

ANDRÉS FALCONE

COMPETENCIA E IMPUTACIÓN

Un aporte para la superación
de la teoría del injusto personal

Prólogo de
Michael Pawlik

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	11
LISTADO DE ABREVIATURAS	13
PRESENTACIÓN	15
CAPÍTULO 1 FUNDAMENTACIÓN DEL DEBERDE COOPERACIÓN DEL CIUDADANO	29
I. TRÁNSITO DEL SÚBDITO AL CIUDADANO EN EL SURGIMIENTO DEL ESTADO MODERNO	29
II. CONCEPTO DE LIBERTAD REPUBLICANO-COOPERATIVISTA.....	35
III. EXTENSIÓN DEL IMPERIO DE LA LEY DEL ESTADO	44
IV. SUJETO DE IMPUTACIÓN <i>QUA PERSONA</i>	53
V. ¿DEBER DE COOPERACIÓN DEL EXCLUIDO?	63
CAPÍTULO 2 CONCEPTO DE DELITO <i>QUA INJUSTO</i> DEL CIUDADANO	71
I. GENERALIDADES.....	71
II. MOMENTO FUNDAMENTALMENTE UNIVERSAL DEL DELITO	80
III. MOMENTO FUNDAMENTALMENTE PARTICULAR DEL DELITO	95
IV. INJUSTO CULPABLE COMO ÚNICO INJUSTO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE (<i>KRIMINALUNRECHT</i>).....	108
V. SUPERACIÓN DEL DELITO MEDIANTE LA RESPUESTA PUNITIVA.....	120
CAPÍTULO 3 SISTEMA DE COMPETENCIAS	133
I. TIPO GLOBAL COMO TIPO DE COMPETENCIA	133

	<u>Pág.</u>
II. COMPETENCIA NEGATIVA DE RESPETO.....	139
III. COMPETENCIA POSITIVA DE FOMENTO.....	148
IV. COMPETENCIA A CARGO DE LA COMUNIDAD DELICTI- VA	161
V. COMPETENCIA PREFERENTE DE LA VÍCTIMA.....	173
 CAPÍTULO 4 REGLAS DE IMPUTACIÓN.....	 193
I. GENERALIDADES.....	193
II. CONDUCTA COMO EXPRESIÓN SINGULAR DE SENTIDO ..	199
III. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA INCUMBENCIA.....	211
IV. INCUMBENCIA DE CONOCIMIENTO.....	217
V. INCUMBENCIA DE MOTIVACIÓN	232
 BIBLIOGRAFÍA.....	 243

PRÓLOGO

¿Qué hace que una monografía jurídica sea significativa? Una respuesta obvia sería la siguiente: significativos son aquellos tratamientos dogmáticos que se concentran en una cuestión especial que a primera vista parece limitada, pero la tratan de manera tan detallada y exhaustiva que el lector termina el recorrido con la impresión de que el tema en cuestión ha sido iluminado en todas sus aristas y ha sido concluido hasta nuevo aviso. Ciertamente, esta respuesta no es incorrecta, pero sí es incompleta. De hecho, deja de lado aquellas monografías que impresionan porque dibujan grandes arcos intelectuales sobre una base teórica ambiciosa y de ese modo, por así decirlo, mapean toda una provincia científica, aunque ello sea a vuelo de ave. Mientras que las monografías del primer tipo, en palabras del teórico de la ciencia estadounidense Thomas Kuhn, operan dentro de un paradigma establecido, las obras del segundo tipo se atreven a desafiar ese paradigma y proponer una alternativa a él.

Es obvio que esta última estrategia es la más arriesgada. Pero también es a ella que el Derecho penal siempre le adeuda sus innovaciones más importantes. De acuerdo con la regla general de que en la ciencia como en el resto de la vida la carga de la prueba recae sobre aquellos que se desvían de una práctica existente, la justificación de tales obras se encuentra por supuesto bajo una gran presión. No solo deben demostrar que la perspectiva anterior conduce a problemas relevantes en ciertos casos individuales y que el nuevo enfoque propuesto exhibe mayor capacidad en la resolución de estas cuestiones concretas, sino que deben demostrar también, más aún, que este enfoque resulta preferible más allá de las cuestiones especiales tratadas porque es superior a la visión anterior en cuanto a su estructura teórica general. En esta monografía, Andrés Falcone ha dado un paso decisivo y en mi opinión muy convincente en el cumplimiento de esta pretensión de justificación.

Muchos años de intenso trabajo científico han convencido a Falcone de que la dogmática de la intervención delictiva se encuentra en una crisis de la que no puede escapar sin un cambio fundamental en el enfoque: el cambio de paradigma que se acaba de mencionar. Sin embargo, Falcone también ha notado que no es suficiente señalar las dificultades en cuestión y luego hacer una contrapropuesta que, aunque ostente mayor capacidad de hacer frente a estas dificultades, se base en premisas no comprobadas de la teoría del delito y la filoso-

fía general. Más bien, constituye para él un imperativo de honestidad científica revelar estas premisas, explicarlas y exponerlas a una discusión crítica. El resultado de este esfuerzo es el presente libro.

Es un largo camino el que Falcone recorre en él. Abarca desde la justificación del castigo, hasta las teorías de la competencia y la imputación, pasando por la redefinición del concepto de delito. Desde el punto de vista del pensamiento convencional del Derecho penal, Falcone presenta tesis audaces, incluso provocativas. Por ejemplo, sostiene que el delito debe entenderse como un incumplimiento del deber y no como lesión de un bien jurídico, y niega la relevancia de la distinción entre injusto y culpabilidad en la teoría del delito. ¿Aboga Falcone por un nuevo modelo autoritario en la teoría del Derecho penal? No, por el contrario se trata de extraer ex negativo, por así decirlo, las consecuencias de lo que constituye y distingue a un ordenamiento jurídico liberal: ciudadanos que están dispuestos y son capaces de erigir sus acciones y que, al actuar, cumplen con su responsabilidad común de mantener el estado de libertades en el que tienen la suerte de vivir.

Por consiguiente, el concepto de conducta también está en el centro de las teorías de las competencias y la imputación de Falcone, en las que analiza cuál es el alcance de la responsabilidad de un ciudadano por los intereses de los demás y en qué condiciones se le puede imputar a él el incumplimiento de su aporte como infracción del deber. El énfasis de Falcone en el concepto de conducta podría evocar reminiscencias del finalismo de Hans Welzel, pero ello sería nuevamente desacertado. El concepto de conducta de Falcone es mucho más sofisticado que el de Welzel, ya que mientras este permanece en el ámbito de lo instrumental, el de Falcone se enlaza con el pensamiento racional de la filosofía clásica alemana, de modo que actuar implica tomar una posición frente a las exigencias normativas mediante el ejercicio de una responsabilidad libre, ya sea aceptándolas o rechazándolas. Las consecuencias de este concepto de conducta para la teoría de la intervención delictiva son de largo alcance. Estas serán expuestas por Falcone en el volumen que sigue al presente libro.

Espero que estas breves observaciones por sí solas demuestren que Falcone ha logrado escribir un libro tan valiente como profundo. Habrá oposición, sin duda. Pero estoy convencido de que todos sus lectores, los que lo aprueban y sus críticos, se beneficiarán enormemente de su lectura. Por tanto, les deseo tanto a la ciencia jurídico-penal argentina como a la alemana un animado debate sobre las tesis de Falcone.

Prof. Dr. Michael Pawlik, LL.M (Cantab.)
Albert-Ludwigs-Universität de Friburgo

PRESENTACIÓN

1. En su consagratorio *Discours de la méthode*, René Descartes aborda un problema con el que se enfrenta, en mayor o menor medida, cualquier filósofo que se encuentra en los primeros estadios de sus investigaciones morales: ¿cómo se puede vivir de un modo moralmente correcto sin disponer, todavía, de un sistema moral sólido que sirva como guía? Su respuesta es la siguiente: del mismo modo que quien quiere reconstruir la casa en la que vive necesita hallar otra en la que pueda permanecer mientras dure la obra, también se debe adoptar una moral provisional que pueda orientar la vida mientras se elabora un sistema moral definitivo¹. Algo parecido nos ocurre a los científicos del Derecho penal en la actualidad. A diferencia de lo que sucedía algunas décadas atrás, cuando la teoría del injusto personal parecía recorrer una marcha triunfal indetenible, hoy en día esa posición se encuentra en claro retroceso, en virtud de posicionamientos críticos que se adoptan tanto desde la Teoría analítica del Derecho como desde la Filosofía del Derecho continental. El resultado es francamente desalentador para quien desee ocuparse en profundidad solo de un tema específico del Derecho penal y pasar por alto las estructuras fundamentales, puesto que ya no es posible hacerse el distraído con respecto a aquellos avances. Es necesario tomar postura y ello obliga a poner en claro, desde un comienzo, qué modelo de imputación se encuentra presupuesto en cada investigación —sobre el tema específico correspondiente—.

En lo que a mí respecta, hace ya varios años que me dedico casi exclusivamente a la investigación de la teoría de la intervención delictiva y buena parte de ellos a la preparación de una monografía integradora que se encuentra en su fase final. El libro que aquí se presenta constituía originalmente los primeros cuatro capítulos de aquella. Sin embargo, la publicación de estos como obra autónoma se debe a un consejo del prologuista de este libro que consideré acertado y, en consecuencia, seguí: si bien resultaría metodológicamente correcto desarrollar un sistema de intervención delictiva desde los fundamentos del castigo hasta las especificidades de las figuras de participación, los

¹ DESCARTES, *Discurso del método*, 2008 (1637), p. 31. Sobre ello, SALERNO/ASSALONE, en ID. (coords.), *Siempre soy*, 2021, p. 103.

dogmáticos no tendrían necesariamente interés en aquellas fundamentaciones tan abstractas y los teóricos del Derecho penal probablemente no llegarían a advertir que el libro también podría resultar de su interés. El resultado sería, entonces, un libro destinado a un público difuso, con el correspondiente peligro de constituir meramente, al decir de Jorge Luís Borges, «una cosa entre las cosas»². Por tanto, la solución sería la división: un libro sobre los fundamentos de la teoría de la imputación y otro sobre la teoría de la intervención delictiva. Aquí estamos en presencia del primero de ellos.

Como se sostuvo, el libro consta de cuatro capítulos. El primero de ellos está dedicado a la fundamentación del castigo en sentido amplio como consecuencia de la infracción de un deber de cooperación y, específicamente, a la caracterización de ese deber. Como la división fundamental en materia de intervención delictiva consiste en aquella que distingue entre delitos de infracción de deber general y especial, entendí que el primer objeto de análisis de mi investigación debía ser la conceptualización genérica del delito como infracción de un deber y la refutación de la crítica según la cual ello implicaría el favorecimiento de un Derecho penal autoritario. A este capítulo le sigue otro sobre el concepto de delito, en el que se lo presenta como injusto criminal (*Kriminalunrecht*), lo que supone la superación de la distinción aparentemente de hierro entre injusto y culpabilidad. Los dos capítulos siguientes se ocupan sucesivamente de los dos grandes órdenes de problemas que debe afrontar la teoría de la imputación: el sistema de las competencias y las reglas de imputación. De este modo, estos cuatro capítulos conforman una unidad que, como la *casa provisoria cartesiana*, ofrece refugio mientras se concluyen mis «obras» sobre la teoría de la intervención delictiva³. En lo que sigue introduciré en cuatro puntos sucesivos los ejes temáticos principales abordados en cada uno de los cuatro capítulos para introducir al lector en la obra y guiarlo en el programa que en esta se desarrolla.

2. Cualquier programa jurídico-penal que se precie de contribuir con la legitimación de este ámbito científico debe estar en condiciones de expli-

² BORGES, en íd., *Textos recobrados (1956-1986)*, 2003 (1979), p. 222: «Todo libro es sagrado, si da con el lector para quien fue escrito. Un libro es una cosa entre las cosas cuando nos aguarda en los anaqueles».

³ Luego de la lectura de los manuscritos de este libro, Assalone observó agudamente lo siguiente: si de lo que se trata es de trazar un esquema de imputación provisorio que permita continuar el análisis hasta las especificidades de la teoría de la intervención delictiva, por qué no me decidí en favor de un modelo conceptual marcadamente conservador —como de hecho hizo Descartes con las «tres o cuatro máximas» que presentó—. La objeción es interesante e invita a la reflexión. Sin embargo, entiendo que, en la medida en que propongo un retorno a los hallazgos científicos de Hegel, los hegelianos del siglo XIX, Adolf Merkel y Binding, entre otros, este trabajo sí resulta, en efecto, ciertamente conservador. Solo que no se trata de un conservadurismo que adopta irreflexivamente los postulados de la teoría del injusto personal, sino que intenta ir más allá y recuperar los fundamentos últimos de la teoría de la imputación que esta desatendió. Vaya mi agradecimiento a Assalone por su comentario y por posibilitarme esta aclaración.

car por qué resulta moralmente correcto imponer una pena a un sujeto que ha cometido un delito. Sin embargo, la teoría del delito *qua* teoría de la imputación no posee los recursos para dar autónomamente una respuesta a esta compleja cuestión, por lo que debe valerse de conceptos propios de la Filosofía del Derecho. Entonces, si se apela correctamente a esta disciplina, se puede advertir que la imposición de una pena encuentra su *fundamento* en la comisión de un delito, que se puede caracterizar como una extralimitación en una esfera de organización personal. En efecto, el concepto hegeliano de persona, a partir de sus dos momentos constitutivos de autodeterminación y reconocimiento, ha mostrado una amplia capacidad de rendimiento en favor de esta definición⁴. Si, además, esta conceptualización se enriquece con un aparato discursivo propio de la Sociología jurídica, resulta válido afirmar que las personas pueden organizar sus esferas de libertad como mejor les parezca, sin afectar las de los demás, con la *expectativa* de que ellas no sean invadidas por otras personas. Por tanto, si a partir de un ejercicio abusivo de la autodeterminación de *alter* se afecta la esfera organizativa de *ego*, entonces queda habilitada la posibilidad de establecer responsabilidad⁵.

De este modo, el concepto de persona permite dar fundamento al sinagma libertad-de-organización/responsabilidad-por-las-consecuencias. Sin embargo, que una persona resulte responsable por la afectación de una esfera de organización ajena no explica todavía por qué ella debe responder por esto *ante el Estado*. Es que, como bien entendió Hegel, el concepto de persona se ubica en un estadio del Derecho todavía abstracto o, por decirlo de un modo más didáctico, en un Derecho «aún preestatal» —según una consideración conceptual, no una histórica—. En otras palabras, el concepto de persona no está en condición de fundamentar por qué se debe responder *por* la afectación de una esfera ajena de organización *ante* el Estado, sino que la respuesta a este interrogante presupone necesariamente una relación previa entre el Estado y el agente. Según la posición que se adopta en este trabajo, esta relación previa se funda sobre una prestación: el Estado está habilitado para responsabilizar a una persona por su invasión a una esfera personal ajena porque es él quien garantiza que sus meras pretensiones se conviertan en derechos subjetivos, que sus simples aspiraciones se transformen en una libertad rica, compleja y estable. El agente, concebido primero como persona, asciende así al estatus de ciudadano. En este sentido, la fundamentación del Estado en Hegel se exhibe como superadora con respecto a la de Hobbes: el Estado no es legítimo porque protege —en un sentido externo-naturalista— al ciudadano, sino que lo es porque se encarga de la realización

⁴ En pocas palabras, se es persona cuando se puede dictar una norma para sí mismo y someterse a ella, por un lado, y cuando esta condición es reconocida por los demás miembros de la comunidad, por el otro. Véase *ut infra* § 1. IV. 2.

⁵ La importancia de los conceptos de persona y expectativa, propios de la Sociología jurídica, para el Derecho penal es destacada *ut infra* § 1. IV. 2.

de su libertad. Sin Estado no existe una libertad verdadera, sino solo las aspiraciones que son propias de la vida natural⁶. Entonces, el Estado le puede *exigir* al ciudadano —inmediatamente obediencia y mediatamente respeto a las esferas de organización ajenas— porque también *da*. Expuesto según la fórmula de la moderna teoría del castigo de Michael Pawlik: sobre el ciudadano pesa un deber de cooperar con el mantenimiento de un estado de libertades del que él se beneficia⁷, de modo que cualquier responsabilidad jurídica presupondría, en mayor o menor medida, una infracción a ese deber⁸.

Claro que con tal fundamentación de la responsabilidad jurídica se vuelven manifiestos también sus límites. Si el Estado puede exigir porque también *da*, entonces no puede establecer en cabeza del ciudadano un deber de cooperación que vaya más allá del ámbito de sus posibilidades de actuación. En lo referido a la extensión de ese ámbito, viene en consideración, en primer lugar, el territorio. De este modo, en lo que al Derecho penal respecta, la responsabilidad del ciudadano presupone que *todos* los momentos del delito hayan tenido lugar dentro de los márgenes del territorio, mientras que, en aquellos casos en los que esto no ocurre —ej.: conducta o resultado acaecidos en el extranjero, o la así llamada jurisdicción universal—, se reducen las posibilidades de encontrar en el delito el fundamento del castigo y aquel pasa a constituir un mero *presupuesto*. Así, el modelo preventivo recupera el centro del discurso, y con ello, la legitimación del castigo exhibe una merma⁹.

Algo semejante ocurre en aquellos supuestos en los que el Estado está en condiciones de posibilitar relaciones de ciudadanía y, por tanto, la realización de la libertad personal, únicamente en términos formales. En otras palabras, cuando el Estado, dentro de su propio territorio, no puede garantizar —subsidiariamente— a sus ciudadanos la disposición de los bienes mínimamente requeridos para llevar a cabo una vida digna, ¿en qué medida le pue-

⁶ La superación de fundamentación del Estado de Hobbes por Hegel es el objeto principal de análisis en *ut infra* § 1. I. 2.

⁷ Existe un malentendido ciertamente extendido e intensificado por dificultades a nivel de traducción: no se trata de, mediante la no comisión de delitos, cooperar con el Estado, sino de cooperar con un estado (con minúscula) de libertades. La diferencia no es sutil. A quien se le presente la idea de que el fundamento del castigo por la violación de una mujer consiste en un déficit de cooperación con el Estado, no dudará en sostener que se trata de una conceptualización fuertemente autoritaria. En cambio, la cuestión cambia radicalmente si se afirma que quien viola a una mujer deja de contribuir con un estado —una situación— de libertades de la que también él se beneficia —en la medida en que también él tiene un interés en vivir en una comunidad en la que se respete la autodeterminación sexual—.

⁸ El Estado que se presenta como garante de la satisfacción de las exigencias mínimas para llevar a cabo una vida digna, exhibiendo un componente claramente igualador y anti-elitista, y coadyuvando, así, con la realización de la libertad personal, exhibe la forma de una *república*. Por tanto, un Derecho penal republicano es aquel Derecho penal que *presupone* la cobertura de este cúmulo de prestaciones. Sobre ello, *ut infra* § 1. II. 3.

⁹ Los problemas que suscita la extensión territorial como límite para el imperio del Derecho penal estatal se abordan en *ut infra* § 1. III.