de garante derivados de la ley y el contrato³⁰. Como se desprende de lo ya expuesto, con ello no se habría avanzado nada en relación con un concepto jurídico-penal de deber jurídico y de Derecho. Todos los deberes jurídicos que se discuten en el Derecho privado moderno se reducen precisamente a la ley y al contrato. Los deberes de tráfico del Derecho de obligaciones moderno han sido desarrollados por el BGB (Código Civil alemán), en sus §§ 823 y 831 y siguientes. Tampoco la responsabilidad cuasi-contractual será entendida —o quizá rara vez lo sea— como un nuevo tipo de responsabilidad. Antes bien, de lo que se trata es de adaptarla con motivo de una redefinición del concepto de contrato.

Por ello, no ha de exigirse un retorno a la *dogmática de los deberes de garante* de principios del siglo XIX, sino que la moderna dogmática de los deberes de garante ha de reclamar el *concepto de Derecho* desarrollado en aquella época.

El concepto de Derecho al que aquí se hace referencia no surgió por casualidad al tiempo que lo hizo el inicio del tratamiento científico del Derecho penal desde la perspectiva actual. Se trata de un concepto de Derecho que surge en el siglo XVIII con un objetivo muy concreto: el de una demarcación respecto de la moral y, unido a ello, el de la búsqueda de criterios de legitimación de la coerción estatal. Esta coerción únicamente debe emplearse para posibilitar las mismas esferas de libertad a todos los ciudadanos, esto es, para optimizar la libertad. No debe ser tarea del Derecho imponer forzosamente una determinada concepción moral sobre el comportamiento correcto. Una vez aceptado esto, solo podían ser sancionadas las lesiones de la esfera de libertad de los otros; la consideración positiva para con los demás era solo una exigencia de la moral. Thomasius fue el primero en desarrollar esta concepción del mandato jurídico como mero mandato de no intervención³¹. También Kant diferenció entre deber jurídico y meros deberes morales, sobre la base de si de lo que se trata es de la prohibición de una injerencia en las libertades públicas o de la exigencia del bienestar de los demás³². Naturalmente, podría subestimarse a los autores de la época si se admite que para ellos los deberes jurídicos fueron siempre únicamente deberes de omisión y no deberes de acción. Ya Hegel había tratado y motivado de forma exhaustiva esta distinción según la cual, muy probablemente, también los deberes de acción son susceptibles de ser deberes jurídicos: esto puede ocurrir cuando alguien, por medio de un actuar precedente, se im-

³⁰ Así SEEBODE, en SPENDEL-FS, Berlin, 1992, pp. 317, 344.

³¹ THOMASIUS, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, Libro Primero, Cap. 4, §§ 89 y ss.; Cap. 5, § 24.

³² KANT, *Metaphysik der Sitten* (publicada por primera vez en 1797), edición de W. WEISCHEDEL, vol. IV, 1956, introducción a la Teoría de la Virtud.

pone a la responsabilidad de una omisión posterior³³. Cabe mencionar de pasada que incluso la fundamentación del Estado social moderno en estas premisas no tiene dificultad alguna. No obstante, los criterios de justicia distributiva, que superan estos límites de la responsabilidad de la acción, no deberían ser justificables, tal y como se evidencia con facilidad, al menos en el ámbito jurídico que distribuye los juicios de reproche ético-sociales. Ello también fue corriente entre los autores de fin de siglo. Binding sostuvo que «solo por medio de procesos causales puestos en marcha por uno mismo y no interrumpidos... es posible la causación por medio de la denominada omisión»³⁴. Es cierto que en la actualidad la formulación de la causación por medio de la omisión aparece como equivocada y absolutamente innecesaria para la teoría de la imputación. Sin embargo, la exigencia de concebir la omisión jurídico-penalmente relevante solo como la no interrupción de procesos causales puestos en marcha por uno mismo, es hoy esencial y en ningún caso obsoleta. En otras palabras, al igual que antes es necesario para el deber de garante una causalidad de lesión (*Verletzungs-Kausalität*) del actuar precedente. Solo *este* presupuesto es compatible con el concepto de la responsabilidad de la acción, sin la cual no puede formularse un reproche.

10. CONSECUENCIAS PARA LAS CUESTIONES ACTUALES DE LA DINÁMICA DE LOS DEBERES DE GARANTE

Déjenme extraer brevemente las consecuencias para una dogmática moderna de los deberes de garante orientada, no obstante, al concepto jurídico-penal de Derecho³⁵. Si se exige para cada deber de garante un actuar precedente responsable, entonces lo mismo tiene que regir para los deberes de aseguramiento y de amparo. En ambos casos, quien está sujeto a un deber tiene que haber puesto por medio de su actuar precedente la causa para la lesión posterior. En el caso de un *deber de aseguramiento*, el propio garante tiene que haber creado el peligro o haber asumido la responsabilidad de una fuente de peligro derivada de su actuar. En el caso de un *deber de amparo*, el garante tiene que haber asumido el cuidado frente a un peligro y, precisamente por esta circunstancia, quien estaba en peligro o quien se encontraba obligado a asumir el cuidado originariamente ha declinado —mediante su conducta— el amparo. Por tanto, con independencia de si se trata de una responsabilidad por una fuente de peligro, cualquiera que amenace con un daño inminente, o de la responsabilidad por un bien jurídico, sobre el cual pueda realizarse un peligro, en ambos casos el actuar responsable tiene que ser presupuesto para el posterior deber de actuar.

³³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (publicada por primera vez en 1820), edición de E. MOLDENHAUER/K. M. MICHEL, vol. 7, 1970, § 38, pp. 96 y ss.

³⁴ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 2, 2.^a ed., Leipzig, 1914, p. 588.

³⁵ Exhaustivamente, SEELMANN, *AK-StGB*, § 13, nm. 98 y ss.

En la actualidad es difícil la fundamentación de toda una serie de deberes de garante surgidos a partir de la accesoriedad directa del Derecho privado. Esto es aplicable para la mera competencia organizativa o institucional, como ocurre, por ejemplo, con motivo de la ventaja que se obtiene de tal competencia; también se aplica a la simple existencia de una relación de confianza. Las estrechas comunidades de vida, de vecinos, de vivienda, familiares o de peligro no pueden fundamentar por sí solas los deberes de garante jurídico-penalmente relevantes. Por ello, no puede considerarse a alguien garante por el hecho de haber heredado una determinada fábrica; más bien deberá demostrarse un actuar que pueda interpretarse como una asunción de la responsabilidad por el peligro. Uno no se convierte en garante porque otro haya cogido confianza; más bien, deberá demostrarse que un comportamiento razonablemente evaluado pueda dar la impresión de estar listo para la protección en casos de emergencia. Solo así pueden mantenerse los contornos de la cada vez más borrosa frontera entre el deber de toda persona de socorrer en los accidentes según el § 323c StGB y el deber de garante.

11. RESUMEN

Llego a la conclusión y resumo. Ciertamente, no es nada novedosa una dogmática de los deberes de garante que se hace depender de los fundamentos de responsabilidad del Derecho privado. Desde comienzos del siglo XIX se vincularon los deberes de garante a los contratos y a las leyes (por mucho tiempo en primera línea del Derecho privado). Paradójicamente, parte de la crítica condujo precisamente a una conexión más estrecha con el Derecho privado: los deberes de aseguramiento jurídico-penales son, en su mayor parte, idénticos a los deberes de tráfico del Derecho privado y los deberes de amparo jurídico-penales a la responsabilidad cuasi-contractual. De esto se derivan problemas de imputación para el Derecho penal que surgen de una contradicción: cuando el Derecho penal, respecto a sus deberes de garante, se hace dependiente de criterios de justicia distributiva, deja de ajustarse al reproche ético-social que se expresa en sus sanciones. Esto solo puede remediarse con la creación de un concepto de Derecho para el § 13 StGB que refleje la orientación a una sanción con carácter reprobatorio. Solo resulta posible un concepto de Derecho que vincule el actuar precedente a la responsabilidad de quién es destinatario de un deber. Este concepto de Derecho surgió en el cambio del siglo XVIII al XIX, junto a la teoría sistemática de imputación jurídico-penal. Es un concepto de Derecho que, si bien resulta de la prohibición de lesión, establece para ello deberes de actuar donde se ha creado o asumido un peligro por medio de un actuar responsable o donde otros han quedado indefensos o desprotegidos.

Considerando este concepto de Derecho y de deber jurídico específicamente jurídico-penal, poco parece quedar de la unidad del ordenamiento

jurídico. Pero esta impresión es posiblemente engañosa. Quizá sean diferentes los cometidos que tienen que cumplir los distintos órdenes jurídicos y que solo se mantienen unidos por un fin común. Este fin bien podría ser el mantenimiento de un reconocimiento, general y recíproco, del sujeto de Derecho como libre e igual. Con todo, si el fin del Derecho penal es, tal y como se repite continuamente, garantizar como *ultima ratio* la protección de los bienes jurídicos por medio del reproche, entonces ello tendrá efectos sobre sus presupuestos de imputación. Que dichos presupuestos sean más estrictos que en otros ámbitos jurídicos es solo el resultado de una ordenación de las tareas del Derecho penal en el conjunto del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO VIII

EL NO HACER COMO HECHO PUNIBLE. SOBRE LA CRECIENTE IMPORTANCIA Y EL POTENCIAL PROBLEMÁTICO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA*

La nueva Parte general contiene en su art. 11 StGB ** —por primera vez en el Derecho penal suizo— una regulación expresa de los delitos de omisión «impropia», en la que existe en su núcleo una enumeración ejemplificativa de las fuentes de los posibles «deberes de garante»¹. Ello es motivo suficiente para preguntarnos, en lo esencial, por el significado que tienen estos delitos en el moderno Derecho penal.

Desde luego que las omisiones ya eran castigadas en el Derecho hasta entonces vigente, especialmente en aquellos casos en que se estuviese obligado jurídicamente a actuar, por ejemplo de modo indiscutido en los denominados delitos de omisión «propia», como la omisión del deber de socorro del art. 128 StGB². También con anterioridad —y pese a las dudas respecto al art. 1 StGB³— era evidente el castigo por un tipo comisivo de aquel que, contrariando un deber especial, no evitaba el resultado típico⁴. Se hablaba entonces de un tipo de omisión impropia, debido a que no se encontraba

* Traducción a cargo de Juan Pablo Montiel.

** NT: en lo sucesivo de este artículo se emplea la abreviatura StGB para hacer referencia al Código Penal suizo.

¹ No puedo ocuparme aquí de esta lista que, de cara a la evolución de la dogmática de las últimas décadas, no ha permanecido incontrovertida. En detalle sobre esta cuestión, SEELMANN, *Strafrecht, Allg. Teil*, 3.^a ed., Basel, 2007, pp. 102 y ss. Cfr. también la referencias en HEINE, «Die Totalrevision des Schweizerischen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches - Entwicklung und Schwerpunkte im Vergleich», en ESER-FS, München, 2005, pp. 493 y ss., 503: «Empero, estos grupos de casos son discutibles, al menos en cuanto a su selección, de modo que pueden plantearse problemas a la hora de establecer los límites».

² Si respecto a estos preceptos se impone indebidamente una pena por un comportamiento inmoral, es algo que ha sido discutido en Suiza, a diferencia de lo que sucedió en Alemania. Sobre la historia del debate en Alemania, cfr. SEELMANN, *JuS*, 1995, pp. 281 y ss.

³ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I*, 3.^a ed., Bern, 2005, § 14, nm. 9.

⁴ Sobre el debate en el proceso legislativo suizo de finales del siglo XIX, cfr. STRATENWERTH (nota 3), § 14, nm. 8.

expresamente plasmada en un tipo legal. Incluso, la teorización de estos tipos comenzó ya (o quizá debería decirse «recién») con Feuerbach y Luden a comienzos del siglo XIX⁵. No obstante, estos delitos han desempeñado durante un largo tiempo un rol más bien marginal en la praxis y en la ciencia jurídica. Quizá también por ello estos delitos pertenecen a un ámbito del Derecho penal en el que todavía existen de un modo especial numerosos problemas irresueltos.

La recepción de una norma sobre la regulación del delito de omisión impropia en la nueva Parte general⁶ podría ser un indicio de que la percepción del grupo de problemas se está modificando. Claramente existen circunstancias que contribuyen a la importancia cada vez mayor del «no hacer como hecho punible». Este trasfondo será analizado en primer lugar (1). Supuestamente, esta creciente importancia práctica de los delitos de omisión es una razón por la que la jurisprudencia y la literatura se han vuelto especialmente generosas a la hora de elegir los criterios relativos a la aparición de deberes de acción, contrariando la moderación tradicional, basada en el liberalismo (2). Sin embargo, esta generosidad contrasta abiertamente con la percepción verdaderamente más aguda que existe actualmente sobre las dificultades de imputación que se presentan en la omisión (3). Estas dificultades no solo esclarecen relaciones subliminales de la punibilidad de la omisión con el debate en torno al futuro de las sanciones jurídico-penales y con las evoluciones en el Derecho procesal penal (4), sino que también señalan ciertas convergencias de las ramas del Derecho (5).

1. LA CRECIENTE IMPORTANCIA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Existen numerosos motivos que llevan a suponer que la relevancia práctica⁷ de la punibilidad de la omisión está en crecimiento:

Un *primer* motivo: especialmente la capacidad de acción del Estado también se ha vuelto cada vez más compleja en tiempos de escasez económica, su necesidad de legitimación aumenta y, por tanto, la necesidad de control se incrementa. También el sector privado de prestaciones se expande en las cifras relativas a la creciente división social del trabajo⁸. Por ejemplo, la

⁵ Un detallado panorama general de la evolución histórica en RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pp. 4 y ss.

⁶ Sobre la historia legislativa reciente, cfr. DE HALLER, «La commission par omission», en KUHN *et al.* (eds.), *La nouvelle partie générale du Code Penal suisse*, Bern, 2006, pp. 35 y ss.

⁷ Que también se intensifique el tratamiento del «no hacer como hecho punible» da cuenta del debate filosófico que tiene lugar en los últimos años a partir de BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart, 1995, y STOECKER, *Erkenntnis* (48), 1998, pp. 395 y ss.

⁸ Sobre el aumento de la importancia de los delitos de omisión impropia a partir del aumento de la división del trabajo, GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989, pp. 67 y ss.

previsión de la asistencia social a largo plazo ha sido tercerizada claramente a aseguradoras [«seguro de vida», «seguro de estudios» (*Ausbildungsversicherung*)]. También en los ámbitos privados y públicos los procesos productivos están cada vez más automatizados, de tal modo que aparecen inevitablemente diversos deberes de información del ciudadano frente al Estado y a prestadores privados de servicios. Así, por ejemplo, la repartición pública que abona los subsidios por hijo debe ser informada cuando los estudios concluyen, del mismo modo que debe comunicarse a la aseguradora el aumento del riesgo. Quien no se comporte de este modo podrá ser penado. Quien no se comporte así, podrá hacerse acreedor de una pena.

En segundo lugar deben ser atendidos aquellos deberes de acción jurídico-penales que, en tiempos de una fuerte división del trabajo, asumen cometidos asistencialistas. Allí donde con los cambios generales en la estructura social las familias y las comunidades vecinales (*dörfliche Gemeinschaften*) se han retirado ampliamente del cuidado y asistencia de sus miembros y las organizaciones profesionales se han hecho cargo de esta área (no rara vez con una atomización de los ámbitos de actividades), se produce una reproducción de los garantes que pueden lesionar un deber de acción. La interdependencia creciente en la sociedad conduce a que «la integridad de los bienes jurídicos del individuo dependa cada vez en mayor medida del comportamiento de terceros que controlan exitosamente los riesgos»⁹.

Sin embargo, y como *tercer motivo*, también la evitación de riesgos que asume el Estado y el sector privado ha cambiado y ha seguido las tendencias de la planificación social o de la precaución. También la infiltración policial, en tanto fuente de peligro, como por ejemplo con el empleo de agentes encubiertos (*V-Mann*), puede generar respecto de los directores de la policía deberes de acción, consistentes en impedir la comisión de delitos¹⁰; funcionarios públicos vinculados a la rama medioambiental de la administración pública pueden infringir, por su parte, un deber de acción por no impedir una contaminación medioambiental contraria a Derecho. Pero también empresarios que no retiran a tiempo del mercado un producto peligroso infringen un deber de acción y pueden ser penados como consecuencia de ello. En definitiva, cuanto mayor sea la predisposición general al riesgo, tanto mayor será la conexión de las personas individuales con los deberes de evitar riesgos.

Finalmente, *en cuarto lugar*, se presentan nuevas clases de problemas vinculados a la omisión a partir de la creciente intercambiabilidad¹¹ que

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 2003, p. 8.

¹⁰ Cfr. simplemente la Ley sobre investigaciones secretas de 20 de junio de 2003 con especificaciones, por ejemplo, sobre la extensión de las actuaciones permitidas (art. 10) y de los deberes de las autoridades (*Führungspersonen*) (art. 11).

¹¹ Al respecto, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a. M., 1974, p. 140, y WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz des Unterlassens*, Heidelberg, 1968, pp. 114 y ss.

puede darse, en sentido técnico, entre la acción y la omisión. El vigilante de una esclusa que antes podía ser penado cuando la abría con consecuencias arriesgadas para la vida de las personas, posiblemente deba ahora ponerlas en aviso de la inminente apertura automática de la esclusa o impedirla, lo cual estaría cubierto por un deber de acción. Sin embargo, también sucede lo mismo en los casos contrarios respecto de la omisión: donde un médico antes podía simplemente renunciar a realizar un tratamiento médico intensivo por resultar éste inútil, actualmente debe desconectar los aparatos con el mismo objetivo. Debido a que esta conducta, según el significado social, vale todavía como una omisión¹², ello implica que por esta vía la técnica también amplía el ámbito de la dogmática de la omisión.

A partir de todo ello no resulta nada sorprendente que justamente los aspectos especialmente neurálgicos y más fuertemente discutidos en la evolución del Derecho penal de los últimos años hayan estado conectados con la omisión: en el caso del personal bancario que no determina suficientemente la identidad del cliente y de este modo permite un lavado de dinero; en el caso de funcionarios corruptos que, por ejemplo, a cambio de dinero permiten que se consiga «hacer la vista gorda» en casos en los que se estaba obligado a actuar; en el caso de los titulares de negocios empresariales que no cumplen suficientemente con sus deberes de vigilancia o que fracasan en el establecimiento de sus dispositivos de seguridad; y, en definitiva, en el caso de todas las empresas que en la actualidad pueden incluso ser penadas como tales con motivo de una organización deficiente (aquí la cuestión estaría vinculada con la omisión imprudente)¹³.

Estos ejemplos quieren mostrar que el significado jurídico-político de las omisiones punibles se extiende a numerosos ámbitos de la vida. El interés de los medios marca la misma tendencia: los casos *Bührle*, *Von Roll*, *Mannesmann*, *Volkswagen*, *Swissair* son mencionados cada vez más por la opinión pública junto a las clásicas formas de «criminalidad aventurada» (*Abenteuerkriminalität*) o de criminalidad organizada, esto es, una criminalidad de autores integrados socialmente de la mejor manera, a los que se les reprocha, al menos, el no haber acatado suficientemente determinados deberes de control o de organización, o el no haber cumplido en la medida necesaria deberes de cuidado del patrimonio¹⁴. La criminalidad cambia también su cara en la opinión pública: junto al hecho activo aparece el hecho omisivo.

¹² Actualmente critica con razón esta opinión dominante BÄNZIGER, *Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht*, Zürich et al., 2006, pp. 58 y ss.

¹³ Sobre los elementos fundamentales de la omisión y de la imprudencia, PIETH, *ZStrR*, 2003, pp. 353, 363.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ (nota 9), p. 53, advierte, de cara a la ampliación de los delitos de omisión en el ámbito de los delitos empresariales y de los delitos de estructuras organizadas, el peligro de una extensión de la responsabilidad penal a la «*Vicarious liability*» anglosajona y a la «*responsabilité du fait d'autrui*» francesa, algo que resulta dudoso frente a los principios del Estado de Derecho.

Sin embargo, también la evolución despierta ciertas inquietudes. Ello lleva a que muchos autores teman no solo por un cambio en nuestra imagen de la criminalidad, sino también (mucho más allá de ello) por la conducción de nuestros modelos culturales de comportamiento en una dirección finalmente indeseada. El moderno Derecho penal orientado hacia la omisión —según Wolfgang Naucke— genera «una presión para comportarse en favor del prójimo», «castiga a quien se retrae bajo las exigencias de la solidaridad o bajo las expectativas de solidaridad de los miembros de la sociedad»; con los delitos de omisión se presenta «el Derecho penal como un instrumento moralizante de alto impacto»¹⁵. En resumen, enfatiza este autor: «La separación entre Derecho y moral desaparece»¹⁶. Incluso Hermann Lübbe teme, de cara al aumento de las posibilidades de influir en los procesos causales de la sociedad mediante la omisión, que la sociedad moderna acabe «tapiándose absolutamente» en esta penalización¹⁷. Según esta interpretación, los *derechos* de participación demandados reciben en la época moderna tardía su «*bête noire*», se liberan de su permanente sombra de los *deberes* de adaptación (*Anpassungspflichten*) que el Derecho penal está obligado a imponer.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DEBERES DE GARANTE

Ahora bien, ¿qué lleva a estos reproches? Desde una perspectiva tradicional, resulta perturbador que el aumento de la punibilidad de las omisiones ocasione una pérdida de carácter liberal, la cual procede de la filosofía política de la Ilustración y se ha desarrollado como uno de sus más importantes instrumentos la distinción entre el Derecho y la moral.

2.1. Punto de partida

En la nueva tradición europea de la ética —la cual se remonta a muy diversos autores, tales como Immanuel Kant y John Stuart Mill— se derivan ampliamente deberes de acción que son entendidos fundamentalmente como deberes jurídicos. Como consecuencia de ello, el Derecho cuenta con la posibilidad de prohibir lesiones, esto es, puede prohibir matar, hurtar, estafar a otros, etc. Sin embargo, el Derecho no puede exigir a otros una ayuda positiva. Ello sería, según esta comprensión enrolada en el liberalismo clásico, una injerencia inadmisible en la libertad individual y solo se estaría forzando de este modo a cumplir con deberes morales¹⁸.

¹⁵ Todas las citas en NAUCKE, *Strafrecht - Eine Einführung*, 10.^a ed., Neuwied, 2002, p. 293.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 294.

¹⁷ Reproduciendo los comentarios a la discusión, JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Handeln und Unterlassen*, Opladen, 1996, p. 32, nota 68.

¹⁸ Detalladamente sobre las ventajas y los problemas de esta idea, SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., München, 2007, § 3, nm. 27 y ss.

La única excepción que también se ha hecho tradicionalmente a partir de esta objeción se refiere al caso en el que mediante un comportamiento previo propio se asume la responsabilidad respecto a terceros. Por tanto, quien ha puesto en peligro a otro o lo ha lesionado, evidentemente debe también mantenerse activo desde esta perspectiva tradicional para evitar posteriormente el mal resultante. Quien se ha obligado contractualmente a realizar una determinada conducta, también desde esta perspectiva tradicional debe cumplir naturalmente con esa obligación. Aquí se trata de deberes indiscutidos, procedentes de una responsabilidad por el actuar y, por ende, procedentes de una responsabilidad asumida previamente mediante el propio comportamiento, y no de la solidaridad. Genuinos deberes de solidaridad no se aceptan de ningún modo en esta tradición, solo lo son los deberes de acción, bajo la condición de un vínculo propio de carácter contractual o con un delito precedente.

2.2. Las ampliaciones de los deberes de garante

¿De qué modo se han transformado actualmente estas limitaciones?

En cuanto al establecimiento de deberes especiales de acción —esto es, los deberes de garante—, éstos se han visto notablemente ampliados en las últimas décadas. Como ya se comentó, tales deberes pueden resultar compatibles con una concepción liberal-clásica de la fundamentación de los deberes, en la medida en que fueran asumidos mediante el comportamiento previo del propio omitente¹⁹. Actualmente se postula que ello es un provisorio punto final en la evolución, según la cual todos tendrían el deber de mantener su esfera de organización en un estado inocuo. De la *competencia por organización* por los peligros o de la *organización de una disminución de la protección* resultaría un deber especial del posterior omitente²⁰; y la lesión de ese deber —a diferencia del deber de socorro del art. 128 StGB que recae sobre toda persona— tiene como consecuencia la misma pena (dejando aquí de lado la rebaja facultativa de pena del art. 11, párr. 4, StGB) que si hubiese causado el respectivo resultado mediante una *conducta activa*. En cuanto a la dureza de la pena, también el significado social de los deberes de garante supera ampliamente al del deber de socorro de la omisión propia.

Observemos de cerca estos deberes derivados de la competencia por organización. Alternativamente se presuponen aquí como regla dos elementos: la competencia por el riesgo o un deber de protección derivado de la generación de confianza. En lo que respecta a la competencia por el riesgo, en el Derecho penal ésta se apoya *de facto* en la denominada «tasa de riesgo»

¹⁹ Al respecto SEELMANN, GA, 1989, pp. 241 y ss. [véase *infra* en este volumen cap. IX, «Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante» (NE)].

²⁰ JAKOBS (nota 17), p. 30.

(*Gefahrensatz*) del Derecho civil, aunque en ocasiones se habla también de «deberes de (seguridad en el) tráfico»²¹. Además, en el caso del deber de protección que surge como consecuencia de generar confianza, el Derecho penal se orienta igualmente al principio jurídico-civil «*venire contra factum proprium*», esto es, el principio de una autovinculación no contractual orientada por la generación de confianza, esto es, por una responsabilidad a partir de esa confianza²². ¿Qué significado práctico tiene esto?

Según los principios de los deberes de tráfico del Derecho civil, todo aquel que asume responsabilidad por un riesgo debe tomar precauciones para evitar lesiones a terceros, en la medida en que ese riesgo supera el riesgo normal de la vida. Bajo estos deberes de tráfico caen, por ejemplo, la denominada «injerencia» [art. 11, párr. 2, lit. *d*)], el riesgo generado por el propio comportamiento precedente, como por ejemplo el trabajar en los ferrocarriles de montaña²³ o en excavaciones²⁴, aunque también el poner a circular bienes, incluso cuando su peligrosidad solo se compruebe con posterioridad²⁵. Quien crea estos peligros debe realizar todo lo necesario para que otros no resulten lesionados. Junto a ello, también son mencionados en el Derecho penal los casos de responsabilidad por el estado (*Zustandshaftung*), relativa a estados peligrosos, como casas en ruinas o pistas de esquí irregulares, o relativa a personas peligrosas, como los niños propios. Para evitar la pena, quien resulta competente del peligro debe hacer todo lo posible para impedir la lesión de terceros. El Tribunal Federal* considera incluso suficiente la admisión de huéspedes por parte del dueño del local para que éste se encuentre obligado a impedir juegos de azar prohibidos penalmente²⁶. Además, el dueño del local —retornando aquí al Tribunal Federal— debe responder por los delitos que se cometen en su comercio, cuando toma conocimiento de ello y no adopta medidas²⁷, pues él tiene que

²¹ Cfr. la clara referencia a los deberes de información del Derecho civil en BGE 129 IV 119, 123 (gestión de eventos deportivos), al igual que en BGE 130 IV 7, 9f. (consulta médica por información sobre el historial previo de una lesión). En general, sobre los deberes de garantía por dominio de una fuente de peligro, cfr. DONATSCH/TAG, *Strafrecht* I, 8.^a ed., Zürich, 2006, § 30, 2112, pp. 308 y ss.

²² Indirectamente en el art. 11, párr. 2, lit. *a*) (comunidad de peligro), pero también frente a una confianza real en casos de un contrato no válido (al respecto, TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Zürich, 2004, p. 253) y además de ello en los deberes de garante derivados de la estrecha comunidad de vida [al respecto, STRATENWERTH (nota 3), § 14, nm. 25]. Extensamente sobre ello, SEELMANN, «Privatrechtlich begründete Garantenpflichten?», en SCHMIDT (ed.), *Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung?*, Berlin, 1994, pp. 85 y ss. (NE: cfr. *supra* pp. 117 y ss.)

²³ Entre otras BGE 101 IV 400; 103 IV 289; 125 IV 9.

²⁴ BGE 90 IV 246; 101 IV 31.

²⁵ Respecto a los problemas de la responsabilidad por el producto, cfr. SPITZ, «Strafrechtliche Produkthaftung - Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen?», BASEL *et al.*, 2001, con un detallado panorama de la jurisprudencia y la bibliografía.

* El autor se refiere al Tribunal Federal Suizo (NT).

²⁶ BGE 81 IV 201 y ss.

²⁷ BGE 96 IV 174 y ss.; 105 IV 176 y ss.

crear un dispositivo de seguridad para impedir accidentes²⁸. También quien gestiona solo contactos entre los eventos deportivos y los potenciales clientes debe preocuparse por la autorización oficial de la administración pública²⁹. Entretanto, también el Tribunal Federal establece la responsabilidad penal por organización del presidente del consorcio de empresas respecto al dispositivo de seguridad, cuando sus empleados —sin su conocimiento— cometen delitos³⁰.

El principio del deber de protección basado en la confianza se ha propagado igualmente desde el Derecho civil al Derecho penal y tiene repercusiones, entre otros, en el deber de garante derivado de la participación en una comunidad de peligro [art. 11, párr. lit. c)], en la asunción de la responsabilidad basada en la confianza —incluso cuando no se ha llegado a la celebración de un contrato—, o en la idea de una obligación a partir de una estrecha comunidad de vida. Como es sabido, el nuevo Derecho civil conoce de vínculos contractuales, más allá de una autovinculación jurídica, a partir del surgimiento de una denominada «expectativa legítima»³¹. Esta rama del Derecho ha desarrollado a partir de aquí criterios que deben permitir la determinación de la legitimidad de una expectativa. A ello pertenece el reconocimiento del comportamiento que fundamenta la confianza mediante el destinatario, así como las llamadas inversiones en la confianza (*Vertrauensinvestitionen*), las cuales —tal como se ha asumido en el Derecho penal— pueden consistir de modo negativo en la omisión de las medidas de protección y de vigilancia a partir de la confianza generada³². En este sentido, el Tribunal Federal considera ya desde hace tiempo que el montañismo realizado en conjunto resulta suficiente para fundamentar un deber³³.

2.3. Objeciones

Este desarrollo de los deberes de garante significa realmente para el Derecho penal —tomando como parámetro sus antiguas premisas del liberalismo clásico— un trastrocamiento de sus valores³⁴.

²⁸ BGE 125 IV 9, 13.

²⁹ BGE 129 IV 119, 123.

³⁰ BGE 122 IV 103; al respecto T. KOLLER, *SJZ* (92), 1996, pp. 409 y ss.

³¹ Sobre la evolución de la responsabilidad contractual en el Derecho civil, cfr. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Bern, 2006, § 52 (pp. 354 y ss.); también LOSER, «Die Vertrauenshaftung in der Praxis», en JUNG (ed.), *Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht*, Bern, 2007, pp. 23 y ss., quien sin embargo advierte que en el Derecho civil se habría entrado en una fase de consolidación aproximadamente a partir del año 2000 según las ampliaciones iniciales de la responsabilidad.

³² En detalle, al respecto, GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten?*, Berlin, 2001, pp. 39 y ss.

³³ BGE 83 IV 13 y ss.; 100 IV 211.

³⁴ Crítico con esta evolución, GRÜNEWALD (nota 32), pp. 119 y ss.

Desde una perspectiva liberal del Derecho penal existen fuertes dudas respecto a la fundamentación del deber de garante a partir de la competencia por organización. Aquí ya no se trata de una responsabilidad por el propio comportamiento, sino de diversas expectativas que fundamentan una responsabilidad distinta. En la elaboración de deberes de tráfico según la tasa de riesgo aparece una fundamentación de la responsabilidad respecto de aquel que extrae del riesgo beneficios ideales o económicos o que puede asegurarse contra el riesgo de la mejor manera. Algo muy similar sucede respecto a las obligaciones cuasi-contractuales. Precisamente, en interés de la protección de la confianza debe fundamentarse aquí una responsabilidad similar a la contractual que sea independiente de la voluntad y el consenso, como por ejemplo respecto a la estrecha comunidad de vida o también solo respecto a específicas comunidades de necesidad. En ambos terrenos existen variadas expectativas de justicia que se encuentran en el trasfondo de estos fundamentos de la responsabilidad³⁵. Uno podría orientarse por la capacidad de rendimiento del responsable, la necesidad de protección de la víctima, el adecuado equilibrio de intereses, por la apropiada asignación de riesgos y por la distribución óptima desde un punto de vista económico de la responsabilidad en el conjunto de la sociedad.

En el moderno Derecho penal se habla de una competencia por organización³⁶ como fundamento de los deberes de acción, que se esconderían detrás suyo. La pregunta por si alguien es «competente» se determina normativamente, esto es, según puntos de vista ajenos al Derecho penal. En sociedades rudimentarias y en situaciones triviales puede coincidir el ámbito de organización de una persona con aquel microcosmos social que ha sido configurado por uno mismo. En este caso —y solo en este caso— puede la competencia por organización coincidir con la responsabilidad por el comportamiento y, por tanto, con los presupuestos clásicos de la imputación. Quien, como entiende Jakobs, mediante el movimiento de su cuerpo amenaza con «hacer añicos» a un niño debe evitar comportarse de este modo con motivo de la protección de la libertad³⁷. Ya el ejemplo nos muestra que uno puede tomarse bastante tiempo para buscar este tipo de casos sencillos, pese a lo cual sigue dando la impresión de ser rebuscados. Empero, cuanto más complejamente se desarrolle la sociedad, cuanto más evolucionada sea la automatización de los procesos sociales, tanto más se estará introduciendo una persona con su ámbito de organización en los ámbitos de organización ajenos, no habiendo prácticamente nada más por lo que aquella fuera *competente* en el sentido de la necesidad de intervenir activamente. Ahora bien, de quererse aceptar

³⁵ Incluso en el Derecho civil se ha visto el riesgo de que «la responsabilidad basada en la confianza abra la puerta de par en par a la arbitrariedad», cfr. SCHWENZER (nota 31), § 52.04, p. 359.

³⁶ Así JAKOBS (nota 17), pp. 19 y ss. A favor del traslado del principio jurídico-civil de la responsabilidad por organización al Derecho penal, Th. KOLLER (nota 30), p. 412.

³⁷ JAKOBS (nota 17), p. 20.

—como en el clásico Derecho penal, en la vieja tradición liberal— solamente deberes de garante traducibles como prohibiciones, el cambio de condiciones lleva a que ya no serían prohibiciones dirigidas a personas, sino a aquellos ámbitos de organización que se solapan unos con otros. Concretamente: quien considera a un individuo *jurídico-penalmente* responsable de comunicar a su aseguradora el aumento del riesgo, extiende la esfera de organización del individuo al comportamiento de la aseguradora, con la cual generalmente tiene relaciones solo mediante formularios. En favor de ello pueden existir buenas razones, pues la necesidad de protección de la compañía aseguradora puede servir para una óptima distribución de la responsabilidad en la sociedad.

Por el contrario, el Derecho penal perteneciente al paradigma del liberalismo clásico estuvo siempre interesado en la responsabilidad individual del autor. Sin embargo, comparando ahora los presupuestos tradicionales de la imputación jurídico-penal con los de la competencia por organización salta a la vista la diferencia: por un lado, el Derecho penal tradicional se asienta en una responsabilidad individual y en una culpabilidad vinculadas con un reproche ético-social; por el otro lado, la competencia por organización toma asiento principalmente en la optimización de la distribución de responsabilidad. No quiere hacerse pasar esta flexibilización como un lado negativo no problemático de la moderna teoría de la «imputación objetiva» que encuentra una amplia aprobación en nuestros días. Por «imputación objetiva» entendemos que, para que una persona pueda ser penada, la evitación del resultado de un hecho también debe caer objetivamente en la esfera de funciones (*Aufgabenkreis*) del autor y no en la de una tercera persona o en la de la víctima. Aquí la competencia por organización de la responsabilidad traza límites pero no los fundamenta. Una injerencia estatal en los derechos de los ciudadanos siempre necesita, sin embargo, una intensa fundamentación y delimitación.

3. DIFICULTADES DE IMPUTACIÓN

Pues bien, en relación con la competencia por organización, el moderno Derecho civil fija al Derecho penal sus pautas sobre la fundamentación de la responsabilidad, lo cual abre un abismo en el ámbito de los deberes de acción entre las premisas clásicas del Derecho penal y sus nuevas tendencias evolutivas. Podría buscarse salvar este abismo mediante la eliminación de estas incómodas premisas clásicas, pues la simple atadura nostálgica a concepciones del Derecho transmitidas por la tradición y el lamento de una «esclavización del Derecho penal al pensamiento jurídico-civil» (como ha expuesto Schünemann en otro contexto)³⁸ no muestran *per se* gran fuerza

³⁸ SCHÜNEMANN, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungdelikte in Deutschland», en GIMBERNAT *et al.* (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und*

persuasiva. Empero, existen otros motivos que obligan a una valoración diferenciada de las tendencias evolutivas expuestas. El aumento de los deberes de acción a partir de los principios de la responsabilidad del Derecho privado genera en el Derecho penal dificultades de imputación, que se agregan a las que siempre han acompañado a la punibilidad de la omisión.

3.1. La ausencia de una referencia

Ya desde comienzos del siglo XIX la dogmática tradicional de los deberes de garante dedicó notables esfuerzos a la imputación de la omisión. Allí la categoría de la causalidad tuvo un rol central, algo que en la evolución posterior ocasionalmente fue objeto de burlas. Evidentemente, quien mata o lesiona a una persona actúa causalmente respecto al resultado del hecho. De acuerdo con nuestras intuiciones cotidianas no resulta especialmente difícil considerarlo responsable de aquello que ha causado. Sin embargo, cuando quien como madre o padre deja morir de hambre a un lactante, ¿actúa causalmente respecto a la producción de la muerte? Actualmente podemos decir que no, pero que ello no resulta necesario: imputamos justamente aquí una muerte dolosa porque aquél tenía el deber de alimentarlo. En el siglo XIX también se quisieron construir causalidades —por ejemplo, el tejer de la madre durante el horario de comida como causa del comienzo de la muerte del lactante—, pero semejante «tejer homicida» (*Zu-Tode-Stricken*) nos resulta actualmente un pensamiento sencillamente anticuado³⁹. Sin embargo, detrás de este debate de la causalidad existe una clara búsqueda de referencias de imputación, las cuales se pierden cuando el motivo de la imputación no es un comportamiento causal sino solo un *deber* de actuar, justamente algo que de ningún modo puede ser localizado en el autor sino justamente en primer lugar en la comunidad jurídica que crea los deberes. Esta ausencia de una referencia se hace clara de un modo muy rápido en la práctica cuando uno se pregunta si acaso también pueden recibir la pena de un homicidio doloso por la muerte del niño, la abuela o la amiga de la madre que están presentes en la casa, la empleada doméstica o el padre en el trabajo que conoce las intenciones de la madre: aquí nos abandonan siempre nuestras claras instituciones de la imputación, disminuyen nuestras experiencias evidenciales (*Evidenzerlebnisse*) y la respuesta se complica.

No obstante, ello significa que la imputación en el delito omisivo es esencialmente más complicada y por consiguiente para la descripción simbólica

der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, Heidelberg, 1995, pp. 51 y ss., 68.

³⁹ Sobre la distinción entre principios de interconexión (*Verknüpfungsprinzipien*) de la naturaleza, como la causalidad, y aquellos otros vinculados a la libertad, como la moral y el Derecho, cfr. KAHLO, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt a. M., 2001, pp. 181 y ss.

de la exigencia normativa resulta menos provechosa que en el delito comisivo. Pues a falta de causalidad y en vistas de un deber de acción como presupuesto de la imputación resulta mucho más claro extraer del círculo de intervinientes en el conflicto un acto de *atribución* social de responsabilidad al autor en el delito omisivo que en el delito comisivo. La responsabilidad individual por el conflicto, fundamento de nuestras referencias de imputación, no puede estilizarse tan claramente como en las actuaciones positivas. La búsqueda del «malvado» tampoco resulta tarea fácil incluso respecto de aquel que conocía todos los hechos.

Por tanto, desde la perspectiva de la psicología social, el conflicto puede ser explicado en la omisión a partir del omitente, del mismo modo que en la acción causal activa es explicado a partir del actor. El quebrantamiento de la norma conmueve la seguridad general de orientación en una pequeña medida cuando la norma ya previamente no era clara y el constructo social es reconocible. La atenuación facultativa genérica en los delitos de omisión impropia del art. 11, apdo. 4⁴⁰ StGB y la exigencia de la identidad de reproche (con el correspondiente delito comisivo) en el apdo. 3 del mismo precepto refleja esta evidente problemática también en la nueva ley. Esta dificultad en la imputación estaría vigente incluso si pudiese indicarse mediante reflexiones precisas cuándo, desde el punto de vista del aseguramiento de una idéntica libertad de los intervinientes, una determinada omisión puede ser entendida metafóricamente como una causación, en el sentido de sacar provecho de los procesos causales que van empeorándose; es decir, por ende, cuando el deber jurídico adquiere tal importancia que toda persona sensata debe quererlo⁴¹.

3.2. Atribución según la utilidad (*Zweckmässigkeit*)

Sin embargo, a esta problemática general de la imputación en la omisión se suma además una nueva dificultad cuando se desvinculan los deberes de acción de la precedente responsabilidad comisiva y con ello de las clásicas premisas de la responsabilidad en el Derecho penal: dado que en la moderna dogmática jurídico-penal se continúa ligado a los amplios criterios jurídico-civiles de atribución de responsabilidad, se le acaba atribuyendo al omitente una responsabilidad a partir de recurrir a las necesidades del otro. Este modo de atribución solo es explícito desde las perspectivas de la utilidad, la cual permite extraer al autor del círculo de intervinientes en el conflicto. Ahora bien, como consecuencia de ello, la atribución respecto de todo autor

⁴⁰ Fundamentado en el informe de la modificación del Código Penal suizo (precisiones generales, introducción y aplicación de la ley), BBL., 1999, pp. 1979 y ss., 2002 con la siguiente consideración: «La energía criminal es en el delito omisivo posiblemente menor que en un delito comisivo».

⁴¹ Sobre esta problemática expuesta, entre otros, por KAHLO (nota 39) no resulta posible explicarse aquí.

que resulta individualizado debe ser formulada según criterios que podrían haber resultado distintos con motivo de otras consideraciones de utilidad que tal vez no son menos evidentes. Esta ausencia de una referencia en la imputación —algo que se ha presupuesto siempre en la desaprobación ético-social— genera así problemas adicionales de imputación.

Cuando parte de la moderna ética analítica ⁴², al igual que la teoría de los sistemas adoptada en el Derecho penal ⁴³, niegan en principio una diferenciación ética y jurídica entre acción y omisión frente a la competencia por el ámbito de organización, se ven obligados a ocultar totalmente esta dimensión psico-social de la imputación comentada aquí. Ellas prescinden, justamente, de aquello que los juristas construyen en la imputación, esto es, de los procesos sociales de imputación. Sin embargo, estos procesos sociales de imputación determinan mediante sus prácticas de referencia el éxito de la imputación.

4. ¿PARALELOS?

4.1. El debate sobre las sanciones

Ante la ausencia de una referencia para la imputación resulta visiblemente problemática la desaprobación ético-social que caracteriza al Derecho penal como consecuencia de la imputación. Las clásicas sanciones jurídico-penales vinculadas a esta desaprobación —especialmente la pena privativa de libertad— tienen efectos claramente inadecuados. Dichas consecuencias jurídicas con carácter intromisivo para la generalidad encajan con un sistema de imputación que parte de la responsabilidad individual de quien realiza la acción. Sin embargo, cuando mediante argumentos que pueden resultar razonables para el conjunto de la sociedad se busca una adhesión a la exigencia de una solidaridad mínima o a los presupuestos de la responsabilidad civil, resulta también necesario considerar la cercanía con estas otras categorías jurídicas —esto es, la rama del Derecho privado— también respecto a las *consecuencias* jurídicas.

Por ello es necesario prestar atención a que al mismo tiempo que aumenta el significado social de los deberes de acción en el Derecho penal, también son puestas entre interrogantes las tradicionales sanciones jurídico-penales, y especialmente la pena privativa de libertad desocializadora ⁴⁴. Cuando se reflexiona sobre alguna de estas nuevas clases de sanciones es posible observar cierta reminiscencia del Derecho privado. Especialmente en la evolución

⁴² Cfr. BIRNBACHER (nota 7), p. 231.

⁴³ JAKOBS (nota 17), pp. 19 y ss., 36.

⁴⁴ Cfr. la derogación de las penas privativas de libertad de corta duración de 1 de enero de 2007 dispuesta por la nueva Parte general del Derecho penal suizo, art. 40 StGB; además el incremento a dos años del tope máximo respecto a la ejecución condicional, art. 42, párr. 1 StGB.

de los últimos años aparece un aumento del decomiso de las ganancias ⁴⁵ derivadas del delito y la reparación dentro del Derecho penal ⁴⁶, de modo que, traducido al lenguaje del Derecho civil, se trata de los conceptos de enriquecimiento sin causa e indemnización por daños y perjuicios.

En su versión original el StGB conocía únicamente el decomiso de objetos peligrosos, haciéndose factible en 1974 la posibilidad de decomisar también beneficios patrimoniales ilícitos, lo que también fue extendido en 1994 a los objetos sustitutivos ⁴⁷. La reciente reforma que entró en vigor en 2007 ha elevado el plazo de la prescripción hasta siete años (art. 70, párr. 3). Por tanto, la idea de una eliminación de los valores patrimoniales mediante el Derecho penal fue ganando ampliamente en importancia, con un instrumental que claramente no puede ser clasificado razonablemente entre las penas o medidas de seguridad debido a su carácter evidentemente civil ⁴⁸.

Además, la nueva Parte general del StGB prevé la remisión de la pena cuando se han verificado las condiciones de la condena condicional y el interés de la sociedad y del damnificado en la persecución penal resulta bajo, siempre que el autor haya reparado el daño o haya intentado seriamente hacerlo («reparación»). De cara a la extensión de esta regulación a partir de una remisión al art. 42 StGB y a una pena privativa de libertad de hasta dos años [art. 53 lit. a) StGB], la reparación abarca no solo la criminalidad leve sino también la criminalidad media. En un sentido formal se trata de una causa de levantamiento de pena, aunque el precepto introduce *de facto* la reparación del daño como una nueva sanción principal. Debido a que las autoridades encargadas de la investigación pueden escoger este camino en la antesala de un proceso judicial, la impunidad derivada de un acto de reparación—al igual que el incentivo para una reparación— resulta incluso independiente de la determinación de la culpabilidad.

Todo ello puede resultar sorprendente y dar lugar a la pregunta de si el Derecho penal no abandona con ello totalmente su función autónoma. ¿En qué consiste esa función autónoma? Al delito y a la pena se les atribuye al menos desde comienzos del siglo XIX claramente un significado simbólico ⁴⁹. El delito significa algo más que aquello que en el sentido del Derecho civil ha originado un daño cuantificable en dinero. Por ello, también conocemos desde entonces una discusión siempre acalorada sobre las distinciones fun-

⁴⁵ Art. 70 StGB: Decomiso de valores patrimoniales.

⁴⁶ Art. 53 StGB: Eximente por reparación del daño o por esforzarse relevantemente para reparar el daño.

⁴⁷ Sobre la historia, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht AT II*, 2.^a ed., Bern, 2006, § 1, nm. 69 ss., § 13, nm. 95; cfr. también BGE 126 IV 105.

⁴⁸ STRATENWERTH (nota 47), § 1, nm. 71.

⁴⁹ Uno de los primeros trabajos sistemáticos sobre la cuestión se encuentra en Carl-Theodor WELCKERS, «Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe» de 1813, cfr. al respecto, RÜCKERT, *Der intellektuelle Verbrechenschaden bei Carl-Theodor Welcker*, Frankfurt a. M., 1998.

damentales entre ambas ramas. Lo que otorga a un hecho específicamente el carácter de penalmente relevante tiene que ver en la gran mayoría de los casos con su significado *social*: el autor de un delito no solo ocuparía una posición jurídica, sino que también cuestionaría al Derecho como tal y no aceptaría reconocer a la víctima como sujeto de Derecho, lo cual produciría daños «ideales» o «intelectuales» que exceden lo material. Por lo demás, ello también puede ser traducido más aproximadamente en el nuevo lenguaje: el autor no reconoce, empleando el lenguaje del interaccionismo simbólico, la adopción de una perspectiva o pone entre interrogantes, según la terminología de la teoría de sistemas, expectativas normativas de conducta, generalizadas congruentemente en una medida que afecta la necesidad general de seguridad. Así, la significación abstracta e ideal del Derecho penal excede en cierto modo los (¿más estrechos?) márgenes del pensamiento civilista. De esta manera, así como en esta tradición el delito rige como símbolo de algo, lo mismo sucede respecto a la reacción frente al delito, la pena. Ésta también debe tener un significado que vaya claramente más allá de la restitución de un daño material: en tanto restablecimiento del Derecho, en tanto restitución de una relación de reconocimiento, en tanto compensación de un daño ideal, en tanto demostración de la necesidad de la adopción de perspectiva o como confirmación de las expectativas defraudadas.

Con esta idea de fondo puede decirse de hecho lo siguiente: cuando, en la discusión sobre las sanciones adecuadas, se hace hincapié en la reparación y el decomiso en que se está quitando parte del valor simbólico al delito y a la pena, este valor va más allá del reconocido en el Derecho civil. Quien establece sanciones similares a las del Derecho civil en un determinado ámbito del Derecho penal, parte de la presunción de que la compensación económica por el daño material o individual-ideal frente a la víctima sería también tolerada por la comunidad, en tanto símbolo suficiente en *su propio* ámbito. Empero, de cara al «si» y al «en qué medida» se aproxima el Derecho penal a los criterios de responsabilidad civil, semejantes aproximaciones solo resultan realmente consecuentes en el terreno de las consecuencias jurídicas.

Que estas sanciones valorativamente neutras —cuya «censura ético-social» no resulta evidente— vayan a adquirir en el futuro un significado creciente en el Derecho penal, es algo que muestra también como evolución paralela la sanción penal de las agrupaciones de personas, existente ya en muchos países y discutida o planificada en otros. Respecto a la pena para las agrupaciones de personas se plantea en gran medida la necesidad de sanciones alternativas. Adicionalmente este tema aparece vinculado aquí con la imposibilidad de formular en el sentido tradicional un «reproche ético-social» contra las asociaciones como tales —ante la falta de capacidad de culpabilidad, de dolo y de previsibilidad— y además con la cuestión de que resultaría absurda una pena privativa de libertad como sanción. Por tanto, también resulta evidente la desdramatización de las sanciones. Allí donde

la conducta de las agrupaciones de personas y la omisión organizativa del titular del negocio resultan reprochables de modo intercambiable, se acaban adicionando motivos en favor de esta reducción del «*pathos*» moral: está ausente una referencia de imputación en el titular del negocio y además faltan los presupuestos materiales de la imputación en la agrupación de personas.

4.2. Los acuerdos en el proceso penal

Sin embargo, las dificultades para la imposición de amplios deberes de acción no solo coincide con una reorientación de las sanciones penales, sino también con una nueva orientación en el Derecho procesal penal. Como se pudo ver, al guiarse la imputación por estándares sociales —como la exigibilidad, la competencia (*Zuständigkeit*) o la confianza—, se concede también a los órganos de investigación un ámbito de discrecionalidad extraordinariamente amplio. Estos ámbitos de discrecionalidad —especialmente en los procesos específicos del Derecho penal económico y ambiental— habitualmente están vinculados con el esclarecimiento de causas judiciales de notable complejidad y por ello con dificultades de prueba. Amplios ámbitos de discrecionalidad, combinados con dificultades probatorias en casos de autores integrados socialmente, constituyen el foco problemático típico de los acuerdos en el proceso penal, del «pacto» entre el inculpaado y la Justicia⁵⁰. Actualmente, en lo que respecta a la práctica procesal de muchos países, a la futura ordenanza procesal penal suiza y a la ya vigente en el cantón de *Basel-Landschaft* en una variante moderada⁵¹, estos acuerdos (junto a la orientación a pactar entre las partes) podrían haber generado implícitamente un cambio de paradigma en el proceso penal. El clásico «arriba» y «abajo» del proceso penal —aquí arriba la Justicia, allá abajo el acusado— es completado mediante elementos más propios de una mesa redonda sobre la que se negocia la sanción penal, en medio de un desequilibrio de poder que todavía existe y en donde se realizan concesiones de ambos lados (atendiendo a que también el poderoso puede obtener más mediante la cooperación que mediante una orden).

Igualmente puede lamentarse que esto constituya una erosión del programa clásico del Derecho penal⁵², lo cual no puede impedirse, tal como lo

⁵⁰ Ahora previstos en el proyecto del grupo de expertos de la Ordenanza procesal penal suiza, así también en los arts. 385 y ss. del Anteproyecto de la Ordenanza penal suiza, y como ya está vigente con concretas modificaciones en algunos cantones, cfr. al respecto, HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6.^a ed., 2005, § 49, nm. 5 y ss. (pp. 221 y ss.); sobre la conformación fáctica del «pacto» en la prácticas de las defensas, incluso frente a las diferentes regulaciones legales, cfr. LANDMANN, «Betäubungsmitteldelikte», en NIGGLI/WEISSENBERGER (eds.), *Strafverteidigung*, Basel et al., 2002, pp. 637 y ss., 676 y ss.

⁵¹ StPO del cantón de Basel-Landschaft §§ 137 y ss.

⁵² «Notables reparos desde la óptica del Estado de Derecho», en HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (nota 50), nm. 9, p. 222.

demuestra la experiencia. Por ello, quizá tendría sentido también admitir aquí que incluso en el Derecho procesal los límites con el Derecho civil — que antiguamente parecían densos— se han vuelto transparentes.

5. ¿CONVERGENCIA DE LAS RAMAS DEL DERECHO?

Por tanto, pueden observarse actualmente en el Derecho penal no solo nuevos criterios de imputación respecto a los delitos de omisión existentes, sino también —junto a ello— nuevas sanciones y novedosos elementos procesales, donde el común denominador es la tendencia a un acercamiento con el Derecho civil. ¿Ha pasado de moda acaso el Derecho penal en la forma que hasta ahora lo hemos conocido? ¿Se aceptarán cada vez más las tendencias *iusprivatistas*, hasta identificarse finalmente con el Derecho civil?

No obstante, semejante interpretación de los fenómenos expuestos no abarcaría suficientemente toda su complejidad. Una reprivatización del Derecho penal, incluso una «esclavización del Derecho penal al Derecho civil»⁵³ se encuentra en debate solo de un modo muy limitado. Esta opinión solo sería válida entonces si los deberes de garante debieran acercarse aún más a los criterios de la responsabilidad civil, si también la reparación del daño se impusiera aún de modo más amplio como sanción jurídico-penal principal, si debieran ampliarse las posibilidades del decomiso y si el «pacto» en el proceso experimentara una ampliación.

Además, a partir de criterios de responsabilidad civil serían impuestas *también sanciones jurídico-penales* a los delitos de omisión. La extensión del deber de reparar el daño, al igual que el decomiso, estarían todavía orientados a los intereses de la generalidad, lo que justamente muestra también que cuando faltan medios materiales en el primer caso —a diferencia del Derecho civil— ya los esfuerzos serios por compensar el injusto pueden bastar para la impunidad. Además, también en el futuro se ubicarán la reducción estatal de los riesgos procesales y la pena tradicional en una posición que le permita recoger el rechazo a la reparación. Y tampoco se verían agitadas, en principio, las típicas facultades de injerencia del Estado en el ámbito del proceso penal si el «pacto» fuere fijado claramente por la ley.

En realidad, todo esto tiene que ver más bien con una heterogénea «convergencia del pensamiento jurídico en las diferentes ramas del Derecho»⁵⁴, lo cual puede resultar absolutamente estimulante y atractivo desde un punto de vista dogmático. Ello tiene, sin embargo, una desventaja: que, como regla, las garantías de los específicos ámbitos del Derecho pueden ablandarse con esta amalgama. En el caso de la reparación, el Derecho penal promueve su

⁵³ SCHÜNEMANN (nota 38).

⁵⁴ T. KOLLER (nota 30), p. 412.

realización voluntaria, en el decomiso de bienes se preocupa por el potencial criminógeno de la distribución de bienes del Derecho civil (*zivilrechtliche Güterverteilung*) y respecto al «pacto» la presión para confesar que se ve en la práctica también respecto al acusado —que quiere evitar de esta forma lo más grave— no de modo infrecuente presenta rasgos similares a las coacciones.

De manera similar, también esta aproximación al Derecho civil en los delitos de omisión produce de hecho un reforzamiento de la coacción estatal: la vinculación del Derecho penal con la comunidad no disminuye con la proliferación de deberes de acción jurídico-penales en el ámbito de los delitos de omisión a pesar de los amplios criterios de responsabilidad civil, sino que aumenta como consecuencia de ello. Mientras que las *prohibiciones* —esto es, los clásicos tipos penales— solo logran coaccionar dejando intacta la situación existente, los *mandatos* coaccionan para lograr un mejoramiento del contexto social. Justamente, los deberes de adaptación (*Anpassungspflichten*) caracterizan claramente el contexto del Derecho público. El Estado, el cual actúa y permite la participación, crea deberes complementarios de esos derechos. Por tanto, debe producirse un viraje del Derecho penal —el cual de momento (al igual que el clásico Derecho de daños) * toma como criterio de la justicia del intercambio (*Austausch-Gerechtigkeit*) al responsable individual— hacia una justicia distributiva orquestada en un Estado social. En ello consiste justamente el paralelo con el moderno Derecho civil, el cual por su parte complementa con criterios tales como la capacidad de rendimiento y la dispersión óptima de la responsabilidad civil los criterios de responsabilidad por daños vinculados al dolo y a la culpa, y justamente por ello también el claro carácter ejemplar que tiene el moderno Derecho civil para el actual Derecho penal genera una gran agitación. Paradójicamente se trata de un Derecho civil que se aproxima al modo de pensar del Derecho público, el cual es receptado, entre otros, por el Derecho penal. Ambos, el Derecho civil y el Derecho penal, dan cuenta precisamente de que junto a las influencias y redimensionamientos bilaterales, existe también una reorientación al Derecho público.

El grupo de problemas que presenta el «no hacer como hecho punible» marca la materia que se ubica en el punto de intersección. Éste se encuentra en el ámbito de intersección no solo de la imputación, la sanción y el proceso, sino incluso va más allá en el Derecho penal, el Derecho civil y el Derecho público. En la actualidad, es posible que esta interdisciplinariedad dentro del Derecho sea más evidente en los delitos de omisión impropia que en cualquiera otra área del ámbito penal. La evolución de estos delitos, por lo demás y como si de un espejo ustorio se tratara, reúne en sí toda la ambivalencia del moderno Derecho penal.

* NT: el autor utiliza aquí la expresión «*zivilistische Deliktsrecht*» que literalmente puede ser traducido al español como «Derecho de los delitos civiles». Sin embargo, por lo infrecuente que resulta la expresión en la jerga de la responsabilidad civil, se ha preferido traducirla como «Derecho de daños» simplemente.

CAPÍTULO IX

INTERESES DE LA VÍCTIMA Y RESPONSABILIDAD POR LA ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA DE LOS DEBERES DE GARANTE*

La dogmática actual de los delitos de omisión ofrece una delimitación de los deberes de garante menos clara que nunca. El desbordamiento de los deberes jurídicos en la aplicación del § 13 StGB no responde, en cualquier caso, a un mero crecimiento puntual de las aguas. Un análisis detallado de la cuestión permite concluir que más bien responde a una determinada tendencia: la relativa a la orientación a los intereses de la víctima. Como consecuencia de las objeciones que frente a esta tendencia cabe formular se perfilan los primeros contornos de una nueva delimitación.

1. ORIENTACIÓN A LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN

La orientación a la víctima es hoy un eslogan habitual en el Derecho penal. Dos son los objetivos que con él nos vienen a la cabeza: el incremento del peso relativo de la *reparación de la víctima* en los sistemas de sanción penal¹ y el fortalecimiento de la posición de la víctima en el *proceso penal*².

Pero la orientación a la víctima no deja a la imputación penal indemne. Lo sabemos desde el momento en que surgió la acalorada discusión en torno a la relevancia típica de la victimodogmática. Si la reparación material y el desagravio ideal de la concreta víctima se toman como consideraciones *penalmente* relevantes, entonces en el juicio de imputación no puede obviarse

* Traducción a cargo de Albert Estrada i Cuadras. El traductor quiere agradecer a Ricardo Robles Planas la ayuda prestada en la revisión de la traducción. Cualquier error en el que se haya podido incurrir es exclusivamente imputable al traductor.

¹ Véase, por todos, FREHSEE, *Schadenwiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle - Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Berlin, 1987; ROXIN, en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht - Symposium aus Anlaß des Geburtstags von Friedrich Schaffstein*, München, 1987, pp. 37 y ss.

² JUNG, *ZStW* (93), 1981, p. 44; RIEß, *Gutachten zum 55. Dt. Juristentag*, München, 1984, pp. 9 y ss.; SCHÖCH, *NStZ*, 1984, p. 385.

si y hasta qué punto la propia víctima dio lugar al hecho, facilitó su ejecución o simplemente desatendió sus obligaciones de autoprotección³. Y en materia de compensación, entra en juego el principio rector del § 254 BGB.

En un ensanchamiento de la victimodogmática tradicional se ha planteado, de nuevo, la cuestión en torno a si —especialmente en tipos penales contra la colectividad— la intervención estatal puede alterar el juicio de imputación. Se piensa en casos de inducción a través de agentes provocadores, pero también en las múltiples colisiones de intereses entre la prevención policial del riesgo y los procesos formales de justicia⁴.

De hecho, el tema de la orientación a la víctima en el juicio de imputación debe ir en cualquier caso más allá de la relación autor-víctima. Incluso cuando la víctima es individualmente ajena al conflicto que precede al delito, la intervención de varias personas desde las perspectivas de autoría o participación puede resultar relevante para el juicio de imputación. En estos casos, la orientación a la víctima implicaría que, en conjunto, su reparación tan solo tendría que efectuarse una vez. De este modo, la participación de varios sujetos en el hecho adquiere para el interviniente individual carácter atenuante. En otras palabras, lleva agua al molino de quienes abogan por considerar que el comportamiento autorresponsable de terceros debe traducirse en una ampliación de la antigua problemática de la prohibición de regreso a favor del interviniente individual⁵.

La constelación de intereses se presenta, pues, con meridiana claridad. Lo que empezó como una mejora de la posición de la víctima en el proceso y en materia de consecuencias jurídicas, se traduce en el plano de la imputación en un trato más favorable para el autor. El típico juicio de imputación penal, caracterizado durante tanto tiempo por el aislamiento del autor y la rigurosa abstracción respecto del conflicto desencadenante, se ve reblandecido. Aunque, bien es cierto, plantear las cosas en estos términos es excesivamente simplista. Ello puede predicarse del tratamiento de un grupo de cuestiones que han pasado desapercibidas al debate en torno a la orientación a la víctima. Existe una tímida inclinación en este sentido en la dogmática de los deberes de garante, según la cual se debe castigar al omitente como si hubiera causado él mismo el resultado cuando tenga un deber de actuar cuyo cumplimiento, de acuerdo con el § 13 StGB*, sea tan reprochable como la misma causación del resultado.

³ Sobre tales consideraciones victimodogmáticas véase SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 436, con ulteriores referencias.

⁴ Sobre esta problemática SEELMANN, *ZStW* (95), 1983, p. 797; *id.*, en JUNG/MÜLLER-DIETZ (eds.), *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*, Köln, 1989, p. 25.

⁵ En este sentido SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, Tübingen, 1986.

* NT: el autor se refiere al § 13 StGB, en el que se prevé el castigo de los supuestos de omisión impropia con las penas de los delitos cuyo resultado típico se corresponda con el que haya tenido

En las reflexiones que siguen se pretende, primero, ofrecer una visión general del estado actual de la discusión que permita mostrar qué cabe entender por la insidiosa orientación a la víctima en la dogmática de los deberes de garante (2). A continuación sigue la tentativa de abordar las razones que se encuentran detrás de su evolución, así como la voluntad de poner de manifiesto las contradicciones valorativas a las que aquélla ha dado lugar (3). Por último se esboza la dirección a tomar para subsanar tales contradicciones (4).

2. EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DEBERES JURÍDICO-PENALES DE GARANTE

En atención al fin perseguido, actualmente los deberes de garante se distinguen en función de si se trata de proteger un determinado bien jurídico frente a las lesiones de cualquier tercero, o de si se trata de la responsabilidad por una determinada fuente de peligro, independientemente de quién sea el titular del bien jurídico beneficiado con tal responsabilidad⁶. Las fuentes de los correspondientes deberes son todavía hoy frecuentemente tomadas, de soslayo a la diferenciación en atención al fin perseguido, de un cuarteto que ya en el cambio del siglo XVIII al XIX era discutido: la ley, el contrato, la injerencia y la estrecha comunidad de vida⁷. A pesar de su proliferación en la jurisprudencia y en algunos manuales, actualmente casi nadie más se toma en serio el cuarteto. Comparte, así, el destino de otras formulaciones asentadas como la que definía el dolo como «conocimiento y voluntad de la realización del tipo» o la culpabilidad como «el comportamiento contrario a Derecho a pesar de poder actuar de otro modo», como una especie de elemento aislado que se encuentra rezagado en la evolución de la dogmática. En efecto, la ley y el contrato se revelan como condiciones innecesarias e insuficientes para el nacimiento de deberes de garante. La «ley», como fuente de deberes de garante es como criterio demasiado amplio y a la vez demasiado estrecho. Frente a cónyuges peleados se niega la existencia de un deber de garante, a pesar del deber legal de asistencia que se deduce del § 1353 BGB⁸, mientras que a veces se impone tal deber frente a yernos respecto de los que no existe

lugar. El apartado segundo prevé la posibilidad de aminorar la pena conforme al § 49, apartado primero.

⁶ La distinción fue desarrollada por Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1958, pp. 283 y ss., sobre la base de los trabajos preparatorios en este sentido de U. MAYER, *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte* (tesis doctoral), Bonn, 1934, pp. 80 y ss., y NAGLER, *GS* (111), 1938, pp. 60 y ss.

⁷ Sobre la evolución histórica de los deberes de garante NAGLER (nota 6), pp. 1-35; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pp. 5 y ss.; SCHÜNEMANN, *ZStW* (96), 1984, pp. 287 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968, pp. 25 y ss.

⁸ BGHSt, pp. 6, 322; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, *StGB*, 23.^a ed., 1988, p. 13, nm. 19.

previsión legal alguna en tales términos⁹. Dificultades parecidas se encuentran con el criterio del «contrato»: la niñera que, a pesar de existir una relación contractual, no se presenta en la casa, no es considerada garante por haber perfeccionado el contrato respectivo. Sin embargo, cuando ejerza como tal a pesar de no existir contrato alguno, puede surgir el deber de garante¹⁰. Por su parte, la injerencia no se ajusta en absoluto al sistema. Si bien no es rechazada por completo¹¹, a raíz de la reciente jurisprudencia sus presupuestos se encuentran más discutidos que nunca¹². Y la estrecha comunidad de vida se sitúa tan al límite de una mera fundamentación moral del deber, que también daría pie a que existieran dudas sobre su fundamentación *jurídica* a través de este criterio, cuando ya en los años treinta el *Reichsgericht* no se olvidó de la necesidad de fundamentarlo jurídicamente¹³.

Como es sabido, no han faltado intentos de buscar salida a esta situación. Así, el *peligro*, la *confianza* y el *dominio* se presentan como los nuevos criterios.

Arzt, por ejemplo, parte de la base de que en todo deber de garante se halla contenida como elemento de comisión una rudimentaria creación de peligro¹⁴. También Stree ve la causación de un elemento de peligro como el fundamento del deber de acción, no solo en los deberes de aseguramiento, sino también en los deberes de garante por asunción. Y ello porque —y en la medida en que— otras personas han omitido su propia protección o la adopción de medidas de vigilancia por confiar en la asunción¹⁵. Para ambos autores la creación del peligro en los casos de deberes de protección radica en la defraudación de una expectativa. Sin embargo, se trata de un peligro que, en realidad, se crea con la omisión misma. Ésta, no obstante, no puede ser por sí misma fundamento de un deber de garante para el omitente, ni tampoco el fundamento de un deber de actuar. Si a pesar de ello se quiere catalogar la fundamentación de la expectativa como creación del peligro, entonces debería aceptarse el desvanecimiento del criterio del peligro «en una pura retórica no vinculante»¹⁶.

⁹ BGHSt, pp. 13, 162. En la literatura se critica, no obstante, esta decisión: véanse las referencias en SK-RUDOLPHI, § 13, nm. 49.

¹⁰ Véanse, por todos, DREHER/TRÖNDLE, StGB, 44.^a ed., 1988, § 13, nm. 8.

¹¹ Así, según SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pp. 284 y ss.; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, pp. 385 y ss.

¹² Véase el amplio deber de garante en la BGHSt, pp. 4, 20; 11, 355; la aproximación a un requisito de antijuridicidad en la BGHSt, pp. 19, 152; 23, 327; 25, 218; y el total abandono (*de facto*) de una restricción tal en la BGHSt, pp. 34, 82 (en contra, comentarios de RANFT, JZ, 1987, p. 864; RUDOLPHI, JR, 1987, p. 162).

¹³ RGSt, pp. 69, 323 (1935).

¹⁴ ARZT, JA, 1980, pp. 560, 714, 717.

¹⁵ STREE, en H. MAYER-FS, Berlin, 1966, p. 158; véase también, SCHULTZ, JuS, 1985, p. 272.

¹⁶ Así BLEI, en H. MAYER-FS, Berlin, 1966, p. 137; véase también, BRAMMSEN (nota 11), pp. 385 y ss.

Si se basan todos los deberes de garante en el principio de confianza, como hacen por ejemplo Rudolphi o E. A. Wolff¹⁷ entonces en los casos relativos a deberes de aseguramiento se debería atribuir a cualquier tercero la confianza, o un poder-confiar, en que va a quedar resguardado de los efectos lesivos derivados de los peligros, incluso cuando solamente se trate de peligros causados de forma antijurídica. El concepto de confianza perdería, de igual modo, sus contornos.

Tampoco el «dominio del fundamento del resultado» —la propuesta de Schünemann¹⁸— consigue ofrecer un criterio para los deberes de garante. Con ello tan solo se consigue nombrar a aquel que posee el dominio material sobre un foco de peligro o aquel en cuyas manos ha dejado un tercero el peligro en el que ha incurrido con base en la confianza. Sin embargo, esta persona solamente es quien *puede* manejar el peligro o quien *puede* evitar que el desamparado resulte finalmente lesionado, pero no necesariamente quien debe ser considerado jurídicamente obligado.

En cualquier caso, de este modo se ha alcanzado el estado de la discusión actual. Entretanto se ha extendido un modelo explicativo dual, que utiliza los dos elementos de la creación del peligro y de la fundamentación en la confianza para los dos tipos distintos de deberes de garante: el principio de confianza se reserva para los deberes de amparo, el del peligro para los de aseguramiento. La dualidad de fines mencionada al inicio se ha unido al correspondiente dualismo de fuentes. Las «bases» para este dualismo se han tomado hasta el último detalle del Derecho civil, apuntando dos nuevas tendencias de evolución: en los casos relativos a deberes de aseguramiento han sido apadrinados los «deberes de tráfico»¹⁹, en los relativos a deberes de amparo se ha adoptado la prohibición de «*venire contra factum proprium*», también conocida como principio de «autovinculación sin contrato»²⁰.

Todo aquel que sea responsable de un peligro tiene que adoptar precauciones para la prevención de daños a terceros en virtud de los principios de los deberes civiles de tráfico tan pronto como dicho peligro supere el nivel del riesgo normal de la vida²¹. Con ello no solo se hace referencia a los casos de competencia por objetos o personas peligrosos. También la llamada «injerencia» aflora al mismo tiempo como una subcategoría de esos deberes

¹⁷ RUDOLPHI, *NStZ*, 1984, pp. 150 y ss.; E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, p. 43; véase, también, KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?*, Kehla, R., 1978, p. 81; MAASS, *Betrug verübt durch Schweigen*, Giessen, 1982, pp. 16 y ss., 36; VÖGLER, en R. LANGE-FS, Berlin *et al.*, 1976, p. 283.

¹⁸ SCHÜNEMANN (nota 11), pp. 284 y ss.; *id.* (nota 7), pp. 293 y ss.

¹⁹ Sobre la terminología y sobre la nueva evolución, C. VON BAR, *JuS*, 1988, p. 169.

²⁰ KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981.

²¹ AK-DUBISCHAR, § 823, parr. 1, nm. 17 y ss.; LARENZ, *Schuldrecht II*, 12.^a ed., München, 1981, p. 612; JAKOBS, *AT*, Berlin *et al.*, 1983, pp. 29/42; de modo similar OTTO, *AT*, 3.^a ed., Berlin, 1988, p. 192.

de tráfico jurídico-civiles²². Ya no se trata solamente de la protección del tráfico en el sentido de «*traffic*», sino sobre la protección del tráfico jurídico en general («*intercourse*»), esto es, nace una «cláusula general parcial de protección frente y para la compensación de lesiones mediatas del Derecho y de bienes jurídicos»²³. Esta fundamentación de la responsabilidad, así como la exclusión de la responsabilidad o su disminución por la creación de riesgos adicionales por parte de la víctima²⁴, son a menudo transportadas a la construcción de los deberes jurídico-penales de garante. Incluso la ostensiblemente cambiante jurisprudencia del BGH en materia de injerencia puede ser explicada sin lagunas a través de este concepto. También en relación con el resultado de una conducta de incremento del riesgo conforme a Derecho se crea un deber de garante, cuando uno no se puede proteger suficientemente del peligro —como en el tráfico rodado— por sí mismo²⁵. Existe una excepción cuando la víctima, que por ejemplo se tambalea borracha ante un coche en medio de la calzada, causa con su propia culpa la lesión²⁶. O también quien actúa justificadamente puede ser garante por la correspondiente intensificación del peligro, excepto en caso de que la víctima tuviera que responder por la lesión, por ejemplo como agresora, que estando desvalida tras haber sido abatida en legítima defensa es abandonada²⁷.

Entretanto, el principio de la «autovinculación sin contrato» se ha extendido igualmente por el Derecho penal procedente del Derecho civil. Este último conoce una tal autovinculación cuando se generan «legítimas expectativas»²⁸. Sin embargo, conjuntamente con el principio del «*venire contra factum proprium*» se han desarrollado también criterios con cuya ayuda se puede determinar la existencia de dicha «legítima expectativa». Así, se atribuye un gran significado a la reconocibilidad por parte del destinatario del comportamiento que fundamenta la confianza²⁹. Esto vendría a significar, trasladado al deber de garante, que el conocido «filántropo» de la casuística que inicialmente pasa desapercibido en la situación de peligro, pero que se encuentra próximo a su fuente y con capacidad para neutralizarla, y a pesar de ello no interviene, no puede ser considerado garante. Un indicio adicional de confianza fundada deberían ser las «inversiones en confianza»³⁰. Las «inversiones en confianza» vendrían a significar, en materia de deberes de garante, que por razones de confianza se suspenden las propias medidas

²² MK-MERTENS, § 823, nm. 187 y ss.; C. VON BAR (nota 19), p. 169; *id.*, JZ, 1979, p. 334.

²³ C. VON BAR (nota 19), pp. 169 y ss.

²⁴ Véanse solamente BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª ed., Bielefeld, 1985, p. 250; JAKOBS (nota 21), pp. 29/42; OTTO/BRAMMSEN, Jura, 1985, p. 650.

²⁵ Así se manifiestan las decisiones del BGHSt, pp. 19, 152; 23, 327; 25, 218; 34, 82.

²⁶ BGHSt, pp. 25, 218.

²⁷ BGHSt, pp. 23, 327.

²⁸ KÖNDGEN (nota 20), pp. 116 y ss.

²⁹ MK-ROTH, § 242 BGB, nm. 297.

³⁰ AK-TEUBNER, § 42, nm. 31, con referencias.

de control y protección³¹. En todo caso, el salto desde el *factum* social del confiar al deber jurídico no se realiza con la mera conexión a los criterios particulares discutidos en el Derecho civil. En su lugar, para que una expectativa fácticamente reconocible pueda dar lugar a un deber de garante se exige también —en conexión con la teoría de sistemas de la sociología— que dicha expectativa se haya solidificado socialmente en relación con el sujeto expectante, que el destinatario de la expectativa cuente, a su vez, con su existencia y que, por último, la expectativa se refiera a «la conservación de bienes jurídicos elementales o de estructuras esenciales del sistema social cotidiano»³². También se ha propuesto considerar la expectativa como fundada cuando no exista imprudencia alguna por parte del sujeto expectante en relación con el fracaso en la evitación del resultado asumida³³.

La pregunta que deviene imperativa es por qué en los supuestos de proximidad al peligro la «competencia» por éste se presenta como más evidente, pues aquélla no se corresponde necesariamente con la creación del peligro. Christian v. Bar, uno de los protagonistas de la doctrina moderna de los deberes de tráfico, simplemente afirma que el peligro se domina con base en «la competencia profesional [...], la proximidad jurídica con la cosa, con la función pública, o con la familia»³⁴. Se trata, de forma parecida al criterio propuesto por Schünemann, de una definición del dominio con la que se salta directamente al ámbito de lo normativo. No obstante, sigue sin aclararse por qué razón elementos como un determinado objeto del confiar, el conocimiento de dicho acto de confianza por su destinatario, o la dimensión de la escrupulosidad de quien confía (a saber, si adopta u omite otras medidas de protección) tienen que ser decisivos para la existencia de un deber *jurídico*; más aún, por qué tienen que ser decisivos para la existencia de un deber *penalmente relevante*. En estos casos, lo único que está claro es que existen numerosas razones desde la perspectiva de la víctima para estar a favor de un deber de acción jurídico-penalmente garantizado.

La orientación a la víctima en materia de deberes de garante no significa, en ningún caso, solamente la observación de la *conducta* de la víctima. Sin duda desempeña también ésta, como hemos visto, un papel como correctivo de la competencia por el peligro. No obstante, en este sentido se trata solamente de una concreta manifestación de la victimodogmática. Pero más allá de esto —y precisamente es de lo que aquí se trata— la asunción de los modernos modos de imputación jurídico-civiles dan lugar a una orientación a los *intereses* de la víctima como nunca antes se había visto en el clásico De-

³¹ Sobre esta cuestión, ARZT (nota 14), pp. 652 y ss.; RUDOLPHI (nota 9), § 13, nm. 58; STREE (nota 8), § 13, nm. 27, con ulteriores referencias.

³² BRAMMSEN (nota 11), pp. 169 y ss.; OTTO/BRAMMSEN (nota 24), p. 537, con ulteriores referencias.

³³ SCHULTZ, *JuS*, 1985, p. 143.

³⁴ C. VON BAR (nota 19), p. 171.

recho de daños y de contratos. Los deberes de tráfico son, de hecho, productos tardíos de aquella rama del Derecho de daños que, con el establecimiento de la responsabilidad por el peligro, ha abierto las puertas a un principio de responsabilidad por culpa independiente, como segunda vía de la responsabilidad por culpa al lado de los criterios tradicionales³⁵. Conceptos como la «expectativa de conducta» y el «principio del interés» se presentan en materia de deberes de tráfico al lado del de la proximidad al peligro³⁶, el cual, en realidad, obtiene su carácter fundamentador de deberes de acción de los dos primeros conceptos. Y la autovinculación sin contrato fundamentaría una responsabilidad cuasicontractual independientemente de la existencia de un acuerdo en interés de la protección de la confianza³⁷. Estos nuevos tipos de responsabilidad se preocupan únicamente de la cuestión relativa a bajo qué condiciones el herido puede merecer una indemnización por otros cualesquiera buenos motivos. Distribuyen los daños desde el punto de vista de la eficiencia y de la exigibilidad a la víctima. De este modo, se diferencian de la responsabilidad por culpa del Derecho civil o, todavía más, del Derecho penal tradicional, en que éstos no se ocupan primariamente de los intereses de la víctima, sino de una reacción destinada a la dirección de conductas centrada exclusivamente en la responsabilidad del autor por sus actos.

¿Cómo se explica, pues, que en la búsqueda de deberes de garante se recurra precisamente a las apresuradas y (ello viene de suyo) manifestamente vagas reglas civiles modernas de responsabilidad orientadas a los intereses de la víctima?

3. EL DILEMA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA OMISIÓN

El motivo se hallaría en el insuperable dilema que late tras toda estructura de imputación por omisión. Los deberes de acción, a diferencia de los deberes de omisión, escapan a una delimitación general y a la vez precisa. Mientras las prohibiciones levantan una frontera, los mandatos establecen un fin. Las primeras delimitan una línea fronteriza válida de modo general, un espacio de libre actuación, sin perder claridad con ello (p. ej.: «Nadie debe llevar a cabo una acción con la que se va a causar la muerte de otra persona»). Los últimos, por el contrario, tienen carácter concreto y para gozar de claridad precisan de una descripción del tiempo, lugar y situación³⁸. Y, en caso de que se cumplan tales condiciones, tan solo surten efecto de forma aleatoria y decisionista:

³⁵ Sobre otras tendencias de este tipo en el Derecho de daños, véase FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlín, 1987, pp. 35 y ss.

³⁶ En detalle C. VON BAR (nota 19), pp. 170 y ss.

³⁷ KÖNDGEN (nota 20), p. 111.

³⁸ Sobre esta cuestión PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum - Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 1974, pp. 15 y ss.

El mandato «el Sr. Meier debe sacar del río Neckar al Sr. Müller el 22 de abril de 1988» es, en tanto norma de conducta, claro. Sin embargo, no es apto como ley general. Por el contrario, deberes de acción generales como «comórtese siempre de forma leal y honrada» o «ame al prójimo como a sí mismo» eluden sin duda esta dependencia respecto del azar y de las decisiones *ad-hoc*, pero bloquean por contra la posibilidad de ofrecer una regla *jurídica*, pues a menos que se describa de forma más precisa el deber de acción, es imposible establecer cuándo se ha producido su infracción³⁹. Tradicionalmente, los deberes de acción han sido considerados «deberes incompletos» por autores tan diferentes como Kant o Mill. Y ello porque tanto desde el punto de vista del objeto de la atribución, como desde el de su destinatario dejan un «margen de maniobra» que impide que su cumplimiento pueda ser realizado mediante coacción⁴⁰. Sin embargo, la posibilidad de ser exigido coercitivamente cuenta tradicionalmente como criterio definitorio de un deber jurídico. Pues bien, en caso de que se quieran ambas cosas, esto es, la posibilidad de formular mandatos universales y la verificabilidad de su vulneración o su cumplimiento forzoso, la única forma de conseguirlo es haciendo renunciaciones en ambas direcciones. En ese caso, tan solo entra en consideración un nivel medio de universalización, entre la delimitación precisa del deber y el mero llamamiento moral. No obstante, las consecuentes lagunas de concreción —junto con la soportable pérdida en el grado de generalización— deben ser cubiertas de algún modo. Y este modo debe ser más flexible que la ley y, al mismo tiempo, debe ser capaz de regular situaciones más allá del caso concreto. A tal fin entran en escena —y dicho sea de paso, esto es algo que tienen en común los delitos de omisión y los imprudentes— los estándares sociales. En la orientación de los deberes de garante hacia los deberes civiles de tráfico y hacia el principio de la «autovinculación sin contrato» acabados de comentar, estos estándares sociales se corresponden con la competencia por el peligro o la expectativa, esto es, la confianza fundada. Así, estos estándares actúan aquí como fundamento del deber, no como la adecuación social en relación con la comisión activa, que actúa de forma excepcional como fundamento para la exclusión del deber. Todo lo cual, de forma recurrente, trae a colación las dudas sobre la constitucionalidad del § 13 StGB en relación con el mandato de determinación previsto en el art. 103, párrafo 2.º de la *Grundgesetz* (GG)⁴¹. En cualquier caso, ello genera también otros problemas.

El empleo de estándares sociales en la imputación implica una doble peculiaridad de la imputación de delitos por omisión frente a la imputación

³⁹ PHILIPPS (nota 38), pp. 21 y ss.

⁴⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten* (publicado por primera vez en 1797), ed. WEISCHDEL, vol. IV, 1956, p. 520; J. S. MILL, *Utilitarianism* (publicado por primera vez en 1861), ed. O. PIEST, 1957, p. 61.

⁴¹ Los últimos que han escrito al respecto son FÜNFSTIN, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Frankfurt a. M. *et al.*, 1985, pp. 10 y ss.; SCHÜRMANN, *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, Berlin, 1986, pp. 126 y ss.

de delitos por comisión: la imputación en los delitos de omisión es explícitamente de naturaleza puramente normativa, porque falta ya la prueba ficticia del nexo causal para la atribución. A pesar de una extendida vivencia probatoria de nuestro concepto de causalidad entendido como *conditio sine qua non*, actualmente es considerado también un constructo normativo. De la densa red «causa-efecto-nexo» se traza una línea hasta encontrar el origen en el autor, pero a partir de él no se puede continuar sin que el trazo pierda todo soporte material⁴². No obstante, en la medida en que se presenta expresamente como una imputación normativa, la normatividad de la imputación por omisión va aún más allá en este sentido. Pues el reproche no es ya el haber iniciado un curso causal, sino el hecho de que un curso causal ya iniciado debería haberse interrumpido con base en el criterio de los estándares sociales. Las normas para esta imputación —y ésta es la segunda peculiaridad— no son sin embargo en ningún caso suficientemente abarcables desde una perspectiva jurídica. De este modo se reduce también en este doble sentido la *claridad* que siempre ha sido característica de la imputación de comisiones activas en el ámbito del Derecho penal.

Todo esto tiene importantes consecuencias teóricas y prácticas para el Derecho penal. Cuando el acto de atribución social de responsabilidad saca al autor del mismo círculo de implicados en el conflicto, la aislada responsabilidad por el conflicto no se puede estilizar tan bien como en los casos de delitos por comisión activa. En el extendido lenguaje actual de la prevención general positiva esto se puede formular del siguiente modo: la omisión puede explicarse mucho más fácilmente que la acción prescindiendo de la figura del autor⁴³, ya sea porque bajo las circunstancias dadas otros estaban obligados a actuar en la misma medida o incluso intervinieron activamente, ya sea porque la flexibilidad de los estándares sociales no siempre indica con claridad la existencia de un deber de actuar. En los delitos de omisión imprudente, en los que la imputación de la parte subjetiva del hecho resulta también de una atribución de deberes de cuidado, la problemática se duplica⁴⁴. Por eso mismo las consideraciones victimodogmáticas serían menos controvertidas en el ámbito de los delitos de omisión, como lo demuestra la inspección minuciosa de las «inversiones en confianza» o de las creaciones de riesgos especiales por parte de la víctima⁴⁵. Y por eso mismo también el principio de confianza será relevante para más de un omitente en supuestos de división del trabajo, como por ejemplo en el ámbito médico. Así, la asun-

⁴² Sobre la crítica HORWITZ, «The Doctrine of Objective Causation», en KAIRY (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, 1982, pp. 201 y ss.

⁴³ JAKOBS, ZStW (89), 1977, pp. 2 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot - Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 y 46 Abs. 3 StGB*, 1983, pp. 170 y ss.

⁴⁴ Sobre la posibilidad de aplicar el principio de bagatela en relación con esta cuestión véase FÜNFSTIN (nota 41), pp. 147 y ss., 226 y ss.

⁴⁵ Véanse *supra* la nota 30 o las notas 26 y 27.

ción del deber bajo determinadas circunstancias por parte de uno de ellos liberará a los demás obligados⁴⁶, mientras que, por el contrario, en ocasiones el hecho de que sean varios quienes dirigen una *acción* hacia el resultado de lesión refuerza el juicio de desvalor.

La problemática también se puede formular conforme al lenguaje propio de la prevención especial tradicional: el que con base en estándares sociales se convierte en un omitente con deberes especiales, de modo que por su posición deviene responsable de fuentes de peligro o de terceros desamparados, es por definición un autor socialmente integrado⁴⁷. También aquí la resocialización se muestra como un fin del Derecho penal ostensiblemente vacío.

A ello cabe añadir que algún contenido del deber de acción más bien intensifica las dudas sobre la efectiva calificación de la correspondiente omisión como un «injusto criminal». Éste es el caso del deber de comunicar información contraria a los propios intereses a entidades públicas o privadas prestadoras de servicios, derivado de una interacción formalizada y a menudo sin ningún tipo de relación individual con aquéllas⁴⁸. En estos supuestos la contraparte más poderosa, a menudo el Estado, se ahorra su deber básico de averiguación de las circunstancias reales que subyacen a la interacción. El hecho de que en casos como éstos se sea muy comedido a la hora de considerar penalmente relevantes los eventuales deberes de acción que puedan concurrir, casa bien con el también aquí pertinente y rudimentario punto de vista victimodogmático, así como con la lógica de protección de la AGBG*, cada día más significativa para el Derecho penal. La propensión a solventar estos conflictos con criterios de responsabilidad jurídico-civiles resulta, pues, de lo más comprensible.

A pesar de estos recortes a la factibilidad de la imputación jurídico-penal por omisión, aumenta la relevancia práctica de los delitos de omisión y, con ella, el interés político-criminal por su persecución. El incremento de servicios prestados por el sector público, por un lado, y el de los servicios prestados por el sector privado en ámbitos que hasta el momento habían sido cubiertos por los propios particulares van de la mano con los fenómenos, también en aumento, de la división del trabajo y de la automatización. El individuo cada día puede satisfacer en menor medida su deber primario de protección contra los riesgos generales de la vida o su deber de cuidado por quienes están

⁴⁶ Sobre esta cuestión WILHELM, *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, Stuttgart, 1984.

⁴⁷ Como mucho, algunos casos de injerencia pueden presentarse como una excepción en este sentido.

⁴⁸ Sobre esta cuestión ARZT/WEBER, *BT LH* 3, 2.^a ed., Bielefeld, 1986, nm. 382; MAASS (nota 17), pp. 16 y ss., 87 y ss.; PFANDER, *Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt* (tesis doctoral), Basel, 1967, pp. 243 y ss.

* NT: Las siglas AGBG son la abreviatura de la *Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*. Ley equivalente, en España, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

bajo su tutela, por lo que debe dividir el trabajo delegando en otros⁴⁹. La automatización requiere en muchos ámbitos tanto la intercambiabilidad de acciones y omisiones⁵⁰, como también un incremento de los deberes de acción (especialmente de información) frente a instituciones automatizadas de rango superior⁵¹. La reorientación hacia la planificación social de la intervención administrativa del Estado (p. ej., la infiltración policial en grupos potencialmente criminógenos, así como la protección frente a peligros medioambientales graves)⁵², agudiza las dudas sobre la existencia de deberes de acción frente al individuo o la generalidad⁵³. En una dirección en cierto modo opuesta se extienden nuevos tipos de relaciones de confianza que han aflorado de forma «natural» en la vida social y más allá de la familia como comunidad de vida tradicional. Se trata, por ejemplo, de las parejas de hecho, de los pisos compartidos por estudiantes o comunidades de vida por el estilo, de pequeñas comunidades religiosas, etc., que cada vez con mayor frecuencia ocupan a la jurisprudencia⁵⁴. También aquí aparecen a menudo nuevas necesidades de protección. La importancia social de todos estos deberes de acción hace comprensible la necesidad de articular político-criminalmente la sanción penal de su violación. Incluso en ocasiones se parte ya del hecho de que la criminalidad del futuro no será una «criminalidad de la aventura» o una «criminalidad profesional», sino la criminalidad del autor socialmente integrado⁵⁵.

De este modo surge el dilema de la criminalización de la omisión: con el aumento de las dificultades para la imputación de la omisión crecen las necesidades de protección y con ellas la necesidad político-criminal de criminalizar la omisión. Así, el creciente recurso a los modernos criterios jurídico-civiles de imputación para la construcción de los deberes jurídico-penales de garante se puede entender como una consecuencia directa de este dilema. En caso de que nos diéramos por satisfechos con ello, nos encontraríamos con la singular consecuencia de que, justamente allí donde la imputación encuentra dificultades notablemente mayores que las que se pueda encontrar en materia de transgresión de prohibiciones, el Derecho penal se apoya en la expansión —motivada por la voluntad de realización del Estado social— de la responsabilidad jurídico-civil.

⁴⁹ PHILIPPS (nota 38), pp. 100 y ss., 121 y ss., 151.

⁵⁰ Sobre esto SEELMANN, *JuS*, 1987, L 34 con ulteriores referencias.

⁵¹ Véase *supra* nota 48.

⁵² Así, entre el sujeto infiltrado y el jefe del sujeto infiltrado pueden surgir las relaciones concretas de dependencia exigidas para el surgimiento de un deber de aseguramiento.

⁵³ En relación con supuestos de peligro medioambiental se discute un deber de protección por parte de órganos estatales. En este sentido, véanse las referencias aportadas por ALBRECHT/HEINE/MEINBERG, *ZStW* (96), 1984, p. 958. Muy restrictivo RUDOLPHI (nota 9), § 13, nm. 54b y ss.

⁵⁴ Para una orientación sobre las diferentes intensidades de la vida en común, véanse solo la BGH *NSZ*, 1983, p. 117; 1984, p. 163, y la BGH *NJW*, 1987, p. 350.

⁵⁵ Véase TROTHA, *Recht und Kriminalität*, Tübingen, 1982, pp. 98 y ss.; véase también el interés de la criminología en autores socialmente integrados, especialmente desde la perspectiva laboral. En este sentido, KAISER, *Kriminologie*, 4.ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 490 y ss.

4. RESPONSABILIDAD POR LA ACCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL DEBER

Las restricciones de los deberes de garantía últimamente propuestas por algunos autores no sirven para superar las contradicciones valorativas aquí apuntadas. Todas ellas acaban siendo irremediablemente reducibles a criterios cuantitativos.

Así, para el deber de amparo se propone que el acto de confianza revista una cierta intensidad, esto es, que se encuentre «socialmente solidificado» o que se refiera al «mantenimiento de bienes jurídicos elementales»⁵⁶. Respecto de los deberes de aseguramiento, se exige que el peligro supere una determinada medida, esto es, que supere el riesgo general de la vida⁵⁷ o, en otras palabras, que no sea consecuencia de un comportamiento indispensable de la vida cotidiana⁵⁸. De forma general se concluye también que de meros deberes de bagatela no deberían surgir deberes jurídico-penales de acción⁵⁹. El acto de confianza, pues, debe ser algo más intenso que el correspondiente a la «autovinculación sin contrato» del ámbito jurídico-civil, mientras que, por su parte, el peligro debe ser algo más grave que el correspondiente al ámbito de los deberes de tráfico.

Con esta progresión puramente cuantitativa, acompañada de conceptos que de forma evidente necesitan ser llenados de contenido valorativo, los ya de por sí vagos criterios de determinación de los deberes de garante pierden por completo su rigor delimitador. Luego, las dudas sobre la conformidad del § 13 StGB con el mandato de determinación⁶⁰ deben acentuarse en vista de este impreciso intento dogmático de delimitación.

Para concluir baste con indicar qué dirección debería tomar la dogmática de los deberes de garante para dar lugar a resultados aceptables.

En la medida en que el Derecho penal fundamente su orientación a la responsabilidad por el hecho y a la prevención en la responsabilidad del individuo por sus hechos y en que, asimismo, sus sanciones deban ser entendidas como una reprobación al individuo, el § 13 debería fundamentarse o, mejor, debería ser de nuevo conectado con un deber jurídico y, con él, con un concepto jurídico obtenido de la responsabilidad individual. El Derecho civil puede dejar reposar un concepto jurídico en parte sobre el Estado social y «pulverizar» los perjuicios individuales con razones sociales o económicas. Esto es, puede distribuir deberes con base en el principio de solidaridad.

⁵⁶ BRAMMSEN (nota 11), pp. 385 y ss.

⁵⁷ Esto es, por lo demás, lo que también exige la dogmática jurídico-civil para el surgimiento de deberes del tráfico. Así, véase LARENZ (nota 21), p. 612.

⁵⁸ JAKOBS (nota 21), pp. 29/42; similar OTTO (nota 21), p. 192.

⁵⁹ BLEI (nota 16), p. 141.

⁶⁰ Véase nota 41.

No así, por principio, el Derecho penal. En cualquier caso no mientras no se limite a un concepto neutro de responsabilidad jurídico-civilmente, ni mientras sus sanciones no se reduzcan a consecuencias jurídicas análogas a las jurídico-civiles.

El Derecho penal orientado a la culpabilidad se ha desarrollado desde el siglo XVIII, y desde entonces de modo cada vez más relevante, como concepto jurídico a contraponer a la moral. En este sentido cabe interpretar la distinción que Thomasius traza entre lo «*honestum*», lo «*decorum*» y lo «*justum*», que hoy traduciríamos como lo éticamente exigible, lo convencionalmente apropiado y lo jurídicamente debido, todo ello en función, respectivamente, de si se trata de reprimir las pasiones, de ganarse la simpatía de los demás o de no perturbar la libertad del prójimo («*ne pacem turbent*»)⁶¹. El último, el mandato jurídico no es más que un mero mandato de no intervención. Análogamente, Kant distingue entre deberes jurídicos y deberes (no realizables mediante coacción) morales (o de la virtud) en función de si se trata, por un lado, de una prohibición de lesionar los derechos de libertad de los demás (deber jurídico) o, por otro, de un deber de promover un estado propio de perfección, así como la felicidad o bienestar ajeno (deber de la virtud)⁶². De este modo, un deber jurídico tan solo puede consistir en un deber de omisión, esto es, en un deber de no lesionar a terceros con un comportamiento activo. Así, un deber de *acción* (añade Hegel), únicamente podrá ser deducido de un comportamiento previo (por ejemplo a través de la perfección de un contrato) en el que el sujeto se haya hecho a sí mismo responsable de una posterior omisión⁶³.

Estas propuestas de delimitación entre ética y Derecho han sido criticadas a lo largo de nuestro siglo. Así, en situaciones de extrema necesidad, a menudo se incluye entre los deberes jurídicos un deber de socorro cuando el esfuerzo requerido para su cumplimiento es claramente pequeño en comparación con el peligro existente⁶⁴. Y ello porque en estas situaciones no se trata ya de la felicidad del prójimo, sino que más bien bajo las circunstancias de aplicación lo que está en juego es la vida de un tercero. Por otro lado, en estos supuestos falta también el antes mencionado «margen de maniobra», pues en la correspondiente situación el deber de socorro está más o menos concretizado y tanto el sujeto necesitado de ayuda como el obligado a prestarla están individualizados. Esto ha dado lugar a que en muchos ordena-

⁶¹ THOMASIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 1705, libro 1.º, cap. 4.º, §§ 89 y ss., cap. 5.º, § 24.

⁶² KANT (nota 40): véase la introducción a la teoría del Derecho o la introducción a la teoría de la virtud.

⁶³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 38.

⁶⁴ El último en este sentido es FEINBERG, *Harm to Others - The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, 1984, p. 126; BUCHANAN, *Ethics* (97), 1987, pp. 558 y ss.; E. A. WOLFF, en HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt a. M. et al., 1987, pp. 137, 177, 181, 201 y especialmente la 223.

mientos jurídicos se haya establecido un deber de socorro universal parecido al previsto en nuestro § 323c StGB⁶⁵.

Una tradición que entiende la violación del Derecho como la violación de la norma y que no puede concebirse sin la observación fundamental de que el ordenamiento jurídico se construya sobre la base del principio de la responsabilidad individual —y que, por tanto, concibe los deberes jurídicos como deberes de no interferir—, no puede integrar tales deberes de socorro sino con dificultades. Pues aquéllos no son causados a través de un comportamiento responsable, ni son condición para la existencia de un sistema de deberes que se construye sobre el principio de la responsabilidad por la acción. El comportamiento responsable no se vería en nada afectado en el caso de que a nadie le fuera impuesto jurídicamente un deber de socorro⁶⁶. Incluso el hecho de que la *vida* del necesitado esté en juego y, de este modo, también lo esté el requisito de subjetividad jurídica, le concierne exclusivamente al necesitado. Ello, como máximo, refuerza el punto de vista de la solidaridad, respecto del cual nuestro Derecho moderno se sabe, con buenas razones, deudor. Otro motivo razonable para estatuir el deber de socorro y que podría explicar una parte importante de su ámbito de aplicación es el principio del interés: quien disfruta y se aprovecha de las ventajas de adelantamientos peligrosos (como puede serlo el tráfico rodado, por ejemplo) debe ser llamado a responder, también, por los inconvenientes que de ello se deriven (los accidentes, por ejemplo). En realidad, tampoco es ésta una perspectiva basada en la responsabilidad individual por la acción. Si se parte de la base de que la reprobación individualizada con la que opera nuestro Derecho penal solamente se legitima en un sistema de responsabilidad por la acción, la valoración jurídico-penal de un deber universal de socorro levanta serias dudas. En todo caso, el compromiso del legislador con el § 323c es aún soportable en la medida en que la pena asignada por su infracción es significativamente menor que la asignada por la causación del mismo resultado. Sin embargo, las dudas que pesan sobre los deberes de garante basados en los principios de solidaridad y del interés no se ven en nada afectadas por ello.

Conforme al estado actual de la dogmática de los delitos de omisión, si trasladamos el concepto del Derecho orientado a la responsabilidad por la acción a la construcción de los deberes de garante, esto significa lo siguiente. En relación con los deberes de amparo, debe haberse *creado* un peligro para los demás o debe haberse *asumido* la responsabilidad por el mismo. En relación con los deberes de protección, se debe haber *retirado* un dispositivo de defensa previamente existente o se debe haber *asumido* la responsabi-

⁶⁵ Acreditando el establecimiento de este deber en diferentes países, véase FEINBERG (nota 64), p. 256.

⁶⁶ Sobre los correspondientes deberes morales de acción, ILTING, en RASSEM-FS, 1981, pp. 99 y ss., 106 y ss.

dad por su retirada. Así, el comportamiento previo del obligado debe ser la causa de la posterior lesión. En todo caso, esto solamente es posible siempre y cuando el comportamiento previo sea imputable. Un peligro causado de forma meramente objetiva, o la simple causación objetiva de la retirada de un dispositivo de defensa, no es suficiente, como tampoco lo es la competencia por el peligro basada exclusivamente en consecuencias jurídicas independientes del consenso⁶⁷ o la mera competencia institucional o por organización⁶⁸.

Imputabilidad del comportamiento previo significa que el posterior omitente sabía o debería haber sabido en el momento en el que lo llevó a cabo que posteriormente podía dar lugar, directamente, a un resultado típico. De ahí que no pueda hacerse garante a alguien por el mero hecho de que su presencia genere la expectativa en otro de que en caso de peligro aquél va a intervenir en su protección. Tampoco a quien hereda una instalación o equipamiento peligroso para terceros, como por ejemplo un yacimiento de grava, se le puede hacer cargar simplemente por ello con un deber de protección o aseguramiento. Esto solo será posible cuando haya llevado a cabo un acto que se pueda interpretar como la efectiva asunción de la competencia por el peligro. Lo mismo cabe decir de las puras «comunidades de necesidad»⁶⁹: uno es sorprendido por un naufragio y se reencuentra con otros miembros de la tripulación en un bote salvavidas, o uno es pasajero de un avión secuestrado y tiene la posibilidad de salvar a un compañero de infortunio de una lesión o de la muerte. Mientras en estos casos podría ser exigible sin lugar a dudas un deber de solidaridad o un deber universal de acción en el sentido del § 323c StGB, para que existiera un deber de acción especial de garante aún faltaría un comportamiento previo imputable. Las mismas cautelas son recomendables en supuestos de mera convivencia⁷⁰. Es bien posible que un compañero de piso confíe en que, en caso de peligro o necesidad, cualquiera de sus otros compañeros le ayudará. Sin embargo, si el compañero que estuviera en disposición de ayudarlo hubiera tomado parte en la comunidad sin ser consciente (o sin un desconocimiento reprochable) de tal acto de confianza por parte del compañero eventualmente necesitado, sin que su posterior comportamiento una vez dentro de la comunidad pueda interpretarse

⁶⁷ STREE (nota 8), § 13, nm. 43, asienta deberes de garante sobre la *propiedad* o la *posesión*. Sin embargo, siendo esto así, también debería considerar la *herencia*, sin más, como fuente de deberes de garante.

⁶⁸ Esta forma de fundamentar los deberes de garante es de JAKOBS (nota 21), 29/28 y ss. Si se atiende a la concreción de su propuesta, sin embargo, los criterios de determinación de los deberes de garante con los que trabaja coinciden en la mayor parte de los casos con los ya comentados de la competencia por el peligro, la confianza o el dominio.

⁶⁹ A pesar de que en relación con este tipo de supuestos a menudo se citan naufragios y expediciones de montaña, no existe al respecto ninguna jurisprudencia en Alemania. Sobre jurisprudencia relativa a las excursiones a los Alpes suizos, cfr. OTTO/BRAMMSEN (nota 24), p. 593.

⁷⁰ De manera resumida RUDOLPHI (nota 17), p. 151.

como una retirada de los dispositivos de defensa del compañero, entonces sus deberes de acción se moverán únicamente dentro del marco del § 323c.

Por cierto, la exigencia de que el comportamiento previo sea imputable es paralela a otras variantes de imputación extraordinaria antes mencionadas⁷¹. Quien por sí mismo crea una situación de forma imputable, en la cual le es achacable la ausencia de algún elemento de la imputación ordinaria, será tratado como si dicho elemento existiera. Una constelación, por lo demás, que ya conocemos de la mano del estado de necesidad exculpante⁷² o de la *actio libera in causa*⁷³. En estos casos el mismo autor causa de manera imputable la situación de conflicto o la alteración psíquica que elimina la culpabilidad o la disminuye significativamente. Básicamente la imputación por omisión se estructura de forma similar. El elemento de la imputación ordinaria que falta en los supuestos de omisión es el actuar mismo, principal requisito de la imputación. En otras palabras, para que una imputación extraordinaria pueda tener lugar, es preciso que el omitente haya creado él mismo la situación en la que otras personas van a resultar lesionadas, y es necesario que dicha lesión no pueda ser ordinariamente imputada como un actuar.

Éste no es solo el caso de quien, sabedor de que sobre él pesa un deber de garante, hace imposible la conducta salvadora, ya sea automutilándose, emborrachándose sin razón alguna o de cualquier otro modo. Supuestos que, por su parecido estructural, ya han sido previstos en otros casos de imputación extraordinaria⁷⁴. Más bien se trata del surgimiento del deber de garante como tal, esto es, de todo caso (aunque no solo de los casos de este tipo) en el que alguien ha creado un peligro para otros o ha retirado las barreras de protección, o de aquel que ha asumido los peligros creados por terceros o de aquel que se ha subrogado en el lugar de quienes han retirado las barreras de protección, con la consecuencia de que a partir de ese momento otra persona va a resultar lesionada sin necesidad de que medie algún «actuar» adicional.

Con todo esto, permanecen también aquí *los* problemas que a raíz de la estructura de la imputación necesariamente emergen en los delitos de omisión. Entre ellos se cuenta, como ya se ha comentado, el recurso a estándares sociales. También la *creación* del peligro y la *retirada* de las barreras de protección (o los correspondientes actos de asunción) en sede de delitos de omisión deben medirse en función de si han evitado la *habitual* autoprotección. Lo que significa, por un lado, que el peligro creado debe ser de tal entidad que no pueda ser contrarrestado con la adopción de las precauciones nor-

⁷¹ Redescubriendo el concepto en la dogmática moderna HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlin *et al.*, 1988, entre otras p. 313.

⁷² En detalle NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden - Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985, pp. 207 y ss.

⁷³ NEUMANN (nota 72), pp. 24 y ss.

⁷⁴ HRUSCHKA (nota 71), pp. 304 y ss.

males. Por otro lado, significa que la retirada de las barreras de protección debe haber generado una confianza tal que cualquier medida ulterior de protección sería *habitualmente* considerada como superflua.

Por el contrario, debería ser prescindible la actualmente frecuente exigencia de antijuridicidad del comportamiento previo en el ámbito de la injerencia⁷⁵. Pues en los supuestos de creación del peligro por la asunción de la responsabilidad respecto de personas o cosas generadoras de peligros, su exigencia haría decaer casi por completo los deberes de garante. A su vez, sin embargo, reservar el requisito de la antijuridicidad para los casos clásicos de injerencia presenta el problema de la desigualdad de trato, difícilmente explicable. De hecho, ni los propios defensores del criterio de la antijuridicidad lo sostienen de forma consecuente, pues en los casos más importantes de justificación por estado de necesidad lo dejan sin efectos: en el caso de un ciclista que, para salvar su vida ante un automóvil conducido de forma antijurídica que se dirige contra él, tan solo puede subirse a la acera y lesionar a un transeúnte debido a la estrechez de la calle⁷⁶, y así lo hace, nadie duda de que carga con un deber de garante frente al transeúnte incluso a pesar de que su comportamiento estuviera completamente justificado.

La reducción de los deberes de garante aquí propuesta es francamente rígida. ¿Deben descartarse como penalmente irrelevantes todos los deberes de acción que no se basen en el comportamiento previo imputable? Una conclusión en tal sentido sería inconsistente por una sencilla razón: el sistema de deberes basados en la responsabilidad por la acción presupone la existencia de otros deberes sin los cuales aquél no podría existir. En la medida en que estos otros deberes son verdaderas condiciones de posibilidad de un sistema de deberes de acción orientado a la responsabilidad por la acción del individuo, reciben por esta razón el carácter de deberes de garante.

Estos requisitos deberían valer, en primer lugar, para algunos de aquellos deberes ampliamente reconocidos que, con la costumbre de ignorar la necesidad de que exista un fundamento jurídico del deber, son considerados deberes «naturales». No obstante, no debe sobredimensionarse el círculo de estos deberes. Así, de la relación de los padres con sus hijos menores tan solo podrán nacer deberes de garante de amparo (y los correspondientes deberes de garante de aseguramiento frente a terceros) cuando, de otro modo, un control directo del Estado haría imposible que existiera un cierto ámbito interno de libre configuración en la familia.

Sin embargo, como mínimo esto dificultaría notablemente la construcción de un orden jurídico sobre la base de la responsabilidad por la acción

⁷⁵ Como aquí, entre otros, ARZT (nota 14), pp. 715 y ss.; BAUMANN/WEBER (nota 24), pp. 248 y ss.; OTTO (nota 21), p. 192. De otra opinión, entre otros, LK-JESCHECK, § 13, nm. 33; STREE (nota 8), § 13, nm. 34 y ss.; RUDOLPHI (nota 9), § 13, nm. 39 y ss.

⁷⁶ WESSELS, AT, 17.^a ed., Heidelberg, 1988, p. 223.

del individuo. Así, bajo las premisas expuestas, resulta dudosa la existencia de un deber de protección de los hijos en relación con sus padres, al menos en la medida en que no exista dependencia alguna por parte de los padres⁷⁷. No obstante, si debido al comportamiento previo de los hijos surgiera una relación tal de dependencia, entonces rige de nuevo la conexión normal a la responsabilidad por la acción. En este sentido, no representa ninguna excepción a la regla el deber de protección que recae sobre los hijos adultos que siguen viviendo en casa de los padres y que se basa en la retirada de los dispositivos de defensa fundada en una confianza reconocible. De hecho, la única excepción vendrá dada por los hijos adultos que ya no viven en el hogar paterno, siempre y cuando su asistencia no sea, a raíz de su comportamiento precedente y como ellos mismos reconozcan, un factor relevante para sus padres en la configuración de su vida cotidiana⁷⁸.

Además del de los padres frente a sus hijos menores, otro deber condicionante de garante no fundamentado en la responsabilidad por la acción es el del Estado (y, por derivación, el de sus órganos), en la medida en que también éste es condición necesaria para la existencia de un sistema de deberes que se base, por su parte, en la responsabilidad por la acción. Un tal deber de actuar del Estado solamente se podrá afirmar respecto de graves peligros, frente a los cuales un aseguramiento individual no resulta en ningún caso factible, como por ejemplo los provocados por grandes catástrofes, epidemias o desastres medioambientales⁷⁹.

5. RECAPITULACIÓN

Actualmente una parte importante de la doctrina en materia de deberes de garante se inspira en la responsabilidad por los deberes de tráfico y por la autovinculación sin contrato. De este modo sigue los pasos de la responsabilidad civil basada en los intereses de la víctima en lugar de en la responsabilidad por la acción. Esta evolución puede explicarse a la luz del dilema que presenta la criminalización de la omisión: con las crecientes dificultades de la imputación así como de la legitimación de la intervención penal, crece, a su vez, la significación político-criminal de los delitos de omisión. Todo ello lleva, sin embargo, a una contradicción valorativa: las complicaciones en la imputación dan lugar a una ampliación del ámbito de conductas penalmente relevantes. Frente a ello solo cabe protegerse con una vuelta al principio de

⁷⁷ Llegan al mismo resultado JAKOBS (nota 21), pp. 29/62; JESCHECK, *AT*, 4.^a ed., Berlin, 1988, § 59 IV 3.^o; RUDOLPHI (nota 9), § 13, nm. 49. Opinan de modo diferente, entre otros, ARZT (nota 14), pp. 651 y ss.; BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968, p. 170.

⁷⁸ Profundizan al respecto OTTO/BRAMMSEN (nota 24), p. 538.

⁷⁹ JAKOBS (nota 21), 29/76; véase, también, BRAMMSEN (nota 11), pp. 190 y ss., 197 y ss., 198 y ss. Con una restricción evidente, RUDOLPHI (nota 12), p. 339.

la responsabilidad por la acción. Luego, para el surgimiento de un deber de garante es fundamentalmente necesario que se haya creado un peligro, que se haya retirado un dispositivo de defensa o bien que se haya asumido la responsabilidad por el peligro o por la ausencia de dispositivos de defensa. Respecto de estos principios tan solo cabe una excepción para aquellos deberes familiares y estatales que son condición necesaria de un sistema de deberes de actuar basado en la responsabilidad por la acción.

CAPÍTULO X

PUNIBILIDAD DE LA EMPRESA: CAUSAS, PARADOJAS Y CONSECUENCIAS*

El Proyecto de Reforma del Código Penal suizo de 21 de septiembre de 1998 pretende incorporar en la Parte General la siguiente disposición como art. 102, inciso 1:

«Si un delito es cometido por la actividad de una empresa y este hecho no puede ser imputado a una persona determinada debido a una organización defectuosa de la empresa, se castigará a la empresa con una multa de hasta cinco millones de francos».

En su comunicado oficial, el *Bundesrat* es completamente consciente de las dificultades dogmáticas unidas a esta regulación y de la disparidad de opiniones en la discusión científica internacional, pero en el punto 217.3 de las notas explicativas se apoya en la idea de «que no es finalmente la dogmática, sino la *voluntad del legislador* de regular convenientemente una situación problemática (cursivas en el original), la que decide si esta regulación resulta permitida». Esto es en el fondo algo tan trivialmente correcto, como inusual en la enunciación. Por supuesto que en la democracia la voluntad legislativa del pueblo soberano decide todos los aspectos particulares de la legislación, pero evidentemente teniendo en cuenta siempre el ordenamiento jurídico como un todo y el contexto científico desarrollado en la dogmática jurídica, que hacen que el Derecho pueda enseñarse, aprenderse, controlarse y aplicarse. Por el contrario, si se usa lo «conveniente» en contra de lo «dogmático», entonces este razonable juego en equipo entrará en una crisis en la que solo ambas partes pueden perder.

Como lector del citado pasaje, cabe preguntarse si puede proponerse una legislación que cae visiblemente en dificultades dogmáticas. De hecho, la incorporación prevista¹ de una punibilidad de la empresa tendría que ubi-

* Traducción a cargo de Percy García Caverro.

¹ Actualmente puede condenarse con una multa a una persona jurídica o a un colectivo de personas sin personalidad jurídica conforme a regulaciones especiales del Derecho penal accesorio

carse junto a varios preceptos del apartado de sanciones del nuevo Proyecto de Parte General, lo cual muy difícilmente podrá llegar a tener aceptación y hace precisamente que un estudio más detallado de estas cuestiones prometa ser muy interesante.

En lo que sigue, se tratarán primero las razones para la demanda generalizada de una punibilidad de la empresa (1). Acto seguido se expondrán los problemas que la introducción de una punibilidad de la empresa origina en la imputabilidad (*Zurechenbarkeit*), especialmente en el principio de culpabilidad (2). Luego de ello valdrá la pena fijar la atención en aquellos que resultan realmente afectados con la punibilidad de la empresa (3). Por último, habrá que discutir los posibles efectos de reacoplamiento, incluidos los producidos en el ámbito de las consecuencias del delito.

1. LÍMITES DEL DERECHO PENAL INDIVIDUAL

1.1. Problemas generales de imputación

En los delitos cometidos desde la empresa, las dificultades para el Derecho penal tradicional son de diversa naturaleza.

En la empresa se producen, en primer lugar, distribuciones de competencias y traslados de decisiones a niveles inferiores de una forma tal que no resulta raro que, en caso de producirse repercusiones lesivas hacia fuera, falte una cooperación consciente y voluntaria como presupuesto de la coautoría². Los modelos de administración cooperativa, la descentralización y la autorización de grupos de trabajo en el ámbito económico llevan, según la opinión de varios autores, a una «irresponsabilidad organizada». Detrás de ello no hay una mala voluntad, sino un problema real de la teoría de la acción. «*Many person actions*», como se las denomina en la discusión internacional, permiten obtener de la acción conjunta en estructuras complejas y de la articulación de varias actividades, resultados que de ninguna manera reflejan la pura adición de actividades individuales³. Por otra parte, la sospecha inicial de un empleado en el sentido de «algo no anda bien», exigiría averiguaciones tan complejas que el sujeto individual no sería capaz

y al art. 7, párr. 1 VStR. Pero la pequeña cuantía de la multa y, sobre todo, su ubicación fuera del StGB (esto es, en el Derecho penal accesorio o en el Derecho administrativo sancionador) han generado hasta hoy que se tenga muy poco en cuenta a estos dispositivos, a diferencia de la similar norma en Alemania (§ 30 OWiG).

² STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en R. SCHMITT-FS, Tübingen, 1992, pp. 300 y ss.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden-Baden, 1995, pp. 29 y ss.; OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, 1993, pp. 7 y ss.

³ LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg/München, 1998, pp. 122, 129, 137; FOERSCHLER, *California Law Review* (78), 1990, pp. 1287, 1300.

de realizarlas⁴. Ambos aspectos llevan a que muchas veces los casos de daños a terceros no puedan describirse de manera plausible como acciones de sujetos individuales⁵. Las manifestaciones externas penalmente relevantes tienen su origen muy rara vez en la acción individual únicamente, lo que hace que a menudo fracase también la imputación propia de la dogmática jurídico-penal del resultado a los autores individuales. En cualquier caso, estas relaciones no han sido hasta ahora investigadas suficientemente en el plano empírico⁶, por lo que ante una regulación legal sería conveniente con urgencia una investigación en este sentido.

Las dificultades de imputación pueden percibirse también desde otra perspectiva. Aun cuando un sujeto individual causara en algún supuesto un resultado penalmente típico, ciertas dificultades de prueba evitarían que efectivamente sea declarado culpable del delito⁷. Por lo general, solo con cierta dificultad se puede reconstruir desde afuera el suceso producido en una empresa complejamente organizada con una dispersión horizontal de la responsabilidad. Para ello serían casi siempre necesarios conocimientos especiales que el *extraneus* al círculo cerrado de la organización no puede tener⁸. Incluso si, por ejemplo, en supuestos de perjuicios al medio ambiente los representantes de las autoridades medioambientales tuviesen esos conocimientos especiales a causa del contacto hasta entonces con la empresa, como muchas veces sucede, existiría aún la conocida barrera de información frente a la policía y la fiscalía, la cual no quiere levantarse anticipadamente debido a la buena cooperación de la empresa durante mucho tiempo⁹.

Pero no solo son problemas de dispersión estructural de la responsabilidad y probanza recargada los que hacen que parezca difícil la imputación individual en el interior de grandes empresas. También por el lado de la norma se presentan dificultades, puesto que aun cuando se encuentre un sospechoso del delito, siempre pueden aparecer otros problemas en relación con el resultado del mismo. Las normas del Derecho penal medioambiental, por ejemplo, están elaboradas de manera tal que el nexo entre la acción y el resultado del delito se establece muchas veces solo estadísticamente o se presume, y que incluso en el caso de los «delitos cumulativos» no necesita

⁴ LÜBBE (nota 3), pp. 158 y ss.

⁵ «Bureaucratic procedures may become so complex, automatic, self-perpetuating that the role of the individual human agency in bureaucratic decision-making may become inscrutable» [SULLIVAN, *The Cambridge Law Journal* (55), 1996, pp. 515, 534].

⁶ A esto se remite, KREKELER, «Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?», en HANACK-FS, Berlin, 1999, pp. 639, 659 y ss., de lo que deriva un escepticismo frente a la punibilidad de las asociaciones.

⁷ STRATENWERTH (nota 2), p. 300; con dudas frente a esto KREKELER (nota 6), con otras referencias.

⁸ Más detalladamente sobre esto, SEELMANN, *NJW* (43), 1990, pp. 1257, 1261.

⁹ Sobre esto, HEINE/MEINBERG, *Gutachten D für den 57. Deutschen Juristentag*, München, 1988, pp. D 83 y ss.

siquiera determinarse, puesto que solo cabría esperar un peligro como consecuencia de conductas masivas de la clase incriminada¹⁰. Además de ello, y en vista de la «accesoriedad administrativa»¹¹, al sujeto individual no siempre le resulta fácil apreciar si realiza en el caso concreto alguna infracción del deber, ya que el deber se establece fuera del Derecho penal (esto es, en la actuación administrativa) y posiblemente se exprese hoy distinto que ayer y mañana distinto que hoy. Todo esto en conjunto, produce en la estructura de la norma un cierto alejamiento de lo «usual», que hace también comprensible una reserva de los tribunales allí donde una acción delictiva pudiese de alguna forma atribuirse a un autor. Pero incluso si resulta posible imponer una pena a un autor a pesar de estas dificultades, esa pena se mostrará a menudo insuficiente en la práctica: la medida de la sanción que debería corresponderse con la capacidad de producción del sujeto individual (esto es, sus ingresos personales), se mostrará por lo general desproporcionada en comparación con el resultado delictivo¹².

1.2. Posibilidades de punición individual en la cúpula de la empresa

En vista de estos problemas generales de imputación en los delitos medioambientales y económicos, y especialmente para sortear los problemas derivados de la dispersión de la responsabilidad dentro de la estructura y de la necesidad de prueba, se ha pensado desde hace algún tiempo si, en caso de un delito cometido desde la empresa, no se podría perseguir por lo menos al «dueño del negocio» en lugar de a un subordinado individual. En supuestos sencillos con un dolo demostrable del dueño del negocio, puede que resulte útil la figura de la autoría mediata¹³. Pero en otros supuestos los dueños del negocio solo podrían ser hechos responsables a través de la elaboración de un delito de omisión impropia o la formulación especial de un tipo penal análogo de omisión de un deber de vigilancia. Tipos penales especiales de infracción del deber de vigilancia que dejen de lado por completo la exigencia del conocimiento del hecho, no han podido hasta hoy imponerse en Suiza¹⁴. Se dice, en contra de ellos, que se caería en el peligro del castigo de una «colaboración imprudente por omisión». Por esta razón, puede afirmarse que en el estado actual solamente existe la posibilidad de imputación a través de la autoría mediata o de los delitos de omisión impropia.

¹⁰ Detalladamente SEELMANN (nota 8), p. 1259.

¹¹ Sobre esto, JENNY/KUNZ, *Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt*, Basel/Frankfurt a. M., 1996, pp. 50 y ss.

¹² EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Berlin, 1994, pp. 161 y ss.

¹³ En estos supuestos se apoya KREKELER (nota 6), pp. 647 y ss., con referencia a la jurisprudencia alemana.

¹⁴ Sobre la problemática KRAUSS, *Plädoyer* (1), 1989, pp. 40, 47; RONZANI, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, Freiburg, 1992, pp. 150 y ss.

pia, interpretados de manera más o menos amplia, en los que, sin embargo, el fundamento y el alcance de los deberes del garante no pueden determinarse a menudo fácilmente.

La esperanza de superar las dificultades de imputación en el ámbito de la empresa mediante la elaboración de tales construcciones, se muestra, no obstante, muchas veces como ilusoria. Precisamente en empresas no estructuradas jerárquicamente —y las empresas modernas lo están cada vez menos— una responsabilidad del dueño del negocio tropieza con los mismos problemas estructurales y condicionados por la necesidad de prueba que se presentan en la punición de un causante individual.

Por todo ello, resulta comprensible la tendencia hoy predominante hacia una reflexión sobre una responsabilidad penal de la empresa como tal, aunque habrá que considerar profundamente si ello no trae consigo dificultades aún mayores.

2. LA PENA A LA EMPRESA

2.1. ¿Responsabilidad por asunción o responsabilidad directa de la empresa?

Con independencia de la cuestión, que se discutirá enseguida, de con qué problemas de imputación tiene que enfrentarse una responsabilidad penal de la empresa, ha de abordarse previamente la relación de la imputación individual y la imputación colectiva en el caso de la responsabilidad de la empresa:

La primera pregunta que hay que responder es: ¿Debe ser la responsabilidad de la empresa accesorio o no accesorio, esto es, debe ser hecha responsable la empresa por el comportamiento punible de los *sujetos individuales* —que luego podría atribuírsele— o debe ser esta responsabilidad no accesorio, es decir, independiente de la punibilidad de los sujetos individuales? En las actuales circunstancias puede también la responsabilidad accesorio tener algún sentido, en tanto refuerza también la conciencia del deber de los responsables por la empresa y eleva así en muchos casos el interés de la empresa por impedir delitos condicionados por su funcionamiento. Por otra parte, con una imputación accesorio se tendría menos problemas en los delitos dolosos que con una imputación directa a la empresa¹⁵. Esto explica también por qué en la tradición jurídica inglesa se han discutido durante mucho tiempo solo dos modelos accesorios de la punibilidad de la empresa: tanto en los casos de «*strict liability*» en razón de ventajas legales, como también en el núcleo central del Derecho penal, en donde el *common law* exige

¹⁵ ROTH, *ZStR* (115), 1997, pp. 345, 358, pretende por ello favorecer el modelo accesorio (solo) para delitos dolosos.

una vinculación subjetiva del autor con el hecho («*mens rea*»), se ha cargado a la empresa con el comportamiento defectuoso individual proveniente de círculos de personas de diferente amplitud¹⁶. No obstante, hasta ahora en el *common law* no es indiscutible el hacer responsable a la empresa en los dos ejemplos clásicos de Derecho penal mencionados, lo que significa que las dificultades de imputación de la imputación individual, sean estructurales o condicionadas por la necesidad de prueba, también aquí estarían presentes¹⁷. Es más, para las firmas comerciales aumentaría incluso la tentación de hacer imposible «en la práctica» la comprobación de la reprochabilidad de los sujetos individuales mediante el tipo de organización, esto es, mediante un reforzamiento de la «irresponsabilidad organizada». Esto hablaría en favor de una variante no accesoria, quizá incluso subsidiaria.

Una solución es subsidiaria cuando la empresa solo es hecha responsable en caso de que no pueda descubrirse a ningún responsable individual¹⁸. El Proyecto del nuevo art. 102 del Código Penal sigue concretamente este camino al establecer que el hecho no pueda «imputarse a ninguna persona determinada». Pero también esta variante tiene, ya en el terreno de la práctica, más desventajas que ventajas: un sujeto individual puede ser contratado precisamente con la misión de asumir la responsabilidad en caso de aparecer un resultado penalmente relevante. «*One might simply be punishing the vicepresident responsible for going to jail*» *¹⁹. En este sentido, una regulación subsidiaria ofrece un estímulo para la creación de un «directivo de banquillo», lo cual le sale a la empresa siempre más barato que una sanción orientada a su capacidad de producción, y esto aun cuando este directivo se haga remunerar bien por su riesgo.

Las razones prácticas citadas muestran, por tanto, que ni una regulación accesoria, ni una subsidiaria, resultan recomendables, siendo al parecer más bien preferible una solución que no dependa de la existencia o ausencia de un responsable individual. Precisamente por ello hay también tendencias en esta dirección, esto es, hacia una responsabilidad directa de la empresa, como, por ejemplo, en la homóloga ley australiana²⁰ y en el Proyecto de ley inglés²¹. No

¹⁶ Resumidamente, WELLS, *Criminal Law Review*, 1996, pp. 545 y ss.; SULLIVAN (nota 5), p. 515. El Código Penal modelo del Instituto de Derecho estadounidense sigue en el § 2.07 (1) (c) esta tradición.

¹⁷ STRATENWERTH (nota 2), p. 300; ALWART, *ZStW* (105), 1993, pp. 752, 765 y ss. A favor de un modelo accesorio, KENEL, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*. Lausanne, 1992, p. 288.

¹⁸ ALWART (nota 17), pp. 768 y ss.

* NE: «Se podría simplemente estar condenando al «vicepresidente encargado de ir a la cárcel»».

¹⁹ CLARKSON, «Kicking Corporate Bodies and Damming Their Souls», *The Modern Law Review* (59), 1996, pp. 557, 562.

²⁰ *Criminal Code Act*, 1995, p. 12.

²¹ *Law Com.*, núm. 237 (1996), §§ 8.1-8.77 (*involuntary manslaughter*).

obstante, surge inmediatamente la pregunta más difícil en el plano práctico: ¿Cómo debe determinarse, por ejemplo, el dolo de la asociación? ¿Es que hay en general algo así como un dolo independiente de los sujetos individuales? En el ámbito de habla inglesa, en donde se discuten desde hace mucho estos modelos, existen bastantes propuestas para ello. Usuales son las referencias al lenguaje ordinario, conforme al cual también a los colectivos se les otorga conocimiento y voluntad. Así, por ejemplo, «la humanidad» sabe cómo volar a la luna, y esto aun cuando ningún hombre particular, como individuo, pueda tener por completo este conocimiento y muchísimos hombres apenas tengan idea de esto²². Hablamos también de la voluntad de un colectivo cuando, por ejemplo, nos remitimos a la «voluntad del legislador», sabiendo perfectamente que en el colectivo legislativo muchos individuos tuvieron una voluntad completamente distinta²³.

Contradecir estas afirmaciones resulta complicado, si bien con ello no se responde a la cuestión propiamente jurídica de los criterios que deben determinar el dolo de la empresa. Las leyes ya vigentes o presentes en proyectos no rehuyen la solución de este problema. La ley australiana de 1995 dispone como «*mens rea*» en el caso de una empresa la circunstancia «*that a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision*»²⁴. Pero cómo debe determinarse en la práctica esta actitud criminal colectiva sin referencia al comportamiento defectuoso de las personas individuales, es una cuestión difícil de responder. El Proyecto de ley inglés, cuya fundamentación cuestiona expresamente la necesidad de una referencia a la acción de sujetos individuales²⁵, vuelve a requerir, sin embargo y en un apartado posterior, defectos de organización de sujetos individuales²⁶.

Lo expuesto muestra que dirigirse directamente a la actuación de la empresa, con independencia de la actuación de los sujetos individuales, ha resultado hasta ahora también poco exitoso, sobre todo en la construcción del lado subjetivo del hecho.

De esta manera, ya con esta cuestión de la vinculación de sujetos caemos en un trilema: ni la responsabilidad accesorio, ni la subsidiaria, así como tampoco la responsabilidad directa de la empresa, resultan convincentes en el actual estado de la discusión.

²² COLVIN, «Corporate Personality and Criminal Liability», *Criminal Law Forum* (6), 1995, pp. 1, 32.

²³ GOBERT, *Legal Studies* (14), 1994, pp. 393, 408; COLVIN (nota 22), p. 33.

* NE: «Que existía una cultura corporativa dentro del ente colectivo que dirigió, alentó, toleró o indujo al incumplimiento de la previsión normativa de que se trate».

²⁴ *Criminal Code Act*, 1995, p. 12 (3) (2) (c); sobre esto, ROSE, *Criminal Law Forum* (6), 1995, pp. 129 y ss.

²⁵ *Law Com.*, núm. 237, § 7.33.

²⁶ *Law Com.*, núm. 237, § 8.35.

2.2. Pena a la empresa e imputación subjetiva

Independientemente de la cuestión antes mencionada de la relación entre la imputación individual y la colectiva —esto es, si se vincula también a un comportamiento defectuoso individual—, se plantea, como todos saben, otra dificultad capital: si se pretende finalmente sancionar a la empresa misma, ésta tendría que tener capacidad de acción y de culpabilidad.

2.2.1. *La empresa: más que una suma de individuos*

Las empresas tienen —cuando menos en tanto se trate de una persona jurídica como, por ejemplo, una sociedad anónima— capacidad de acción en el Derecho civil, de la que se deduce normalmente también la capacidad de acción jurídico-penal²⁷. Al menos en lo que respecta al lado objetivo de la capacidad de acción, difícilmente pueden encontrarse argumentos en contra de esto. Frente a ello, existe aún una fundamentación adicional, propia del Derecho penal, para poder hablar de la acción precisamente de una empresa. Ésta, como un todo, desarrolla en sus actuaciones hacia fuera una dinámica que de ninguna manera puede reducirse a la sola suma de acciones individuales. Esto se concibe no solo en el sentido ya mencionado de que las «*many-person-actions*» otorgan a las actuaciones individuales una nueva cualidad mediante la división del trabajo. Las investigaciones en psicología social han puesto de manifiesto, además, que precisamente las circunstancias de una acción conjunta pueden atenuar los sentimientos individuales de responsabilidad y elevar de esta manera el peligro de una actitud criminal colectiva²⁸. El resultado de la actividad empresarial gana así una dinámica propia y, con ello, una autonomía frente a los sujetos individuales que permiten hablar, con toda razón, de una acción «de la empresa».

La imputación subjetiva, como ya se demostró con el dolo, se presenta más complicada, lo cual vale todavía más para la culpabilidad, en tanto ésta presupone, según el entendimiento al uso, un reproche ético-social. ¿Cómo tendría que legitimarse entonces este reproche frente a la empresa? Las dudas más frecuentes de la pena a la empresa se presentan precisamente en esta cuestión. Las recientes publicaciones sobre el tema de la pena a la empresa solucionan este problema de distintas maneras. O consideran que la pena a la asociación resulta compatible con el principio de culpabilidad (2.2.2), o buscan dentro del Derecho penal criminal otro lugar para la sanción a la empresa (2.2.3), o consideran finalmente que las sanciones a las asociaciones solo pueden materializarse fuera del Derecho penal (2.2.4).

²⁷ HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Opladen, 1993, pp. 9 y ss.; EHRHARDT (nota 12), pp. 42 y ss.

²⁸ Una visión general de la problemática en LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Zürich, 1997, pp. 31 y ss.

2.2.2. *El principio de culpabilidad como compatible con la pena a la empresa*

Si del principio de culpabilidad se desprende que la pena presupone una acción *individual* susceptible de un reproche ético-social, resulta obvia la incompatibilidad de este principio con una pena a la asociación. La necesidad de una acción *individual* se deduce por lo general como una consecuencia de la reprochabilidad ético-social: solo un hombre, y no una simple persona jurídica, puede actuar moral o inmoralmemente²⁹. La posibilidad de un reproche moral presupone una instancia moral de autodeterminación, una conciencia³⁰. Frente a estas afirmaciones se puede intentar salir al paso argumentativamente de dos maneras:

Por un lado, puede indicarse que en otras ocasiones valoramos también moralmente a colectivos de personas, les reconocemos incluso un honor como víctimas, las consideramos, por ejemplo, como susceptibles de injurias y, por consiguiente, como sujetos morales³¹. No obstante, la figura jurídica de las injurias a los colectivos es enormemente discutida³² y con razón se le ha opuesto también el argumento de que el honor se protege con independencia de la edad, lo que muestra que tiene presupuestos distintos a la capacidad de culpabilidad³³.

Otra estrategia para salvar la capacidad de culpabilidad de la empresa consiste en la referencia a que el Derecho penal actual formula reproches ético-sociales que *no tienen carácter individual*.

Para mostrar esto, se puede hacer alusión a consideraciones generales sobre el tema «responsabilidad». La responsabilidad no debería presuponer competencias emocionales que excluyesen a los colectivos de la imputación de responsabilidad. Antes bien, podría seguirse a H. L. A. Hart en orden a que la responsabilidad en sentido jurídico se configura con la decisión razonable y la capacidad de dejarse motivar por las normas jurídicas³⁴. Estos presupuestos no se dan ciertamente en la empresa como *colectivo*, sino

²⁹ OTTO (nota 2), pp. 16 y ss.; BUSCH, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, Osnabrück, 1997, p. 444; sobre la historia de esta salvedad, SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, Stuttgart, 1958, pp. 103 y ss.

³⁰ Sobre la idea de la fundamentación ética del reproche de culpabilidad, SCHMITT (nota 29), p. 108.

³¹ GRAVEN/JUNOD, «Societas delinquere potest?», en *Mélanges Robert Patry*, Lausanne, 1988, pp. 351, 361; HIRSCH (nota 27), p. 14.

³² Cfr., solamente TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2.^a ed., Zürich, 1997, preliminares al art. 173, nm. 14 y ss.

³³ WOHLERS, *SJZ* (96), 2000, pp. 381, 386.

³⁴ En relación con HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968; referido a la punibilidad de las personas jurídicas, CLARKSON (nota 19), pp. 566 y ss., y FIELD/JÖRG, *Criminal Law Review*, 1991, pp. 156, 160. Cfr., también, v. FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998, p. 16, que presupone un sujeto reflexivo frente a la norma para la existencia de una vigencia real de la norma.

en la persona de sus órganos; son consecuencia de la capacidad de acción de las empresas. La objeción de que la persecución penal podría dirigirse igualmente a estos órganos no parece acertada, en tanto su responsabilidad en el caso concreto resulta a menudo difícil de establecer por las razones antes mencionadas y porque la amenaza penal frente a la empresa puede motivar también a los socios y trabajadores³⁵. Estos presupuestos se dan en las empresas ya como consecuencia de su capacidad de acción, aunque ciertamente esta responsabilidad no configura aún la capacidad de culpabilidad específica del Derecho penal.

Un análisis propio de la dogmática jurídico-penal parece, sin embargo, hablar también en favor de la capacidad de culpabilidad de las empresas: conforme al difundido concepto social de culpabilidad, no se reprocha que el autor haya actuado de manera distinta a como hubiese podido actuar, sino solamente que se haya apartado del modelo esperado de acción. El reproche se limita entonces al haber actuado de una manera distinta a como los otros actúan usualmente. La medida del juicio de culpabilidad es, por consiguiente, «un poder promedio»³⁶; «en la medida de culpabilidad está incorporado [...] un *quantum* de generalización»³⁷. Precisamente este no haber actuado como hubiese podido actuar otra empresa —se dice—, puede reprochársele a una empresa³⁸. Una variante de este argumento de compatibilidad va por la línea que busca desarrollar para las empresas un concepto especial de culpabilidad ajustado a ellas. Mientras que a los sujetos individuales puede reprochárseles no haber percibido suficientemente su propia responsabilidad, a las empresas puede reprochárseles una organización administrativa defectuosa³⁹. Los conflictos referidos a las personas naturales y los referidos a personas jurídicas podrían resolverse, por tanto, de manera separada en vías distintas del Derecho penal de la culpabilidad, cada cual con presupuestos propios de imputación.

Sin embargo: ¿Cuánta generalización, cuánta normativización, soporta el concepto de culpabilidad? Un concepto de culpabilidad que no derive su reproche del poder actuar de otro modo del sujeto culpable, puede legitimarse únicamente mediante una orientación a las consecuencias, esto es, por la necesidad de prevención. Esto presenta el siguiente dilema: si el reproche por el alejamiento de la medida promedio se encuentra en la referencia a este «poder promedio», entonces el poder actuar de otro modo individual se tendrá

³⁵ Sobre esto críticamente, FREIER (nota 34), pp. 18, 240 y ss.

³⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996, p. 428.

³⁷ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I: Die Straftat*, 2.^a ed., Bern, 1996, p. 257, nm. 6.

³⁸ SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*. Giessen, 1993, p. 200; de modo similar HEINE (nota 2), p. 263; con referencia en general a la variabilidad del concepto de culpabilidad, GRAVEN/JUNOD (nota 31), p. 362.

³⁹ HEINE (nota 2), pp. 286 y ss.; LÜTOLF (nota 28), p. 342.

por supuesto. Una presunción tal ⁴⁰, sobre cuya justificación en el individuo pueden todavía tener lugar discusiones filosóficas, tiene de antemano poco sentido en la empresa, pues sus decisiones son claramente dependientes; dependientes de los individuos concretos o de una actitud general. Si la referencia al poder promedio debe, por el contrario, impedir una presunción tal, el reproche estará motivado únicamente por la esperanza de que su ubicación fuera de la capacidad individual produzca efectos preventivos en atención al perjuicio sobre el negocio vinculado al reproche. No obstante, se estará luego ante la paradoja de que se cuenta con un efecto preventivo —intensificado frente al Derecho civil y público— que tiene su fundamento precisamente en la especial reprobación ético-social del Derecho penal; un fundamento al que se le quita precisamente su base por la falta de un poder actuar de otro modo de la persona reprochada. Si solamente el hecho de que se reproche algo fundamenta la reprochabilidad, el reproche se hace circular y, por tanto, vacío.

Un Derecho penal de la empresa orientado a la culpabilidad que tuviese que vivir con esta paradoja, perdería también su deseado efecto preventivo tan pronto se perciban estos aspectos.

2.2.3. *Derecho penal de la empresa sin culpabilidad*

En la medida en que se considere la pena a la empresa incompatible con el principio de culpabilidad y se esté al mismo tiempo convencido de la necesidad de una sanción jurídico-penal a la empresa, pueden ensayarse, en concreto, otros dos caminos.

Un camino consiste en definir la «sanción a la empresa» como medida ⁴¹—esto es, como sanción del Derecho criminal independiente de la culpabilidad— a la que, por lo general, no le está unida un reproche ético-social ⁴². Si se considera razonable —en contra de la situación jurídica actual— erigir el instrumento de la medida también con base en efectos preventivos generales ⁴³, hay que tener presente desde el comienzo que también las medidas presuponen igualmente un *hecho delictivo* sin culpabilidad. Esto exige cuando menos que también aquí el dolo de una empresa deba presuponerse, lo cual lleva otra vez a las dificultades ya mencionadas. Pero por encima de estas dificultades, hay una objeción aún más sustancial contra una «medida» a la empresa: hasta ahora el fin de una medida jurídico-penal se ha encontrado

⁴⁰ Se trata de la presunción de que una empresa determinada se aparta de las exigencias a una empresa promedio, lo cual no es una ficción que contradiga la realidad [aunque de otro parecer, WOHLERS (nota 33), p. 386].

⁴¹ STRATENWERTH (nota 2), p. 303; ya anteriormente SCHMITT (nota 29), p. 204; como medida especial en el sentido de una nueva segunda vía frente a todo el Derecho penal individual HEINE (nota 2), p. 248.

⁴² Con dudas ante esto, HIRSCH (nota 27), pp. 11 y ss.

⁴³ Así STRATENWERTH (nota 2), pp. 304 y ss.

en la prevención especial en su forma de aseguramiento y resocialización. Un «efecto preventivo» en el sentido de una intimidación individual (el tercer fin de la pena bajo el epígrafe «prevención especial») no entraría en esta comprensión, por lo que con mucha mayor razón tampoco cabría una intimidación de la generalidad como elemento de la «prevención general». Esto resulta también consecuente debido a que la prevención, en el sentido de intimidación que produce efectos por encima de la medida alcanzable por el Derecho civil y administrativo, solo puede alcanzarse mediante un reproche ético-social que *per definitionem* no pueden tener las medidas independientes de la culpabilidad. En este sentido, también las medidas jurídico-penales a la empresa deben enfrentarse con una paradoja. Precisamente lo que se persigue con una solución jurídico-penal de la sanción a las empresas (el mayor efecto preventivo de la sanción jurídico-penal) no puede alcanzarse, más allá del aseguramiento y mejoramiento, con una medida. En todo caso no si se entiende la medida como instrumento sin reproche de culpabilidad y, por consiguiente, sin reproche ético-social.

Ahora bien, puede que esto, psicológicamente visto, no sea por completo tan absurdo si se considera que, desde el punto de vista de la generalidad, también un reproche ético-social se asocia automáticamente con una medida en caso de tener carácter jurídico-penal. Especular sobre esta incompreensión lleva, sin embargo, a una situación insatisfactoria: se confía en una asociación de ideas que resulta precisamente discutida en atención al carácter independiente de la medida frente a la culpabilidad y que precisamente fue la razón del paso a la vía de las medidas.

Como alternativa a la pena que presupone culpabilidad y a la medida, se recomienda también imponer penas de manera excepcional sin el presupuesto de la culpabilidad en caso de un «estado de necesidad preventivo», cuando el hecho debía resultar provechoso para la empresa y existen defectos en las medidas de vigilancia. En este caso, el «estado de necesidad de bienes jurídicos» se coloca junto a la culpabilidad como un principio de legitimación alternativo y equivalente⁴⁴. No obstante, argumentar con el «estado de necesidad» para fundamentar sanciones penales de manera permanente y cubriendo determinadas parcelas en un ámbito importante del Derecho penal, debe parecer más bien una huida de la dogmática penal.

2.2.4. Sanción a la empresa fuera del Derecho penal

Otros autores, en cambio, buscan el lugar para la sanción de la empresa fuera del Derecho penal. Una posibilidad consiste en entender las sanciones

⁴⁴ SCHÜNEMANN, «Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht», en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Köln, 1994, pp. 265, 286; anteriormente ya *id.*, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979, pp. 235 y ss.; sobre la crítica a este parecer, LÜTOLF (nota 28), pp. 316 y ss.

a las asociaciones como sanciones jurídicas de supervisión económica y, de esta manera, excluirlas del Derecho penal de la culpabilidad, del Derecho de medidas e incluso del Derecho administrativo sancionador o Derecho de contravenciones⁴⁵. La sanción obtenida de esta manera sería equiparable, por ejemplo, a las penas disciplinarias, en las que desde un principio se excluye que se trate de un castigo por un injusto personal. Al igual que las multas en el Derecho de la Unión Europea, las garantías jurídico-penales y procesales clásicas tendrían vigencia también para estas medidas, en tanto producen efectos «similares a la pena». La protección de derechos de libertad no puede, por tanto, ser un argumento en favor de una solución jurídico-penal.

3. LOS AFECTADOS

Así como la cuestión, hasta ahora discutida, de si a un colectivo de personas (una organización) puede imputársele subjetivamente un hecho se muestra dogmáticamente tan estimulante, del mismo modo la limitación a esta cuestión puede también hacer perder de vista el trasfondo fáctico del Derecho. En la sanción a la empresa, este trasfondo reside en el hecho de que los que llevan financieramente la empresa —por ejemplo en la sociedad anónima los accionistas, aunque también los empleados de la empresa— son finalmente aquéllos sobre quienes recaen las desventajas de la sanción, de manera que son realmente los «penados»⁴⁶. Esto, en principio, no es un efecto secundario indeseado de una pena, como lo sería, por ejemplo, si se afecta a la familia de un condenado, sino que forma parte del objetivo de la pena a la empresa. Son los socios, junto a los órganos, los que deben ser motivados por la amenaza penal⁴⁷. De ahí que en la tradición muy pragmática del *common law*, en la que, como ya se mencionó, y en contra de un prejuicio bastante usual, este tema es objeto de un fuerte debate de pros y contras⁴⁸, la discusión se centra no solo en el tema de la «culpabilidad», sino también en la cuestión de la «*autonomy*»: ¿no se va en contra de los derechos de libertad y propiedad de terceros (los socios) cuando éstos, debido a una sanción penal contra la empresa, tienen que cargar mediatamente con las consecuencias de una intervención jurídico-penal, aunque no sabían nada del hecho, de ninguna manera pudieron saberlo y/o, en todo caso, no pudieron impedirlo?

⁴⁵ OTTO (nota 2), pp. 25 y ss.

⁴⁶ KÖHLER, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlin-Heidelberg, 1997, p. 559; ésta fue anteriormente una objeción central muy común contra la pena a las asociaciones, cfr. SCHMITT (nota 29), pp. 108 y ss.

⁴⁷ Con otras referencias FREIER (nota 34), pp. 18, 241.

⁴⁸ Cfr. solamente ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 3.^a ed., Oxford, 1999, pp. 116 y ss.

3.1. ¿Afectados pese a todo?

Contra lo anteriormente dicho podría objetarse que, por ejemplo, también con el cierre de una empresa motivado por el Derecho administrativo se afecta de la misma manera a los socios. En este último caso, habría pocos inconvenientes para considerar este cierre como una consecuencia justa del hecho de que los socios se han beneficiado antes de los negocios de la empresa, conforme al enunciado *«qui sentit commodum debet sentire et onus»*⁴⁹. Si se consideran fenómenos equiparables la consecuencia mediata (desfavorable) del cierre administrativo de una empresa y las consecuencias de una sanción penal contra la empresa, entonces se habrá pasado por alto una diferencia fundamental: las consecuencias mediatas dirigidas a terceros con la finalidad de motivarlos a influir sobre el sujeto amenazado penalmente en un primer momento, han sido consideradas hasta ahora en el Derecho penal como fines completamente ilegítimos⁵⁰. En este sentido, tendrían que darse muy buenas razones para que una forma de proceder tal pueda aparecer excepcionalmente como legítima.

3.2. La responsabilidad del garante

Un punto de vinculación posible sería una rudimentaria responsabilidad de los socios y empleados como garantes. No obstante, el reproche que podría hacerseles nunca recaería sobre una acción, sino sobre una omisión, concretamente, el no influir sobre los órganos de la empresa con la finalidad de asegurar un comportamiento ajustado a las leyes. Por lo general, un simple socio, por ejemplo un «pequeño accionista», al igual que un simple empleado, carecerán en sentido estricto de un deber jurídico de impedir hechos delictivos cometidos desde la empresa. Pero aun cuando se fuese muy generoso con el establecimiento del deber jurídico de actuar con base en una simple posición similar a la de los garantes, tendría que existir en todo caso la posibilidad concreta de actuar. Esto presupondría, sin embargo, una visión general sobre la empresa y sus estructuras de responsabilidad, cuya imposibilidad en las empresas modernas ha sido precisamente la razón fundamental para reflexionar sobre una punibilidad de la empresa⁵¹.

3.3. La responsabilidad por la puesta en peligro

Por lo expuesto anteriormente, puede por último señalarse que esa afectación jurídico-penal mediata de los socios y empleados, conscientemente

⁴⁹ HIRSCH (nota 27), pp. 18 y ss.; SLAPPER/TOMBS, *Corporate Crime*, Dorchester, 1999, p. 32.

⁵⁰ FREIER (nota 34), p. 244.

⁵¹ Cfr. la referencia a esta paradoja en FREIER (nota 34), p. 247.

procurada, no puede fundamentarse en absoluto con la responsabilidad por la acción propia. Son más bien consideraciones de justicia las que están en el trasfondo de una fundamentación tal de la responsabilidad: una orientación hacia la capacidad de rendimiento de los responsables, hacia la distribución óptima de la responsabilidad en toda la sociedad, hacia una razonable «pulverización del daño». Pero estos criterios no son criterios de imputación jurídico-penal, ni siquiera similares al Derecho penal, sino provenientes del Derecho civil moderno socialmente ilustrado⁵².

Si se piensa en categorías del principio de responsabilidad subjetiva (*Verschuldensprinzip*), se abre entonces en este desarrollo un vacío de justicia⁵³ como consecuencia de la situación de que la empresa es autor y víctima al mismo tiempo⁵⁴. Pueden darse muy buenas razones para dejar de considerar satisfactorios el cálculo interno y la culpabilidad como directrices de la imputación en la sociedad moderna, debido a que en ella las acciones producen efectos más allá del ámbito cercano del contacto inmediato entre individuos y los eslabones intermedios ocultan las consecuencias para el sujeto⁵⁵. Pero deberán tenerse en cuenta las consecuencias para el mantenimiento de un ordenamiento jurídico completamente armónico, lo que veremos en otro lugar (cfr., *infra* 4.2).

4. EFECTOS DEL REACOPLAMIENTO

Se podría argumentar mucho más sobre las ventajas y desventajas en general de la punibilidad de la empresa y las distintas propuestas de solución. Hay muchas razones para el escepticismo, como se ha intentado mostrar. Sin embargo, a pesar de todo esto podría tener razón Gunther Arzt con su sospecha, expresada brevemente con un tono un tanto resignado, de que la batalla está decidida a favor de la punibilidad de las personas jurídicas, aun cuando hasta ahora solo tengamos una cierta idea de los problemas que resultarán de ello. En este sentido, queda, para concluir, la cuestión de qué efectos de reacoplamiento frente al Derecho penal en general podría producir la creación de una sanción penal, o una sanción similar a la pena, contra las empresas.

⁵² Con mayor detenimiento, SEELMANN, «Privatrechtlich begründete Garantenpflichten?», en SCHMIDT (ed.), *Vielfalt des Rechts- Einheit der Rechtsordnung?*, Berlin, 1994, pp. 85, 91 y ss. (NE: véase *supra* en pp. 117 y ss.)

⁵³ MUELLER, *University of Pittsburg Law Review* (19), 1957, pp. 21, 40. De otro parecer, ELKINS, *Kentucky Law Journal* (65), 1976, pp. 72, 82: «investment risk».

⁵⁴ Sobre esto, ARTZ, «Verfallsanordnung gegen juristische Personen», en ZIPF-GS, Heidelberg, 1999, p. 165.

⁵⁵ BAYERTZ, «Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung», en *id.* (ed.), *Verantwortung - Prinzip oder Problem*, Darmstadt, 1995, pp. 3 y ss., 44.

4.1. Aligeramiento de los presupuestos de imputación

Los temores frente a los efectos de reacoplamiento son puestos de manifiesto en los escritos de una serie de autores para fundamentar que la sanción a la empresa no sea ubicada en las cercanías del Derecho penal tradicional. ¿En dónde se encuentra el peligro? Este peligro es visto en el aligeramiento de los presupuestos de imputación, esto es, en que las menores exigencias para imputar una acción punible en el caso de la pena a las asociaciones (debido a cuestiones de necesidad) podrían extenderse a todo el Derecho penal⁵⁶. Se piensa, por ejemplo, en un incremento de los delitos de peligro abstracto y delitos cumulativos, en la sustitución de la causalidad por relaciones estadísticas, en las presunciones de dolo y en la continua evaporación del concepto de culpabilidad en atención a consideraciones preventivas. Además de esto, pueden esperarse aligeramientos probatorios en el proceso —una idea tampoco muy agradable— o que el Derecho procesal se convierta, obligado por la necesidad, en una instancia de corrección muy flexible frente a tipos penales demasiados cómodos.

Pero tampoco pueden excluirse posibles efectos de reacoplamiento en la dirección contraria.

4.2. Problematicación del Derecho penal

Esta cuestión afecta primeramente a las sanciones: la pena de multa, así como el decomiso y en general las nuevas formas de sanción, con algo de imaginación, pasarían quizá a tener un primer plano también en la teoría en relación con las penas privativas de libertad. Sanciones objetivas y desdramatizadas en comparación con otras, como es el caso de la reparación del daño, podrían dar buenos resultados en la punibilidad de las empresas y pasar quizá luego a otros ámbitos. El reverso de la moneda de un acercamiento de los presupuestos de imputación a los del Derecho civil podría ser también (y debería serlo por razones de coherencia) el acercamiento de las consecuencias del delito a las del Derecho civil.

Los efectos de reacoplamiento que generan problemas en el Derecho penal afectan también a la imputación, o mejor dicho: a su dificultad y su falta de evidencia.

Las dificultades estructurales de la imputación se nos presentan en las empresas solo en casos especiales; hacer responsable por lo que muchos realizan a una persona individual sin una cooperación consciente y querida

⁵⁶ HEINE (nota 2), pp. 149 y ss., muestra estos efectos negativos de reacoplamiento, pero se limita a su desarrollo jurídico en el Derecho penal nuclear. Cfr., también HASSEMER, *ZRP* (25), 1992, p. 378.

hacia la producción del resultado, nos resulta muy trabajoso. Este problema estructural se nos presenta debido a nuestra perspectiva externa, en la que el suceso interno se muestra como un proceso complejo y un tanto difícil de percibir. En el mundo en que vivimos, por el contrario, los procesos causales nos parecen claros. ¿Pero lo son realmente? Todo proceso de hacer responsable a una persona por un conflicto, oculta la circunstancia de que muchos hombres han contribuido sucesiva o paralelamente en un hecho. Casi todas las acciones individuales son en realidad acciones de muchos⁵⁷, puesto que toda acción, bajo el presupuesto siempre presente de la interacción social, está condicionada por acciones de otros⁵⁸. Si nosotros no nos basamos solamente en la causalidad, sino que hacemos una selección, entonces haremos esta selección orientados en valores, esto es, normativamente. Pero entonces también debemos fundamentar por qué consideramos a alguien competente por un resultado delictivo y no a otro que igualmente ha contribuido al mismo.

Si el Derecho penal oculta en principio la pregunta sobre el trasfondo histórico y motivacional de un hecho, y la cadena causal que lleva hasta el autor no se observa linealmente, ni se toma en sus distintas conexiones, se reduce la complejidad del suceso. Un determinado conflicto se hace de esta manera resoluble, pero ¿es la solución óptima? La teoría de la «imputación objetiva» que acentúa siempre esta dimensión social frente a las reducciones subjetivistas de la dogmática jurídico-penal tradicional, podría cultivar aquí otro terreno más.

También cuestiones de este tipo son un posible «efecto de reacoplamiento» no ya de la introducción de una pena a la empresa, sino de la discusión sobre ésta. «*Universitas delinquere potest*» no parece, pues, una consigna «adecuada» y, por ello, puede desaconsejar la introducción de una punibilidad de la empresa. No obstante, constituye una consigna sugestiva poco común precisamente para la dogmática jurídico-penal.

⁵⁷ LÜBBE (nota 3), p. 137.

⁵⁸ LÜBBE (nota 3), p. 129.

CAPÍTULO XI

PARADOJAS DE LA ORIENTACIÓN HACIA LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL *

En la actualidad existe abundante literatura respecto al «redescubrimiento de la víctima»¹. Desde los años setenta el interés científico, incluyendo al Derecho penal alemán, se ha venido enfocando hacia el ofendido por el hecho punible. Esto comprende varios temas: además de la indemnización estatal de la víctima², se encuentra la investigación empírica de los procesos de victimización y el desarrollo de una «victimodogmática»³, la cual indaga sobre la relevancia de la participación de la víctima en el hecho punible. Así, hoy se discuten en primera línea el reforzamiento de los derechos procesales del ofendido⁴ y la reparación (*Wiedergutmachung*) del autor frente a la víctima⁵. Los ya casi inabarcables proyectos, de distintos entes privados y estatales, aceptan el auxilio a las víctimas (*Opferhilfe*) y la compensación autor-víctima [*Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA en adelante

* Traducción a cargo de Raúl Núñez Ojeda y Thomas Vogt Geisse.

¹ JUNG, *JuS*, 1987, p. 157; NEUMANN, en HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt a. M., 1987, pp. 225 y ss.; exposiciones resumidas sobre este redescubrimiento, entre otros, en FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Berlin, 1987, pp. 1-6; KERNER, en JANSSEN/KERNER (eds.), *Verbrechensopfer, Sozialarbeit und Justiz, Schriftenreihe der Deutschen Bewährungshilfe e. V., Nueva serie*, t. 3, Bonn, 1985, pp. 495 y ss. Sobre el desarrollo estadounidense, MCGILLIS, *Crime Victim Restitution: An Analysis of Approaches*, 1986; sobre el desarrollo británico: JUNG, *ZStW* (99), Washington, 1987, p. 497; sobre la situación en la República Federal de Alemania, Austria y Suiza: DÜNKEL/RÖSSNER, *ZStW* (99), 1987, p. 845.

² Sobre la ley de indemnización de víctimas de 1976 y sus efectos, KAISER, *Kriminologie*, 8.ª ed., Heidelberg, 1989, pp. 573 y ss.; VILLMOW/PLEMPER, *MSchrKrim*, 1984, p. 73; TENTER/SCHLIEFENBAUM, *NJW*, 1988, p. 1766.

³ Cfr. solo SCHÜNEMANN, en FALLER-FS, 1984, pp. 357 y ss.; también en *id.*, *NStZ*, 1986, p. 439; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981.

⁴ JUNG, *ZStW* (93), 1981, pp. 114 y ss.; RIEB, *Informe C para el 55. Dt. Juristentag*, 1984, pp. 9 y ss.; SCHÖCH, *NStZ*, 1984, p. 385.

⁵ SEELMANN, *ZEE*, 1981, p. 44; FREHSEE (nota 1); ROXIN, en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafe, Symposium zu Ehren des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, München, 1987, pp. 37 y ss.; MCGILLIS (nota 1); BARNETT, *Ethics* (87), 1977, pp. 279 y ss.; SESSAR/BEURSKENS/BOERS, *Krimj*, 1986, pp. 86 y ss.

CAV)]⁶. Especial importancia se le da a la compensación autor-víctima que se espera de la reparación, la que incluso ha llegado a ser para algunos «la alternativa más esperanzadora al maléfico catálogo de reacciones del Derecho penal»⁷.

Mientras tanto, también ha reaccionado el legislador. La ley de protección de víctimas, que entró en vigor en 1987, considera la exigencia de una mejora procesal y una ampliación de las posibilidades de reparación (*Wiedergutmachung*): especialmente en el ámbito del acusador adhesivo (§ 395 I, frase 1 StPO) y del derecho procesal de acceso a la información y al expediente (§§ 406d y ss. StPO), en la consideración de la CAV en las normas de determinación judicial de la pena (§ 46 II StGB), en el intento de resucitar el procedimiento de adhesión (§§ 403 I, 406 I, frase 2 StPO) y en la facilitación del pago en el marco de la ejecución de la pena pecuniaria, con el fin de mejorar la posibilidad de la reparación del daño (§ 459a StPO). Sin embargo, por ahora no se ha establecido una sanción autónoma de reparación —como ya existe, por ejemplo, en EEUU y Gran Bretaña⁸— en el Derecho penal de adultos⁹. En consecuencia, hasta ahora la reparación ha podido desempeñar un rol como carga (*Auflage*) en la suspensión condicional de la ejecución de la pena (*Strafaussetzung zur Bewährung*)¹⁰.

Por tanto, efectivamente parece estar desarrollándose algo así como el «redescubrimiento de la víctima». Pero, tal vez, debería hablarse más bien de un redescubrimiento de la víctima *actual* del hecho, ya que la víctima *potencial* era, desde hace bastante tiempo y sin que se haya discutido expresamente, un punto de orientación decisivo para las tareas del Derecho penal. Así se consideró en las décadas de la post-guerra, por mucho tiempo y de forma casi indiscutida, que el Derecho penal debía prestar protección

⁶ Compilación del informe de la comisión I («Derecho penal y Derecho de ejecución penal») de la Asociación Federal de Ayuda a Condenados, encargado por el *Bundesministerium der Justiz* [Ministerio Federal de Justicia (NT)], publicado por BMJ, 1988, pp. 18 y ss.

⁷ SCHRECKLING/PIPLOW, ZRP, 1989, p. 10.

⁸ § 3579 *Victim and Witness Protection Act* de 1982, 18 U.S.C. según el Derecho federal americano y e.g. *Wash. Rev. Cod. Ann.*, § 9 A 20.030 (1) (1977 & Supp. 1982) en lo que respecta al Derecho de un Estado. Respecto a las distintas regulaciones en Inglaterra y Escocia, JUNG, ZStW (99), 1987, p. 497. La indemnización como sanción penal autónoma también se contempla en el § 25 del StGB de la RDA según la 5.ª Ley de Reforma del Derecho penal de 14 de diciembre de 1988, que entró en vigencia el 1 de julio de 1989.

⁹ En el Derecho penal juvenil existe como sanción autónoma la instrucción de reparar el daño según las posibilidades, § 15, inciso 1, frase 1, núm. 1 JGG. A favor de una reacción penal autónoma de reparación también en el Derecho penal de adultos se pronuncia el Informe (nota 6), p. 47.

¹⁰ § 153ª, inciso 1, núm. 1 e inciso 2 StPO como §§ 45, inciso 1, p. 1, y 47, inciso 1, núm. 1 en relación con el § 15, inciso 1, frase 1, núm. 1 JGG para la suspensión bajo la imposición de reparación ya al momento del procedimiento de investigación; § 56b, inciso 2, Nr. 1 StGB y § 23, inciso 1 JGG relativos a la imposición de reparación para la suspensión condicional de la pena; § 57, inciso 3 StGB, §§ 88, inciso 5, § 89, inciso 3 JGG relativo a la imposición de reparación para la suspensión condicional del resto de la pena; §§ 59, 59ª, inciso 1, núm. 2 StGB relativo a la imposición de reparación en caso de una advertencia con reserva de pena.

de bienes jurídicos (es decir, protección de bienes jurídicos de *víctimas* potenciales): así, el bien jurídico de la víctima se «objetiviza»¹¹. Junto a ello, y luego de la aparición de reparos contra el «dogma de los bienes jurídicos»¹², a fin de cuentas, las distintas variantes de la «prevención general positiva» favorecidas por los teóricos del Derecho penal de orientación sistémica sostuvieron que es la seguridad de las expectativas precisamente de la *víctima* potencial, aquella cuya estabilización debe prestar el Derecho penal¹³. Esta orientación hacia la víctima potencial ahora debe ser complementada por una dirigida hacia la víctima actual, y así las tareas mencionadas al principio se unen a los fines de la prevención.

Ante esta lista de tareas generalmente plausibles, puede parecer más bien extraña la afirmación con que se introdujo el tema, en cuanto la orientación del Derecho penal hacia la víctima presenta paradojas. También están en juego delicados arreglos de política criminal, ya que el redescubrimiento de la víctima permite una «sorprendente convergencia»¹⁴ de direcciones político-criminales: adeptos de la prevención general y teóricos de la resocialización, partidarios de la idea de retribución y críticos del Derecho penal, se encuentran en este punto. No solamente los prácticos y los teóricos tradicionales del Derecho penal, sino también los «nuevos movimientos sociales» e iniciadores de proyectos de modelos, que reconocen sus fines en la nueva forma de orientación hacia la víctima¹⁵. Pero justamente por eso, es el momento de aclarar la sospecha de que tal unidad existe a costa de claridad y diferenciación. En cuanto a los (muy escasos) reparos que hasta ahora se han expresado contra la nueva orientación hacia la víctima, éstos resaltan en primera línea el peligro de que podría tratarse, en parte, de un fenómeno de moda¹⁶, que amenaza con entrar en conflicto con la función de garantía para el imputado propia del Derecho penal. Sin embargo, la complementación de la orientación hacia la víctima potencial con la orientación hacia la víctima actual lleva hacia paradojas más fundamentales.

1. DOS PARADOJAS

Que en el curso de la historia el Estado haya tomado el lugar de la víctima en la reacción frente a los delitos, ha sido valorado como una sustracción

¹¹ Respecto a este contexto véase JUNG (nota 4), p. 1151, según el cual la víctima es «objetivizada» y así «anonimizada» en el bien jurídico.

¹² Véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1972, p. 1.

¹³ JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlin, pp. 6 y ss., 27 y ss. (1/9 y ss., 2/1 y ss.) con referencia a LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Wiesbaden; véase SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, pp. 194 y ss., para más referencias; respecto a la relación entre el aseguramiento de expectativas y la protección de bienes jurídicos, FREHSEE (nota 1), p. 87.

¹⁴ SCHÖCH (nota 4), pp. 385 (385 y ss.).

¹⁵ BESTE, *KrimJ*, 1986, pp. 161 (162 y ss.).

¹⁶ KERNER (nota 1), p. 497; SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 194.

del derecho a la venganza, así como una racionalización y desdramatización de la relación autor-víctima¹⁷. Esta exclusión de la víctima actual del procedimiento penal fue intencional y no solo un producto accesorio de un concepto de resocialización orientado hacia la terapia estatal del autor¹⁸. El fortalecimiento, tantas veces exigido, de los derechos del ofendido a participar en la configuración del procedimiento va en contra de esta tendencia de desdramatización. La ampliación del ámbito de aplicación del acusador adhesivo y del procedimiento de provocación de acción, derechos a estar presente y de acceso al expediente (*Akteneinsichtsrechte*) para la asistencia del ofendido, incluso la «igualdad de armas» en el proceso entre el imputado y el ofendido, pueden parecer consecuentes con la suposición de una «posición de sujeto» del ofendido y pueden favorecer sus intereses¹⁹. Pero justamente vuelven a agregar al procedimiento aquel elemento de conflicto personal entre autor y víctima, que en un principio se había excluido ampliamente en pos de la formalización de la solución de conflictos. Ahora se pretende que los sentimientos de la víctima actual, producto de una necesidad de compensación (*Genugtuung*), también sean abordados en el procedimiento²⁰. Como consecuencia de ello existe el peligro de colisión entre la presunción de inocencia y una presunción de víctima²¹. Por ello, llamaré a este conflicto de fines, entre la desdramatización y la incorporación del conflicto personal, la *primera paradoja* de la orientación del Derecho penal hacia la víctima.

Si esta primera paradoja afecta a la posición de la víctima en el proceso penal, se abre una *segunda paradoja* respecto a las sanciones penales. La reparación del autor frente a la víctima se orienta hacia la víctima *actual* de un delito ya ocurrido. Así, la posición de ésta debe mejorarse mediante una prestación del autor. Pero a eso se opone que el fin de la pena, según la concepción común hoy en día, consista en prevenir delitos futuros (prevención general o especial) o mantener la confianza de la población en el Derecho mediante la estabilización de sus expectativas²².

Según esto, la pena es necesaria justamente cuando la masa de las víctimas *potenciales* ha de ser protegida, o bien cuando las víctimas potenciales necesitan el castigo del autor para mantener su confianza en el Derecho. De esa forma, la reparación en el Derecho penal solamente puede significar que su medida no va depender de las necesidades de la víctima actual, sino de las de aquellas víctimas potenciales. Esta paradoja tampoco se puede mitigar con el

¹⁷ Cfr. las referencias en NEUMANN (nota 1), pp. 225 y ss.

¹⁸ En ese sentido SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 194.

¹⁹ Al respecto referencias en KERNER (nota 1), pp. 495 y ss.; RIEß (nota 4), pp. 47 y ss.

²⁰ Crítica al respecto en SCHÜNEMANN, p. 196 f.

²¹ SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 198.

²² El fin último de la pena puede considerarse también como la «prevención general positiva», entre los fines preventivos de la pena, pero se distingue esencialmente de las otras prevenciones en que también se orienta a una solución del conflicto surgido por el delito.

intento de plantearla como una relación medio-fin, donde el *fin* de la sanción sería la protección o, en su caso, la satisfacción de las víctimas potenciales, y el *medio* para lograrlo sería la mejora de la situación de la víctima actual²³. Ello porque el esfuerzo infructuoso del autor respecto a la reparación puede ser suficiente para la (supuesta) necesidad de pena de la colectividad y, así, puede bastarle a la víctima potencial²⁴. En este sentido, el §§ 56 b II, núm. 1 StGB y el §§ 15 II, núm. 1 JGG, le exigen al autor «reparar de acuerdo con sus posibilidades los daños causados por el hecho». Pero así, la víctima actual posiblemente se quede con las manos vacías. Por el otro lado, ésta puede no estar interesada en la persecución penal ni en la reparación del daño, mientras que las víctimas potenciales necesitan, por lo menos, una reparación de la víctima actual para su sentimiento de justicia o necesidad de seguridad²⁵. Ante el grado de información necesariamente distinto sobre el conflicto subyacente al delito, ni siquiera se podrá suponer, con base en un promedio estadístico, que la conducta de la víctima se presta como «indicador para la necesidad de pena de la colectividad proveniente de un delito determinado»²⁶.

2. LA SALIDA OBSTRUIDA

A primera vista, parece existir una salida simple de estas paradojas: dejar todo tal como estaba, es decir, volver a excluir el enfoque de la orientación hacia la víctima concreta. Esto correspondería a la tradicional división de trabajo: donde la reparación de la víctima actual, como la indemnización, es tarea del Derecho civil, mientras que el Derecho penal se preocupa únicamente por lo que el autor le debe a «la sociedad». Se podría argumentar que un delito genera en otros la tentación de ser imitado, representando así un peligro para la sociedad (es decir, para las víctimas potenciales), al igual que el delincuente mismo, que ha dado, a través de su hecho, un indicio de su peligrosidad. La sociedad podría (y debería) reaccionar ante tales peligros. Justamente esta reflexión se considera base de las teorías preventivas de la pena de corte tradicional. Adicionalmente, se podría argumentar a favor de un significado

²³ En ese sentido FREHSEE (nota 1), pp. 8 y ss.; SESSAR, en LEFERENZ-FS, 1983, pp. 145 (153); WORALL, *Restitution Programming for Correctional Agencies: A Practical Guide*, College Park, 1981, p. 4. Incluso los que consideran que la compensación tiene un fin meramente preventivo [expresamente en ROXIN (nota 5), pp. 48 y ss.], se orientan a una relación medio-fin de ese tipo.

²⁴ Véase en ese sentido FREHSEE (nota 1), p. 177. En el marco jurídico actual se considera esta diferencia en la medida que el autor, por ejemplo según § 56 b, inciso 2, núm. 1 StGB, debe compensar el daño «según sus posibilidades» (*nach Kräften*). Respecto a las reglas británicas véase JUNG, *ZStW*, 99 (1987), p. 508.

²⁵ La idea, según la cual la víctima concreta no puede disponer sobre la pretensión penal pública, tiene mucha importancia en el debate del ámbito angloparlante, cfr. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974, pp. 60 y ss., 137 ss.; DAGGER, «Restitution, Punishment and Depto to Society», en HUDSON/GALAWAY (eds.), *Victims, Offenders and Alternative Sanctions*, Lexington, 1980, pp. 3 y ss.

²⁶ Así en SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 195.

macro-social (*gesamtgesellschaftlich*) del delito, con el que el autor provoca intranquilidad, miedo delincuencial, es decir, una pérdida de confianza al ordenamiento jurídico, de tal manera que las necesidades de reacción derivadas de ello se orientan a nuevas teorías de la prevención. Por tanto, el Derecho penal podría, para esquivar las paradojas señaladas, volver a dedicarse a esas tareas.

Sin embargo, ya no se puede optar por ese camino. En su contra juega, como lo ha demostrado la discusión en los últimos años, que la orientación del Derecho penal hacia la víctima potencial no puede cumplir con sus propios fines, incluso se ha demostrado su improductividad en muchos aspectos.

El efecto preventivo atribuido al procedimiento se dificulta, por ejemplo, cuando a través de la orientación hacia la víctima potencial se le priva a la víctima actual de la motivación para participar impulsando el procedimiento mediante la aportación de datos útiles²⁷. Además, la posibilidad de protección de bienes jurídicos mediante modelos convencionales de prevención se encuentra con cuestionamientos pragmáticos cada vez más intensos, que se suman a las ya tradicionales objeciones de índole ético²⁸. Este efecto resocializador, en especial de la pena de privación de libertad, se entiende hoy en día, a lo sumo, en el sentido de una minimización del daño producido por los efectos desocializadores causados por la pena²⁹. También surgen cada vez más cuestionamientos sobre una relación razonable entre la prevención general a través de penas, muy difícil de verificar, y las intervenciones individuales relacionadas con su ejecución —también en el caso de penas pecuniarias y frecuentemente en la pena privativa de libertad sustitutoria— y los costos sociales³⁰. Todas éstas son razones por las que hoy nuevas teorías de la prevención basadas en la garantía de la paz jurídica mediante el aseguramiento de las expectativas están en un primer plano³¹. Pero justamente también, medido desde este fin de la pena, la orientación hacia la víctima potencial se demostró disfuncional. Esto debido a que por esta vía con frecuencia se frustraba —tanto en penas privativas de libertad como pecuniarias— la posibilidad del cumplimiento de las pretensiones civiles de la víctima actual³² y se la reducía, en principio, al rol de un testigo, lo que en el marco del proceso penal desembocaba eventualmente en una humillación adicional³³; dos consecuencias que precisamente alteran signifi-

²⁷ KERNER (nota 1), p. 504.

²⁸ Al respecto SEELMANN, *ZEE*, 1981, pp. 4 y ss.

²⁹ Véase ALBRECHT, *ZStW* (97), 1985, p. 831; ABEL/MARSH, *Punishment and Restitution - A Restitutory Approach to Crime and the Criminal*, Westport, 1984, pp. 16 y ss.

³⁰ Dudas respecto a una legitimación de la pena en su efecto de dissuasion, ALBRECHT, «Stichwort "Generalprävention"», en KAISER/KERNER/SACK/SCHNELHASS (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2.ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 132 y ss., HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, pp. 285 y ss.

³¹ Cfr. *supra* nota 10.

³² BARNETT (nota 5), p. 287; FREHSEE (nota 1), p. 92; ROXIN (nota 5), p. 42.

³³ Sobre «victimización secundaria» KAISER (nota 2), p. 569.

cantemente la paz jurídica. Por tanto, la seguridad de las expectativas, que el Derecho volverá a restablecer a su *status quo*, en definitiva está debilitada no solamente bajo el prisma de la orientación a la víctima actual, sino también en la correspondiente a la víctima potencial, a través de la identificación, el temor al delito o la solidarización.

Frente a esto, se espera de un procedimiento de compensación que la víctima vuelva a encontrar por sí misma la confianza en el funcionamiento del ordenamiento jurídico³⁴ y que el autor, a nivel de sus sentimientos, adquiera conciencia, en la interacción con la víctima, del carácter lesivo de su conducta³⁵. Así la víctima y el autor obtendrán la oportunidad de abordar y superar el conflicto³⁶ y de que, precisamente de este modo, en la víctima potencial se garantice mejor la seguridad de las expectativas y así también la paz jurídica.

Adicionalmente, la orientación hacia la víctima actual tiene la ventaja de que su daño y sus necesidades se pueden determinar en el caso concreto. En esa medida permite actuar de forma más racional que en la orientación hacia la víctima potencial como una víctima puramente *ficticia*, respecto a la cual nadie se plantea seriamente indagar en el caso concreto sus necesidades de pena. Pero de esa forma el recurso jurídico penal a la víctima potencial frecuentemente no puede ser otra cosa que una incorporación encubierta de temores o consideraciones de justicia —no muy justificadas por falta de revelación— propios del que juzga³⁷. Por lo demás, las exigencias de castigo de las víctimas potenciales son generalmente mucho menos comunes de lo que se creía hasta ahora, lo que ha sido demostrado por nuevas investigaciones empíricas³⁸. Y si acaso no es precisamente la tarea del Estado contrariar tales necesidades de castigo, en la medida en que su existencia es una pregunta adicional planteada por el debate más reciente³⁹.

3. ¿ORIENTACIÓN SOLAMENTE HACIA LA VÍCTIMA CONCRETA?

Como se ve, existe una larga lista de cuestionamientos contra la tradicional orientación del Derecho penal hacia la víctima potencial; una orientación

³⁴ BARNETT (nota 5), p. 293, MCGILLIS (nota 5), pp. 6 y ss.; HUDSON, «The Crime Victim and the Criminal Justice System - Time for a Change», *Pepperdine Law Review*, 1984, pp. 23 y ss. (34).

³⁵ MORRIS (ed.), *Instead of Prisons*, Syracuse, 1976, p. 119; NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962, p. 14; FREHSEE (nota 1), pp. 94 y ss., con más referencias.

³⁶ DÜNKEL/RÖSSNER, *ZStW* (99), 1987, p. 871; MCGILLIS (nota 5), pp. 9 y ss.; FREHSEE (nota 1), pp. 135 y ss.

³⁷ Una visión crítica también en BARATTA, *KrimJ*, 1984, p. 132; GIEHRING, *KrimJ*, 1987, pp. 2 y ss. (4).

³⁸ SESSAR/BOERS/BEURSKENS, *KrimJ*, 1986, p. 86; GANDY, en HUDSON/GALAWAY (eds.), *Offender Restitution in Theory and Action*, Lexington, 1978, p. 119 y ss.

³⁹ FREHSEE (nota), pp. 98 y ss.

que no pocas veces se opone a sus propios fines. Lo anterior es razón suficiente para buscar remedios y la orientación hacia la víctima actual parece ser la solución. Ante las paradojas que se producen por la mera adición de ambas orientaciones (la tradicional, hacia la víctima potencial, y la orientación hacia la víctima actual) cabe, antes que nada, terminar de reflexionar sobre el concepto de orientación hacia la víctima actual: ¿Sería posible hacer realidad este concepto sin que se produzcan fisuras?

3.1. El problema del alcance limitado

Primero se genera una dificultad por el hecho de que muchos delitos según el Derecho actual no conocen víctima *individual* actual alguna, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, la seguridad estatal, la administración de justicia, los delitos de peligro abstracto o los delitos contra personas jurídicas. Lo que se está lesionando actualmente son valores colectivos, sin importar si, desde la filosofía social, se consideran dignos de protección inmediata o solamente instancias de absorción para la protección de bienes individuales. En tales casos, sin víctima actual e individual no puede operar un elemento de la orientación hacia la víctima actual: la *conciliación* ideal entre autor y víctima. Esto vale también para casos en los que existe una víctima actual e individual pero el interlocutor para la contienda financiera es un seguro. En ese caso la víctima no estará interesada en una conciliación con el autor, sino que muchas veces solo lo estará respecto a la forma de tramitación y porque el autor tiene en frente a una organización para él anónima⁴⁰.

Pero este aspecto de la conciliación es solamente *un* elemento en la orientación hacia la víctima actual. El otro elemento —reparación de *status quo* material sin consideración de los intereses y necesidades de terceros (víctimas potenciales)— se realiza igualmente, si no mejor, en estos casos: incluso se facilita la liquidación en forma de una prestación reparatoria, sin considerar deseos de venganza de víctimas individuales potenciales y actuales⁴¹. Obviamente hay una dificultad que permanece: la protección de «bienes jurídicos de la colectividad» puede ser idéntica a la protección de expectativas de víctimas potenciales, como sucede en los delitos de peligro abstracto. En estos, la víctima actual y potencial coinciden, pero bajo qué supuestos se debería ampliar el Derecho penal en esta forma no es una pregunta que se pueda responder aquí. Con todo, en tal constelación no se pueden producir las paradojas descritas.

⁴⁰ Al respecto, véase BESTE (nota 15), p. 172; FREHSEE (nota 1), pp. 168 y ss., 174 y ss.; BARNETT (nota 5), pp. 300 y ss.; DAGGER (nota 25), p. 5.

⁴¹ KRAUSS, «Diskussionsbeitrag», en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafe, Symposium zu Ehren des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, München, 1987, p. 57.

3.2. El problema de la concurrencia con el Derecho civil

En la medida en que la orientación hacia la víctima implique que se le imponga al autor prestarle una reparación del daño, se plantea el problema de la relación de esta reparación con la indemnización civil. Cuanto más se acerque la reparación a la indemnización, más superflua parece frente a lo que de todas formas se adeuda en sede civil, y cuanto más se aleje de la indemnización, en cuanto a su contenido, más intenso es el peligro de que se acerque a la pena pecuniaria tradicional. La amplia discusión respecto a este tema no se puede exponer aquí en detalle, pero al menos cabe señalar que al principio existían fuertes tendencias a desacoplar la reparación: por una parte, ésta iría más lejos, ya que también se compensan, sin restricción, daños ideales⁴² y, por la otra, eventualmente sería más limitada que la indemnización, ya que a veces el esfuerzo infructuoso respecto a la reparación material bastaría para la CAV⁴³. Esta argumentación ganaba su fuerza persuasiva principalmente por la inclusión de la víctima potencial como destinatario: justamente para la víctima potencial la compensación material era secundaria, en cuanto condición tanto necesaria como suficiente. Suprimiendo la orientación hacia la víctima potencial desaparece también la fuerza persuasiva de tal regulación especial, pues se eliminan principalmente los conflictos con la indemnización civil, provenientes de la determinación autónoma de la pena (reembolso de lo pagado «en exceso», o bien demanda de lo que «falta pagar» en el proceso civil), y también «aspectos de justicia general que impiden reconocer una reparación de daños según dos medidas distintas»⁴⁴, que han llevado a que hoy se abogue por acudir a la totalidad de criterios del Derecho civil para la reparación del daño. Por supuesto, esto no significa que ante la pretensión civil, que corresponde de todas formas, la reparación penal del daño se convierta en superflua: la diferencia con el Derecho civil todavía se mantendría en que frente a ciertos actos dañosos (precisamente, delitos) el Estado se preocupa de la realización de la pretensión indemnizatoria y libra al ofendido del riesgo procesal⁴⁵. Por consiguiente, tampoco desde la concurrencia con el Derecho civil existen argumentos contundentes contra la orientación del Derecho penal hacia la víctima actual.

3.3. La disolución del concepto de víctima a través de la orientación hacia la víctima: la tercera paradoja

En cambio, las mayores dificultades para la orientación hacia la víctima actual resultan de una paradoja adicional, que quiero denominar la *tercera*

⁴² EGLASH, en HUDSON/GALAWAY (eds.), *Restitution in Crime Justice*, Lexington, 1977, pp. 91 y ss. (94); BARNETT (nota 5), p. 298; también FREHSEE (nota 1), pp. 158 y ss.

⁴³ FREHSEE (nota 1), pp. 177 y ss., 237 y ss. con mayores referencias.

⁴⁴ Informe (nota 6) p. 39.

⁴⁵ *Ibid.*

paradoja de la orientación hacia la víctima: la orientación hacia la víctima actual disuelve, en último término, el concepto de víctima.

3.3.1. *Responsabilidad de la víctima como consecuencia de la ayuda a la víctima*

A pesar de que la orientación hacia la víctima actual se defiende con la intención de mejorar su posición, esa intención ha diluido, en su consecuencia, el concepto de víctima. Es decir, cuanto más se orienta el Derecho penal a la ayuda de la víctima actual, más tiene que considerar la acción de ésta en la producción del hecho. Si se la quiere reparar a través del autor, esto requiere necesariamente responder a la pregunta de qué le ha hecho este autor a esta víctima, pero tal pregunta no se puede responder sin mirar la conducta de la víctima y su eventual corresponsabilidad (*Mitverschulden*). Así, precisamente para su reparación concreta se hace relevante si y en qué medida, ella —más allá de los puntos de quiebre tradicionales de la legítima defensa y el consentimiento (*Einwilligung*)— dio ocasión para el hecho, facilitó su perpetración o incluso desatendió meras cargas de autoprotección (*Schutzobliegenheiten*)⁴⁶. De esa forma, el «renacer de la idea de reparación»⁴⁷ resultante del redescubrimiento de la víctima actual demuestra ser un movimiento para el desarrollo de la teoría de la imputación penal, que así se aparta tendencialmente del aislamiento del autor exclusivamente responsable y esparce de forma más amplia la responsabilidad por la acción (*Handlungsverantwortung*).

3.3.2. *El traslado del interés de la víctima hacia la categoría de la necesidad de ayuda*

La orientación hacia la víctima actual existe también como una orientación hacia el *interés* de la víctima, excluyendo, en su mayor parte, el principio de responsabilidad por la acción (*Handlungsverantwortungsprinzip*) en vez de solo hacerlo más disperso. En la dogmática de los deberes de garante, relevantes para el § 13 StGB, se recurre a los conceptos de «peligro» (*Gefährdung*) y «confianza», a los «deberes de tráfico» (*Verkehrspflichten*) del Derecho civil y al principio jurídico civil de «autovinculación sin contrato»⁴⁸. Quien, por cualquier razón, sea responsable por encontrarse en un estado de peligro o haya creado mediante su conducta la confianza de que está dispuesto a ser cuidadoso, también se verá afectado por un deber

⁴⁶ Cfr. *supra* nota 3.

⁴⁷ RIESS (nota 4), p. 59

⁴⁸ Respecto a estos deberes de tráfico véase VON BAR, JZ, 1979, p. 332; MK-MERTENS, § 823, nm. 187; sobre autoobligación sin contrato, KÖDINGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981; cfr. también MK-ROTH, § 242, nm. 297.

de garante penal⁴⁹. Sin embargo, los principios de responsabilidad (*Haftungsprinzipien*) subyacentes pertenecen a aquel ámbito de la responsabilidad civil que últimamente se expande cada vez más, el cual —como sucedía antes exclusivamente en los casos particulares de responsabilidad objetiva (*Gefährdungshaftung*)— no depende de la responsabilidad por la acción⁵⁰. La pregunta inicial para este tipo de responsabilidad es si existen buenas razones para no dejar (completamente) que el que sufrió el daño lo asuma por sí mismo, o bien si debe dejarse que otros, según la posición de los intereses, sean (co-) responsables.

Aquí el Derecho penal se vincula con el Derecho civil, pero no respecto a la responsabilidad por culpa, que aún tiene estrecho parentesco con el Derecho penal por estar orientada a su vez al control de conductas, sino respecto a una distribución de cargas basada en la economía y el Estado social, esto es, en una eliminación del daño según el principio de solidaridad. Se acude de esta forma al interés de la víctima en vez de a la responsabilidad por la acción del autor, y su *ser como víctima* se vuelve indiferente, neutralizándose y convirtiéndose en un ente necesitado de ayuda desde muchos puntos de vista⁵¹.

3.3.3. *Disposición del procedimiento como «devolución del conflicto»*

La orientación hacia la víctima actual no significa solamente la incorporación del ofendido al proceso, sino también, en cierta medida, la de una facultad de decisión suya sobre su apertura. En este sentido, existen ejemplos, que desde un principio eran notoriamente controvertidos⁵², en la acusación de un delito de acción penal privada y en el proceso de conciliación. Si se expandiera esta facultad de disposición sobre el inicio del procedimiento, como lo exigen varios teóricos de la orientación hacia la víctima, podría convertirse en regla lo que hoy es excepcional. Así se ha propuesto especialmente la introducción de un procedimiento general de conciliación. También se ha insistido en la literatura en que la Ley de protección a la víctima, que entró en vigor en 1987, todavía no va tan lejos⁵³. De este modo, la falta de interés de la víctima podría en ese caso bloquear en gran medida el procedimiento. Con esto se le estaría entregando la decisión de si quiere definirse a sí misma como una víctima penalmente relevante, y así el conflicto se «de-

⁴⁹ Cfr. solo JAKOBS (nota 13), pp. 29/42; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 650, para los deberes de aseguramiento; ARZT, *JA*, 1980, pp. 652 y ss.; SK-RUDOLPHI, § 23, nm. 58; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, § 13, nm. 27, para las obligaciones de custodia.

⁵⁰ Respecto a este desarrollo FREHSEE (*supra* nota 1), pp. 34 y ss.

⁵¹ Respecto al detalle de la problemática, SEELMANN, «Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik», *GA*, 1989 (véase *supra* pp. 151 y ss).

⁵² Cfr. solo BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, Leipzig, 1885, pp. 602 y ss.

⁵³ SCHÜNEMANN (nota 20), pp. 196 y ss.; reivindicaciones de un proceso general de expiación en RIEß (nota 4), pp. 88 y ss., y en las conclusiones de la 55.^a DJT 1984, t. II, L 194.

volvería» a los inmediatamente afectados⁵⁴. Precisamente es a través de una orientación fortalecida hacia la víctima como el Derecho penal renunciaría, en último término, a *su* concepto de víctima.

3.4. Filosofía social del «conflicto»

La orientación hacia la víctima como disolución del concepto de víctima penal es una paradoja, si uno presupone el fin original de mejorar su posición. Lo que en este contexto parece una paradoja, puede ser considerado como «promisión» si se considera un propósito distinto. Esta otra visión comprende el delito como un conflicto de intereses, que no se puede acercar a la solución dentro de la división en un esquema autor-víctima, sino que solamente puede hacerse susceptible de decisión por un tercero a base de abstraerse de sus contenidos, de un «mecanismo de supresión»⁵⁵. La abstracción se critica porque se opone a una CAV directa, como aproximación hacia una verdadera *solución* del conflicto. Detrás de tal propagación de la CAV, en el sentido de la superación de una oposición de intereses se encuentra, en último término, una filosofía social del «conflicto» que requiere una reflexión más detenida.

3.4.1. Impulso desde la investigación empírica

En primer lugar, debe considerarse que frente a la gran mayoría de los hechos penalmente relevantes se reacciona fuera de la justicia y sin el uso de categorías jurídicas⁵⁶, en el sentido de la compensación de intereses. Así, los «conflictos» que traspasan la puerta del Derecho penal son una minoría y tal vez deben, como suponen algunos, incluso permanecer en minoría, para que no peligre la convicción común de que en principio todos se comportan conforme a Derecho⁵⁷.

3.4.2. La «víctima» como resultado de una adscripción

A estos resultados empíricos se unen reflexiones sobre cuán autoevidente es pensar según la dicotomía autor-víctima. En forma similar a lo que sucede respecto a la situación del autor, en la que este aspecto se conoce hace tiempo⁵⁸, ahora también se advierte que la víctima de un delito se «construye so-

⁵⁴ CHRISTIE, «Conflicts as Property», *BritJCrim* (17), 1977, pp. 1 y ss.

⁵⁵ SCHUMANN, *MSchrKrim* (70), 1987, p. 84.

⁵⁶ Referencias en BESTE (nota 15), pp. 165 y ss.; DÜNKEL/RÖSSNER (nota 1), pp. 848 y ss.; SESSAR (nota 23), p. 157.

⁵⁷ POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968.

⁵⁸ Cfr. solo SACK, en KAISER/KERNER/SACK/SCHELLHOSS (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2.^a ed., Heidelberg, 1985, pp. 76 y ss.; KAISER (nota 2), pp. 144 y ss.; SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 195, se habla de un «proceso de selección gigantesco».

cialmente». Esto significa, ante todo, que del gran número de aquellas personas que de alguna manera resultan lesionadas por otras, la ley filtra aquellas que se puedan considerar víctimas para el Derecho penal. Además —esto también en paralelo a la situación del autor—, son procesos fácticos de carácter selectivo, desde el comportamiento de denuncia y la reacción policial hasta el procedimiento judicial, los que determinan quiénes del gran círculo de los que podrían considerarse víctimas penales se establecen también jurídicamente como tales. Y solamente esta víctima actual, perteneciente a una tal «elite privilegiada de víctimas»⁵⁹, puede, por ejemplo, ser adquirente de prestaciones impuestas al autor. El rol de víctima es, por tanto, un producto de la adscripción, al igual que el de autor.

La denominación de estos dos niveles de adscripción parece trivial hoy en día. Pero detrás de ellos se esconde una premisa que es menos trivial: la naturalidad con la cual se abstraen sucesos sociales hacia dicotomías de autor-víctima. Pero justamente es esta naturalidad la que se somete a discusión hoy en día. Con esto parece delimitarse un vuelco respecto a lo autoevidente en el Derecho penal: de un Derecho que adscribe responsabilidad individual, con sanciones como consecuencia, hacia un Derecho que resuelve «conflictos» mediante la reparación, aunque sea mediante su «devolución» a los intervinientes para su disposición⁶⁰. Con todo, tales ideas provocaron resistencia.

3.4.3. Objeciones pragmáticas

Las objeciones contra el Derecho penal de «resolución de conflictos» son, por un lado, de naturaleza más bien pragmática. Según ellas, el Derecho penal debe formalizar conflictos, no resolverlos⁶¹. Debe decidir un conflicto, con escasos recursos y escaso tiempo, mediante una simplificación, y cualquier dicotomía autor-víctima constituye una simplificación. Pero para este tipo de decisión del conflicto, mediante su reducción, no solamente se toma en cuenta la escasez de recursos y tiempo, sino también el efecto externo. Así, se advierte que la paz jurídica se garantiza precisamente mediante la formalización.

Se puede razonar muy bien sobre tales reflexiones. Que la formalización profesional no exija incluso más recursos que la solución oportuna del conflicto, no es tan fácil de decidir. Y sencillamente se podría dudar de que una solución del conflicto sustancial sea, a largo plazo, más dañina que el equilibrio inestable entre afirmación de la norma y temor al delito resultante de la simple decisión del conflicto.

⁵⁹ SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 197; referencias al proceso de selección de la víctima también en SCHNEIDER, *Viktimologie*, Tübingen, 1975, p. 32.

⁶⁰ *Supra* nota 54.

⁶¹ HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 195 y ss. NEUMANN (nota 1), p. 249.

3.4.4. *Objeciones bajo el aspecto de la protección de la libertad*

Mayor relevancia debería tener la objeción consistente en que la disolución del delito en «conflicto» y la «falta de la distinción entre ilícito y conflicto» se traduce en una restricción de espacios de libertad⁶². Es decir, comprender la infracción jurídica solo como conflicto (de intereses) sugiere que «el manejo de las infracciones de intereses esté, en cierta forma, descontrolado»⁶³, esto es, tanto la protección del ofendido en sus derechos, como también el aseguramiento por parte del Estado de Derecho de los derechos del sospechoso de haber cometido el hecho, tendría menor significado. En caso de una solución del conflicto sin atribución unilateral de responsabilidad por una instancia neutral, los intereses más fuertes, empíricamente comprobables, prevalecerían y se vulneraría la libertad de otros participantes. Por lo menos esta objeción se podría desvirtuar, en parte, si respecto a la intervención en el conflicto por los participantes mediatos se otorgara al Estado una «posición de espera y absorción», por la cual se adicionara «un nuevo cargo de vigilancia sobre los arreglos informales (en el sentido de ajenos al Derecho penal) de compensación»⁶⁴.

3.4.5. *La objeción de la «regresión a la estructura dual»*

Pero la objeción probablemente más acertada redirige los reproches de la filosofía social del «conflicto» contra ella misma, al medirla con sus propios estándares. Esta filosofía le ha reprochado a la dicotomía «autor-víctima» —posibilitada por la orientación hacia la víctima potencial— que se abstrae de los variados aspectos de un conflicto de intereses y solo somete el conflicto, bajo una simplificación injustificable, a una forma susceptible de regulación estatal, en vez de resolverlo. ¿Pero acaso la filosofía social del «conflicto» no porta el mismo estigma de la abstracción en otro aspecto, y el hecho de que éste haya estado presente en el Derecho penal tradicional le debe su existencia? La idea del delito como conflicto de intereses traslada por sí misma una «regresión social», una simplificación de circunstancias altamente complejas a una «estructura dual»⁶⁵. Mientras la interpretación de una acción como delito (y con eso la orientación a la víctima potencial)

⁶² NAUCKE, «Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (eds.), *Fortschritt im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Heidelberg, 1983, pp. 9 y ss.

⁶³ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁴ WALTER, en RECHTSW. FAKULTÄT KÖLN-FS, 1988, pp. 557 (570). Referencias adicionales al respecto se encuentran también en FREHSEE (nota 1), pp. 378 y ss. Aquí también cabe asegurar que la ayuda no se limita a la víctima activa y competente de acción. Respecto a este problema HASSEMER, en KLUG-FS, 1983, pp. 217 (228, 233).

⁶⁵ LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 92 y ss. (101).

excluye, en principio, a los interesados actualmente afectados, la interpretación de la misma acción como resultado de un conflicto de intereses, es decir, la orientación hacia la víctima actual, renuncia, en principio, a una comprensión del contexto intersubjetivo en el que se encuentra la colisión específica de intereses. La filosofía social del «conflicto» excluye el efecto del conflicto respecto a terceros que no están inmediatamente afectados por aquél.

4. ¿RELEVANCIA DE LAS NECESIDADES DE LA VÍCTIMA?

Al recordarse las razones del distanciamiento de la orientación hacia la víctima potencial (*supra* 2), no se debe pretender eludir las insuficiencias de la filosofía del «conflicto», a partir de considerar como determinantes las necesidades de la víctima potencial. Pero ¿es posible desarrollar un modelo de conflicto que recepte la relación con el efecto que éste produce respecto a otros, sin que, por el otro lado, se haga dependiente de las necesidades (reales o supuestas) de éstos, es decir, de la orientación hacia la víctima potencial? Lo que está en debate es una teoría de la pena que no busque legitimarla a partir de las necesidades de la víctima concreta, ni del efecto preventivo y, con eso, de las necesidades de la víctima potencial, sino solamente a partir de razones de justicia que se distingan de lo anterior o, como también se podría formular, de las necesidades de interacción humana.

4.1. La relevancia del conflicto para terceros (*Drittrelevanz des Konflikts*)

El punto de partida para esa teoría de la pena tendría que ser un modelo según el cual la relación entre autor y víctima se altera por el delito, y esta relación es necesaria tanto para los afectados inmediatos como también para todos los otros miembros de la comunidad jurídica⁶⁶. Una relación de ese tipo tendría que estar privada de las emociones y necesidades, tanto del autor (actual) y la víctima (actual), como también de todos los otros, es decir, de las víctimas potenciales y los dependientes de ellas. Sin importar si el autor, la víctima y otros actualmente lo quieren o no, tendría que existir un interés a largo plazo de todos en esta relación.

Una relación semejante se describe en la tradición de la filosofía práctica como una relación de *reconocimiento* mutuo⁶⁷. Esta relación sería necesaria,

⁶⁶ Así en SCHILD, «Unsinn und Sinn der Vergeltung. Einige Gedanken zur notwendigen Strafe», *manuskripte* (27), 1987, pp. 58 y ss.; de forma parecida argumentan otros autores, pero en base a Kant y Hegel, cfr. HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Frankfurt a. M., 1987; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986; E. WOLFF, E. A., *ZStW* (97), 1985, p. 786.

⁶⁷ Sobre esta concepción de la pena debatida desde Hegel con detalle en SEELMANN, *JuS*, 1979, p. 687.

por ser constitutiva de todo el ordenamiento jurídico. El delincuente priva a la víctima del reconocimiento, en la medida en que se impone frente a ella de forma egoísta y unilateral sin poder querer él mismo la generalización de esta conducta. El reconocimiento presupone, ya conceptualmente, estricta reciprocidad —dado que solamente puede existir reconocimiento entre iguales—, en términos tales que de esa forma el autor se priva a sí mismo de reconocimiento. Pero como en la comunidad jurídica el reconocimiento no sería una relación puramente bilateral, sino un entramado social en el que cada cual obtiene su propio reconocimiento a través de un conjunto de relaciones de reconocimiento, que por su parte están condicionadas nuevamente por otras relaciones de reconocimiento, tendrían todos (y no solamente la víctima actual y el autor actual) un interés a largo plazo en el restablecimiento de cada relación de reconocimiento específica.

Más recientemente este modelo básico se ha reformulado de múltiples formas. Al respecto señalaremos solo dos ejemplos⁶⁸: en primer lugar, con base en la etnometodología, se argumenta que la comprensión del mundo se basa en la «tesis general de perspectivas recíprocas». Si esta tesis se suspende por la conducta de alguien, el «mundo común» está en peligro⁶⁹. La relación con los otros se construye aquí de tal forma que, en caso de una alteración especialmente masiva de la reciprocidad, la víctima ya no se ve con la posibilidad de volver por sí misma a reconstruir el mundo común, por lo que tiene que acudir a la ayuda de un tercero⁷⁰. Como segundo ejemplo, sirva aquí la teoría de las etapas del desarrollo del juicio moral, desarrollada por Lawrence Kohlberg en conexión con Piaget. Según ella, a los efectos de establecer la medida de una ética «postconvencional», a la que se aspira por varias razones, se preferiría la negociación en los conflictos de intereses antes de zanjarlos de forma autoritativa⁷¹ (esto sería el camino de una ética «convencional» que subyace al Derecho penal tradicional)⁷². En esta medida la filosofía social del «conflicto» mencionada arriba se puede

⁶⁸ Otros ejemplos son la comprensión de STRAWSON sobre la «actitud reactiva» [STRAWSON, «Freiheit und Übelnehmen», en POTHAST (ed.), *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., 1987, pp. 201 y ss.], ya discutido por BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, Opladen, 1987, pp. 145 y ss., en su importancia para el Derecho penal, como también un intento de justificación del Derecho penal desde la ética discursiva en K. GÜNTHER, en MÜLLER-DIETZ/JUNG/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, Baden-Baden.

⁶⁹ Véase HERZOG (nota 66), pp. 97 y ss.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 113.

⁷¹ Cfr. solo la exposición de las etapas en KOHLBERG, en LIND/RASCHERT (eds.), *Moralische Urteilsfähigkeit*, Basel, 1987, pp. 25 y ss. (26 y ss.); especialmente respecto al Derecho penal en el ejemplo de la pena de muerte, KOHLBERG/ELFENBEIN, en KOHLBERG (ed.), *Essays on Moral Development*, t. 1, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, pp. 243 y ss. Sobre la importancia de KOHLBERG para la discusión sobre la compensación en el Derecho penal véase también FREHSEE (nota 1), pp. 109 y ss.

⁷² Aquí la referencia es al «nivel moral» del Derecho penal (*i. e.* la consecuencia jurídica de la pena). Se puede llegar a otra categorización si se discute el nivel de argumentación de la teoría penal de la imputación con sus deberes de solidaridad, por ejemplo en el estado de necesidad, al

remitir a Kohlberg. Pero esta negociación no puede ser un mero arreglo de los egoísmos (esto significaría incluso un retroceso a una ética preconven-cional), sino que tiene que orientarse a principios, es decir, a la posibilidad de generalización de las respectivas soluciones, y con eso a la aceptación por otros⁷³.

En estos modelos, que aquí solo pueden ser mencionados, los conflictos tienen necesariamente una relación con terceros. Pero, ¿qué significado tie-ne esta relación con terceros para la solución del conflicto?

4.2. Recapitulación sobre las bases propuestas

La pregunta inicial que debería formularse es cómo se puede restablecer la relación de reconocimiento necesaria entre autor y víctima. En su versión original, la teoría de la relación de reconocimiento parte de la base de que ambos se deben volver a equiparar, lo que supone que el autor sea perjudi-cado en su estatus jurídico en la misma medida en que lo fue su víctima por el hecho⁷⁴. Ello porque un (nuevo) reconocimiento solamente sería posible entre iguales. Aquí no se pretende decidir si la tesis de la reducción de esta-tus es un resultado necesario de la comprensión del delito como vulneración del reconocimiento⁷⁵. Incluso presuponiendo esto, esta comprensión del de-lito no se define respecto a una sanción determinada; más bien, al contrario, resulta previsible en esta comprensión un vuelco histórico. Debido a que en una sociedad bien ordenada el delincuente no puede poner en riesgo de forma significativa a la víctima en su reconocimiento, en el sentido de inte-gración social, y con eso comprometer el ordenamiento jurídico en su con-junto, también la afectación del reconocimiento por el hecho debe estimarse menor⁷⁶. Así podría bastar, dadas ciertas circunstancias, la mera reparación o reproche público para recomponer la relación de reconocimiento indivi-dual y macrosocial. Justamente con base en esta teoría es posible justificar que, al igual que en el delito la lesión de la víctima actual vulneró la red de reconocimiento general, también en la reparación se puede restablecer este reconocimiento frente al particular, suponiendo cierto estado de desarrollo social.

respecto ROTTLEUTHNER, «Das moralische Niveau des Strafrechts», en BRYDE/HOFFMANN-RIEM (eds.), *Rechtsproduktion und Rechtsbewusstsein*, Baden-Baden, 1988, pp. 155 y ss.

⁷³ «Orientación hacia principios éticos generales», cfr. KOHLBERG, en LIND/RASCHERT (eds.), *Moralische Urteilsfähigkeit*, Weinheim, 1987, p. 27.

⁷⁴ Al respecto SEELMANN (nota 67).

⁷⁵ De las premisas empírico-psicológicas, de una comprensión posiblemente errónea del prin-cipio de generalización, como de una extensión excesiva de la ficción de autonomía por ocurrencias pasadas, surgirán dudas que se tendrán que abordar más detenidamente.

⁷⁶ Esto ya se desarrolla con claridad en el § 218 de sus *Principios de la Filosofía del Derecho* de 1821. Los elementos de «cuidado, distancia y moderación...» [HASSEMER (nota 64), p. 230] que le faltan al Derecho penal orientado a la víctima, también se aseguran mejor con este modelo.

En esta relativización histórica del concepto de reconocimiento, una teoría de la pena tiene que considerar obviamente también *sentimientos* de consternación de víctimas actuales y potenciales como elementos importantes del significado social de la conducta infractora. Pero con eso ella no se hace inmediatamente dependiente de las necesidades aleatorias (y diferentes) de las víctimas actuales y potenciales, ni tampoco de las paradojas mencionadas aquí, sino que incorpora la idea de la compensación autor-víctima y de la reparación en un concepto teórico-penal comprensivo. Así, las ventajas de esta teoría penal para evitar paradojas de la orientación del Derecho penal hacia la víctima se reconocen claramente. También se evita la infructuosa distinción —en principio neokantiana— entre el delito como lesión de una norma y como lesión de personas⁷⁷, al fijar el elemento generalizador del delito precisamente en la vulneración del reconocimiento (concerniente a todos) de la persona concreta. Si bien no se podría legitimar sobre esta base una libertad de disposición completa de la víctima actual sobre el inicio del procedimiento, sí un procedimiento general de conciliación y la necesidad de someterse a él ya puede significar posiblemente una reducción jurídica suficiente del estatus del autor. Un procedimiento general de conciliación semejante también podría cumplir las pretensiones de los enfoques etno-metodológicos de dejar en manos de la víctima la determinación de cuándo necesita ayuda de terceros para el restablecimiento de la reciprocidad. Por su compatibilidad con el modelo de reconocimiento, la reparación como consecuencia jurídica y un procedimiento general de conciliación como presupuesto procesal también se podrán aceptar como principios de solución del conflicto generalizables de una ética «postconvencional» en el sentido de Kohlberg.

5. CONCLUSIÓN

La complementación de la orientación tradicional hacia la víctima potencial con una orientación hacia la víctima actual, crea tanto para las sanciones penales como también para el proceso penal paradojas de difícil solución. Pero un retorno desde la orientación general hacia la víctima potencial fracasa porque las metas que con ella se buscaban no solo no se pueden cumplir, sino que en parte ni siquiera se pueden comprender racionalmente como tales. A pesar de las buenas razones a su favor, la sola orientación hacia la víctima actual se debilita especialmente por ser ella misma el resultado de una abstracción inadmisibles: como la orientación hacia la víctima potencial se abstrae del conflicto inicial, así también se abstrae la orientación hacia la víctima actual de los efectos del conflicto respecto a otros. Pero modelos *jurídico*-penales del conflicto, que consideran la rela-

⁷⁷ Pero así en NEUMANN (nota 1), p. 227.

ción con terceros, están disponibles en variadas formas tanto en la tradición como en el presente. Tanto la reparación del daño como sanción que, de ser necesaria, debe ser impuesta por el Estado, como también un cierto margen de disponibilidad sobre el conflicto por los participantes inmediatos, se pueden justificar mejor sobre esta base que mediante una mera sustitución de la orientación hacia la víctima potencial por la orientación hacia la víctima actual.

BIOGRAFÍA DEL AUTOR

Kurt Seelmann nació en 1947 en Berchtesgaden, Baviera, Alemania. Realizó sus estudios en Derecho entre 1966 y 1970 y en Filosofía entre 1970 y 1974 en la Universidad de Múnich, donde también se doctoró en 1973 bajo la dirección del Prof. Dr. Sten Gagnér. Fue asistente científico del Prof. Dr. Detlef Krauss, con quien se habilitó en 1978 en Derecho penal, Derecho procesal penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho europeo en la Universidad de Sarre en Sarrebruck. Ha sido también becario de la prestigiosa *Deutschen Forschungsgemeinschaft*.

En la Universidad de Hamburgo fue profesor de Derecho penal y Filosofía del Derecho entre 1983-1995, mientras que entre 1991 y 1992 fue decano de la facultad de Derecho. Desde 1995 dirige la cátedra de Derecho penal y Filosofía del Derecho (sucesor de Stratenwerth) y entre 1998 y 1999 se ha desempeñado también como decano de la Facultad de Derecho. Junto a ello cabe mencionar que desde 2007 es el director del Centro de Investigación de Ética aplicada. En este tiempo rechazó ofertas de las Universidades de Fráncfort del Memo, Hanóver, Leipzig y Sarrebruck para incorporarse a su plantel de profesores.

Además, es profesor visitante permanente de la Universidad de Lucerna y en el año 2001 fue galardonado con un doctorado *honoris causa* por la Universidad (ELTE) de Budapest.

Ha realizado estancias de investigación y docencia en diferentes Universidades en Italia (1977-1978), los Estados Unidos de América (1987-1988), Inglaterra (1999-2000 y 2003-2004), Japón (2001) y Corea del Sur (2008); *Fellow* del *Lichtenberg-Kolleg* de la Universidad de Gotinga entre 2009 y 2010 y del Centro de Altos Estudios de la Universidad de Leipzig en 2011; miembro de la Academia Europea de Ciencias y Artes (Salzburgo) y de la Academia de Europa desde 2011. Pertenecer a las Comisiones de Ética a nivel universitario, cantonal y nacional, como también a la Junta Directiva de las Asociaciones científicas internacionales en el ámbito de la Filosofía del Derecho y la Ética.

Ha publicado sobre temas relativos al Derecho penal y Derecho procesal penal, a la Historia del Derecho y el Derecho médico. Es coeditor, entre otras revistas, de la *Revista de Filosofía del Derecho* (*Zeitschrift für Rechtsphilosophie*) y de *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (*Rechtsphilosophischen Hefte*).

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS TEXTOS ORIGINALES

- 1989** **Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante.** Original: «Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik», en *GA* (136), 1989, pp. 241 y ss.
Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal. Original: «Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht», en *JZ* (44), 1989, pp. 670 y ss.
- 1991** **¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?** Original: «Solidaritätspflichten im Strafrecht?», en JUNG *et al.* (eds.), *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1991, pp. 295 y ss.
- 1993** **Intentos de una legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento autocontradictorio del autor del delito.** Original: «Versuch einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters», en BYRD *et al.* (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, t. 1, 1993, pp. 315 y ss.
- 1994** **¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho privado?** Original: «Privatrechtlich begründete Garantenpflichten?», en HAMBURGER RECHTSSTUDIEN, *Ringvorlesung: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung*, Berlin, 1994, t. 85, pp. 85 y ss.
- 2001** **Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias.** Original: «Unternehmensstrafrecht: Ursachen, Paradoxien und Folgen», en ACKERMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Niklaus Schmid*, Zürich, 2001, pp. 169 y ss.
- 2007** **El no hacer como hecho punible. Sobre la creciente importancia y el potencial problemático de los delitos de omisión impropia.** Original: «Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotential der unechten Unterlassungsdelikte», en *ZStrR* (125), 2007, pp. 262 y ss.
Delitos de mera actividad: ¿protección de la cultura a través del derecho? Original: «Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?», en MÜLLER-DIETZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, pp. 893 y ss.

- 2008 **Dignidad humana y las formulaciones segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual.** Original: «Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs. Kantischer Befund und aktuelle Funktion», en BRUDER-MÜLLER/SEELMANN (eds.), *Menschenwürde - Begründung, Konturen, Geschichte*, Würzburg, 2008, pp. 67 y ss.
- ¿Es el respeto un deber jurídico?** Original: «Respekt als Rechtspflicht?», en BRUGGER *et al.* (eds.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., 2008, pp. 418 y ss.
- Comunicación simbólica sobre la legitimación de la pena en el siglo XVIII y comienzos del XIX.** Original: «Symbolische Kommunikation über die Legitimation von Strafe im 18. und frühen 19. Jahrhundert», en SCHULZE *et al.* (eds.), *Strafzwecke und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung*, Münster, 2008, pp. 159 y ss.

OTRAS PUBLICACIONES DESTACADAS DE KURT SEELMANN

I. MONOGRAFÍAS

- Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg/Hamburg, 1978.
- Die Lehre des Fernando Vázquez de Menchaca vom Dominium*, Köln et al., 1979.
- Feuerbachs Lehre vom «psychologischen Zwang» und ihre Entwicklung aus Vertragstaphern des 18. Jahrhunderts*, Budapest, 1996.
- Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne*. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik, Baden-Baden, 1997.
- Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung*, Frankfurt a. M. Et al., 2000 (en coautoría con Paolo BECCHI).
- Rechtsphilosophie*, 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 5.^a ed., München, 2000-2010 (traducciones al coreano e italiano).
- Thomas von Aquin am Schnittpunkt von Recht und Theologie*, Luzern, 2000.
- Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin, 2002.
- Le filosofie della pena di Hegel*, Napoli, 2002.
- Gaetano Filangieri*, Budapest, 2003.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a ed., Basel, 2005-2012.
- Dalla bioetica al biodiritto*, Napoli, 2007.

II. LIBROS EDITADOS

- Organtransplantation*, Würzburg, 2000 (coedición junto a Gerd BRUDERMÜLLER).
- Kommunitarismus versus Liberalismus*, Stuttgart, 2000.
- Aktuelle Probleme der Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., 2000.
- Texte zur Rechtsphilosophie*, Basel, 2000.
- Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, 2001 (coedición junto a Frank GRUNERT).
- Wirtschaftsethik und Recht*, Stuttgart, 2001.
- Nietzsche und das Recht*, Stuttgart, 2001.
- La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, Lima, 2002.
- Rechtliche und ethische Fragen der Transplantationstechnologie in einem interkulturellen Vergleich*, Stuttgart, 2003 (coedición junto a Hirokazu KAWAGUCHI).
- Mediating Principles - Strafbegrenzungskriterien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006 (coedición junto a Andreas VON HIRSCH y Wolfgang WOHLERS). Existe tam-

- bién edición española a cargo de Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal - Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012.
- Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Recht*, Basel, 2006 (coedición junto a Mark PIETH).
- Grenzen des rechtfertigenden Notstands*, Zürich, 2006 (coedición junto a Martino MONA).
- Menschenwürde - Begründung, Konturen, Geschichte*, Würzburg, 2008 (coedición junto a Gerd BRUDERMÜLLER).
- Paternalismus im Strafrecht - Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010 (coedición junto a Andreas VON HIRSCH y Ulfrid NEUMANN).
- Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie*, Baden-Baden, 2011 (coedición junto a Andreas VON HIRSCH y Ulfrid NEUMANN).
- Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?*, Berlin, 2011 (coedición junto a Mark PIETH y Günter HEINE).

III. ARTÍCULOS EN REVISTAS Y LIBROS COLECTIVOS

- «Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes. Die Strafbarkeit des Lockspitzels und des Verlockten», en *ZStW*, 95 (1983), pp. 797 y ss.
- «Der anonyme Zeuge - ein erstrebenswertes Ziel der Gesetzgebung?», en *Strafverteidiger*, 1984, pp. 477 y ss.
- «Gaetano Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe. Imputation und Prävention in der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung», *ZStW*, 97 (1985), pp. 241 y ss. [versión italiana: «Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31 (2001), pp. 3 y ss.].
- «Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht», *JuS*, 1987, L33-L36.
- «Hegel und die Strafrechtsphilosophie der Aufklärung», en Ch. JERMANN (ed.), *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1987, pp. 227 y ss.
- «Relativierung von Recht und Gerechtigkeit», en PLEISTER/SCHILD (Hg.), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, Köln, 1988, pp. 195 y ss.
- «Venire contra factum proprium als strafprozessuales Problem», en JUNG/MÜLLER-DIETZ (eds.), *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*, Köln u.a., 1989, pp. 25 y ss.
- «Zum Verhältnis von Strafzwecken und Sanktionen in der Strafrechtsliteratur der Aufklärung», *ZStW*, 101 (1989), pp. 335 y ss.
- «Zurechnung als Deutung und Zuschreibung. Hegels "Recht der Objektivität"», en HÖSLE (ed.), *Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus*, Hamburg, 1989, pp. 101 y ss.
- «Dogmatik und Politik der Wiederentdeckung des Opfers», en Karsten SCHMIDT (ed.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Berlin, 1990, pp. 159 y ss.
- «Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht», *NJW*, 1990, pp. 1257 y ss.
- «Kommentierung von § 13 StGB», en *AK StGB*, t. 1, Neuwied, 1990, pp. 376 y ss.
- «Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert», en *Festschrift für Sten Gagnér*, München, 1991, pp. 441 y ss.
- «Neue Unübersichtlichkeit im Strafrecht?», en *Bewährungshilfe*, 1991, pp. 123 y ss.

- «Wechselseitige Anerkennung und Unrecht, Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?», en *ARSP*, 79 (1993), pp. 228 y ss.
- «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten», en *Rechtsphilosophische Hefte*, II (1993), pp. 109 y ss.
- «Materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Probleme einer "Wiederentdeckung des Opfers"», *Problemy Prawa Karnego*, t. 19, 1993, pp. 28 y ss.
- «Kommentierung von § 13 StGB», *Nomos-Kommentar StGB*, Baden-Baden, 1994.
- «Die Denkfigur des "subjektiven Rechts" in der spanischen Spätscholastik», en HERZOG-AUGUST BIBLIOTHEK WOLFENBÜTTEL (ed.), *Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600*, Wolfenbüttel, 1994, pp. 141 y ss.
- «Kommentierung zu § 84 GmbHG», en SMID/ZEUNER, *Gesamtvollstreckungsordnung*, 2.^a ed., 1994, pp. 240 y ss.
- «Die Unbestimmtheit des Rechts», en *Universitas*, 1994, pp. 1066 y ss.
- «Societä de risc i dret penal», en *Juris-Quaderns de Política Jurídica*, 1994, pp. 271 y ss.
- «Kelsen e il diritto penale», en *Diritto e Cultura*, 1994, pp. 5 y ss.
- «Gibt es eine Rechtspflicht zur Solidarität?», en *Solidarität - ein Weg aus der Krise, epd-Dokumentation*, Nr. 18, Frankfurt a. M., 1997, pp. 49 y ss.
- «Theologie in Abhängigkeit von juristischen Denkstrukturen», en *Revision der Theologie, Loccumer Protokolle*, Loccum, 1997, pp. 20 y ss.
- «Gefährdungsdelikte und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens», en *Festschrift für Ernst Amadeus Wolff zum 70. Geburtstag*, Berlin et al., 1998, pp. 481 y ss.
- «Risikostrafrecht. Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht», *Hanyang Law Review*, 1998, pp. 339 y ss.
- «Verbandsstrafbarkeit», *Chongju Law Review*, 1998, pp. 461 y ss.
- «Xenotransplantation - juristische Aspekte», en KIRCHENAMT DER EVANGELISCHEN KIRCHE IN DEUTSCHLAND/DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ (ed.), *Xenotransplantation. Eine Hilfe zur ethischen Urteilsbildung*, Hannover/Bonn, 1998, pp. 15 y ss.
- «Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit», en SILLER/KELLER (eds.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden, 1999, pp. 109 y ss.
- «Recht und Ethik im Strafrecht», en SOCIETAS ETHICA (ed.), *Ethik und Gesetzgebung*, Zürich, 1999, pp. 58 y ss.
- «Teologia e giurisprudenza alle soglie della modernità. La nascita del moderno diritto naturale nella tarda scolastica iberica», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, XXIX, pp. 277 y ss.
- «Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels», en H. DREIER (ed.), *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann*, Berlin, 2000, pp. 125 y ss.
- «Organtransplantation - die strafrechtlichen Grundlagenprobleme», en BRUDERMÜLLER (ed.), *Organtransplantationen als interdisziplinäres Grundlagenproblem*, Frankfurt a. M., 2000.
- «Theologische Wurzeln des säkularen Naturrechts. Das Beispiel Salamanca», en Dietmar WILLOWEIT (ed.), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, Oldenbourg, 2000, pp. 215 y ss.
- «Die gelehrte Strafrechtswissenschaft in der spanischen Spätscholastik. Skizze eines Forschungsprojektes», en Frank GRUNERT (ed.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, 2001, pp. 301 y ss.

- «Hegel und die Zurechnung von Verantwortung», en BRITZ/JUNG/KORIATH *et al.* (eds.), *Grundfragen des Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, pp. 857 y ss.
- «Stammzellen aus Nabelschnurblut - Rechtliche und rechtsethische Fragen von Transplantation und Banking», *Therapeutische Rundschau*, 2002, 59, pp. 583 y ss.
- «Die Bedeutung von Freiheits-, Leistungs- und Teilhaberechten in der Medizin. Vorschläge zur Neuorientierung aus medizin- und rechtsethischer Sicht», en STAUFFACHER/BIRCHER (eds.), *Zukunft Medizin Schweiz*, Basel, 2002, pp. 120 y ss.
- «Die Relevanz der Theologie (für die Entstehung des öffentlichen Strafrechts)», en LÜDERSEN (ed.), *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs. Systematisierung der Fragestellung*, Köln *et al.*, 2002, pp. 95 y ss.
- «Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen», en DONATSCH/SCHWARZENEGGER/FORSTER (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich *et al.*, 2002.
- «Menschenwürde zwischen Person und Individuum», en DÖLLING (ed.), *Jus humanus - Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, pp. 301 y ss.
- «Menschenwürde und Embryonen», en MAIO/JUST (eds.), *Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive*, Baden-Baden, 2003, pp. 156 y ss.
- «A mulasztás mint bűncselekmény. Büntetőjog a modern társadalomban» (Unterlassen als Straftat. Die moderne Gesellschaft und ihr Strafrecht), en *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae*, ts. XXXVIII-XXXIX, Budapest, 2003, pp. 255 y ss.
- «Die iberische Spätscholastik als historischer Wendeprozess», en MÜLLER (ed.), *Historische Wendeprozesse - Ideen, die Geschichte machten*, Freiburg *et al.*, 2003, pp. 114 y ss.
- «Haben Embryonen Anspruch auf Menschenwürde?», en HOLDEREGGER/PAHUD DE MORTANGES (eds.), *Embryonenforschung. Embryonenverbrauch und Stammzellenforschung - Ethische und rechtliche Aspekte. Symposion zum 60. Geburtstag von Giuseppe Nay*, Freiburg, 2003, pp. 27 y ss.
- «Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen», en *Strafrecht - Bio-recht - Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2003, pp. 853 y ss.
- «Rechtsgutskonzept, "Harm Principle" und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie - Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, pp. 261 y ss. [versión en castellano: «El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 373 y ss.].
- «Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz», en BRUDERMÜLLER/MARX/SCHÜTTAUF (eds.), *Suizid und Sterbehilfe*, Würzburg, 2003, pp. 135 y ss.
- «Repräsentation als Element von Menschenwürde», en HÜGLI/CURZIO (eds.), *Menschenwürde/La dignité de l'être humain*, Basel, 2004, pp. 141 y ss.
- «Patientenrechte: überpositiv, übernational, überproportional?», en GEIGER (ed.), *Hauptsache gesund? Kranksein und ärztliches Handeln im Recht*, Bad Boll, 2004, pp. 28 y ss.

- «Schwierigkeiten der Alternativendebatte im Strafrecht», en Radtke *et al.* (eds.), *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, pp. 151 y ss.
- «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M., 2004, pp. 85 y ss.
- «Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen», en BRUDERMÜLLER *et al.* (ed.), *Forschung am Menschen - Ethische Grenzen medizinischer Machbarkeit*, Würzburg, 2005, pp. 107 y ss.
- «Juristische Fragen der Forschung am Menschen», en KIRCHSCHLÄGER *et al.* (ed.), *Forschung am Menschen*, Zürich, 2005, pp. 127 y ss.
- «Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands: Problemskizze und Synopsis», en MONA, MARTINO/SEELMANN, KURT (eds.), *Grenzen des rechtfertigenden Notstands*, Zürich, 2006, pp. 9 y ss.
- «Verantwortungsstreuung als Strafbegrenzung», en SEELMANN *et al.* (eds.), *Mediating Principles - Strafbegrenzungskriterien zur Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, pp. 138 y ss. [versión en castellano: «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en VON HIRSCH *et al.* (ed.)/Ricardo ROBLES PLANAS (ed. española), *Límites al Derecho penal - Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012, pp. 213 y ss.].
- «Selbstwiderspruch als Grund für Rechtszwang», en HILMER *et al.* (eds.), *Anfang und Grenzen des Sinns, für Emil Angehrn*, 2006, pp. 250 y ss.
- «Ethikkommissionen - Institutionalisierung des Paternalismus?», en *Bioethik im Spannungsfeld der Disziplinen, Festschrift für Alberto Bondolfi zu seinem 60. Geburtstag*, Bern *et al.*, 2006, pp. 405 y ss.
- «Bruta und homines - Die scholastischen Grundlagen einer Differenz», en SCHMID/SEILER (eds.), *Recht des ländlichen Raums - Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag*, Zürich *et al.*, 2006, pp. 393 y ss.
- «Sind die Grundannahmen einer Rechtsgesellschaft mit den Resultaten der modernen Hirnforschung vereinbar?», en SENN/PUSKÁS (eds.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, Beiheft 111 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Stuttgart, 2006, pp. 91 y ss.
- «Anerkennung, Person, Norm», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln *et al.*, 2007, pp. 635 y ss.
- «Selbstherrschaft, Herrschaft über die Dinge und individuelle Rechte in der Spanischen Spätscholastik», en KAUFMANN/SCHNEPF (eds.), *Politische Metaphysik - Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Spätscholastik*, Frankfurt a. M. *et al.*, 2007, pp. 43 y ss.
- «Rechtsstaat und Demokratie - Geschichte und systematische Probleme aus rechtsphilosophischer Sicht», en *Seoul Law Journal*, 49 (2008), pp. 76 y ss.
- «Täterschutz versus Opferschutz», en *Waseda Law Journal*, 11 (2008), pp. 197 y ss.
- «What are the Arguments Against the Majority's Desire for Punishment», en *Criminal Justice Ethics*, 2008, pp. 45 y ss.
- «Die Verlagerung des Tabus ins Subjekt», en HERZOG/NEUMANN (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, pp. 249 y ss.
- «Soft Law und Expertenverfahren als Methoden der Einbindung moralischer Kontroversen im Recht: das Beispiel Humanforschungsrecht», *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 129 (2010), pp. 413 y ss.

- «Personalität und Zurechnung von der Aufklärung bis zur Philosophie des Idealismus», en HEER/HEIMGARTNER/NIGGLI/THOMMEN (eds.), *«Toujours agité - jamais abattu» Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Basel, 2011, pp. 575 y ss.
- «Gibt es die angemessene Strafe?», en RIKLIN/MEZ (eds.), *Strafe muss sein... Wie viel Strafe braucht der Mensch?*, Bern, 2011, pp. 13 y ss.
- «Hegels Straftheorien», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, 2011, pp. 79 y ss.
- «Was schützt der liberale Rechtsstaat?», en SIEP/GUTMANN/JAKL/STÄDTLER (eds.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, Tübingen, 2012, pp. 171 y ss.

RELACIÓN DE TRADUCTORES

Gastón CHAVES HONTOU

Profesor Grado Tres

Universidad Católica del Uruguay

ALBERT ESTRADA I CUADRAS

Profesor Ayudante

Universitat Pompeu Fabra (España)

Percy GARCÍA CAVERO

Profesor Ordinario Principal de Derecho penal

Universidad de Piura (Perú)

Gabriela Noemí JUGO

Jefe de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho penal

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Juan Pablo MONTIEL

Profesor a tiempo completo

Universidad de San Andrés (Argentina)

Irene NAVARRO FRÍAS

Profesora de Derecho penal

Universidad de La Laguna (España)

Raúl NÚÑEZ OJEDA

Profesor de Derecho procesal

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Eugenio SARRABAYROUSE

Profesor Titular de Derecho penal I y Derecho procesal penal

Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales/Universidad Tecnológica Nacional, Río Grande (Argentina)

Vicente VALIENTE IVAÑEZ

Doctorando en Derecho penal y Ciencias penales

Universidad de Barcelona (España)

Thomas VOGT GEISSE

Profesor Ayudante de Derecho procesal

Universidad de Chile