

# I. ARTÍCULOS

## UNA TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA\*

GÜNTHER JAKOBS

Universidad de Bonn

Crónica Jurídica Hispalense 13 • Págs. 157 a 170

### SUMARIO

1. PRIMERA PARTE. 2. SEGUNDA PARTE. 3. CONCLUSIONES. 3.1. *Deberes especiales negativos*. 3.2. *Deberes positivos especiales*. 4. INDICACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA.

**Resumen:** En el presente estudio se desarrolla una particular teoría de la intervención delictiva, que se fundamenta en la distinción entre deberes negativos (que obligan a los sujetos a organizar su ámbito de organización de manera que no se produzcan riesgos para los derechos de los demás) y deberes positivos (que obligan al sujeto de manera activa y especial a una específica obligación de hacer). En ambos casos, se presentan problemas de intervención delictiva que son de extraordinaria relevancia para la Dogmática penal y que son desarrollados en profundidad en este trabajo.

**Abstract:** In the present study a particular theory of criminal procedure is developed, which is based on the distinction between negative duties (requiring individuals to organise their field of organisation so that no risks are caused to third parties) and positive duties (which oblige individuals in an active and special way to specific obligations of duty). In both cases problems of criminal intervention of extraordinary relevance for criminal dogmatic are presented and developed in this paper.

\* Texto de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el lunes 27 de octubre de 2014. Título del manuscrito original: «Eine Theorie der Beteiligung». Traducción al español de Miguel Polaino-Orts.

**Palabras clave:** Intervención delictiva, autoría y participación, imputación objetiva, deber negativo, deber positivo, ejecución, injusto, sentido delictivo.

**Keywords:** criminal involvement, responsibility and participation, causation, negative duty, positive duty, execution, unjust, criminal sense.

## 1. PRIMERA PARTE

En esta conferencia me ocuparé en primer lugar de la intervención delictiva en la lesión de deberes negativos; en ellos, se trata de deberes que tienen como contenido que la propia organización no se extienda de manera dañosa para los demás, por ejemplo: *no matar*, *no lesionar* o «hacer regresar» la organización propia a una situación de ausencia de peligro cuando esa organización, sin un comportamiento actual, amenaza con dañar a otras personas (piénsese, por ejemplo, en el deber de aseguramiento en el tráfico vinculado con la posesión de objetos).

Antes de que desarrolle mi tesis quiero ante exponer cuatro casos, de los cuales el primero no tiene nada que ver con la intervención delictiva y el segundo únicamente forzando mucho el concepto, mientras que el tercero puede regir como supuesto fundamental de intervención delictiva y el cuarto es valorado en todo caso asimismo como supuesto de intervención. Primer caso: alguien quiere dar una paliza a su enemigo pero no encuentra, desde hace un largo tiempo, ocasión para ello; entonces, se encuentra de manera casual con él en un lugar solitario y le golpea. Segundo caso: el tiempo de espera de una ocasión propicia en nuestra pelea se hace excesivamente largo; por ello, atrae a la futura víctima hacia una presunta cita etc. ¿Decaería en este segundo supuesto también la pena como en el primero? El tribunal argumentará que el autor ha atraído a la víctima a una trampa, esto es: ha preparado el hecho de manera intensiva, por lo que merecería por ello una pena superior. Un defensor perspicaz objetará que la preparación no ha configurado, no obstante su intensidad, injusto alguno, y —en todo caso— no el injusto de un delito de lesiones y —por ello— no procedería un incremento de la pena por lesiones corporales. El tribunal no compartirá esta argumentación; la trampa, expondrá el tribunal, ha posibilitado la lesión corporal, ha fijado a través de ella el lugar y el tiempo, y eso debe ser imputable a quien ha realizado la cita trampa.

Ustedes sospecharán qué sigue en un tercer caso: sin ser requerido para ello un amigo del autor, sin disposición de éste, ha organizado el presente encuentro, informando posteriormente al autor de ello, etc. No entraremos aquí en la cuestión de si le afectará *al autor* de la trampa la medición de la pena; en todo caso, resulta seguro que el amigo ha participado en el delito de lesiones. Si el defensor perspicaz objeta que en el propio acto de lesiones el amigo no ha movido un dedo el tribunal replicará que esa conducta de lesiones ha impreso —hablando de manera figurativa— su propio sello en la determinación del lugar y del momento en que se produjo. Antes de asegurar esto de manera teórica, expondremos aquí el cuarto supuesto: el amigo cita a la posterior víctima en un lugar en el que, como él sabe, se encontrará de todos modos el autor; como era esperado, éste le golpea, sin sospechar nada de la trampa. Que el amigo ha participado en este caso debería estar fuera de toda duda.

¿Qué nos enseñan sobre la intervención delictiva estos cuatro casos? El primero, nada, pero, en cambio, el segundo (en el que el autor hace la propia trampa) nos enseña algo sorprendente, a saber: que también se puede intervenir en hechos propios y que, en consecuencia, se puede responder por ellos. El tercer caso (en el que es el amigo el que realiza la trampa) enseña que existe evidentemente intervención delictiva (una constatación ésta que no sorprende especialmente) y el cuarto que la intervención delictiva no puede ser un asunto recíproco. El interviniente —en los delitos dolosos— debe saber que él participa y en qué participa, pero el receptor de su prestación, especialmente el ejecutor, no tiene por qué saber que su situación será configurada por un interviniente de manera contraria a como es, y no de manera casual, sino incluso especialmente de una manera natural.

Una enseñanza adicional se puede extraer cuando los casos se reformulan por la circunstancia de que el hecho se desarrolla hasta muy poco antes del comienzo de la tentativa y posteriormente se interrumpe: entonces en todos los cuatro casos todas las personas estarían exentos de pena, porque faltaría un injusto de lesiones, incluido el injusto de la tentativa. Si se evalúa este resultado, en buena parte incuestionable, solo queda una explicación: la conducta previa, esto es: la conducta anterior al comienzo de la tentativa, no configura injusto alguno. El injusto es, antes bien, únicamente la realización del tipo. Pero ¿por qué razón responde también el interviniente en el estadio previo, cuando no realiza injusto alguno, pero la ejecución alcanza al menos el estadio de la tentativa? Ésta es una pregunta precipitada, porque ¿quién afirma entonces que el interviniente en el estadio previo no realiza a través de la ejecución *por su parte* un injusto propio, aunque sea a través de mano *ajena*?

Para aproximarnos con más precisión a la idea de la realización de un injusto propio a través de mano ajena será de ayuda echar una mirada a la imputación de prestaciones neutrales o —en general— supererogatorias. Ciertamente nadie se negará a imputar de manera elogiosa los efectos benéficos a quien dona el capital suficiente para erigir y poner en funcionamiento, en una zona de necesidad, un hospital con independencia de que el donante ni haya construido con sus propias manos el hospital ni haya curado a los pacientes de manera personal. Además, el Derecho civil está lleno de reglas para los casos en los cuales las consecuencias de una actuación de otra persona o, al menos, *también* de otra persona debe ser tenido en cuenta: desde la mera representación hasta las empresas mercantiles y su entrelazamiento. Sin embargo, sólo *cum grano salis* pueden establecerse comparaciones con el Derecho penal. Especialmente la conclusión de actividades entrelazadas en Derecho penal constituye la realización de un injusto y, con ello, un suceso siempre de peso, mientras que, por ejemplo, en una empresa de producción la conclusión, esto es: la entrega de los objetos producidos puede ser transferida a cualquier persona. Pero a pesar de estas diferencias puede suponerse que en Derecho penal también habrá una competencia por ejecuciones de hechos mediante mano ajena.

A este respecto, formularé tres tesis: primera, el injusto jurídico-penal es únicamente la realización del tipo que comienza con la tentativa; segunda, éste conforma un injusto propio de quien lleva a cabo de propia mano la ejecución sino también de un injusto propio de los intervinientes en el estadio previo, que hayan aportado, de

una manera concretizadora, prestaciones necesarias con vistas a la realización típica. En lo sucesivo designaré eso como una «promoción» del complejo de prestaciones concluido con la realización del tipo. Las prestaciones en el estadio previo, esto es: antes del comienzo de la tentativa, no son por su parte injusto, porque no realizan tipo penal alguno. Pero estas prestaciones conforman un fundamento para imputar la posterior realización del tipo también a los intervinientes en el estadio previo como un injusto propio. Con otras palabras, a modo de tercera tesis: la accesoriedad no es otra cosa que una regla de imputación. La ejecución se imputará también al que haya llevado a cabo el complejo completo. El interviniente en el estadio previo se sitúa, pues, a través de su prestación en la situación de que no podrá distanciarse ya del injusto realizado posteriormente. Puede también formularse diciendo que él lesiona la obligación de mantenerse alejado.

Para evitar malentendidos debe alegarse, brevemente, que una cosa la fomenta no sólo por supuesto una conducta en el estadio previo sino también una conducta de ejecución. A modo de ejemplo: para una persona que comienza la ejecución, que es continuada por otra segunda persona, también el injusto es un injusto propio aunque sea llevado a cabo por mano ajena.

Esta concepción de la accesoriedad como regla para la imputación como propio de un injusto realizado por mano ajena no conoce una vinculación del injusto de la intervención en un injusto de otro, esto es: en un injusto *ajeno*, vinculación que en cambio sí se da, según la concepción general, en las soluciones accesorias. Por el contrario, según la concepción aquí mantenida todo interviniente encuentra su propio injusto en la ejecución y sólo ahí. En todo caso, él encuentra un injusto propio únicamente cuando la ejecución también es injusto para su persona. No se requieren dislocaciones dogmáticas de ningún tipo si es un *agente provocador* quien interviene o una persona no protegida frente al bien atacado. A modo de ejemplo: quien proporciona a la ejecución un arma sabiendo que no llegará a ser empleada más allá del estadio de la tentativa no ha realizado nada, porque no permite la realización para el fracaso de una empresa determinada. La tentativa fracasada del ejecutor permanece injusto *ajeno*, porque no es delictivo como hecho *propio* por falta de un dolo de consumación.

Un breve resumen parcial: con anterioridad al injusto de la tentativa como comienzo de la ejecución no existe injusto alguno, siendo indiferente quien realiza la conducta en el estadio previo, si el posterior ejecutor o una persona diferente. La formulación más precisa reza, en todo caso, de la manera siguiente: no existe injusto cuando faltan tipos especiales. Un tipo especial es, por ejemplo, la prohibición de inducción del § 30 del Código penal alemán (StGB). La ejecución únicamente es injusto, y además injusto propio, para el ejecutor a través de un injusto ejecutado por mano propia, para personas que han aportado con anterioridad su prestación realizada por mano ajena. Si el ejecutor sabe que el hecho en el estadio previo o recién en la ejecución es o será realizada por un interviniente resulta indiferente. Sobre esto, un ejemplo: mientras la realización de un robo, que tiene lugar ahora mismo, sin que lo sepa el ladrón, un interviniente, que por algún motivo conoce la realización del robo y quiere contribuir a que salga bien, retiene de tal manera a una persona competente y dispuesta para evitar el hecho, posibilitando de tal modo el robo. Para la doctrina

usual este caso resultará embarazoso. El aporte substancial después del comienzo de la tentativa habla a favor de la coautoría pero falta la decisión común hacia el hecho. ¡Ello sucede cuando se intentan conseguir disposiciones sobre psicologismos en lugar de proceder de manera normativa!

Entretanto se impone la cuestión de cómo debe configurarse una conducta para ser una conducta de intervención delictiva. Esa cuestión constituye una pregunta sobre el sentido de la conducta, sobre el significado del comportamiento. La intervención delictiva es una de los dos modos de división del trabajo, no siendo diferente que en Derecho civil. Esta primera modalidad es la división restringida o separadora del trabajo; una persona cumple su trabajo, produce algo o lleva a cabo una prestación de servicio y una segunda persona se vincula con el resultado, pero –y esto es la variante distintiva de la modalidad separadora o restringida– cómo prosigue esa segunda persona no le concierne. Tiene un correcto punto de vinculación para ofrecer y puede alejarse posteriormente. A modo de ejemplo: si el comprador con el cuchillo de cocina que adquiere quiere cortar sanas hortalizas o amenazar a la víctima de un robo resultará indiferente para el vendedor; éste participa en el robo de tan escasa manera como, dado el caso, participa en la sana alimentación del comprador. Pero lo que resulta justo para el vendedor de cuchillos no resulta idéntico para el traficante de armas o para el manipulador de bombas: éstos, después de proporcionar su correspondiente aporte, continúan vinculados, o sea: división vinculante del trabajo. Pero ¿por qué es ello así?

No existe aquí la más mínima posibilidad de enumerar en la presente conferencia el arsenal completo de grupos de casos que entran dentro de la prohibición de regreso, como los grupos de división restringida o separadora del trabajo, de un lado y, de otro, los grupos de casos de la división vinculante del trabajo, esto es: los supuestos de intervención delictiva. Pero deben mencionarse algunas reglas fundamentales para aclarar la solución de esa delimitación entre ambas figuras.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el significado de una conducta puede ser determinada legalmente de manera expresa o incluso según la sistemática de los preceptos jurídicos, y ese sentido puede ser (como en el caso 1) delictivo o también precisamente (como en el supuesto 2) como no delictivo.

(Sobre el caso 1): Si la ley, por mor del peligro de su uso (también) delictivo, decide suprimir la libre disponibilidad de «algo», por lo general de objetos corporales pero que también puede tratarse de entrega de informaciones, o hace depende el empleo de tales objetos de la existencia de determinadas condiciones o requisitos (por ejemplo: licencia de armas), entonces una disposición violando los límites legales no significa que el dador le procura al tomador algo cuyo empleo a él (al dador) no le compete, sino que el dador posibilita al tomador un delito. Prototipos evidentes de conductas delictivas son la entrega de armas de no libre disposición o de venenos o materiales radioactivos, igualmente restringidos. Es posible que en tales casos falte la parte subjetiva de la intervención delictiva (la reconocibilidad de la malévola intención del tomador), pero la parte objetiva muestra la posible realización de un delito. A modo de ejemplo: quien entrega una pistola parabellum con munición a un colega que pretende escribir una novela policíaca, y pueda familiarizarse con su uso y exponer

de manera realista los detalles, es posible que desconozca que el colega planea un delito pero *objetivamente* ha configurado el proyecto.

(Sobre el caso 2): El Derecho también puede, en sentido contrario, negar a una conducta el sentido delictivo, obligando incluso al cumplimiento de la conducta. El ejemplo principal lo constituye en el pago de deudas vencidas, especialmente de deudas monetarias. A modo de ejemplo: la objeción de que el acreedor, con esa cuantía económica, en sí jurídicamente correcta, que debe prestarse, quiera financiar negocios prohibidos de tráfico de armas, trata de seres humanos o pornografía infantil, o quizá incluso una organización criminal o terrorista no encontrará atención alguna por un Tribunal civil, lo que únicamente puede significar los pagos puntuales de las deudas dinerarias constituyen un proceso neutral, esto es: carente de significado delictivo.—Otra cuestión, que no trataremos aquí, es la relativa a cuándo decae la obligatoriedad por decaimiento de sus fundamentos. A modo de ejemplo: armas de guerra ya encargadas y pagadas no debieran ser entregadas si el país del receptor ha declarado la guerra al país de quien entrega el arma.

En la medida en que falta una determinación legal —a través de una prohibición o de un deber— del significado de una conducta, estaremos al sentido vigente usual en el ámbito social. Se trata de una analogía para la determinación de la conducta no permitida en el marco de la llamada imputación objetiva. Más de una analogía no se da aquí, en tanto que la conducta previa no constituye, por su parte, una conducta de riesgo prohibida, esto es: un injusto. Además, y de manera consecuente, no lesiona la garantía que debe prestarse de la libertad lesiva para la (posterior) víctima. Pero, en todo caso, conforma un fundamento de imputar la posterior lesión de la garantía a través del ejecutor a quien actúa en el estadio previo como su propia lesión de garantía (por mano ajena). Por ello, puede formularse que a los riesgos no permitidos en la ejecución se corresponde con la lesión de obligaciones en la intervención delictiva, actuación contraria a las obligaciones porque el interviniente se une al curso de la ejecución, debiendo acarrear por ello con el inconveniente de no poder desvincularse de la ejecución (caso de que ésta se produzca). Para la determinación de estas lesiones de obligaciones pueden mencionarse algunas reglas fundamentales.

*Primera regla* (no existe imputación): Quien a través de su conducta no modifica *nada* en el ámbito de organización de otra persona o únicamente origina modificaciones para las cuales disponía de un derecho, no interviene delictivamente cuando esa otra persona toma la mera configuración de la conducta como ocasión para cometer un delito, en tanto que los ámbitos de organización únicamente se vinculan de manera arbitraria por la otra persona. A modo de ejemplo: si los terroristas matan, como era esperado, a un político «porque» un camarada terrorista va a ser juzgado en un proceso judicial, el tribunal no interviene delictivamente en el asesinato; o si la madre asesina a su hijo «porque» el padre ha abandonado a la familia, el padre cometerá por su estatus un delito *propio* contra el menor, mas no interviene delictivamente en el hecho de la madre.

*Segunda regla* (no existe imputación): El significado de las prestaciones usuales en el mundo cotidiano no dependen de cómo pretenda el receptor concebir el aporte en cuestión. Ese aporte mantiene, antes bien, el significado usual: la aportación es

neutral. A modo de ejemplo: la compra de un sazónador de sopa es una actividad neutral, con independencia de si el comprador quiere ocultar con él un veneno o si quiere mejorar el sabor de la ración de comida de una ristra de pobres hambrientos. Las prestaciones cotidianas en masa –ventas, prestaciones de servicios (en especial: viajes en taxi), etc.– pueden fundamentar la sospecha o incluso la seguridad de que se procederá con la prestación aportada de manera delictiva (por ejemplo: que se destine un matarratas para matar perros, que se emplee un viaje de taxi para transportar droga o el trayecto a un burdel para transportar, no a personas libres, sino a tratantes de blancas), pero la consideración de todo lo que prosiga (que puede ser perfectamente conocido) conduciría a aquella «paternalismo recíproco»<sup>1</sup> que ya *Goethe* reprendió como la tumba de toda autonomía.

*Tercera regla* (imputación): A la habitualidad de una prestación cotidiana pertenece también un contexto usual como configuración usual del entorno en el que se produce la prestación. La prestación pierde su neutralidad y devendrá delictiva cuando el delito determina precisamente el contorno. A modo de ejemplo: prestar al vecino una hoz durante un trabajo en el jardín es un acto neutral, pero ya no lo será más cuando el vecino retenga a su mujer agarrándola por el cuello. Formulado de un modo más serio: en un campo de concentración sólo habría una conducta neutral cuando sin esa conducta la situación sería aun peor: el panadero actuaría de manera neutral respecto de los presos, y sin embargo no lo haría un guardián, porque este último fomenta el negocio completo y responde por las consecuencias.

*Cuarta regla* (imputación, casos fundamentales: *primera parte*): Cuando su conducta se orienta *especialmente de manera delictiva* según el plan de otro (esto es: por su parte fracasa si el otro desiste de su propósito delictivo), entonces no puede desvincularse de la realización del delito. Se trata del caso «normal» de intervención delictiva, comenzando por la inducción, en la cual el significado de la conducta de quien interviene depende de la producción del evento delictivo. A modo de ejemplo: se presta al vecino, un ladrón avezado, y a petición suya, un cincel: no existe intervención delictiva, sino antes bien amabilidad cotidiana; pero sí intervendrá delictivamente quien presta disimuladamente un cincel al vecino, que emprende el camino para salir, sin que éste lo haya solicitado. (*Segunda parte*): quien aporta a un plan significativamente delictivo una prestación idónea no puede desvincularse de la realización de ese plan. Drásticamente: quien, a petición de otro, fabrica una bomba interviene en la preparación de un atentado con explosivos y quien hace fracasar una legítima defensa, interviene en la conducta de ataque ilegítimo.

*Quinta regla* (imputación): Quien aporta a otro, de manera recurrente, prestaciones cotidianas interviene en un delito en la medida en que el «mosaico» resultante muestra la continuación delictiva. Esto es, quien se hace pasar por «conseguidor» no será juzgado por lo que *en el caso concreto* «consigue», sino por lo que muestra *el cuadro completo*. A modo de ejemplo: informar del lugar donde se encuentra un banco y de sus horarios de apertura, del modo más cercano para llegar a la autopista, del

1. La expresión original empleada por el autor es «Ammenwirtschaft», cuya traducción literal sería «Economía de nodrizas». La idea que se pretende expresar es la de un procedimiento rudimentario y controlador, paternalista y casero, que someta al sujeto a un control actual y permanente de su actuación (N. del T.)

sitio donde se halla la comisaría de policía más cercana, etc., puede decir poco cada información por sí sola pero, tomadas en su conjunto, como un «mosaico», arrojan una intervención delictiva en la preparación de un atraco a un banco. Formulado se manera *telegráfica*: no interviene de manera delictiva aun quien le lleva la casa a un delincuente pero sí, por supuesto, quien organiza a un delincuente «su casa», esto es: la logística de la preparación delictiva.

En todos los grupos de casos mencionados no depende de si y de cómo *quieran* vincularse los actores, y especialmente no depende de si concurre un acuerdo común, sino que depende únicamente de lo que signifique la conducta desde un punto de vista social. Ello también vale, entonces, cuando varias personas trabajan a favor de *una* meta determinada. Las personas actuantes pueden ser llamadas «luchadores individuales» pero también –y no porque ellos lo «quieran» o lo hayan acordado, sino porque así se define *socialmente*– como partes de un todo, del que –si se comportan como se comportan– no puede evadirse, de manera que su correspondiente aportación individual puede ser concebida ya como una configuración de la meta, a la que todos contribuyen (por tanto: intervinientes), y –con ello– pueden concebirse también como una realización de los esfuerzos activos de todos. Un ejemplo más bien «civil» lo constituyen personas que, huyendo después de cometer un delito, y sin ponerse de acuerdo, disparan a sus perseguidores. En ese caso, puede fundamentarse una intervención delictiva de la siguiente manera: cada uno asume a través de sus *ejecuciones* al mismo tiempo la realización del plan de los demás, como se muestra en caso de tener éxito a los demás ya no les queda más que hacer. Consecuentemente interviene cada uno a través de su cumplimiento en la cumplimiento de los demás, lo «quiera» o no. La doctrina usual pretenderá querer ayudarse con una decisión concluyente común al hecho, pero ello conduciría solo a una proyección de la parte *objetiva* en la subjetiva. Junto a ellos, surgen casos en los cuales se resiste transpolar los usuales subjetivismos («¡Lo hacemos junto!» o «¡Únicamente actúo para mí!») al papel, como sucede, por ejemplo, en las muertes organizadas de personas judías en la época nacionalsocialista, porque el significado constatado una y otra vez de cada hecho individual como parte de la ejecución de un *programa* pone de manifiesto que se trata de un hecho global. Cada ejecución se convierte, con ello, en intervención delictiva en millones de ejecuciones posteriores.

Aquí no podemos suponer siquiera que existan límites determinados, ni menos aun delimitarlos con claridad. La usual Dogmática penal de la intervención delictiva, plenamente inmersa en subjetivismos, ni siquiera puede designar el problema de la preformación *social* del significado del hecho.

Resulta evidente que la teoría de la intervención delictiva aquí esbozada –a cada interviniente se le imputa la ejecución como injusto propio– no puede comenzar mucho con las figuras de intervención de los §§ 25 y siguientes del Código penal alemán (StGB). Para ello, esas figuras –autor, inductor, cooperador– son excesivamente poco elásticas. La ilimitada posibilidad del entrelazamiento de acciones únicamente puede concebirse jurídicamente si nos atenemos a la *cantidad* de las prestaciones (incluida la ejecución), esto es: cuando especialmente se renuncia a hacer determinaciones *cualitativas*, del estilo: un autor (un sujeto con una carga cuantitativamente mayor) tendría que actuar ya en el estadio de ejecución. A modo de ejemplo: cuando una

primera persona averigua cuando no se encontrará seguro nadie en la casa de campo de un adinerado comerciante, y consigue una llave apta para abrir la puerta de la vivienda, y comunica la combinación de la caja fuerte, y una segunda persona, de aparente candidez e inocencia, acude a la casa, abre la puerta, vacía la caja fuerte y aun encuentra el ocio de echarse amigablemente un trago en la bodega de la casa, manifiesta el robo un plan ingenioso, frente a aquel en el que la ejecución aparece como un apéndice: ¡Como configuración central del hecho típico (!) domina la persona que actúa en el estadio previo!

## 2. SEGUNDA PARTE

Junto al cometido de procurar la ausencia de lesividad de la propia organización y de no lesionar el derecho a través de la organización de otro surgen deberes tendentes a poner en función y mantener instituciones *especiales*, por ejemplo: «asistencia jurídica» o «paternidad». La configuración de estos deberes conforma los derechos fundamentados a través de las instituciones, esto es: en los ejemplos mencionados, el derecho a un juicio imparcial y el derecho a una atención paterno-filial. Estos derechos se conforman con su ámbito de organización *general* (que incumbe a todo el mundo), con independencia de la relación de los sujetos obligados. El derecho a un juicio imparcial no depende de la libertad *general* de comportamiento de los jueces, y el derecho de un niño enfermo a que sus padres consulten a un médico no depende de si los padres han organizado la necesidad de una operación o si la enfermedad «llegó imprevistamente».

Contenido de un deber positivo es la preocupación por una institución y –con ello– por sus destinatarios. El deber se fundamenta en un estatus –libremente adquirido o impuesto– del sujeto obligado, el cual concentra su relación con el sujeto beneficiario únicamente sobre el aspecto negativo:

El sujeto obligado tiene que garantizar que cursos lesivos, donde puede residir su origen, no afecten el ámbito de organización del beneficiario o incluso que se mejore la situación de ese ámbito de organización. Este deber puede limitarse a concretos ámbitos de la organización (por ejemplo: un médico responde por la salud de su paciente mas no de su patrimonio, un juez responde de procurar justicia pero de la seguridad exterior, que, por su parte, compete a la policía, etc.) o abarcar el ámbito completo de la organización. Prototipo de esto último son los deberes de los padres respecto de los hijos menores de edad. Se trata de deberes que, a diferencia de lo que sucede en los deberes exclusivamente negativos, no afectan a todo el mundo. (Estos *deberes especiales* se vinculan con *derechos especiales* del obligado cuando el sujeto beneficiario no es libre de ausentarse de la relación de atención).

El deber de atención se lesiona de la manera más drástica cuando el sujeto obligado lesiona *de manera activa* la organización del beneficiario. Una inmiscusión como esa no sólo lesiona el deber negativo que obliga a todo el mundo –el sujeto obligado por un deber positivo no se ha deshecho de ese deber negativo–, sino también el positivo, cuando la lesión recae sobre el ámbito de protección. Con otras palabras, el estatus positivo especializa los deberes negativos, sin eliminarlo como negativo.

En lo que se refiere al entramado *negativo* de responsabilidad rigen para él las reglas generales (esto: obligatorias para todos) de intervención delictiva, expuestas hasta ahora. A modo de ejemplo: la madre que facilita al padre o a un tercero un palo para golpear al niño lesiona la obligación de mantenerse desvinculado de la lesión corporal venidera.

Pero *de ese modo* lo especial de los deberes positivos quedan de lado: el deber inmediato (no derivado a través de la conducta de otra persona) de una cooperación de ayuda. Este deber se superpone al negativo, aísla (especializa) al sujeto obligado del ámbito de actuación en división del trabajo y le hace, a través de él, como único responsable. El sujeto obligado por un deber positivo realiza mediante su conducta un injusto propio distinto del injusto de los demás, y *en tanto tal* no interviene en la ejecución de los otros: recién en el momento de la lesión de su deber reside la tentativa de infligir un daño lesivo para el beneficiario. A modo de ejemplo: si un padre no impide que una persona lesione a su hijo o si el padre lo induce o le ayuda para realizar ese acto lesivo debe ser valorado de la misma manera que su omisión ante el ataque al niño por parte de un animal: en todo caso, concurre ya, al menos, unas lesiones corporales en grado de tentativa, esto es: un injusto, anterior y, en las dos primeras constelaciones de casos, no sólo un lesión de una obligación en el estadio previo de la ejecución a través de otro. *En el ámbito de los deberes positivos no existe, respecto de los obligados, intervención delictiva, sino antes bien sólo ejecución.* Incluso cuando son varios los sujetos obligados que lesiona, cada cual, su deber, actúa cada uno para sí mismo (lo que, usualmente, se llama autoría paralela). A modo de ejemplo: si tres jueces de un tribunal colegiado firman una sentencia prevaricatoria, entonces cada uno de ellos comete un delito de prevaricación.

Por ello, para el campo de la intervención delictiva queda la «promoción» del hecho de un sujeto obligado por un deber positivo mediante un sujeto obligado por un deber negativo. La pregunta aquí apremiante reza si al sujeto no obligado por un deber positivo (el *extraneus*) le «compete» en absoluto de alguna medida el deber positivo del otro sujeto (del *intraeus*) y para dar una respuesta a ello debe precisarse porque se generan los deberes positivos. Las personas en una Sociedad libre pueden determinar, por sí mismas, el estado de sus ámbitos de organización, siempre que procuren que los demás no sufran daño alguno. Por ello, el sinalagma de libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias conforma una institución general que caracteriza a la Sociedad. Pero las personas pueden desempeñar su rol como sujetos libres, carentes de miedos, si pueden estar seguros de que, en casos determinados de necesidad especial, puede reclamarse una ayuda. A modo de ejemplo: una Sociedad autorreproductiva debe regular el cuidado a los niños menores de edad así como la atención de los ancianos, una Sociedad en la que se intercambie un producto por dinero debe velar por el cumplimiento del Derecho en el ámbito de esa operación, etc. Por ello, junto a la institución «libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias», surgen instituciones especiales, de una configuración equiparable, e igualmente indispensables. Por supuesto que la extensión exacta sólo puede delimitarse de manera marginalmente borrosa, así como los márgenes de los deberes negativos únicamente pueden determinarse de manera poco precisa (¿alcance del riesgo permitido, de la actuación a riesgo propio, del principio de confianza, de la

prohibición de regreso?). Dentro de las instituciones positivas pueden mencionarse la relación paterno-filial, así como las relaciones de parejas de hecho (existentes no sólo de manera formal, sino también reconocidas jurídicamente) y las instituciones estatalmente desempeñadas de seguridad y, claro es, de la aplicación del Derecho, por ejemplo a través de los tribunales de Justicia. Por lo demás, todo superior jerárquico en la Administración de Justicia, ha de impedir los delitos que son planeados por sus subordinados en el ejercicio de sus cargos (§ 357 StGB). No debemos detallar aquí esa cuestión, y es posible que en el caso concreto puede ser discutible pero lo decisivo es claro, a saber: la irrenunciabilidad *social*, esto es: *general*, de las instituciones relevantes. No se trata, pues, de una preferencia de determinadas personas o grupos, esto es: no de un Derecho especial de castas aisladas o de partes aisladas de la Sociedad, sino de una estructura normativa caracterizadora de *una y sólo de una* Sociedad, y en esa situación las instituciones las instituciones les «competen» a todos. No obstante, no cualquiera puede corromper con sus propias manos las instituciones, pero por supuesto sí por mano ajena.

El *quantum* de esa «competencia», como la medida de la imputación al *extraneus*, no lo determina de manera notablemente clara el Derecho vigente. En los deberes fundadores de una pena (por ejemplo: en los deberes de un juez en la resolución de un asunto jurídico) se establece una imputación reducida (§ 28 párrafo 1 StGB), mientras que los que incrementan una pena *aparentemente* (!) excluyen una imputación (§ 28 párrafo 2 StGB).

La fundamentación de la reducción de imputación en los deberes especiales fundadores es dudosa: ¿Por qué razón se le debe reconocer una «reducción de la pena» a quien coopera en la corrupción de un institución general irrenunciable, a la que ataca no de manera interna mas sí a través de lo interno, y la Sociedad, en la que él vive, permite esa institución? La regulación debe resultar, al menos, sostenible, en tanto que para el *extraneus* lo interno puede ser extraño y él mismo no se encuentra en la situación de poder administrar de manera jurídicamente eficaz lo interno incluso cuando, en sí, cada ciudadano tiene que respetar la legítima configuración de su Sociedad.

La exclusión de la imputación en los supuestos de deberes especiales incrementadores de la pena no puede, en todo caso, fundamentarse en tanto que no resultan compatibles con el significado social de la institución. Una comprensión tal de la regulación (exclusión de la imputación) debe entenderse entretanto como superada: como ya se ha expuesto, los deberes positivos especializan a los deberes negativos, de manera el aparente incremento de injusto de un delito general a través de la lesión también de un deber positivo se presenta, en un análisis más detenido, como fundamentación de un injusto homogéneo de la lesión de un deber positivo. Con otras palabras, no existen deberes positivos que se construyen sobre los deberes negativos, sino antes bien los deberes positivos transforman los «cimientos» asimismo en positivos. A modo de ejemplo: las lesiones corporales en el ejercicio del cargo (§ 340 StGB) o la obtención de una declaración mediante violencia (§ 343 StGB) constituyen plenamente delitos funcionariales, de manera que el *extraneus* responde por la lesión del deber funcional en la que interviene, siquiera sea de manera atenuada (§ 28 párrafo 1 StGB).

El sujeto obligado por un deber positivo lesiona ya su derecho de manera propia, no a través de otros. Ello conduce a un avance de ejecución al punto de la conducta del obligado especial. Ese punto puede encontrarse alejado de la ejecución de la lesión de un deber negativo. Por ejemplo: el marido que encarga a un sujeto valeroso el asesinato de su mujer y, con ello, se le va el asunto de las manos, ya comete con ello (no sólo una lesión de una obligación, sino) la tentativa de un homicidio (de la misma manera que sería tentativa si no evitara que una persona que actúa de manera independiente de él matara a su mujer). En ese injusto ¿puede intervenir delictivamente el *extraneus*? Si el caso mencionado la incitación al asesinato partiera del sujeto valeroso, que se ofrece para el hecho, entonces, antes de que se encamine a su acto, ya es interviniente en la tentativa del sujeto obligado especial (lo cual no excluye, en todo caso, un desistimiento). La literatura usual ¿ni siquiera vislumbra esta problemática!

### 3. CONCLUSIONES

Los deberes *negativos* se encuentran en un sinalagma en relación a la libertad de organización: ningún persona debe configurar su ámbito de organización de manera que a través de ello los derechos de otras personas puedan resultar afectados, y cuando el ámbito de organización, sin una conducta actual por parte del titular, resulta incompatible con los derechos de otra persona, entonces el titular de ese ámbito tiene que conducirlo a una situación de ausencia de peligro. – Los deberes *positivos* tienen como contenido el restablecer una institución social irrenunciable, mantenerla y –con ello– asistir con ayudas a los destinatarios, si un riesgo amenaza con independencia de la organización del sujeto obligado.

#### 3.1. DEBERES ESPECIALES NEGATIVOS

1. Injusto es la únicamente la ejecución del hecho (la realización del tipo desde la tentativa a la conclusión de la producción del resultado).
2. Un ejecutor que no actúe de propia mano puede ejecutar por mano ajena cuando él resulte (co)competente de esa mano ajena, esto es: cuando actúe de manera contraria a la norma convirtiéndose en competente por la ejecución a través de mano ajena. Antes del comienzo de la tentativa esa norma regula una *obligación* del interviniente.
3. Un interviniente será competente por una ejecución llevada a cabo mediante mano ajena cuando la haya promovido, lo que significa: que haya aportado una prestación que resulte necesaria para llevar a cabo la ejecución. Si el ejecutor sabe de esa prestación es indiferente, porque en todo caso se incorpora al interviniente en la ejecución.
4. Si una ejecución constituye un injusto autónomo o si es parte de una totalidad con otros ejecutores no se rige por la opinión y la voluntad de varios ejecutores («decisión común al hecho») sino que depende de la comprensión *social*.
5. Así como la ejecución revela el *significado* de un quebrantamiento de la norma, la intervención *significa* que es factible alcanzar la ejecución. Si falta ese

significado (al margen de que dicha ejecución se haya promovido tácticamente), entonces concurre una *prohibición de regreso*. El ámbito de la prohibición de regreso puede limitarse mediante reglas.

### 3.2. DEBERES POSITIVOS ESPECIALES

1. Las personas obligadas por un deber *positivo* actúan por sí mismas, de manera que son inmediatas (independientemente de la conducta de otras personas son competentes, especialmente también de manera independiente de la accesoriedad).
2. En la lesión de un deber positivo también puede intervenir una persona externa, porque las instituciones que se han de organizar también tienen un significado *social-general*. Si se añade también a un delito general la lesión de un deber positivo de manera más agravatoria, entonces se da un delito especial *puro*, en el que un sujeto externo también puede intervenir. El § 28 párrafo 2 del Código penal alemán, en lo que respecta a los deberes positivos, no cumple función alguna.

## 4. INDICACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA

He desarrollado mi concepción sobre la intervención delictiva, desde hace más de tres décadas, además de en mi obra general de la asignatura, en diferentes estudios especializados, el último de ellos un libro aparecido en Alemania en fecha aun reciente. En esos estudios me ocupo detenidamente de la amplia bibliografía especializada en la materia. Permítaseme remitirme a esos ensayos míos y –mediatamente– a las diversas contribuciones a la teoría de la intervención delictiva debida al esfuerzo de diferentes autores.

1. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª edic., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991; versión en castellano: *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.
2. «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung», *ZStW* tomo 89, cuaderno 1, 1977, pp. 1-35. («La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, en GÜNTHER JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano y Estudio Preliminar de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 241-270).
3. «La imputación objetiva en la participación. Accesoriedad y prohibición de regreso», en Id., *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, 3ª reimpression, 1998 (inédito en alemán).

4. «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA* 1996, pp. 253 y sigs.
5. «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA* 1997, pp. 553 y sigs. («La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva», traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, 36 pp.).
6. «La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación», traducción de MIGUEL POLAINO NAVARRETE, en *Revista de Derecho Penal. Fundación Cuadernos de la Cátedra*, núm. 6, Mario A. Viera Editor Mave, Corrientes (Argentina), 2000, pp. 87-106.
7. «Beteiligung», en DIETER DÖLLING (Comp.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 561-575 («La intervención delictiva», traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA, *Cuadernos de Política criminal*, núm. 85, 2005, pp. 69-86).
8. «Intervención delictiva y comprensión social», traducción española (del original alemán «Beteiligung und gesellschaftliches Verständnis», 2007) de JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, en GÜNTHER JAKOBS / JOSÉ ANTONIO CARO JOHN / MIGUEL POLAINO-ORTS, *Imputación objetiva. Materiales teórico-prácticos para una discusión científica*, Lima, 2015.
9. «Mittäterschaft als Beteiligung», en Urs KINDHÄUSER et al (Comp.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
10. *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.