

## CONSUMACIÓN MATERIAL EN LOS DELITOS DE LESIÓN CONTRA LA PERSONA

Al mismo tiempo, una contribución a la generalización  
de la parte especial \*

Günther Jakobs

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Bonn*

*Traducción de Sergi Cardenal Montraveta*

---

JAKOBS, Günther. Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2002, núm. 04-13, p. 13:1-13:18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 04-13 (2002), 21 jul]

**RESUMEN:** La ley conoce diferentes modelos de consumación, incluso en los delitos contra la persona, entendida en un sentido amplio. Esta elección de diferentes modelos requiere una fundamentación, o bien los momentos en los que se produce la consumación deben unificarse. El autor aborda esta cuestión a partir de la consideración de la función del Derecho penal, lo que le lleva a plantearla como la cuestión de aquello a lo que deben ajustarse las expectativas cuando la configuración social se presenta como la existencia de personas. En este contexto es necesario poner a disposición de la persona un arsenal de medios reservado para ella, como esfera de organización. A todas estas posiciones y medios Jakobs las designa como propiedad en sentido amplio. La posición funcionalmente equivalente de todos los elementos de esta propiedad en

sentido amplio excluye realizar, en la determinación de los delitos contra la persona, otras diferenciaciones que las cuantitativas y fenotípicas. Un delito contra la persona estará consumado tan pronto como otro organiza aquello que se ha asignado al propietario – entendido en sentido amplio– para ser organizado.

Sin embargo, el Derecho positivo configura –con alguna oscilación– la protección de la propiedad sobre la vida, el cuerpo, los objetos, el patrimonio económico y otras “posesiones” de modo distinto a la protección de la propiedad sobre la orientación y la libertad de utilizar las facultades. La distinción legal responde a que, en general, un “delito de posesión” da lugar a consecuencias desagradables en relación con la víctima; éstas pueden presumirse. En cambio, en relación con una disminución del conocimiento o de la libertad no cabe establecer semejante presunción de consecuencias desagradables, al menos no como presunción general. Estas diferencias justifican que en algunos sectores deba mantenerse aquella diferencia de criterios en cuanto a la determinación de la consumación. En la última parte de este trabajo, Jakobs se ocupa de la cuestión relativa a la decisión sobre cuándo se consuma un determinado delito contra la persona y cuándo empieza uno ulterior.

\* El original apareció en *Schünemann, Achenbach, Bottke, Haffke, Rudolphi* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 793-810. Traducción de Sergi Cardenal Montraveta (Universidad de Barcelona), revisada por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Esta traducción quiere ser un modestísimo pero sentido homenaje a los Profes. Dres. Günther Jakobs y Claus Roxin.

**PALABRAS CLAVES:** Función del derecho penal, consumación, delitos contra la persona, coacciones, unidad y pluralidad de delitos

También está accesible la versión original alemana de este artículo:

<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-13vo.pdf>

Fecha de publicación: 21 julio 2002

## I.

Un delito está consumado, así se formula habitualmente, cuando se han realizado todos los elementos del tipo legal. Este es el concepto formal de consumación: se ha realizado el tipo legal. ¿Pero en qué debe apoyarse el legislador cuando determina la consumación? La respuesta obvia señala que esto se deduce del “concepto material de delito”, el cual –con las palabras de *Roxin*– desarrolla la “cualidad de la actuación punible en cuanto a su contenido”, sus “criterios materiales” y, con ello, proporciona al legislador un “baremo político-criminal”,<sup>1</sup> que sólo satisface la “protección subsidiaria de bienes jurídicos”.<sup>2</sup> A su vez, *Roxin* concibe los bienes jurídicos, en la medida en que se trate de los de la persona, como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa finalidad.”<sup>3</sup> Según esto, la consumación concurriría con la destrucción de un bien jurídico. *Roxin* señala que el “objeto de la acción”, como encarnación del que, por su parte, es un “bien ideal”<sup>4</sup>, debe ser “realmente dañado”.<sup>5</sup>

Ahora bien, con esto todavía no se ha dicho nada sobre el nivel de abstracción en el que es determinado el bien jurídico –eventualmente, en la forma de un objeto de la acción–: utilización razonable de la libertad o utilización de la libertad como arbitrariedad, medio para la libertad, disponibilidad segura de este medio, etc., y un vistazo rápido al derecho positivo ya muestra que la ley conoce diferentes modelos de consumación<sup>6</sup>, también en los delitos contra la persona –entendida en un sentido amplio, o sea, no limitado a la lesión de lo *altamente* personal (intransferible)–, de los que vamos a ocuparnos aquí. Concretamente, respecto de algunos delitos la ley exige para su consumación que el hecho alcance una determinada conducta (acción u omisión) de la víctima, es decir, haya provocado esta conducta; la coacción sólo se consume con la realización de la conducta a la que se coacciona, la estafa sólo se consume al concluir la disposición perjudicial (aunque sin que ésta deba tener ulteriores consecuencias para la víctima); la limitación de la libertad o la desorientación en asuntos económicos no producen *per se* la consumación. Por el contrario, las lesiones se consuman con la

<sup>1</sup> *Roxin* Strafrecht AT I, <sup>3</sup>1997, § 2 número marginal (en adelante n. m.) 1, remitiendo a *Zipf* Kriminalpolitik, <sup>2</sup>1980, § 5, 3.1.

<sup>2</sup> *Roxin* (nota 1), § 2 n. m. 1.

<sup>3</sup> *Roxin* (nota 1), § 2 n. m. 9.

<sup>4</sup> *Roxin* (nota 1), § 2 n. m. 24.

<sup>5</sup> *Roxin* (nota 1), § 2 n. m. 122.

<sup>6</sup> Evidentemente, ningún modelo excluye –por razones claras, sobre ello *infra* II– la consumación si actualmente la víctima sólo se ve perturbada respecto de proyectos irracionales. El concepto más limitado de consumación abarca la perturbación actual de la realización de la arbitrariedad.

agresión, y el hurto con la sustracción, sin que importe si a través de esto se influye o, al menos, podía influirse en la conducta de la víctima. Un ejemplo relativo a un grupo ulterior de delitos: Quien, durante unas vacaciones del propietario, utiliza sin autorización una vivienda ajena, también realiza un allanamiento de morada si antes del final de sus vacaciones va a desaparecer sin dejar huella. De modo todavía más reducido se ha establecido lo exigible para la consumación en los delitos de falsedades –igualmente un delito contra la persona, en contra de la doctrina totalmente dominante<sup>7</sup>–, donde ya se trata como consumación tanto la mera confección de los medios falsarios, como su entrega para que se adquiriera conocimiento.

Esta elección de diferentes modelos requiere de una fundamentación, o los momentos en los que se produce la consumación deben unificarse. El punto de partida de todas las reflexiones es la función del Derecho penal:

El Derecho penal garantiza la vigencia del Derecho. Con esta finalidad, reacciona con una pena a la defraudación de la expectativa normativa de que toda persona se comporte de modo fiel al Derecho, y esto significa que reacciona con la confirmación de la vigencia del Derecho. La defraudación puede ya concurrir cuando no puede hablarse, o todavía no puede hablarse, de la consumación de un delito contra la persona; esto último en la tentativa inacabada, lo primero en la tentativa con objeto inidóneo. Evidentemente, también en la tentativa hay ya algo “consumado”, aunque no sea el máximo posible (tentativa inacabada) o el máximo de lo objetivable (tentativa acabada sin objetivación en la consumación<sup>8</sup>), precisamente la infidelidad al Derecho<sup>9</sup>. Aquí no debe tratarse este problema –¿cuándo falta la fidelidad al Derecho?–, en cuyo tratamiento siempre se presupone que la formulación de las expectativas (o normas) es correcta en cuanto a su contenido, sino el problema previo, más exactamente, la parte del problema relativa a aquello a lo que deben ajustarse las expectativas en aquellos casos en los que la configuración social se presenta como la existencia de personas.

Cuando se trata de una persona en el Derecho (y no –por ejemplo– en escena), aquélla se construye como punto unitario de referencia de deberes y derechos, precisamente como *status* jurídico. Desde esta perspectiva, un delito contra la persona sólo puede consistir en la lesión de un derecho que –junto con otros, y junto con deberes– integra la persona. Por lo tanto, en el lugar en el que en Roxin está el *bien* jurídico<sup>10</sup>, aparece aquí el *derecho* –ciertamente, una diferencia que, en conjunto, no es sólo incidental, pero que, como se verá, en este contexto no es decisiva–: lo que se busca es el concepto material, no la definición típica jurídico-positiva. Si se parte del derecho,

<sup>7</sup> Ampliamente, *Jakobs* Urkundefälschung. Revision eines Täuschungsdelikts, 2000, 35 ss.

<sup>8</sup> Sobre esto *Jakobs* Strafrecht AT, <sup>2</sup>1991, 6/72 s.

<sup>9</sup> Y en concreto, si se mira bien, siempre una infidelidad al Derecho de la que debe responderse ¡y, por lo tanto, la culpabilidad! Una tentativa sin culpabilidad no significa que la infidelidad *que debía esperarse* no se ha producido; de acuerdo con esto, para el sistema del Derecho penal es ambiente, aunque pueda tener sentido en otro sistema. Para un Derecho penal organizado de acuerdo con el principio de culpabilidad, el “injusto” es un mero concepto auxiliar: no da lugar a ninguna consecuencia jurídico-penal. Sobre esto, *Lesch* Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, 175 ss, 203, 213 ss; *Jakobs* Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, 41 ss; sobre la doctrina dominante opuesta *Roxin* (nota 1), § 10 n. m. 88 ss, 91 ss.

<sup>10</sup> *Roxin* como arriba (nota 3).

un delito contra la persona es una disminución de la realización del derecho.<sup>11</sup> Entre individuos no vinculados por el Derecho, un homicidio –por ejemplo– no es más que naturaleza, a pesar de que externamente sucede lo mismo que en el injusto del homicidio de una persona por otra.

Del ejemplo del homicidio que acabamos de mencionar ya se deriva que las personas no se relacionan entre sí como figuras del deber ser aisladas, sino a través de sus cuerpos, y esto significa dos cosas: sólo a través del cuerpo de una persona se puede influir sobre otra, y precisamente con la mediación de su cuerpo, y por parte de la otra persona sólo se puede experimentar algo a través de esta doble mediación corporal. La mediación no puede ser entendida como condición fácticamente necesaria pero molesta del trato entre personas; antes bien, los derechos y deberes existen únicamente como regulación de esta mediación, lo que no significa otra cosa sino que el Derecho es un orden *externo*.<sup>12</sup> Más aún, una persona puede, ciertamente, tratar su cuerpo como instrumento o cosa secundaria, pero otra persona es para ella “esencialmente un ser libre en ... (su) cuerpo” y, por ello, es “la violencia ejercida por otros sobre mi cuerpo ... violencia ejercida sobre *mí*.”<sup>13</sup>

## II.

Puesto que una persona no lo es por naturaleza, sino que surge a través de atribución, tampoco las expectativas que se le dirigen son de carácter cognitivo, sino normativo; su contenido no dice que la persona *se organizará* de un modo determinado, sino que es *competente* para ello. Pero si semejante expectativa no debe degenerar, por una parte, en una permanente defraudación y, por otra parte, en una sobreexigencia igualmente permanente, la expectativa normativa debe reforzarse cognitivamente y, para ello, la persona debe –y también esto se espera de ella– tomar “en posesión” cuerpo y alma, y precisamente a través de instrucción, o sea, formación:<sup>14</sup> La persona se comprende al elaborarse, organizarse, instruirse. Esta formación consiste, por una parte, en la adquisición de técnicas de supervivencia: formación de la psicofísica, adquisición de conocimientos, racionalización de la motivación, acumulación de cosas necesarias, lo cual, sin embargo, no conduce *per se* más allá de la autoformación de un individuo aislado. Por otra parte, la formación consiste en el conocimiento de estar condicionado

<sup>11</sup> A continuación sólo se trata de la consumación en el sentido de semejante disminución de la realización de un derecho dado. La otra posibilidad de un hecho contra la persona, su exclusión, su *démontage* en relación con el Derecho, no se toma en consideración (sobre esto véase *Jakobs GA 1994*, 1 ss, 5 ss, 9), pues en este supuesto se trata de la falta de derecho, no de la falta de realización de un derecho dado. Sin embargo, partiendo de la *idea* del Derecho, el déficit puede ser de la misma medida en ambos casos: falta la realización del derecho. Dicho con un ejemplo: mensurada con la idea de Derecho, la despersonalización de los judíos que empezó en el año 1935 con la Ley de los ciudadanos del Reich (de 15. 9. 1935, RGBI. I p. 1146, con 13 reglamentos, recogidos en una lista por *Brodersen Gesetze des NS-Staates*, 1968, 123) y la Ley de protección de la sangre (también de 15. 9. 1935, RGBI. I 1146) es menos que el homicidio de una persona, en tanto que aquella era reversible pero ésta no lo es.

<sup>12</sup> *Kant Die Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre, § B (Werke, Akademieausgabe, Bd. 6, 229 s).

<sup>13</sup> *Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 48 con anotación (citado según: *Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe*, Bd. 7, 1952).

<sup>14</sup> *Hegel* (nota 13), § 48, 57.

socialmente como persona, de tener que respetar derechos y tenerlos, y *esta* formación hace posible comprender el cuerpo, las cosas y las habilidades instrumentales como derechos, como *propiedad en un sentido amplio*, como patrimonio “inteligible” (*Kant*).

Los detalles dependen del ámbito social en el que la persona se mueve; por ejemplo, en una tribu ser-persona se concreta de modo distinto que entre independientes. Para la sociedad actual, la concreción probablemente deba orientarse a que la persona se presenta como libre y que los contactos con otras personas tienen lugar masivamente de modo anónimo.

En tanto que libre, la persona debe poder organizar, formar, trabajar. Pero, para ello, ¿se le debe asignar también una esfera de organización reservada para ella, en el sentido de un arsenal reservado de medios, o basta con posibilitarle la realización de actos de organización en caso de necesidad? El significado de la respuesta para el tema que aquí debe tratarse es evidente: si se le asigna una esfera reservada de organización, con la disminución de la esfera queda lesionada la persona; pero si sólo se garantiza por el Derecho la posibilidad de realizar actos de organización, entonces sólo forma parte de la persona aquello que respectivamente necesita actualmente o necesitará en el futuro, y durante los espacios de tiempo latentes en los que la persona no requiere actualmente determinados medios, éstos pasan a ser libres para otros. El mejor modo de aclarar la diferencia es a través de la propiedad sobre objetos: si ésta forma parte de la esfera reservada de organización, también sigue siendo propiedad cuando el propietario no la quiera utilizar o, quizás, ni siquiera la pueda utilizar. Pero si la propiedad *sólo* se entiende como medio para actos de organización, no puede imaginarse sin la organización actual o futura del propietario.

Evidentemente, el respeto a la propiedad (incluida la relativa al propio cuerpo, al propio estado de información, etc.) como mero *medio* de organización presupone un conocimiento exacto de los proyectos de organización de los otros, de modo que sería totalmente impracticable en una sociedad que posibilita masivamente contactos anónimos. En el interior de una familia o entre amigos lo que actualmente no se utiliza puede estar a disposición de los otros, y un propietario puede invocar los §§ 985, 1004 BGB\* sólo en “caso de necesidad”, pero, fuera de semejantes vínculos, la alegación del autor de que él no conocía ninguna necesidad actual o futura del propietario no sería aceptada como objeción relevante ante ningún Tribunal, sino que sería rechazada como insolencia. Más aún, si uno se centra en la necesidad del propietario debe distinguir entre la auténtica necesidad y la necesidad aparente no merecedora de quedar cubierta (acumulación de objetos superfluos) –una decisión que sólo puede adoptarse de modo vinculante en un grupo con un estilo común de vida, pero no en una sociedad pluralista–.

Pero no se trata sólo de consideraciones de practicabilidad, ocurre más bien que, en

\* El § 985 del Código civil alemán establece: “El propietario puede exigir del poseedor la restitución de la cosa”; el contenido del § 1004 es el siguiente: “(1) Si la propiedad se ve menoscabada de una manera que no sea la sustracción o la detención del poseedor, el propietario puede exigir de quien la perturba la supresión del menoscabo. Si cupiera temer ulteriores menoscabos, el propietario puede reclamar su omisión. (2) El derecho queda excluido cuando el propietario está obligado a soportar el menoscabo” [N. del T.]

una sociedad libre, la organización de una persona cuyo contenido consista en tener también la propiedad cuando no la necesita, incluso cuando quizás nunca pueda necesitarla, es una autorrepresentación que no es menos vinculante que aquella relativa a la persona que trabaja. No existe ningún deber de la persona de ser coherente, lo que significa organizarse de tal modo que los otros puedan estar de acuerdo con el resultado; antes bien, una sociedad de personas libres se procura un derecho a que, en el caso concreto, también se admitan organizaciones irrazonables –en caso contrario, las personas no serían libres, más aún, no serían personas. Por la razonabilidad en general se preocupa una mano invisible.

Esta necesidad de poner a disposición de la persona un arsenal de medios reservado para ella, como esfera de organización, no sólo existe en relación con la propiedad sobre objetos, sino en relación con todos los medios que la persona requiere para formar el mundo, especialmente también en relación con la “posesión” patrimonial, incluida la libertad de deudas, asimismo, en relación con la orientación de la persona y en relación con su libertad de decisión y actuación. Todas estas posiciones, a las que también pertenece el derecho al uso común, se designan en lo sucesivo como propiedad en sentido amplio, y respecto de todas ellas es válido en la misma medida que, debido a la libertad de la persona, por una parte, y al anonimato masivo de los contactos sociales, por otra, un hombre cualquiera no puede, por regla general, decidir si el propietario “necesita” actualmente su propiedad o la puede sustraer sin consecuencias de modo permanente o, al menos, pasajero.

La posición funcionalmente equivalente de todos los elementos de esta propiedad en sentido amplio excluye realizar, en la determinación de los delitos contra la persona, otras diferenciaciones que las cuantitativas y fenotípicas. Por eso, en relación con el delito general, las coacciones, existe una exigencia axiológica de extender los medios de comisión hasta la afectación de alguno de los derechos constitutivos de la persona – un proceso que, como evolución del denominado concepto “amplio” de violencia, mejor, el único funcionalmente adecuado, ha quedado entretanto concluido, aun cuando el carácter jurídico de la constitución personal se considera erróneamente<sup>15</sup> como problema de la antijuricidad del hecho (en lugar de como problema de la existencia del hecho) y, además, se oponen a su plena realización incoherencias en los Tribunales de justicia<sup>16</sup> –. Todo quebrantamiento de un derecho constitutivo de la persona, incluida una quiebra de la orientación, o sea, incluido el engaño *que quebranta el Derecho*<sup>17</sup>, es violencia, y es que las coacciones son, precisamente, el delito general de todos los delitos contra la persona.

En definitiva, el Derecho vigente conoce títulos para adquirir o tener objetos, posi-

<sup>15</sup> Sobre esto *Jakobs* GS für Hilde Kaufmann, 1986, 791 ss, 796 ss; *Timpe* Die Nötigung, 1989, 70 ss, 187 s; a favor de la opinión contraria *Roxin* Strafrechtliche Grundlangprobleme, 1973, 184 s, 192 ss.

<sup>16</sup> BVerfGE 92, 1 ss (para los casos de las manifestaciones pacíficas, esta doctrina es marginada acertadamente por BGHSt 41, 182 ss); últimamente OLG Düsseldorf NJW 1999, 2912: con su cuerpo el autor obstruía una salida –supuestamente sin que eso sea violencia, puesto que el efecto de presión “era sólo de naturaleza psíquica”– como si la violencia física comenzara sólo cuando la víctima se revuelve contra sus cadenas.

<sup>17</sup> Sobre el engaño como lesión de un derecho, ahora ampliamente *Pawlik* Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, 65 ss, 139 ss. Acerca de la conducta fraudulenta (*Liszt*) que quebranta el Derecho como violencia *Jakobs* (nota 15), 808 s; *Timpe* (nota 15), 133 ss.

ciones, oportunidades y más cosas mediante los cuales tiene lugar una asignación respecto de una persona o, con las palabras de *Roxin*, la fijación de los bienes jurídicos de la persona<sup>18</sup> y, con ello, su constitución y, precisamente, en una sociedad anónima necesariamente sin atender al estado actual de la organización interna: la organización interior es un asunto propio de la persona constituida y, mientras el título sea correcto, no importa al resto. Lo que pueda haber de chocante encuentra una compensación a través del estado de necesidad agresivo (en caso de incendio no se pregunta por el propietario del agua para apagar el fuego), en la medida en que no deba admitirse ya una “derelección” (o abandono) tácita (recoger la fruta que ha caído y de otro modo se echaría a perder). – Si se está de acuerdo con esto, un delito contra la persona está consumado tan pronto como otro organiza aquello que se ha asignado al propietario – entendido en sentido amplio – para ser organizado. Las consecuencias de cómo se ajusta la organización, o sea, la pérdida de oportunidades que podían utilizarse y, mucho menos, la pérdida de oportunidades que de otro modo podían utilizarse racionalmente, no importan.

A la inversa, a una persona no le importan los problemas de otra para conseguir una organización racional; antes bien, en una sociedad de libertades cualquier hombre, en su papel de hombre cualquiera, sólo es portador de deberes *negativos*<sup>19</sup>, o sea, de deberes de no atribuirse la organización que compete a otro y de revertir la atribución que ya haya tenido lugar<sup>20</sup>, mientras que, por el contrario, sólo son portadores de deberes *positivos* (cuya lesión conduce a delitos de infracción del deber)<sup>21</sup> personas con un status especial y, precisamente, los obligados especialmente. En esta situación, el derecho de la persona a su esfera de organización no fundamenta ninguna pretensión frente a todos de contribuir al éxito de algún acto de organización, sino, únicamente, de no perturbar la administración de la esfera de organización. Cuando, de acuerdo con el § 903 BGB<sup>22</sup>, el propietario de una cosa “puede” proceder con ella como quiera, esto significa que *si es que puede*; a cualquiera le está prohibida una perturbación, pero quien es meramente un cualquiera no es portador de ningún deber de ayuda.

La propiedad –entendida en sentido amplio– es, por lo tanto, un título de exclusión y nada más: los otros tienen que abstenerse de toda arrogación de la organización, pero no deben ayudar. Pero la propiedad tampoco es menos que un título de exclusión: yo soy la esfera de mis derechos, e incluso cuando para mí, bajo el aspecto de la utilización representable como racional o aunque sea sólo de la utilización arbitraria, se trata de *nuda iura*, aquel que se arroga lo que a mí me compete me sustrae mi existencia jurídica. Al respecto es totalmente indiferente qué es lo que el otro organiza de mi

<sup>18</sup> Como *supra* (nota 3, 4).

<sup>19</sup> *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, 67 ss, con notas.

<sup>20</sup> El problema de la injerencia; véase *Jakobs* (nota 8), 29/38 ss, con notas.

<sup>21</sup> *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, 352 ss; <sup>7</sup> 1999, 352 ss, 695 ss; *Sánchez-Vera* (nota 19), 22 ss, 29 ss entre otras, especialmente 76 ss.

\* El § 903 del Código civil alemán establece: “En la medida en que no se opongan a ello la ley o los derechos de terceros, el propietario de una cosa puede proceder con ella como quiera y excluir a otros de cualquier influencia sobre ella. En el ejercicio de sus derechos, el propietario de un animal debe respetar los preceptos especiales para la protección del animal” [N. del T.]

propiedad –la situación espacial o la existencia de la “posesión” que a mí me compete, mi conocimiento (mediante engaño prohibido), la libertad de usar mis facultades (mediante la creación de impedimentos físicos o psíquicos –amenazas–) o cualquier otra–, con tal de que yo tenga derecho a que semejante organización no tenga lugar. Los derechos que respectivamente se lesionan tampoco pueden dividirse en indisponibles y reemplazables; pues no existe ningún orden jerárquico entre las *conditiones sine quibus non*<sup>22</sup> para la formación del mundo. La propiedad sin conocimiento del trato con ella no es nada, y ambas cosas conjuntamente no son nada sin libertad de utilizar algunas facultades; a su vez, la libertad no es nada sin cuerpo y sin orientación, etc. No se trata, por lo tanto, de derechos que pueden utilizarse de forma autónoma, sino de componentes integrados del derecho a estar preparado para la formación del mundo (o a no estarlo de modo planificado).

En principio, con lo dicho ya se ha determinado cuándo está consumado un delito contra la persona –especificada como propietaria en sentido amplio–, precisamente con la consecución de la reordenación de la situación relativa a la propiedad, o sea, con la disminución de la realización del derecho de propiedad. Evidentemente, sólo está lesionado por completo aquel derecho de propiedad en cuyo ámbito la reordenación ya ha tenido lugar y, por ello, a una consumación puede añadirse otra ulterior. Por ejemplo, con la puñalada en un cuerpo están consumadas unas lesiones, y cuando el lesionado ya no puede proteger sus bienes de un curso lesivo se consuma también un delito de daños (sobre esto *infra* IV). En particular, con la lesión consumada de un derecho situado en el flanco de otro sólo se ha lesionado el primero, no se ha lesionado ya *per se* el derecho situado detrás. De nuevo con un ejemplo, con la lesión del derecho de una persona a no ser atacado (cuya existencia aparece en el § 32 StGB\*) ya se ha consumado la lesión de ese derecho a la seguridad<sup>23</sup>, y ese derecho puede contarse entre la propiedad –entendida en sentido amplio– de la persona incluso cuando, evidentemente, es el vástago de un derecho nuclear; tras la lesión consumada del derecho a la seguridad puede consumarse la lesión del cuerpo o de la propiedad sobre objetos, etc., pero esto también puede no suceder. O, quien en una casa ajena coloca una bebida venenosa en la nevera, sólo con esto ya ha consumado unos daños en el conjunto de objetos “alimentos en la nevera”, pero todavía no ha disminuido la integridad corporal. – De lo señalado hasta aquí ya queda claro que la decisión de la ley de no exigir una desorientación para la consumación de la falsedad documental no es totalmente satisfactoria, en la medida en que el delito debe entenderse como delito contra la persona.<sup>24</sup> el derecho de la persona a no ser desorientado está lesionado por completo cuando ésta está desorientada. Si para la consumación formal (típica) debería exigirse *más* es otra cuestión (sobre esto a continuación III).

<sup>22</sup> Que mi propiedad, entendida en sentido amplio, sea *conditio sine qua non* no significa que, junto a ella, no existan otras *conditiones* que a mí no se me garantizan, como, por ejemplo, la disponibilidad a cooperar de mi compañero de negocio (como condición social) y el curso natural conforme a mi estimación (como condición natural).

\* El § 32 del Código penal alemán regula la legítima defensa [N. del T.]

<sup>23</sup> *Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, 1989, 189 ss, 277 ss.

<sup>24</sup> Sobre esto ampliamente *Jakobs* (como en nota 7).

## III.

El Derecho positivo configura –con alguna oscilación– la protección de la propiedad sobre la vida, el cuerpo, los objetos, el patrimonio económico y otras “posesiones” de modo distinto a la protección de la propiedad sobre la orientación<sup>25</sup> y la libertad de utilizar las facultades. Ejemplos: quien fraudulentamente modifica un mapa ajeno ha consumado unos daños, incluso si el mapa no se utiliza actualmente; pero quien desorienta a otro que está orientado, por ejemplo, con la ayuda de un mapa modificado fraudulentamente, por este simple hecho no realiza, según la doctrina totalmente dominante, ningún delito y, según otra opinión<sup>26</sup>, una tentativa de coacciones pero, de todos modos, no realiza el tipo, incluido el resultado que allí se menciona (§ 240 apartado 1. StGB) y, por lo tanto, no consume el delito. Y mientras que hay quien defiende que aquel que encierra a otro realiza también unas detenciones típicas consumadas cuando éste no quería en absoluto desplazarse,<sup>27</sup> el impedimento perfecto de la formación de la voluntad o de la manifestación de la voluntad no es ya *per se* el resultado típico de unas coacciones y, por cierto, sin que esto hubiera sido criticado hasta la fecha. O, quien sustrae una naranja ajena con ánimo de apropiación consume, así, un hurto aunque el propietario sólo tuviera la fruta en reserva y finalmente la hubiera dejado estropearse, pero quien avisa al propietario de que un intento de comer la fruta conducirá a un bastonazo, sólo realiza el tipo de las coacciones, incluido el resultado allí mencionado, cuando al amenazado le entra apetito y, a partir de ese momento, renuncia a comer la fruta por la amenaza.

¿Con arreglo a qué reglas distingue la ley? A primera vista parece que se trata de la diferencia naturalística que se encuentra frecuentemente entre lo que es aprehensible externamente y lo psíquico: el objeto sustraído está separado de modo aprehensible por cualquiera, el destruido está modificado perjudicialmente de modo aprehensible por cualquiera, etc., pero una desorientación tras un engaño o el miedo derivado de una amenaza no se pueden aprehender tan fácilmente por cualquiera, sino que deben deducirse indiciariamente; por lo tanto, un ataque a la propiedad sobre cosas se objetivaría antes que uno sobre el conocimiento y la capacidad. Ahora bien, esta suposición puede desvirtuarse fácilmente: con la destrucción de un objeto no sólo se objetiviza la imposibilidad de utilizarlo, sino que necesariamente se excluye también la posibilidad de hacerlo de una determinada manera, de modo que cuando el impedimento de esta utilización tiene lugar como coerción (sobre esto *infra* IV) también deben existir unas coacciones típicas consumadas, así, por ejemplo, en el caso de la destrucción de la llave de un coche para impedir un viaje.

El Derecho penal moderno, tal como se ha desarrollado a partir aproximadamente de 1800, es el Derecho penal de una sociedad burguesa con posesiones, y por parte de semejante sociedad es fácil de entender la disminución antijurídica de la posesión como resultado delictivo y, por lo tanto, consume un hecho, mientras que la disminución del conocimiento y de la libertad para el uso de facultades o bien se convierte en disminu-

<sup>25</sup> Sobre la falsedad documental véase *supra* en el texto II *in fine*.

<sup>26</sup> *Jakobs, Timpe* (como nota 15).

ción de la posesión (producción de debilidad como lesiones, destrucción de medios de acción como daños, etc.), o bien no forma parte de aquello mediante lo que se determina de modo dominante la persona: precisamente la posesión.<sup>28</sup> La única posibilidad de llegar a ser un delito sin aquella conversión consiste en vincular la disminución del conocimiento y de la libertad de utilizar facultades a una modificación de la posesión y, precisamente, a la conducta realizada por la propia víctima como instrumento que actúa en error o bajo coacción, o sea, al trato con la posesión “cuerpo” logrado con conductas fraudulentas o con extorsión. Así sucedió también en relación con las coacciones, “descubiertas”<sup>29</sup> justo en aquel momento: lo que produce la consumación no es ya el “robo” (la sustracción violenta) de la libertad, sino sólo la conducta a la que se coacciona,<sup>30</sup> y ya entonces todavía subsisten dudas en primer lugar acerca de si el impedimento de la realización de “caprichos” o “arbitrariedades” podía ser un resultado delictivo idóneo<sup>31</sup> –una cuestión que, en relación con el hurto frente a personas acomodadas, debería plantearse inmediatamente, pero que allí sólo se plantea por revolucionarios y anarquistas.

Ciertamente, no es ninguna casualidad que precisamente en ese tiempo se disolviera el entendimiento en favor del *falsum* como delito autónomo.<sup>32</sup> Es verdad que el estado de la teoría de ese delito era lamentablemente poco desarrollado, pero al delito se le pudo haber dado un soporte sólido con el reconocimiento de que la orientación constituye a la persona igual que su cuerpo; en la medida en que no estaba ya protegida en su base corporal, la orientación no se incluyó de modo general entre las mercancías de la sociedad burguesa, sino únicamente ligada al patrimonio económico, a la “posesión”, principalmente a través de la formulación de la estafa en su comprensión moderna<sup>33</sup>, así como de ulteriores casos de ataque a la posesión mediante la utilización del poseedor como un instrumento desorientado.<sup>34</sup> Además, del *falsum* quedó la falsedad documental –mientras tanto, la falsedad de moneda y alguno más se hicieron autónomos–, teóricamente insegura hasta hoy en cuanto al fundamento y límites<sup>35</sup> (respecto de la cual al menos en parte se reconoció que se consuma con la producción de la

<sup>27</sup> Sobre esto *infra* en el texto a la nota 41.

<sup>28</sup> Véase también *Kindhäuser* Strafrecht BT II, Straftaten gegen Vermögenswerte, Tlbd. 1, Eigentumsdelikte, 21999, § 2 n. m. 33 sobre la “función publicitaria” de la posesión del objeto.

<sup>29</sup> El “descubrimiento” fue posible después del tránsito del orden corporativo al burgués-estatal. Sólo después hubo una libertad *general* de conducta y no sólo libertades segmentarias; véase al respecto *Böckenförde* Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, en: E. Forsthoff (editor), L. v. Stein, Gesellschaft - Staat - Recht, 1972, 513 ss, 520.

<sup>30</sup> Preussisches Allgemeines Landrecht II 20 § 1070; *Tittmann* Beiträge zur Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube aus dem Strafrecht, 1858, 169.

<sup>31</sup> *Glaser* Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1858, 169.

<sup>32</sup> *Jakobs* (nota 7), 1 ss.

<sup>33</sup> Además, pudo suceder que el orden estatal burgués, liberal (sobre esto *supra* nota 29), igual que hizo posible y necesario el delito de coacciones, debido a su mayor complejidad sólo permitiera la formulación del derecho a no ser desorientado de modo segmentado, por ejemplo, en el ámbito económico, precisamente el de la estafa.

<sup>34</sup> Ya *Tittmann* Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 3. Theil, 1809, § 511 nota w.

<sup>35</sup> *Jakobs* (nota 7), 1 ss, 5 ss y *passim*.

desorientación)<sup>36</sup>. – La forma de determinación de la consumación aparece del modo más claro en la estafa en la comprensión moderna acabada de mencionar: la *desorientación* no es *per se* suficiente, antes bien, debe seguir una disposición perjudicial para el patrimonio por parte de la víctima, pero no se exige que ésta sufra por el daño patrimonial.<sup>37</sup>

Si nos deshacemos del dominio de la tenencia de cosas y valores patrimoniales, incluido el cuerpo con su integridad, entonces las lesiones o los daños corresponden a la disminución del estado de orientación y al gravamen sobre la libertad para utilizar una facultad. Pero si se procediera a la inversa, ajustando los “delitos de posesión” al otro grupo, entonces deberían completarse en relación con la exigencia de una conducta como consecuencia derivada de la disminución de la posesión. Ciertamente, esto último no sería lo preferible; la lesión del Derecho está completa con la disminución de la posesión y, como ya se indicó, las consecuencias desagradables no pueden enjuiciarse por el autor en una sociedad que posibilita contactos anónimos.

También después del engaño<sup>38</sup> o de la aplicación de violencia, o de una amenaza está completa la lesión del Derecho y, por lo tanto, se da la consumación. ¿En las coacciones debe, consecuentemente, eliminarse la exigencia de una conducta realizada bajo coacción? Como se pondrá de relieve, esto tampoco sería preferible como solución general, antes bien, en algunos sectores existe alguna razón para el tratamiento diferenciado de la propiedad de la persona según si se trata de la “posesión” o no, pues la probabilidad con la que una lesión del Derecho da lugar a consecuencias desagradables puede ser distinta según los grupos de casos.

Con la muerte termina la persona; por lo tanto, siempre se dan consecuencias para la conducta ulterior. – Una pérdida en la integridad corporal es significativamente y casi siempre un gravamen que limita la conducta del lesionado. – De todos modos, respecto de los objetos puede suceder que el propietario no advierta su pérdida antes de que se hubieran deteriorado de todos modos, pero tal cosa no determina ni la especificidad de la posesión del objeto, ni se puede delimitar con nitidez. Ocasionalmente incluso el propietario puede no registrar en absoluto la pérdida de un objeto. Si lo hubiera utilizado, en el caso de que se hubiera quedado con él y se hubiera dado cuenta, su conducta se vería influida por el hecho; si no lo hubiera utilizado aun en el caso de que permaneciera allí (el joyero olvidado en la cómoda), entonces la propiedad hubiera pasado a otro en algún momento, etc., de modo que, tampoco entonces es habitual un

<sup>36</sup> *Feuerbach* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (editado por Mittermaier), 141847, § 414 nota 1 del editor; sobre esto *Jakobs* (nota 7), 89 ss.

<sup>37</sup> La denominación “disposición” es mala porque sugiere que la víctima dispone (!) sobre una alternativa de acción. En tanto que la víctima no conoce el proceso que desplaza el patrimonio (omite la realización de su derecho con desconocimiento de su existencia, condicionado por el engaño) le falta la alternativa de conservar el patrimonio, y en tanto que no conoce el efecto perjudicial de una disposición que sí conoce (entrega un objeto patrimonial con error sobre la contraprestación, condicionado por el engaño) le falta igualmente el freno necesario para conservar del patrimonio. ¡La desorientación es *vis absoluta!* – Ocasionalmente es también *vis compulsiva*, porque desvía *forzosamente* el cauce por el que la situación se hubiera resuelto racionalmente, fuerza absoluta; lo mismo ocurre en la amenaza.

<sup>38</sup> Como se señaló más arriba en II (texto de las notas 19 a 21), no se trata de toda mentira, sino de la lesión del *derecho* a no ser desorientado.

hecho carente por completo de consecuencias, ni se puede delimitar. Lo mismo ocurre en relación con los objetos que el propietario no puede utilizar –sus herederos los utilizarán; si también esto se excluye (la joya perdida en el bosque en un lugar desconocido; alimentos que se deterioran rápidamente), el derecho pasa, desde luego, a ser *nudum jus*, pero no es ninguna decisión errónea que el legislador no se haya centrado en tales supuestos marginales. Por lo tanto, en general un “delito de posesión” da lugar a consecuencias desagradables en relación con la víctima; éstas pueden presumirse.

En relación con una disminución del conocimiento o de la libertad no cabe establecer semejante presunción de consecuencias desagradables, al menos no como presunción general. Por regla general existe más orientación de la que una persona necesita actualmente. ¿Quién necesita para dirigir su vida en ese momento todos los conocimientos actuales y todos sus recuerdos correctos que pueden activarse? Y en lo que se refiere a la configuración de la conducta de una persona, en la medida en que ésta todavía pueda elegir, dispone *per definitionem* de la elección sobre más de lo que puede realizar, y lo no elegido no puede, a diferencia de la “posesión”, acumularse y volver a utilizarse en algún momento (por ejemplo, transmitirse por sucesión), antes bien, se sacrifica con el acto de elección, se “abandona”, con lo que el correspondiente conocimiento especial pierde la condición de ser un conocimiento actual de orientación. Dicho con un ejemplo: quien sustrae al propietario un objeto inalcanzable por tiempo indefinido perjudica a la persona; pues ésta lo *es* como propietaria de objetos y la realidad de esta existencia se presume, porque constituye la regla general. Por el contrario, quien engaña a otro acerca de cómo deben realizarse negocios lucrativos, o quien obstruye un camino que otro podía tomar, perjudica igualmente a la persona, pues ésta lo *es* también como propietaria de su orientación y su libertad. ¿Pero qué persona realiza todos o casi todos los negocios que se le proponen, y transita todos los caminos que podría recorrer a su elección? En relación con la orientación y la libertad, por lo menos en algunos sectores, debe presumirse *la ausencia* de consecuencias desagradables de la lesión del Derecho, precisamente de modo distinto a lo que ocurre respecto de los ataques a la “posesión”. Respecto de la disminución del conocimiento y de la libertad se trata, por lo tanto, de una sustracción consumada de oportunidades en la que, con alguna probabilidad, la oportunidad se hubiera rechazado por su propietario como carente de valor.<sup>39</sup>

La solución de la ley de exigir más que la desorientación y la pérdida de libertad para la consumación, y exigir para la estafa una disposición perjudicial y respecto de las coacciones una conducta coaccionada, se ajusta a este diagnóstico: en la conducta de la víctima se pone de manifiesto la importancia del ataque a la orientación y la libertad, formulado de otro modo: se pone de manifiesto si se producen consecuencias desagradables y respecto de quién se producen (y, a diferencia de lo que ocurre con los “delitos de posesión”, esto supone que no son prácticamente todos los que resultan lesionados en su derecho).<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Pero, sin embargo, una constelación de violencia puede estar consumada como “delito de posesión”, por ejemplo, con la obstrucción del camino en el ejemplo anterior a través de la producción de daños en el camino.

<sup>40</sup> La solución de la ley ofrece asimismo la ventaja de vincular la realización del tipo a un suceso que también

Sin embargo, la solución de la ley sólo se ajusta partiendo de este diagnóstico; en la medida en que de *lege ferenda* pueden delimitarse grupos de casos en los que despunta la presunción de que se producirán consecuencias desagradables, el tipo debe limitarse a la consumación del ataque a la propiedad –entendida en sentido amplio–. Un grupo de casos lo constituye, ya en el Derecho vigente, la detención en sentido estricto. En la libertad ambulatoria se agrupan las condiciones de un gran número de libertades especiales (viajar a x o a y, etc., ir a la ópera, presentarse en el lugar de trabajo, etc.) y, del mismo modo que, respecto de la “posesión” de una persona, alguien situado en el exterior no puede arrogarse ningún juicio sobre la situación de utilización, debe dejar a la persona su libertad ambulatoria sin especulaciones acerca de si y en qué medida tendrá lugar la utilización. Por lo tanto, la detención está típicamente consumada tan pronto como ha sido eliminada la libertad ambulatoria, con independencia de si la víctima ha registrado el hecho (como el hurto se consuma típicamente también como hecho secreto con la sustracción). El sueño o la debilidad de la víctima no excluyen la consumación típica, y menos la falta de ganas de moverse.<sup>41</sup>

No vamos a seguir investigando si del tipo general de las coacciones pueden separarse ulteriores grupos de casos, pero la cuestión puede ser afirmada –no sólo para el impedimento de la formación de la voluntad, que está claro hasta cierto punto y en el cual casi siempre sigue una conducta coaccionada–: siempre que el engaño, la violencia o la amenaza excluyan la elección de una alternativa de acción que sólo *deja* de utilizarse en casos marginales, y éstos pueden ser los casos normales de coacción intencionada (¿por qué, sino, el autor se toma la molestia de realizar el hecho?), para la consumación del tipo no se debe añadir nada más allá de la lesión de la propiedad sobre la orientación o sobre la libertad. Lo mismo es válido para casos de coacción a través de conductas con eficacia pública (obstrucción de un camino público, atajar una creencia pública, la difusión pública de información errónea), respecto de las cuales *ex ante* puede no estar claro quién será coaccionado, pero sí estar claro que alguien lo será. Así como el hurto de un libro que sucede hoy, también se consuma hoy si aquel al que se le hurta sólo tenía la intención de leerlo mañana, la destrucción que se realiza hoy de un medio de transporte consuma hoy (junto a los daños) la coacción de permanecer en el lugar, aunque el desplazamiento estuviera previsto para mañana y, asimismo, la desorientación sobre el valor de una cosa que tiene lugar hoy, también consuma hoy la coacción respecto del trato mercantil irracional aunque mañana debiera comerciarse con ella<sup>42</sup>; pues mi derecho, mi propiedad –entendida en sentido amplio– como oportunidad de un acto de organización se ha perdido hoy en todos los casos.

Semejante restricción del tipo a la consumación material del delito contra la perso-

externamente es significativo, precisamente a la conducta coaccionada (o lograda con conductas fraudulentas), mientras que, por el contrario, la pérdida de orientación o libertad a menudo puede quedar como suceso psíquico oculto. Es posible no darle gran importancia a esto, pues tampoco la conducta coaccionada (o lograda con conductas fraudulentas) será siempre un indicio de cómo se ha llegado a ella: precisamente mediante la pérdida de un derecho.

<sup>41</sup> Kargl JZ 1999, 71 y ss con anotaciones acerca de la controvertida situación doctrinal; en la jurisprudencia: BGHSt 14, 314 ss, 315; 32, 183 ss, 188 ss.

<sup>42</sup> Sobre la conducta fraudulenta como medio de coacción ya *supra* en II (texto a la nota 17).

na ofrecería la ventaja de que, con el elemento objetivo del tipo relativo a la conducta coaccionada (o lograda con conductas fraudulentas), también dejaría de tener lugar la exigencia de un dolo respecto de semejante conducta. Al proceder a la construcción de delitos, en el supuesto básico una sociedad en gran medida anónima de personas libres no debería centrarse en una circunstancia cuya concurrencia o no concurrencia a menudo el autor no la puede enjuiciar de modo competente, lo que ocurre precisamente en relación con el modo en que está configurada la organización interna de su víctima y cuáles serán, de acuerdo con esto, las consecuencias de una lesión del Derecho. Cuando el autor sabe que lesiona el derecho de una persona debe contar con todas las posibilidades, y habrá tenido suerte cuando el daño ha sido pequeño. Sin embargo, esto presupone la construcción de un modelo específico de hecho que permita presumir consecuencias desagradables tras una lesión de la propiedad –entendida en sentido amplio–, como ocurre en el caso de los “delitos de posesión”. En relación con las coacciones puede centrarse, por ejemplo, en una afectación de la situación motivacional que permita esperar que, a partir de ese momento, ya no tenga lugar una motivación que, en otras circunstancias, sí que hubiera tenido lugar: con la amenaza o la violencia reconocida por la víctima se ha perdido la libertad. Pero, de modo análogo a lo que sucede en la detención, también pueden construirse modelos específicos relativos a la modificación de la situación externa en la que se enmarca la conducta: con la imposibilidad objetiva de realizar una determinada conducta que cabía esperar que se realizara es incompatible la libertad de realizar esa conducta. Dicho con un ejemplo: del mismo modo que un encierro es una detención, sin considerar los planes y los conocimientos de la víctima<sup>43</sup>, también cerrar una puerta con llave puede ser *ceteris paribus* una coacción a no entrar en un sitio, o la obstrucción de un camino puede ser una coacción a no utilizarlo, etc. Con este último modelo específico de hecho se habría alcanzado el pleno paralelismo con un delito de posesión; pues en un caso límite no tendría importancia si la víctima podía utilizar su derecho. Evidentemente, esto debe seguir siendo un caso límite; una presunción densa de consecuencias desagradables debe acuñar el modelo específico de hecho. – Fuera de tales modelos específicos de hecho –y, por ello, *de lege lata* respecto de todos los supuestos, excluidas, de todos modos, las detenciones– debe conservarse, para bien o para mal, la exigencia de una conducta coaccionada.

#### IV.

En los “delitos de posesión”, la lesión del Derecho produce la consumación porque se presumen consecuencias desagradables de dimensiones superiores a la mera bagatela; en las coacciones, la conducta coaccionada es, *de lege lata*, una consecuencia desagradable demostrada. Estas consecuencias desfavorables –que se presumen o concurren– son componentes del injusto del respectivo delito. De todos modos, de las consecuencias desagradables de una lesión del Derecho debe distinguirse una ulterior lesión del Derecho concurrente, y de esta distinción –¿dónde se consuma un determi-

<sup>43</sup> Véase *supra* (texto a la nota 41).

nado delito contra la persona y cuándo empieza uno ulterior?— se ocupa este último apartado. En particular, se trata de la determinación de qué efectos coactivos concurren en la consumación de un delito o deben presumirse, y cuáles se presentan como resultado de uno ulterior; por ejemplo, el hurto sólo debe castigarse como hurto y no, además, como coacciones a no poder disponer de la cosa, pues el delito general cede, ¡pero el hurto de la última llave para salir será también una detención! — Además sucede que, como delito general contra la libertad, las coacciones son apropiadas para llenar todas las lagunas entre los delitos concretos contra la persona, con lo cual se habría introducido la decisión de la ley de dejar impunes algunas lesiones del Derecho como, por ejemplo, la sustracción de objetos; de nuevo con un ejemplo: una sustracción impune de objetos realiza todos los elementos de unas coacciones y, concretamente, de unas en relación con la exclusión temporal del trato con la cosa pero, por sí solo, esto no debe bastar para la punibilidad: se produce un efecto oclusivo de la impunidad especial para el delito más general.

Quien agrede una determinada faceta de la propiedad —entendida en sentido amplio— no necesariamente se limita a ello, sino que, al mismo tiempo, puede agredir otra faceta o agredir de nuevo la misma. En principio, esto también está fuera de discusión, al menos para los “delitos de posesión”; por ejemplo, quien echa a perder un alimento, de modo que su consumo conduce a una enfermedad, no realiza únicamente unos daños con las —aquí denominadas— consecuencias desagradables, sino que, además, realiza unas lesiones; quien hurta pastillas para el corazón que se necesitan urgentemente realiza un hurto y un homicidio; quien daña una cañería, de modo que el agua que fluye daña un parterre, realiza también unos daños en el parterre; quien vende como medicamento píldoras que perjudican la salud realiza una estafa y unas lesiones, etc. Formulada de modo general, el injusto de la lesión de una faceta de la propiedad no abarca el de la lesión de otra o una lesión ulterior de la misma.

Las dificultades surgen en la relación con las coacciones: puesto que éstas, como delito general contra la libertad, se realizan *en sí mismas* en cualquier otro delito contra la persona, debe decidirse lo que de la pérdida de libertad debe imputarse a ellas y lo que no es abarcado por ellas, debiendo añadirse a las coacciones. A menudo se ha intentado encontrar una solución en la parte subjetiva del hecho, más exactamente, en la referencia a la intención;<sup>44</sup> cuando al autor le interesa una determinada conducta de la víctima, su obtención violenta debe imputarse de modo específico. Esto conduce a resultados que, por lo menos, extrañan. Por ejemplo, cuando el autor destruye un coche y dos personas pierden un avión debido a la ausencia de un medio adecuado de transporte al aeropuerto, pero al autor sólo le importaba la conducta coaccionada de una de esas personas, mientras que las consecuencias para la otra “sólo” las reconoce como más o menos seguras, la relevancia de esta diferencia de las clases de dolo para el injusto de las coacciones realizado es totalmente incomprensible.<sup>45</sup> La relevancia de la

<sup>44</sup> Schönke/Schröder/Eser StGB, <sup>25</sup>1997, § 240 n. m. 43; Maurach/Schroeder Strafrecht BT, Tlbd. 1, <sup>8</sup>1995, § 13 n. m. 41 con anotaciones; ampliamente Timpe (nota 15), 176 ss; también Jakobs (nota 15), 811.

<sup>45</sup> La diferencia entre la coacción a no abandonar un determinado lugar y la relativa a no ir a visitarlo radica— junto con lo fenotípico— en la cantidad de las consecuencias desagradables que se presumen, y sólo en eso puede

diferencia tampoco se apoya mediante conjeturas teóricas, sino que se basa precisamente en un estudio teórico deficiente. Del mismo modo que, en una sociedad anónima de personas libres, el autor no puede enjuiciar competentemente el estado de la organización interna de la víctima y, por ello, incluso por prescripción del Derecho vigente, en los delitos de posesión no puede remitirse de modo exculpatario a especulaciones al respecto, que representan siempre arrogaciones, del mismo modo, a la víctima no sólo le es ampliamente imposible, sino que ni siquiera es su labor, preocuparse de la organización interna, de las intenciones y planes del autor,<sup>46</sup> y, por ello, en una sociedad anónima de personas libres, en el caso básico debería tipificarse el hecho sin referencia a los planes del autor.<sup>47</sup> Si se hace tal cosa, al concepto de coacción no pertenece ningún ánimo de coaccionar, sino que basta toda ausencia de consideración frente a la libertad ajena. Por ejemplo, cuando un autor deposita sin autorización materiales en la entrada de una estación y algunos pasajeros no pueden salir del edificio, se les está privando típicamente de su libertad, – y cuando otros no pueden entrar, ¿acaso no están coaccionados si falta una referencia a la intención? Considerado al revés resulta lo siguiente: ¿Por qué deben añadirse *siempre* unas coacciones a otro delito contra la persona cuando el autor perseguía una determinada conducta de la víctima? Que, tras

fundamentarse la especialidad típica. En el primer caso deben presumirse siempre consecuencias desagradables y, además, en forma diversa (por ejemplo, quien no puede abandonar Königsberg debe ser un Kant para no padecer numerosas privaciones), por el contrario, en el último supuesto a menudo no debe presumirse ninguna en absoluto (por ejemplo, la imposibilidad de utilizar un camino que no lleva a una meta deseada no excluye efectivamente nada). – Pero en el caso concreto puede invertirse la importancia.

<sup>46</sup> La consideración de intenciones es necesaria en un Derecho penal negativo-intimidatorio: al motivo tentador se le debe crear un contramotivo y, en esta medida, por completo en el sentido de *Feuerbach* *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1. Teil, 1799, 43 y ss (sobre esto, crítico *Naucke* *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, 43 ss; *Lesch* [nota 9], 48 ss); sin embargo, *Feuerbach* desconoce que la fuerza del motivo y la importancia social del hecho no se acoplan armónicamente; sobre esto *Jakobs* en: *Kodalle* (editor), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, 29 ss, 31.

<sup>47</sup> Por ello, el tipo del hurto debe interpretarse del modo siguiente: la acción, el quebrantamiento del derecho de propiedad, es la sustracción (en el fondo, asimismo *Kindhäuser* [nota 28], § 2 n. m. 79, 96, quien concibe la sustracción como acto de apoderamiento, más exactamente, como *ruptura* de la conservación); sin embargo, este acto – a diferencia del homicidio o las lesiones – es a menudo reversible, pero no siempre, por ejemplo, cuando la víctima de un robo en un lugar lleno de gente desaparece rápidamente entre la multitud, o cuando el golpe sucede de tal modo que el objeto es lanzado al lago por encima de la borda y el caso una reversión rápida hace surgir la presunción de consecuencias desagradables o carece de sentido. Cuando no tiene lugar ninguna reposición, permanece el quebrantamiento del derecho de propiedad; por lo tanto, esa permanencia no debe ser destacada ulteriormente, sino sólo la particularidad de una reversión propuesta: quien sustrae es ladrón, a menos que lo haga con el propósito seguro de una pronta reversión. El ánimo de apropiación no fundamenta ningún hurto, sino que la voluntad de devolución excluye el dolo de hurto (la sustracción permanente de un objeto es, por lo tanto, un hurto; sobre esto *Wallau* JA 2000, 248 ss). Además, el ánimo de apropiación sirve a la delimitación con los daños (la sustracción para destruir es en sí también un hurto, *scilicet* lesión del derecho de propiedad a través de la sustracción) – un problema de la técnica legislativa (también sobre esto *Kindhäuser* [nota 28], § 2 n. m. 104 ss), pero no del concepto de los delitos contra la persona. – Del mismo modo, los elementos del primer grupo (móviles abyectos) y del tercer grupo (intención de posibilitar y encubrir) del asesinato no pueden entenderse como cualificaciones, sino que deben entenderse como exclusión de privilegios: el desvalor jurídico de la ocasión (sobre esto *Jakobs* NJW 1969, 489 ss; *SK-StGB-Horn* [septiembre 1999], § 211 n. m. 8 ss) no agrava algo así como un “caso normal”, sino que el homicidio sin la ocasión que se valore jurídicamente es el caso básico no privilegiado: “mejores” ocasiones pueden privilegiar. – En relación con la intención de encubrimiento (y quizás también respecto de los elementos del primer grupo) el cálculo utilitarista de que debe prevenirse un motivo peligroso puede, además, proporcionar una razón para la construcción del tipo sin que, no obstante, este cálculo pueda *per se* ofrecer una razón jurídica referida a la relación entre *personas*.

un delito contra la persona, a la víctima le falte algo y deba arreglárselas con esa carencia también puede quedar compensado a través de la pena de ese delito en los casos en los que concurre una intención.

Para la solución debe recordarse que, respecto de todos los delitos contra la persona, se trata de la arrogación por parte del autor de la facultad de impedir la formación del mundo a través de la víctima o determinarla en cuanto a su contenido: todo delito contra la persona es *vis* y precisamente, considerado más detalladamente, es siempre una *vis absoluta*<sup>48</sup>. De acuerdo con esto, en lo que debemos centrarnos es en la duración con la que se mantiene la *vis*, en si la situación de coerción de la víctima se agota en la disminución de la realización de uno de sus derechos a partir de ese momento, o si la pérdida conduce necesariamente a la pérdida de la realización de un derecho *ulterior* que, en tanto que derecho *ulterior*, no queda abarcado por el inmediatamente atacado y, por ello, debe mencionarse junto a él; en el último caso sigue (1) al “delito de posesión” uno *ulterior*, (2) a las coacciones unas *ulteriores*, (3) a las coacciones un “delito de posesión” y (4) *vice versa*. Al principio de este apartado (IV) ya se han mencionado ejemplos del primer grupo; a continuación siguen algunos en relación con el resto: (2) quien, desde un puente, lanza al agua a una víctima coacciona a soportar el lanzamiento y a nadar. (3) Quien fuerza al propietario de un perro a envenenar al animal realiza unas coacciones y, además, unos daños. (4) Quien hurta un medicamento que se necesita urgentemente, fuerza a la víctima a ir de nuevo a la farmacia. – Las consecuencias desagradables habituales, especialmente las pequeñas, pueden quedar consumidas; así, por ejemplo, en el último ejemplo, el esfuerzo *normal* de la recuperación. Sin embargo, esto no significa que no concurra ninguna consecuencia desagradable, sino que ya se toma en consideración en el injusto del delito cometido anteriormente.<sup>49</sup>

Con arreglo a las mismas reglas debe decidirse si a una conducta que lesiona el Derecho pero que no es *per se* típica, por ejemplo, a una sustracción de un objeto no tipificada legalmente, se le añade un excedente delictivo: sólo es impune la producción de una pérdida temporal del objeto, pero no una situación *adicional* de coerción. Quien, por ejemplo, sustrae transitoriamente una guía telefónica, no responde de que la víctima no pueda consultar ningún número de teléfono durante algún tiempo. Pero si la víctima, para evitar daños graves, tiene que telefonear pronto y, por ello, se traslada urgentemente a la oficina de correos, esto son unas coacciones, igual que lo sería –sin discusión– la exigencia de ir a la oficina de correos bajo la amenaza de los mismos daños. Y quien en el momento decisivo sustrae brevemente el salvavidas es un homicida.

La situación de coerción que se produce debe constreñir de acuerdo con un juicio *objetivo*, o sea, de modo inevitable según las leyes de la naturaleza (ejemplo al principio del apartado y ejemplo 3: ¡el veneno dado al animal es absolutamente eficaz!), o bien de modo que la víctima, compulsivamente, posibilite como instrumento del autor la continuación del proceso (ejemplo a 2 y a 4), o sea, especialmente (condicionado por

<sup>48</sup> Véase *supra* (nota 37).

<sup>49</sup> *Jakobs* (nota 8), 31/30 ss.

el engaño en la desorientación o) verificando cambios de modo objetivamente razonable para evitar daños mayores. Las reacciones arbitrarias de la víctima al ataque no pueden imputarse al autor. Así, la adquisición de lo equivalente de una cosa sustraída delictivamente o la recuperación de una conducta impedida previamente de modo delictivo no suceden *per se* para la liberación de una situación de coerción: pueden faltar sin que eso fuera irracional. En la medida en que la víctima realiza cambios en su propia esfera de organización, sería evidentemente erróneo exigir un saldo relevantemente positivo; antes bien, debe bastar que la configuración tenga lugar de modo objetivamente racional y no sólo arbitrario. En el fondo, no se trata más que de la determinación de la cualidad de instrumento en la autoría mediata o –como subcaso– de la afectabilidad suficiente del mal con el que se amenaza en el ámbito de los delitos de coacciones, o –de nuevo como subcaso– del vínculo entre la desorientación y la disposición en la estafa.

## V.

“Todo lo que de algún modo aparece como elemento esencial del tipo especial nunca es sólo algo especial, sino, asimismo, algo general que desde esta perspectiva reclama su debida consideración en la parte general.”<sup>50</sup> Sin caer en contradicción, se haría bien en entender la fijación de la consumación como uno de estos “elementos esenciales del tipo especial” y poder reclamar su “debida consideración en la parte general” y, asimismo, deben y pueden explicarse con ayuda de principios generales algunas peculiaridades específicas de algunos delitos que subsisten como, por ejemplo, la prolongada realización del tipo de los delitos que no son de posesión. Tanto la comprensión como la crítica de la policromía de la parte especial presuponen *una cosa*, el desarrollo de una teoría de los colores en la parte general.

<sup>50</sup> Hälschner Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 2, Der besondere Theil des Systems, Erste Abtheilung, 1884, 1.