

## Sobre un modelo comunicativo del hecho punible\*

Por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser

### **I. El punto de partida** [\[arriba\]](#)

La tesis que se intentará fundamentar en lo que sigue, reza: el hecho punible es la contradicción de una norma, esto es, un comportamiento por el cual el autor declara que en un determinado caso una determinada norma no vale para él. A través de la atribución de un hecho punible se reprocha al autor haber dado entender, mediante su comportamiento, que él no ha querido seguir una determinada norma. Este reproche, y con ello la construcción del hecho punible, es el resultado de una atribución escalonada de responsabilidad, que se corresponde con la lógica argumentativa de la inculpación. Así, el fin de la constitución del hecho punible se halla orientado al fin de la pena: se da un hecho punible si se cumplen las condiciones necesarias y suficientes para que una pueda ser legítimamente impuesta.

### **II. Normas de comportamiento y reglas de imputación** [\[arriba\]](#)

1. Una primera precisión formal del concepto de hecho punible podría rezar como sigue: por “hecho punible” ha de entenderse la responsabilidad jurídico-penal atribuida por un determinado comportamiento antijurídico. De ello se sigue que el hecho punible ha de construirse de la mano de dos sistemas de reglas diferenciados: de una parte, con reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales un comportamiento ha de ser visto como contrario a derecho; y de otra parte, con reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales cabe atribuir responsabilidad por este comportamiento contrario a derecho. Desde un punto de vista lógico-lingüístico, las reglas con arreglo a las cuales algo es juzgado como correcto o incorrecto, como bueno o malo, tienen carácter directivo (prescriptivo) o evaluativo (axiológico) y pueden ser designadas como normas [de comportamiento]. Ejemplo: debes abstenerte de matar a otro. En cambio, las reglas con arreglo a las cuales se atribuye responsabilidad tienen un carácter adscriptivo y pueden ser designadas como reglas de imputación. Ejemplo: has matado a un ser humano, y esto significa: tú eres responsable de la muerte de otro ser humano.[1]

En lo concerniente a las normas jurídico-penales de comportamiento, su contenido es fácil de identificar: se trata de los tipos delictivos de la parte especial bajo la correspondiente formulación contradictoria. Es decir, aquello que no ha de ser el caso es un comportamiento a través del cual se realiza un determinado tipo delictivo, esto es, por ejemplo, un homicidio, un robo o una violación.

2. Más difícil resulta ser la determinación del contenido de las reglas de imputación. Piénsese en el caso de alguien que súbitamente se desmaya en una tienda de porcelanas y al caer pasa a llevar una vasija, que se rompe. Ciertamente, este comportamiento no se encuentra permitido; las vasijas ajenas no han de ser dañadas, y un desmayo súbito tampoco confiere un derecho a ello. Aquí lo dudoso, en cambio, es si al “autor” puede reprocharse su comportamiento objetivamente incorrecto. Y lo complicado aquí es que en la ley no cabe hallar una respuesta (explícita) a esta pregunta. Si uno se encuentra inclinado, ad hoc, a no atribuir responsabilidad jurídico-penal en tal caso, entonces resulta reconocible la relatividad social de la imputación. Pues en todo caso se esperaría aquí, de

conformidad con las reglas informales de la vida cotidiana, una disculpa, la cual debería eximir de la pura responsabilidad por resultado, o aún más por el solo hallarse en el lugar equivocado en el tiempo equivocado. En las tragedias de la antigüedad, en Edipo por ejemplo, la pena se encontraba asociada a la sola causación exterior de un daño. Una culpabilidad en el sentido de una capacidad subjetiva - más allá de cómo se la determine en detalle - no era un presupuesto de la sujeción a la sanción. Y también el moderno derecho civil tiende - por ejemplo en la responsabilidad ambiental o en la responsabilidad por el producto - a desacoplar el deber de indemnización de una exigencia de culpabilidad.[2]

Sin embargo, en el ejemplo de la destrucción de la vasija es para nada obvio invocar sin más una exención de responsabilidad jurídico-penal. Pues uno podría pensar que, al ingresar, el autor contara con la posibilidad de un desmayo en la tienda de porcelanas. De ser éste el caso, el autor parece ser responsable por la situación en que se encontró, a pesar de que él no pudiera evitar intencionalmente el desmayo en cuestión. Algo similar ocurre en el caso típico de un chofer extenuado involucrado en un accidente de tránsito: si bien él no ha causado a modo de agente responsable el accidente, él podría ser hecho responsable por las circunstancias bajo las cuales se mostró incapaz de evitar el accidente.

De este modo, el aspecto más difícil y problemático de la construcción del hecho punible no está referido a los criterios de conformidad con los cuales se determina si un comportamiento es correcto o incorrecto, sino los criterios de conformidad con los cuales se determina si alguien ha de responder por el comportamiento jurídicamente defectuoso, en el preciso sentido de si él puede o no ser penado por ello. Antes de entrar en esto, sin embargo, quisiera formular algunas puntualizaciones acerca del aspecto menos problemático, esto es, el que concierne las normas de comportamiento.

3. Los tipos delictivos del código penal, por la vía de la correspondiente formulación contradictoria, se dejan conceptualizar como normas, que se encuentran dirigidas o bien a cualquiera - como por ejemplo la prohibición del homicidio - o bien a determinados sujetos especialmente obligados - como por ejemplo la prohibición de la prevaricación judicial. Junto a estas normas, que consisten en prohibiciones o mandatos, también existen normas que consisten en permisiones o exenciones. Aquí figura, por ejemplo, la permisión de defenderse frente a una agresión antijurídica, y ya incluso al costo de una lesión corporal severa o aun la muerte del agresor. En derecho penal, tales normas tienen la función de justificar un comportamiento que aisladamente considerado es contrario a una prohibición o un mandato, y por ello reciben la denominación de causas de justificación.

Cuando estas causas de justificación se hallan objetivamente satisfechas, su realización también ha de ser subjetivamente imputable. Pues del solo hecho de que, por ejemplo, se encuentren satisfechos los presupuestos objetivos de una legítima defensa, no se deja extraer la consecuencia de que el comportamiento objetivamente permisible también ha de ser subjetivamente atribuido al autor como ejercicio de un derecho. Uno puede pensar aquí en la constelación del autor que ha provocado la agresión en su contra, por la vía de haber incitado acaloradamente a otro - aunque sin incurrir por su parte en un actuar formalmente antijurídico - para así después poder invocar la situación de legítima defensa para justificar una lesión corporal o incluso un homicidio. Así, la cuestión no se reduce a que a alguien sólo pueda imputarse desfavorablemente un comportamiento (objetivamente) contrario a derecho si determinados presupuestos de responsabilidad subjetiva se hallan satisfechos, sino que también ha de

preguntarse, al revés, si eventualmente hay razones para que a alguien no pueda imputarse favorablemente un comportamiento que objetivamente es conforme a derecho.

Dicho brevemente: en tanto criterios de comportamiento jurídicamente correcto e incorrecto, las normas han de ser puestas en relación con aquella persona para la cual pueden seguirse consecuencias jurídicas favorables o desfavorables en virtud de este comportamiento. Como ya se ha mostrado, esta relación presupone un complejo artefacto de reglas. La elaboración sistemática de este artefacto de reglas es una de las tareas centrales de la ciencia del derecho penal.

### III. Fines de la norma de comportamiento y de la norma de sanción [\[arriba\]](#)

1. Quien pretende generar un orden debe preguntarse por la finalidad de este orden, y con ello uno ya se encuentra en un punto donde el derecho penal no puede construirse sobre un fundamento legal ni sobre un consenso suficientemente amplio de la ciencia jurídica. Pues el fin de la sistematización es la clarificación de la pregunta por la responsabilidad, y la consecuencia de una respuesta afirmativa a la pregunta por la responsabilidad es la imposición de una pena. Las reglas de imputación, en tanto sean racionalmente organizadas, se hallan orientadas al fin de la pena.

Este fin no es idéntico a la finalidad de las normas de comportamiento. Respecto del fin de las normas de comportamiento existe actualmente una amplia concordancia de opinión: las normas de comportamiento deben proteger bienes jurídicos. A pesar de que en detalles es controversial qué ha de entenderse como bienes jurídicos, la siguiente propuesta de definición no encontrará demasiada resistencia sustancial: bienes jurídicos son aquellas propiedades de personas, cosas e instituciones que son de elemental significación para el libre desenvolvimiento del individuo en la sociedad. Con otras palabras, los bienes jurídicos son condiciones del libre desenvolvimiento personal a través de la participación en la vida social y estatal. En este sentido, son bienes jurídicos, por ejemplo: la vida, la integridad corporal, la libertad ambulatoria y de disposición general, la propiedad y la capacidad funcional de la judicatura. Estos bienes jurídicos son protegidos a través de normas jurídico-penales de comportamiento, que prescriben la evitación de su lesión o puesta en peligro.

2. Que la finalidad de las reglas de imputación también ha de tener que ver con la protección de bienes jurídicos, es algo que parece evidente. La pregunta es, sin embargo, cómo ha de articularse esta conexión, y esto puede ser ilustrado, a su vez, con un ejemplo literario del siglo diecisiete. El escritor John Aubrey afirma en la descripción de un viaje: “una mujer (me parece que en Italia) intentó envenenar a su marido (que sufría de hiperhidrosis) cocinando un sapo dentro de una sopa, lo cual, sin embargo, lo curó”. Aubrey agregaba entonces: “y así fue descubierta la medicina correspondiente”.<sup>[3]</sup>

Objetivamente, aquí la mujer - llamémosla M - hizo exactamente aquello que ella tenía que hacer para proteger los bienes jurídicos aquí relevantes, la vida y la salud corporal del marido. En tal medida, objetivamente no se da comportamiento antijurídico alguno. Al mismo tiempo, sin embargo, M ha satisfecho todos los presupuestos de la responsabilidad de conformidad con el derecho vigente. Pues en

caso de que su plan hubiese sido exitoso, su comportamiento habría resultado punible a título de homicidio. Esta constelación la llamamos “tentativa”.

Puesto que la tentativa es punible de conformidad con el derecho vigente, la finalidad por la cual se impone una pena aquí no puede ser idéntica a la finalidad de la protección de bienes jurídicos. Pues de lo contrario, en el caso del ejemplo M no sólo debería quedar exenta de pena, sino que ella incluso habría actuado de modo jurídico-penalmente encomiable.

3. Tradicionalmente, como fines de la pena se ofrecen: la retribución, la prevención especial y la intimidación. Ninguno de éstos alcanza a fundamentar plausiblemente, sin embargo, el enunciado de que, con arreglo al derecho penal vigente, M ha de ser sancionada penalmente. Una retribución en sentido estricto, orientada a la compensación del daño producido -¡al menos si se la pone en relación con el menoscabo de un bien jurídico! -, no viene en consideración aquí. Que la pena resulte indicada por razones de prevención especial, esto es, a modo de intervención sobre M para que ésta se abstenga de cometer hechos punibles de igual naturaleza en el futuro, parece cuestionable. Quizá ella haya perdido definitivamente el gusto por matar a raíz del caso anterior. En todo caso, la prevención especial presupone una comprobación individual que no se deja compatibilizar con el categórico mandato de sancionar penalmente propio del derecho vigente. Que una punición de M pudiera tener un efecto intimidatorio para otros homicidas potenciales, no se puede descartar sin más. Pero la intimidación de terceros presupone en todo caso que ha de intervenir en la motivación de terceros. Y en nuestro caso, esto tendría la consecuencia - prima facie injusta - de que la específica situación de M no vendría en consideración. Además de esto, el comportamiento de M ya muestra que ella, por su parte, no se dejó intimidar por la previa punición de otros homicidas.

Pero tampoco una aproximación más profunda a la relación entre la psicología social e individual, de un lado, y los mecanismos de sanción jurídico-penal, de otro, podrá producir una legitimación más precisa y libre de carga ideológica de los fines de la pena ya enunciados. Uno se mueve aquí en un ámbito muy poco seguro científicamente. Los problemas de fundamentación desaparecen considerablemente, no obstante, si uno no sitúa la pena en relación con el respectivo bien jurídico afectado, sino con la norma que protege ese bien jurídico. En el caso del ejemplo, M no ha lesionado el bien jurídico “vida”, pero sí la vigencia de la prohibición del homicidio. A pesar de que M no ha menoscabo el bien jurídico “vida” a través de su comportamiento, ella ha expresado a través de su comportamiento que la prohibición de matar a otros no vale para ella. Ella se ha posicionado en contra de la norma en virtud de la cual el homicidio no ha de tener lugar.

Si la problemática es situada, así, en un nivel normativo-comunicativo, entonces resulta manifiesto que también en el caso del ejemplo se ha producido un menoscabo específico. La autora del hecho puso en cuestión la vigencia de la norma. Y una norma que no vale de modo libre de quebrantamientos pierde su función social. Pues uno ya no puede confiar más en esta norma como un estándar cierto para la orientación de la acción. Esto presupone, desde luego, que la validez de una sea entendida como un hecho social. Las normas valen en la medida en que son seguidas, y eso significa, si son reconocidas de modo eficaz para la acción. Bajo esta comprensión, las normas son razones vinculantes o fundamentos obligantes para determinadas acciones. Y correspondientemente, el hecho punible

cuenta como contradicción de una norma. A través de su comportamiento, el autor declara no reconocer la norma como razón vinculante para su actuar.

4. Ciertamente, puede haber razones para no reprochar al autor la desautorización de una norma, por ejemplo, si él se hallaba en una situación de grave coerción. Es decir, puede haber razones para disculpar o exculpar al autor. En tal caso, el hecho no resulta justificado, de modo tal que sigue representando el quebrantamiento de una norma, pero el quebrantamiento de la norma no llega a ser objeto de un reproche dirigido a este autor bajo estas condiciones específicas. Aquí de nuevo resulta manifiesto el elemento comunicativo, el reproche, en la constitución del hecho punible.

El sentido de la irrogación del mal que representa la pena bajo un tal modelo normativo-comunicativo del hecho punible se hace evidente: en tanto respuesta al quebrantamiento de la norma, la pena ha de declarar - nuevamente de modo comunicativo - que la norma vale sin reservas. De esta manera, la interpretación de la pena ofrecida por Hegel, como negación de la negación del derecho,[4] recibe un giro comunicativo: la pena es la contradicción de la contradicción de la norma por parte del autor, y con ello un acto simbólico de restitución de la vigencia de la norma desautorizada.

Con ella también la idea de retribución recibe una adecuada reinterpretación: la punición demuestra el valor de la norma quebrantada, y la magnitud de la pena corresponde a la medida de pérdida de vigencia de la norma. El mal que representa la pena ha de ser soportado por el autor, en cierta medida, como costo asociado a su hecho. Dado que esta restitución de la vigencia de la norma a través de la pena se halla simbólicamente dirigida a todos los destinatarios de la norma, conteniendo así el mensaje de que la norma vale y que es correcto seguirla, cabe designar la finalidad de una pena así entendida como prevención general positiva. No se trata, como en la prevención general negativa, de intimidar, sino de reforzar la confianza en la vigencia de la norma.

5. Puesto que la pretensión de vigencia de la norma no puede ir más allá de lo que es individualmente exigible en la interacción social, es necesario formular excepciones (estandarizadas) bajo las cuales, y de modo situacionalmente condicionado, de ningún ciudadano fiel a derecho cabe seguir esperando un seguimiento de la norma; por ejemplo, en caso de peligro de muerte. Tales excepciones - que se denominan "causas de exculpación" - son relativas al fin de la pena. Infortunios o destinos colectivos no llevan a una exculpación individual. El solo hecho, por ejemplo, de haber experimentado los bombardeos de la segunda guerra mundial o los mecanismos de una dictadura no llevan - dejando de lado peculiaridades - a una exculpación individual, por más terribles que hayan podido ser las circunstancias. Por el contrario, infortunios colectivos pueden fundamentar exculpaciones colectivas; pero hacer efectivas éstas no es objeto de una decisión jurídica, sino política - por ejemplo mediante una amnistía.

#### **IV. Un modelo de intenciones escalonadas [\[arriba\]](#)**

1. Con ello se encuentran sentadas las premisas para un modelo normativo-comunicativo del hecho punible. En un paso ulterior ha de desarrollarse el aparato lógico en el cual cada uno de los elementos del hecho punible pueda encontrar su posición sistemática. Puesto que el hecho punible ha de ser entendido como un comportamiento simbólico, es decir, como una declaración portadora de significado, puede recurrirse, en lo que atañe al fin que aquí interesa, a los

lineamientos fundamentales del análisis filosófico-lingüístico de los actos de habla.[5] Y aquí vienen en consideración aquellos actos de habla en los cuales el actor se remite a determinadas normas. Como ejemplo usaremos el ejemplo de una promesa.

Asumamos que A promete a B visitarlo a las cuatro de la tarde. Una tal promesa significa, por de pronto, que A anuncia una determinada acción, la visita. Aquí definiremos “acción” como la realización de una intención. La acción de la visita es, de este modo, la realización de la intención de ir a ver a alguien y quedarse junto a él. Pero la promesa tiene todavía una dimensión adicional. Pues A no sólo enuncia una acción, sino que respecto de ella dice, además, querer efectuarla. O sea, a través de su promesa él expresa tener la intención de realizar la intención de efectuar la visita. Ello significa, específicamente, que él quiere anteponer la intención de efectuar la visita a otras posibles intenciones, por ejemplo, la de leer un libro o ir al cine al mediodía. Cabe designar una tal intención de anteponer una intención, de modo eficaz para la acción, frente a otras intenciones eventualmente concurrentes, como intención de orden superior - aquí: de segundo orden.[6] En el caso del ejemplo, esta intención de orden superior contribuye al objetivo de atenerse a la promesa otorgada. La promesa, esto es, una norma auto-establecida, es la razón por la cual A tiene que anteponer la intención de efectuar la visita frente a otras posibles intenciones, queriendo atenerse a ella.

2. Esta diferenciación entre la intención de primer orden de ejecutar una determinada acción y la intención de segundo de anteponer tal intención de primer orden frente a otras posibles intenciones conflictivas, se corresponde exactamente con los niveles de imputación que han de diferenciarse en la constitución del hecho punible. También aquí viene en consideración, por de pronto, una acción; se trata de la evitación de la realización del tipo. Pero, además, resulta necesaria una intención de orden superior para evitar así la realización del tipo en pos del seguimiento de la norma. A partir de este modelo de una imputación en dos niveles resulta relativamente fácil determinar qué elementos son necesarios en la construcción del hecho punible y cómo han de ser lógicamente organizados.

En el primer nivel de imputación se trata del reproche de que el autor no ha realizado la intención de evitar la realización del tipo. Este nivel de la imputación lo llamaremos “imputación a título de infracción de deber”. Una infracción de deber se da allí donde el autor del hecho no se comporta como él tendría que comportarse de haber tenido la intención de evitar la realización del tipo. Cabe preguntar, ahora bien, cuáles son los presupuestos de este reproche.

Asúmase que A dispara contra B con un arma. ¿Qué condiciones tendrían que cumplirse para que pueda reprocharse a A no haber tenido la intención de evitar dar muerte a B? Desde ya, A tiene que haber tenido una cierta representación de la situación, para haber podido así siquiera formarse la intención correspondiente; A tiene que haber advertido que B era un ser humano - y no por ejemplo un espantapájaros - , que él mismo (A) tenía un arma en la mano y que B podía resultar muerto a consecuencia de una cierta manipulación del arma. Si A asumió, por ejemplo, que el arma no se encontraba cargada, entonces falla en él la representación de la conexión causal que es necesaria para formarse la intención de evitar el suceso. Dicho brevemente: la imputación de un comportamiento como infracción de deber presupone que el destinatario de la norma sea cognitiva y físicamente capaz de evitar la realización del tipo. Este presupuesto puede denominarse “capacidad de acción”.

3. Afirmandose la capacidad de acción del autor e interpretándose su comportamiento, en consecuencia, como infracción de deber, entonces cabe preguntar ahora, en el segundo nivel de imputación, por qué el autor de hecho no se formó, de modo eficaz para la acción, la intención de evitar la realización del tipo, a pesar de que él pudo formarse y realizar tal intención. Una primera posibilidad sería que el autor ni siquiera haya sabido que debía formarse y realizar esta intención. Éste es el caso, por ejemplo, si el autor ni siquiera conocía la norma en cuestión, así como también si, a pesar de haberla conocido, asumió erróneamente que su comportamiento se encontraba justificado. Estas constelaciones, en que se excluye la posible formación de una determinada intención de actuar, se conocen como errores de prohibición. Pero también puede ser el caso que el autor haya padecido de defectos enfermizos en su capacidad de motivación. Estas circunstancias, en que el autor no se halla psíquicamente en posición de formarse la intención adecuada a la norma, se conocen como causas de exclusión de la culpabilidad. Y finalmente también viene en consideración un tercer grupo de constelaciones, las así llamadas causas de exculpación. Éstas se hallan referidas a situaciones en que incluso de un ciudadano fiel a derecho deja de poder esperarse que se forme, con eficacia para la acción, la intención de realizar el tipo. Un ejemplo de ello lo ofrece el estado de necesidad exculpante (parágrafo 34 del Código Penal alemán), en el cual el autor se ve amenazado por peligros para sus propios bienes jurídicos elementales en caso de actuar de modo normativamente adecuado.

4. En pocas líneas cabe bosquejar, ahora, cuáles son los pasos didácticos en que, con arreglo al modelo del hecho punible aquí defendido, ha de probarse la constitución de un delito en el marco de la solución práctica de un caso. Primero ha de establecerse el objeto de la imputación, esto es, la situación objetiva jurídicamente relevante. Esto significa - al igual que en la construcción tradicional del delito - que ha de preguntarse si se ha realizado un determinado tipo delictivo. Siendo la respuesta afirmativa, y no interviniendo causa de justificación alguna, entonces el autor ha realizado un injusto objetivo de resultado. Y ahora se produce un giro lógico en la comprobación, desde el objeto hacia los criterios de la imputación. Esto quiere decir que ahora se pregunta si se cumplen las condiciones bajo las cuales puede reprocharse al autor la realización del injusto de resultado como una infracción deber culpable y punible.

Esta imputación tiene lugar en dos niveles. En el primer nivel de imputación se trata de la pregunta de si se satisfacían los presupuestos cognitivos y físicos (= la capacidad de acción) bajo los cuales el autor tendría que haberse formado la intención, con eficacia para la acción, de evitar la realización del tipo. La capacidad cognitiva de acción, así entendida, se denomina "dolo". Si se afirma el dolo, entonces se da una infracción de deber.

En el segundo nivel de imputación, en cambio, se trata de la pregunta de si hubo razones normativas o psíquicas por las cuales el autor no pudiera[7] o tuviera[8] que formarse, con eficacia para la acción, la intención de evitar la realización del tipo. Determinantes aquí son las causas de inculpabilidad y exculpación, legalmente reguladas. De no presentarse razones de este tipo, la conclusión de la comprobación consiste, entonces, en que el autor también ha actuado culpablemente.

**V. Reglas de excepción (imprudencia, errores, actio libera in causa, omisión) [\[arriba\]](#)**

1. El modelo del hecho punible aquí desarrollado está estructurado de modo abiertamente simple en sus lineamientos básicos: el hecho punible es entendido como un comportamiento portador de significado, a través del cual el autor declara no querer seguir una determinada norma. Un comportamiento tiene este significado en tanto el autor, en primer lugar, hubiese tenido que comportarse de otra manera en caso de haber tenido la intención de evitar la realización de un tipo delictivo; y en segundo lugar, en tanto haya podido y debido esperarse que el autor se formase, con eficacia para la acción, esa intención de evitación.

Los dos presupuestos fundamentales de la imputación son la capacidad de acción, en el primer nivel de imputación, y la capacidad de motivación, en el segundo nivel de imputación. El reproche resultante de la imputación tiene como objeto que el autor no ha activado estas dos capacidades en pos del seguimiento de la norma. Dado que lo que se pena son hechos y no pensamientos, para que quepa siquiera plantear la pregunta de por qué el autor no ha activado sus capacidades en pos del seguimiento de la norma, es necesario que ya objetivamente su comportamiento se ubique fuera del marco de lo socialmente adecuado. Es decir: el autor tiene que haberse comportado de un modo que muestre una proximidad al correspondiente injusto objetivo (injusto de resultado), tal que ya no sea posible un pleno distanciamiento del mismo, independientemente de que pueda haber razones para que en definitiva el hecho resulte justificado, o su autor exculpado.

2. La conexión necesaria con el injusto de resultado se da, en todo caso, si el autor ha realizado objetivamente el tipo delictivo - como en el ejemplo del desmayo en la tienda de porcelanas. No interviniendo una causa de justificación, aquí se da el injusto objetivo, y lo único que resta es la pregunta por la responsabilidad subjetiva. Más problemáticas son las constelaciones en que objetivamente el autor no realiza un injusto, a pesar de que subjetivamente sí lo acomete. Ésta es la constelación de la tentativa, que aparecía en el ejemplo del sapo en la sopa. Aquí ha de atenderse a dos dificultades. En primer término, es necesario trazar un límite entre la preparación delictiva no punible y la tentativa punible; en segundo lugar, hay que excluir determinados casos del ámbito de lo punible, en los cuales el autor se vale de medios totalmente inidóneos.

Tratándose de estos últimos casos, existe una sencilla regla práctica: si el autor actúa con tal grado de falta de entendimiento que, aun cuando subjetivamente quepa considerar su comportamiento como un disponerse inmediatamente a la comisión del delito, su selección de los medios comisivos hace posible concluir que este autor no puede ser tomado en serio como quebrantador de una norma, entonces puede prescindirse de una imposición de pena. Quien intelectualmente no está en posición de realizar objetivamente el quebrantamiento de una norma, tampoco puede ser visto como alguien que esté en posición de poner en cuestión la vigencia de esa norma.[9]

Más difícil es la demarcación entre preparación y tentativa. Aquí no es posible entrar en detalle en esto, razón por la cual me limitaré a efectuar algunas consideraciones preliminares. Es sensato identificar el límite entre preparación y tentativa de la mano de criterios procesales. Así, una tentativa se da si el autor ha dado el paso desde lo socialmente adecuado hacia el quebrantamiento de la norma de un modo en que ello pueda ser considerado como evidencia de un disponerse inmediatamente a la realización del tipo. Por ejemplo, quien entra enmascarado y armado a un banco no podrá distanciarse del robo planeado, aun cuando él todavía no haya ejercitado alguno de los medios coercitivos que exige el tipo del robo.



3. Un amplio campo de la imputación, que aún no se encuentra suficientemente asegurado por la dogmática, concierne el tratamiento de los defectos de responsabilidad del autor. Como principio vale que un comportamiento sólo puede ser entendido como contradicción de una norma si el autor es actualmente - esto es, en el momento en que tiene que decidirse a evitar la realización del tipo - capaz de acción y motivación. De conformidad con el conocido principio ultra posse nemo obligatur nadie se encuentra obligado más allá de su propia capacidad. Pero este principio no rige de modo irrestricto en el derecho penal, pues también la incapacidad actual de evitar la realización del tipo puede ser vista como expresión de una falta de reconocimiento de la norma, a saber, precisamente si el autor pudo prever la situación de la realización del tipo a ser evitada, sin que él se haya preocupado, sin embargo, de asegurar su propia capacidad de evitación. El autor no puede invocar aquellos defectos que él mismo ha provocado de un modo tal que él deba responder de ellos.

En el nivel de la capacidad de acción, el paradigma de una tal situación es la imprudencia.[10] Ulteriores constelaciones en casos de error de prohibición o de causas de exculpación están expresamente reguladas en el Código Penal alemán. Y aquí resulta relevante, adicionalmente, la constelación en que el autor suprime su capacidad de motivación mediante un consumo excesivo de alcohol y comete un hecho punible en ese estado, la así llamada actio libera in causa.[11]

4. De considerable importancia resulta otro problema de imputación: respecto de la realización de un tipo delictivo, no sólo puede ser hecho responsable aquel que interviene activamente, sino también aquel que no impide la realización del tipo.[12] El derecho penal diferencia dos clases de sujetos obligados entre los destinatarios de sus normas. Por principio todo ciudadano es titular de un propio ámbito de libertad, es decir, un espacio de juego para la acción que él mismo puede configurar. El contrapunto de esta libertad es que nadie puede legítimamente intervenir en las libertades de otro a través de lesiones o puestas en peligro de sus bienes jurídicos. Es claro así que todo menoscabo activo de un bien jurídico se encuentra prohibido. Pero de ello también resulta que todos aquellos peligros originados en el propio ámbito de libertad han de ser controlados para que así no se vean afectados, de modo socialmente inadecuado, los ámbitos de libertad de otros. En consecuencia, sobre cada cual recae el deber de reducir los peligros para otros originados en el propio ámbito de competencia, para que así no sobrepasen el nivel de aquellos riesgos mínimos que son tolerados socialmente; quien no hace esto responde por los menoscabos que él podría haber impedido a través de la correspondiente reducción del peligro.

Pero junto a esto, el derecho penal también conoce destinatarios de normas a quienes, en virtud de deberes de solidaridad específicos, compete que determinados ámbitos de libertad ajenos no se vean expuestos a amenazas, ya sea amplia o circunscritamente. Tales deberes son, ante todo, fundamentados institucionalmente, por ejemplo, mediante contratos o competencias legales especiales. Ejemplos de tales sujetos portadores de deberes especiales de solidaridad son los padres respecto de sus hijos y los cónyuges entre sí. Y ellos responden jurídico-penalmente, tal como los autores de hechos de comisión activa, en la medida en que no estén a la altura de sus deberes de protección.

## VI. Observación final [\[arriba\]](#)

El modelo del hecho punible así esbozado se diferencia de un modo nada despreciable de los postulados tradicionales, fundados en premisas ontológicas,

psicológicas o antropológicas, por la vía de su orientación a las estructuras normativo-comunicativos del actuar social.

Con arreglo al modelo aquí bosquejado, al autor se reprocha no haber actuado de modo normativamente adecuado, a pesar de haber sido capaz de ello. El actuar aquí relevante es, exclusivamente, un actuar intencional: la evitación, intencionalmente dirigida, de la realización del tipo, y justamente en pos del seguimiento de la norma. Así, al autor no se reprocha haber actuado [intencionalmente] de modo contrario a la norma, sino más bien no haber actuado [intencionalmente] de conformidad con la norma.

Con ello queda zanjada la cuestión, discutida por siglos, de si un comportamiento que conduce o podría haber conducido a la realización de un tipo delictivo ha de ser siempre calificado como acción. Si este comportamiento ha sido inconsciente, automatizado, reflejo o bien intencional, carece de relevancia. Lo fundamental, antes bien, es si al autor puede reprocharse haber dispuesto de la necesaria capacidad de acción y motivación para evitar intencionalmente su comportamiento realizador del tipo.

#### Notas [\[arriba\]](#)

\* Traducción de Javier Contesse Singh

[1] Un análisis fundamental de las reglas de imputación se encuentra en Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948/49), pp. 171 ss.; véase también Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, 1976.

[2] Acerca de la responsabilidad por resultados véase Jakobs, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 10 ss.

[3] Véase Oliver Lawson Dick, *Das Leben: Ein Versuch. John Aubrey und sein Jahrhundert*, 1988, p. 22.

[4] Acerca de la teoría de la pena véase Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. por Moldenhauer y Michel, 1986, §§ 97 ss., 218; acerca de la teoría de la pena de Hegel véase también Seelmann, *JuS* 1979, pp. 687 ss.

[5] Véase aquí especialmente Searle, *Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay*, 1982.

[6] Fundamental para el análisis de intenciones de orden superior, Frankfurt, *Willensfreiheit und der Begriff der Person*, en Bieri (coord.), *Analytische Philosophie des Geistes*, 1981, pp. 287 ss.

[7] Por ej. en caso de causas de exclusión de la culpabilidad.

[8] Por ej. en caso de causas de exculpación.

[9] Véase el § 23 párr. 3 del Código Penal alemán.

[10] Véase también Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 23 ss. y *passim*, con amplias referencias.

[11] Más de cerca al respecto Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 120 ss, con amplias indicaciones ulteriores.

[12] En deallte al respecto Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 93 ss. y *passim*.