

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?

Juan Pablo Montiel

Universidad de San Andrés (Argentina)

Abstract*

El concepto de Obliegenheit es conocido desde hace tiempo por la ciencia jurídico-penal en el contexto de la provocación de la falta de responsabilidad penal. Allí la lesión de Obliegenheiten sirve como criterio normativo para excluir el llamado a una eximente y a partir de allí se restablece la imputación ordinaria. Sin embargo, en los últimos años se ha expandido notablemente su uso a muy diversos ámbitos, tales como la imputación objetiva y la fundamentación de las medidas de seguridad para imputables peligrosos. En todos estos casos las Obliegenheiten aparecen caracterizadas según la “teoría del presupuesto”, dominante en el Derecho privado. Sin embargo, existen muchas razones para entender que la dogmática jurídico-penal ha hecho un mal uso del concepto.

Der Ausdruck „Obliegenheit“ wird in der Strafrechtswissenschaft schon lange in verschiedenen Zusammenhängen verwendet. Dazu gehören z.B. Fälle des Vorverschuldens, in denen die Obliegenheitsverletzung begründet, weshalb der Täter sich nicht auf einen Strafbefreiungsgrund berufen kann, sondern es bei der ordentlichen Zurechnung seines Verhaltens bleibt. In den letzten Jahren ist allerdings ein geradezu inflationärer Gebrauch des Ausdrucks zu beobachten. Man trifft auf ihn nun z. B. auch im Zusammenhang mit Fragen der objektiven Zurechnung und der Begründung von Sicherungsmaßregeln für gefährliche zurechnungsfähige Straftäter. In all diesen Fällen lassen sich die Obliegenheiten durch die sog. „Voraussetzungstheorie“ charakterisieren. Das ist die im Privatrecht herrschende Auffassung über Obliegenheiten. Gleichwohl lässt sich zeigen, weshalb die strafrechtliche Dogmatik den Begriff falsch verwendet.

The concept of “Obliegenheit” or “underlying obligation” has long been known in European criminal law theory. Traditionally, the concept was studied in relation with the causation of one’s own defense: the violation of Obliegenheiten is understood as a normative reason to exclude the defense and to re-establish the imputation. In the last years, however, the concept has also been used to address other situations, such as objective imputation of results and the foundations of civil commitment. In those cases Obliegenheiten are purportedly characterized in criminal law in the same way that Obliegenheiten are considered in private law theory. However, as this article shows, there is reason to conclude that this import from private law has not been adequately done.

Titel: Obliegenheiten im Strafrecht?

Title: Obliegenheiten in Criminal Law?

Palabras claves: deberes complementarios, deber jurídico, imperativos, imputación extraordinaria, incumbencias, teoría del presupuesto, teoría de la vinculatoriedad

Stichwörter: außerordentliche Zurechnung, Imperative, Nebenpflichten, Obliegenheiten, Rechtspflicht, Verbindlichkeitstheorie, Voraussetzungstheorie

Keywords: complementary duties, legal duties, imperative, extraordinary imputation (imputed liability), underlying obligation, Theory of the Requirement, Theory of the Bindingness

* Quiero agradecer aquí las conversaciones (presenciales y a la distancia) que mantuve durante la elaboración de este *paper* con los profesores Joachim Hruschka, Günther Jakobs, Hans Kudlich, Pablo Sánchez Ostiz y Jesús-María Silva Sánchez. Muy especialmente quiero dar las gracias a Ken Eckstein y Jan Schuhr por las “jugosas” e innumerables discusiones mantenidas y por haber incluido el tema de las *Obliegenheiten* como uno de los favoritos dentro del (*sozusagen*) “Protocolo de Palmería”. El trabajo refleja muy fielmente las líneas de todas aquellas discusiones.

Sumario

1. *Obliegenheiten* y Derecho penal: algo más que simples problemas de traducción
2. El renovado interés por las *Obliegenheiten* en la actual dogmática jurídico-penal
3. Características normativas de las *Obliegenheiten* jurídico penales
4. Dificultades en la identificación de las *Obliegenheiten* jurídico-penales
5. La pregunta obligada: ¿qué queda entonces del concepto de *Obliegenheit* en el Derecho penal?
6. Reflexiones finales
7. Bibliografía citada
8. Tabla de jurisprudencia citada

1. *Obliegenheiten* y Derecho penal: algo más que simples problemas de traducción

A grandes rasgos, *Obliegenheit* denota en la ciencia jurídica alemana una entidad deóntica consistente en un mandato o una prohibición de comportamiento menos intenso que un deber (*Pflicht*)¹. Así en el Derecho privado no tendría la misma intensidad vinculante el deber dirigido a la aseguradora de pagar la suma asegurada ante el acaecimiento del siniestro, que la *Obliegenheit* del asegurado de informar sobre la existencia de variaciones de riesgo. Igualmente, resultaría para un ciudadano mucho más vinculante la exigencia de no matar que la de obtener la información necesaria para evitar poner en peligro la vida de terceros. En este último caso, cabría contraponer un *deber de no matar* y una *Obliegenheit de hacerse de la información necesaria para intervenir sin riesgos en las interacciones sociales*². A diferencia de un deber, las *Obliegenheiten* restringirían la conducta de sus destinatarios más débilmente y además su infracción traería aparejada una consecuencia jurídica menos significativa.

Pocos son los términos alemanes que han dado tantos dolores de cabeza a traductores hispanoparlantes como el de *Obliegenheit*³. Las dificultades pueden deberse, en mi opinión, a dos cuestiones de distinta índole. Por un lado, en el Derecho de habla hispana carecemos de un concepto equivalente con el que busquemos una *contraposición* con los deberes⁴. Si bien los ejemplos anteriores son conocidos en nuestro Derecho privado, no contamos con una (por así llamarla) “dogmática” autónoma relativa a estos supuestos. En segundo lugar, incluso si se quisiera emprender semejante tarea teórica, no sería sencillo encontrar una expresión con la suficiente claridad que permita identificar una entidad normativa vinculante, pero distinta de los

¹ SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 104; SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, p. 49; BROX/ WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 34ª ed., 2010, § 28, nm. 616; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, pp. 294, 307, 321

² HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 416.

³ Destacando estas dificultades, SILVA SÁNCHEZ, «*Honeste vivere*», *InDret*, (3), 2010, p. 2.

⁴ Aquí resulta esclarecedor que en la traducción del manual de Derecho civil de LARENZ se haya traducido (erróneamente) el término “*Obliegenheiten*” como una especie dentro del género de los deberes, esto es, como “deberes de cumplimiento”. Cfr. LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, 1978, pp. 266 y ss.

deberes. Algunas de las traducciones elegidas (“carga”⁵, “obligación”⁶) parecen, por diversas razones, no ser lo suficientemente rigurosas⁷. Posiblemente la traducción como “incumbencias”⁸ sea la menos imprecisa, aunque – como mostraré más adelante – se encuentra excesivamente vinculada a la importación de una noción de *Obliegenheit* de escaso predicamento en el Derecho penal. En todo caso (y ya adelantando la tesis central), la noción de *Obliegenheit* – en tanto incumbencia (distinta de los deberes) – quedará reservada en el Derecho penal para una constelación bastante pequeña y secundaria.

Este escenario de fondo amerita teorizar acerca del alcance conceptual (general) del término “*Obliegenheit*” y de su verdadera aplicación en el Derecho penal. En lo que sigue podremos ver los innumerables (y, en cierto punto, insuperables) problemas que surgen a partir de importar al Derecho penal un criterio de imputación del Derecho privado, sin tomar cabal conocimiento de su complejo funcionamiento y del alcance conceptual en su hábitat originario. En este sentido, el trabajo pretende poner al desnudo otro ámbito en el que la incipiente “civilización” del Derecho penal⁹ puede traernos importantes quebraderos de cabeza, como consecuencia de una extrapolación insuficientemente teorizada.

2. El renovado interés por las *Obliegenheiten* en la actual dogmática jurídico-penal

Basta con echar un vistazo a la literatura aparecida en alemán y español en los últimos diez años para advertir un creciente e inusitado interés en el Derecho penal por los conceptos de “*Obliegenheit*” y de “lesión de *Obliegenheiten*”¹⁰. Este fenómeno se advierte no sólo en aquellas

⁵ CÓRDOBA, *La inevitabilidad del error de prohibición*, 2012, pp. 151 y ss., especialmente p. 154, n. 44. En este mismo sentido traducen Raúl NÚÑEZ OJEDA y Thomas VOGT el término “*Schutzobliegenheit*”, en el trabajo de SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios sobre Filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, p. 198.

⁶ Así, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, 2004, pp. 42 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO en la traducción de JAKOBS, «La denominada *actio libera in causa*», en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 221.

⁷ Por ejemplo, frente a esta traducción de “obligación” cabe oponer que se halla muy difundido en la dogmática del Derecho privado entenderla como sinónimo de “vínculo obligatorio”, “relación obligatoria”. Cfr. entre otros MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 11ª ed., 2009, nm. 182 y ss. Vistas las cosas de este modo, la obligación sería más propiamente la fuente de las *Obliegenheiten*.

⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 535 y ss.; EL MISMO, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 537 y ss.; MAÑALICH, «La estructura de la autoría mediata», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIV), 2010, p. 401.

⁹ Sobre los inconvenientes derivados de este fenómeno especialmente en la dogmática de la omisión, cfr. SEELMANN, «El no hacer como hecho punible. Sobre la creciente importancia y el potencial problemático de los delitos de omisión impropia», en EL MISMO, *Estudios sobre Filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, pp. 134 y ss.

¹⁰ Ver especialmente BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, pp. 105 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, pp. 302 y ss., 345 y ss.; EL MISMO, *Person, Subjekt und Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, pp. 84 y ss.; GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 109 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, pp. 68 y ss.; JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 41 y ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 69 y s., 78 y ss.; RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, 2006, pp. 78 y ss.; MÜSSIG, *MüKo*, t. 1, 2ª ed., 2011, § 35, nm. 53 y ss.; NEUMANN, *NK*, t. 1, 4ª ed., 2013, § 35, nm. 35; PERRON, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2001, § 32, nm. 20; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2012, § 12, nm. 64; DEHNE-NIEMANN, «Omissio libera in causa bei »echten« Unterlassungsdelikten. Zur Verhaltensgebundenheit »echten« Unterlassens am Beispiel der §§

contribuciones enmarcadas en la atribución de responsabilidad penal por la provocación de defectos de imputación –valga decirlo, el ámbito originario del término en el Derecho penal–, sino también en otros muy distintos terrenos relativos a otros temas fundamentales de la Parte general¹¹.

Como es bien conocido por todos, las primeras referencias al concepto de *Obliegenheit* se conocen por medio de Joachim HRUSCHKA, quien en los años setenta¹² empleó dicha idea para fundamentar la (por él acuñada) *imputación extraordinaria*^{13/14}. La *Obliegenheit* se erige en este contexto como el criterio normativo en virtud del cual un resultado lesivo podría serle atribuido a un autor, pese a padecer en el momento del hecho de algún defecto que hace imposible formular un juicio de imputación *ordinaria*¹⁵. De este modo, sería posible *restablecer* la imputación gracias al incumplimiento de la *Obliegenheit* de hacerse de los conocimientos jurídicos y fácticos o de la capacidad de acción o culpabilidad necesaria para evitar un resultado típico¹⁶. Sin perjuicio de la diversas críticas que ha recibido en términos generales la propuesta de HRUSCHKA¹⁷, es significativo el número de autores que ha aludido a la infracción de *Obliegenheiten* para fundamentar una atribución de responsabilidad penal en estos supuestos¹⁸.

266a I, 323c StGB», GA, 2009, pp. 155 y s.; CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, pp. 151 y ss.; HÖRNLE, «Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)», *JuS*, (10), 2009, p. 879, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, 2004, pp. 42 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 535 y ss.; EL MISMO, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 537 y ss.

¹¹ En la exposición que sigue dejo de lado otro uso menos habitual, en el que se asocia el término “*Obliegenheit*” con deberes de conducta de menor intensidad que aparecen en las restricciones a la legítima defensa. Por ejemplo, el provocador de una agresión que, en lugar de huir (pudiendo hacerlo), decide lesionar a otro acudiendo a una legítima defensa, vulneraría una *Obliegenheit*. En este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, p. 118. De modo similar, ERB, *MiKo*, 2ª ed., 2011, § 32, nm. 225. Tampoco me ocupo aquí del uso que se le brinda al término en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Parte de la doctrina entiende que aquí no se le podría imponer a una empresa el *deber* de organizarse de una determinada manera, sino que ellas estarían sujetas a una *Obliegenheit*, cuya infracción justificaría la pérdida de una exención o atenuación de responsabilidad. Respecto a esto último, ROBLES PLANAS, «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret*, (2), 2009, pp. 10 y s.

¹² HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 48 y ss.

¹³ A esta contribución le siguieron muchas otras en las ahondó en este concepto de cara a la distinción con los deberes (*Pflichten*) y a su rol en la imputación extraordinaria. Cfr. HRUSCHKA, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en KAUFMANN *et. al.* (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 442 y ss.; EL MISMO, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zu Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW*, (96), 1984, pp. 686 y s.; EL MISMO, *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 457 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 415 y ss.; EL MISMO, «Die Unterscheidung von Pflicht und Obliegenheiten, angewendet auf die Selbstberauschung», en KAUFMANN (ed.), *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht*, 2003, pp. 291 y ss.

¹⁴ De todos modos cabe advertir que con anterioridad Eckhard HORN había planteado introductoramente la distinción entre deber (*Pflicht*) y *Obligatio* (como sinónimo de *Obliegenheit*), aunque rechazándola por entender que sus respectivas infracciones no acarrearán consecuencias diferentes. Cfr. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, 1969, p. 61.

¹⁵ HRUSCHKA, *ZStW*, (96), 1984, pp. 684 y ss.

¹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, p. 544.

¹⁷ Entre ellas cabe destacar la formulada por NEUMANN, «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», GA, 1985, pp. 389 y ss.

¹⁸ Especialmente en la ciencia penal alemana, entre otros, NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, pp. 260 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, pp. 62 y ss.; EL MISMO, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2) 1994, pp. 339 y ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs. Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, pp. 46 y s., 55; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 74 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des*

Semejante concepto es tomado expresamente del Derecho privado, en especial del Derecho de seguros¹⁹, donde se alude a aquellas entidades deónticas que deben ser seguidas (especialmente) por el asegurado para poder exigir la prestación de la aseguradora. Así, por ejemplo, recae sobre el asegurado la *Obliegenheit* de informar a la aseguradora toda circunstancia que incremente el riesgo y en caso de no hacerlo perderá la posibilidad de demandar la suma asegurada (§§ 23 ap. 2, 26 ap. 2 VVG). Algo similar sucede con la aseguradora: cae sobre sus espaldas notificar al asegurado todos aquellos cambios introducidos en la póliza; en caso de no hacerlo registrará la solicitud inicial sin esas modificaciones (§ 5 ap. 2 y 3 VVG). También en el Derecho civil se reconoce la existencia de *Obliegenheiten* en los casos de concurrencia de culpas (§ 254 BGB), mientras que en el Derecho mercantil al comprador le incumbe revisar que la mercadería comprada no presente fallas y denunciarlas si existiesen; en caso de infringirse esta *Obliegenheit* se tendrá la compra como aceptada (§ 377 HGB).

En los últimos años parece el Derecho penal no haber sido inmune al uso inflacionario que se ha dado al término *Obliegenheit* en el Derecho privado²⁰. Especialmente ello se observa en los planteamientos más recientes de Günther JAKOBS, para quien este concepto ocuparía un lugar de notable relevancia en ámbitos tan distintos como la participación, la responsabilidad por el resultado y la fundamentación de las medidas de aseguramiento para delincuentes imputables peligrosos²¹.

En un primer sentido, JAKOBS interpreta la tentativa como una “lesión de deber” (*Pflichtverletzung*), que al mismo tiempo va acompañada de la infracción de una *Obliegenheit*²². Ello sería así puesto que el autor de la tentativa se colocaría en una situación en la que debe responder por el acaecimiento de un resultado, respecto del cuál él ya no puede ejercer ningún tipo de influencia ulterior tras la tentativa acaba. Puede así entenderse que la sola lesión de un deber no podría explicar un castigo por la consumación del delito basado en la culpabilidad, dado que se le estaría imputando al autor un acontecimiento en el que ya no puede incidir. Sin embargo, quien expresa un “defecto de voluntad (...) no puede distanciarse de la objetivización del defecto”²³. De este modo, quien se comporta contrariando la *Obliegenheit* no puede alegar con fines desincriminatorios que el resultado es ajeno a él.

Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre, 2012, pp. 302 y ss., 345 y ss. Asimismo entre los autores hispanoparlantes, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 540 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, 2004, pp. 165 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, pp. 68 y ss.; CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, pp. 151 y ss.

¹⁹ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 416; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 538 y s.

²⁰ Sobre esta inflación en el Derecho privado, cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatrechtsversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 128, 35.

²¹ Además de los casos que se analizarán a continuación, este autor ya empleó en su manual la noción de *Obliegenheit* en el ámbito de la evitabilidad del error de prohibición para caracterizar la obligación de precisar la información, cuando ello no haya sido posible al consultarse una primera fuente, cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., 1991, Ap. 19, nm. 44.

²² JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 69 y s.

²³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 70.

Asimismo, JAKOBS utiliza también la “lesión de *Obliegenheiten*” en la participación en fase de preparación como un criterio delimitador de los casos abarcados por la prohibición de regreso²⁴. El autor parte de la base de que un acto de complicidad en fase preparatoria no representa en sí mismo una conducta *injusta*, es decir, esa sola conducta no infringe ningún deber. Empero, un aporte contrario a la *Obliegenheit*, realizado antes del comienzo de la ejecución del delito, dejaría de tener su originario sentido neutral y acabaría mutando hasta transformarse en una “caracterización” del delito posterior: el aporte también da forma al delito y por ello se interpreta el comportamiento del autor, por ejemplo, como “muerte” y el del cómplice como “participación en la muerte”²⁵. Con la infracción de esta *Obliegenheit* el cómplice se coloca en una situación en la que el castigo ulterior no puede impedirse por el sólo hecho de que el delito haya sido cometido por la “mano de un tercero”. Más bien, el partícipe debe hacerse cargo por haberse colocado en una situación en la que el delito cometido posteriormente por un tercero puede serle imputable también a él²⁶.

Ya fuera del contexto de la imputación objetiva también alude JAKOBS a la *Obliegenheit de una autorepresentación no amenazante* (*Obliegenheit zu einer nicht bedrohlichen Selbstdarstellung*) en el contexto de fundamentación de las medidas de seguridad para imputables peligrosos²⁷. También aquí JAKOBS entiende que esta regla de conducta indicaría que a todo ciudadano fiel a Derecho le incumbe “conducir la vida de un modo adecuado”²⁸, para que a partir de ello sea factible mantener la presunción de que en el futuro observará comportamientos adecuados a la ley. Quien, en cambio, no diera cumplimiento a ello se volvería incapaz de entrar en sociedad (*gesellschaftsunfähig*)²⁹, dado que dejaría de ser confiable en términos cognitivos para emprender cursos de acción no lesivos³⁰. Así, el incumplimiento de esta *Obliegenheit* –que excluiría una condición mínima de sociabilidad– fundamentaría la imposición de una medida de seguridad³¹.

También, la infracción de *Obliegenheiten* aparece frecuentemente como un criterio relevante para determinar la imputación de un resultado lesivo, en contextos en los que la víctima dio ocasión al hecho. Décadas atrás esta constelación de casos era tratada dentro del *topos* de la “competencia de la víctima”³². La poca claridad de los criterios empleados en este terreno ha llevado a la doctrina en los últimos tiempos a introducir la noción de *Obliegenheit* para explicar más satisfactoriamente (desde un punto de vista normativo) porqué puede quedar excluido en estos casos el castigo del autor. En este sentido, las *Obliegenheiten* representarían reglas de conducta impuestas a la víctima que correrían paralelamente a los deberes (positivos o negativos) primarios de los potenciales

²⁴ En opinión de JAKOBS las *Obliegenheiten*, cuya lesión excluye la aplicación de la prohibición de regreso, surgirían de la ley (v. gr. de las restricciones de ventas de armas y otros objetos peligrosos), aunque también podrían tener carácter suprallegal, gracias a una configuración dada por los contactos sociales, JAKOBS, «Mittäterschaft als Beteiligung», en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 560.

²⁵ JAKOBS, en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 556, 560 y s.

²⁶ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 79.

²⁷ Así, JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 41 y ss.

²⁸ Textualmente “*adäquate Lebensführung*”, cfr. JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 45.

²⁹ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 44.

³⁰ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 43.

³¹ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 44.

³² Cfr. entre otros JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 1, nm. 13 a, § 7, nm. 35, 72.

autores³³. Por tanto, ellas prescribirían a las víctimas adoptar medidas de autoprotección³⁴; es decir que prescribirían *en general* la evitación o reducción de riesgos y *en concreto* –por ejemplo en el terreno del consentimiento– una expresión inequívoca de la voluntad de quien consiente³⁵. Precisamente, la omisión de estas medidas de autoprotección no constituye en sí misma un injusto –o al menos un injusto en el sentido habitual³⁶– que pueda sancionarse con una pena; ahora bien, su infracción coloca a la víctima en una situación en la que debe tolerar un perjuicio. En estos casos quien sufre la lesión perdería la pretensión de que se le imponga una pena al autor del daño o de la puesta en peligro de su bien jurídico³⁷.

El Derecho procesal penal alemán tampoco ha sido inmune al expansivo uso de la idea de *Obliegenheit*. En términos generales, ellas son caracterizadas como “meras cargas procesales”, en contraposición con los deberes, cuyo destinatario puede ser forzado a su cumplimiento e incluso castigado en caso de no hacerlo³⁸. En el caso de estas “meras cargas procesales” su destinatario está facultado a elegir entre acatarlas o no y en este último caso simplemente deberá soportar un perjuicio o la pérdida de una ventaja, sin que por ello corresponda la imposición de coerción o pena alguna³⁹. Por ejemplo, existen *Obliegenheiten* que recaen sobre el imputado o su defensor: para impedir que una prueba afectada por un defecto procesal sea utilizada regularmente por el juez, el abogado defensor debería interponer un recurso durante el desarrollo del juicio oral⁴⁰. Quien así no lo hiciese no sería pasible de una sanción o castigo, sino que simplemente no podría impedir el empleo ulterior de esa prueba en el proceso⁴¹. En estos casos se habla de una *Rügeobliegenheit*, esto es, una *Obliegenheit* de protesta o queja⁴². A su vez, se entiende que algunas *Obliegenheiten* recaen sobre las autoridades de persecución penal⁴³. Con todo, la identificación de cargas y *Obliegenheiten* resulta todo menos pacífica⁴⁴.

³³ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, pp. 108, 113 y ss. Incluso este autor también admite la posibilidad de distinguir *Obliegenheiten* positivas (mandatos) y negativas (prohibiciones).

³⁴ SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios sobre Filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, p. 198.

³⁵ PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., 2011, § 11, nm. 25.

³⁶ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, p. 107.

³⁷ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, p. 106, n. 7.

³⁸ BITTMANN/MOLKENBUR, «Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht», *wistra*, (10), 2009, p. 377.

³⁹ BITTMANN/MOLKENBUR, *wistra*, (10), 2009, p. 377.

⁴⁰ BGHSt. 38, 214, de 27 de febrero de 1992. Sobre el desarrollo jurisprudencial en esta materia, cfr. UFER, *Der Verwertungswiderspruch in Theorie und Praxis. Prozessuale Obliegenheiten des Verteidigers und ihre Bedeutung für die Rechtsposition des Beschuldigten*, 2002, pp. 61 y ss.

⁴¹ UFER, *Der Verwertungswiderspruch in Theorie und Praxis. Prozessuale Obliegenheiten des Verteidigers und ihre Bedeutung für die Rechtsposition des Beschuldigten*, 2002, p. 29.

⁴² Al respecto, cfr. BISCHOFF, «Der Zwischenrechtsbehelf des § 238 StPO § 238 Absatz II StPO im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur: Beanstandungsrecht oder Beanstandungspflicht?», *NStZ*, 2010, p. 78; BÖRNER, «§ 243 StPO § 243 Absatz III 1 StPO und der Große Senat für Strafsachen – Die Folgen eines unvollkommenen Anklagesatzes –», *NStZ*, 2011, p. 439.

⁴³ TOEPEL, *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, 2002, p. 366.

⁴⁴ Abogando por una distinción entre estas categorías PAEFFGEN, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, 1986, pp. 83 y ss. No creo que fuese disparatado hacer depender la distinción del criterio del *Verschulden*, que en este contexto de la dogmática del Derecho civil alemán se corresponde con nuestro concepto de culpabilidad. En efecto, la doctrina caracteriza estos casos como formas de una “obligación hacia uno mismo” que están enlazadas con una sanción menor en caso de incumplimiento, pero que se diferencian entre sí por exigirse sólo en el caso de las *Obliegenheiten* culpabilidad (*Verschulden*). En cambio, la posibilidad de impugnar una prueba se pierde con independencia de si el incumplimiento de la carga es imputable culpablemente al abogado defensor. Planteando la distinción en estos términos, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48.

3. Características normativas de las *Obliegenheiten* jurídico-penales

La caracterización de las *Obliegenheiten* defendida por HRUSCHKA – a quien se pliega (expresa o implícitamente) el resto de los penalistas que acuden a este concepto – coincide en lo esencial con la denominada “teoría del presupuesto” (*Voraussetzungstheorie*)⁴⁵, dominante desde los años treinta del siglo pasado en el Derecho de seguros⁴⁶. Si bien se sostiene que esta teoría resultaría difícilmente compatible con el tenor literal de la ley y la voluntad histórica del legislador⁴⁷, lo cierto es que ha ganado numerosos adeptos tanto en el Derecho de seguros como en el Derecho civil⁴⁸. Según ella, el cumplimiento de la *Obliegenheit* es un *presupuesto objetivo* para mantener cierto derecho o ciertas ventajas⁴⁹, de ahí que su infracción no acarrearía un resarcimiento por daños, sino más bien (principalmente) la liberación de la aseguradora de cumplir con la prestación a su cargo. Trasladada esta noción al terreno del Derecho penal se afirma, por ejemplo, que el cumplimiento de la *Obliegenheit* es el *presupuesto* para que quien afectó un bien jurídico pueda descargarse de la imputación, alegando una causal de falta de acción, un error, un estado de necesidad, etc.⁵⁰ La lesión de *Obliegenheiten* no es interpretada – tomando aquí las palabras de Neumann⁵¹ – “como lesión de un mandato o de una prohibición, sino como caducidad de una posibilidad de defensa”⁵². Algo similar sucedería aparentemente con los restantes supuestos comentados más arriba: como vimos, el cumplimiento de una *Obliegenheit* de quien colabora en fase preparatoria haría operativa en su favor la prohibición de regreso.

⁴⁵ Junto a la teoría del presupuesto, pueden reconocerse actualmente en la dogmática del Derecho privado otras dos concepciones relativas a la naturaleza jurídica de las *Obliegenheiten*. Por un lado, encontramos la denominada “teoría de la vinculatoriedad” (*Verbindlichkeitstheorie*), según la cual las *Obliegenheiten* serían auténticos deberes. Por el otro lado, se destaca también una “teoría intermedia”, defendida principalmente por R. Schmidt (SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, passim), según la cual las *Obliegenheiten* sería deberes aunque de menor intensidad. En detalle, HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 20 y ss.

⁴⁶ Cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 166 y s. Sin embargo, el encumbramiento de esta teoría como opinión dominante es curiosa, dado que sin tener ese carácter en los hechos (dado el gran número de defensores de su contrincante, la teoría de la vinculatoriedad) acabó siendo teoría dominante gracias a una imputación errónea de esa carácter.

⁴⁷ HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 184.

⁴⁸ HUBER, «Der Inhalt des Schuldverhältnisses», en STAUDINGER (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2012, nm. 7; FELSCH, «§ 28», en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., 2011, nm. 4; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, p. 165; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48; LARENZ/WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., 2012, § 19, nm. 38.

⁴⁹ FELSCH, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., 2011, nm. 5; SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*, 4ª ed., 2009, nm. 176; SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, p. 43.

⁵⁰ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 4ª ed., 2006, § 22, nm. 46.

⁵¹ NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, p. 268.

⁵² Para reforzar el seguimiento de la teoría del presupuesto, afirma Stühler (*Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, 1999, p. 159) que una de las notas distintivas del modelo de NEUMANN es que la lesión de *Obliegenheiten* constituye “el presupuesto de la caducidad de una posibilidad de defensa”.

La postura que asume la teoría del presupuesto frente a la naturaleza jurídica de las *Obliegenheiten* puede entenderse mejor si aislamos dos elementos de este concepto: la “*Obliegenheit*” en sí misma (en tanto regla de conducta) y la “lesión de *Obliegenheiten*”.

Las *Obliegenheiten* estarían caracterizadas por constituir reglas pensadas en (exclusivo o predominante) interés del propio destinatario, de allí que caerían bajo el concepto de “obligación frente a uno mismo” (*Verschulden gegen sich selbst*)⁵³. Quien lesiona una *Obliegenheit* no estaría infligiendo daños a terceros, sino que sus propios intereses jurídicos se verían perjudicados como consecuencia de no seguir la norma de conducta⁵⁴. Además, su cumplimiento no podría ser exigido por el ordenamiento jurídico⁵⁵ –es decir, no resulta objetivamente necesario en sí mismo, sino sólo como medio para alcanzar un determinado fin⁵⁶–, de modo que el seguimiento de una *Obliegenheit* quedaría librado a la voluntad de su destinatario. Estaríamos así frente a un *imperativo hipotético*⁵⁷ que resultaría necesario (aconsejable) cumplir sólo cuando su destinatario esté interesado en hacer valer una posición jurídica ventajosa reconocida por el ordenamiento jurídico⁵⁸.

Por su parte, la “lesión de *Obliegenheiten*” en sí misma no podría resultar “antijurídica” (*rechtswidrig*) o, en el mejor de los casos, no podría tener el mismo carácter de antijuridicidad que la lesión de deberes jurídicos⁵⁹. Esta característica fue especialmente puesta de relieve por Reimer SCHMIDT⁶⁰, para quien estaríamos frente a supuestos de una *desaprobación* jurídica (*rechtliche Missbilligkeit*) –basada en una infracción del principio *venire contra factum proprium*–, más no de una *contrariedad* al Derecho (*Rechtswidrigkeit*)⁶¹. Precisamente, la distinta valoración que merecería

⁵³ LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, p. 165; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48; LARENZ/WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., 2012, § 19, nm. 38; FELSCH, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., 2011, nm. 4 y ss.; SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*, 4ª ed., 2009, nm. 176; HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2ª ed., 1996, § 26, nm. 537; MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 11ª ed., 2009, nm. 515; SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 104.

⁵⁴ SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 116.

⁵⁵ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48; MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 11ª ed., 2009, nm. 515; SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 315; FELSCH, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., 2011, nm. 2.

⁵⁶ KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 1921, p. 29.

⁵⁷ Sobre este concepto ver KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 1921, pp. 29 y ss.

⁵⁸ LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, p. 165; LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48; LARENZ/WOLFF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., 2012, § 19, nm. 38.

⁵⁹ De otra opinión, HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 223; MEDICUS, «Zum Schutzzweck schadensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten», en JAYME et al. (ed.), *Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag*, 1991, p. 330.

⁶⁰ Pese a que, como se enfatizó anteriormente, no puede enrolarse a Schmidt entre los “abogados” de la teoría del presupuesto, su posición frente a la “no antijuridicidad” de la lesión de *Obliegenheiten* ejerció sobre ella una notable influencia. Al respecto, cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 223.

⁶¹ SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, pp. 115 y 318. Este autor habla de una “antijuridicidad análoga” a la correspondiente a la infracción de deberes jurídicos.

la infracción de *Obliegenheiten* justificaría, por otra parte, que las sanciones o consecuencias jurídicas sean *menos severas*⁶², en comparación con la indemnización por daños y demás perjuicios que acarrea la contrariedad a deberes⁶³. Justamente, al no afectarse intereses de terceros en estos casos, decaería toda necesidad de compensar un daño sufrido por la contraparte. Por lo general, se reconocen como sanciones características en el Derecho de seguros, por ejemplo, la rescisión del contrato, la liberación de la aseguradora de cumplir con su prestación, la restricción de la pretensión asegurada y el aplazamiento del vencimiento⁶⁴, mientras que en el Derecho civil o mercantil⁶⁵, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba (§ 363 BGB) y la pérdida del derecho a reclamar los vicios en la cosa comprada (§ 377 HGB) o del derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos (§ 254 BGB). Los dos denominadores comunes de todas estas sanciones serían la ausencia de un elemento “punitivo” (*pönales Element*)⁶⁶ y la pérdida por parte del infractor de una posición jurídica favorable (o el padecimiento de una desventaja jurídica especial)⁶⁷.

Estas características reconocidas en el Derecho privado podrían hallarse también en las *Obliegenheiten* jurídico-penales. Uno de los ejemplos más claros lo encontramos en los casos de provocación de la irresponsabilidad jurídico-penal (*Vorverschulden*). En este contexto, las *Obliegenheiten* detentan un menor nivel de “sujeción”, en cuanto su cumplimiento está (en cierto modo) a disposición de su destinatario: su seguimiento sólo sería necesario *para* hacer posible el cumplimiento del deber principal (v. gr. el deber de no matar)⁶⁸ o, dicho con otras palabras, *para* evitarse la imputación de una conducta prohibida como lesión de un deber⁶⁹. Por ello, correspondería hablar también aquí de imperativos *hipotéticos*⁷⁰. También la estructura de

⁶² En los últimos años parece erigirse esta cuarta característica de las *Obliegenheiten* (“sanción menos severa”) como la nota distintiva por excelencia de estas entidades deónticas. Sin embargo, afirmar que las *Obliegenheiten* tienen sanciones más leve es algo que ha sido defendido de un modo relativamente reciente, especialmente a partir de la obra de Schmidt, cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 13 y s.

⁶³ HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2ª ed., 1996, § 26, nm. 537; MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 11ª ed., 2009, nm. 515; SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 104; TERBILLE, «§ 2», en EL MISMO (ed.), *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, 2ª ed., 2008, nm. 201; FELSCH, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., 2011, nm. 2, 5; OLZEN, «§ 241», en STAUDINGER (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2009, nm. 127; BROX/WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 34ª ed., 2010, § 28, nm. 616; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, p. 165, LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48; LARENZ/WOLFF/NEUNEN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., 2012, § 19, nm. 38.

⁶⁴ SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, pp. 107 y ss.

⁶⁵ LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, pp. 165 y s.; SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, pp. 165 y s.

⁶⁶ SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*, 4ª ed., 2009, nm. 175; SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, p. 149; FELSCH, en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., 2011, nm. 5.

⁶⁷ LARENZ/WOLFF/NEUNEN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., 2012, § 19, nm. 38.

⁶⁸ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 416; SÁNCHEZ-OSTIZ, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, p. 554.

⁶⁹ KINDHÄUSER, *JRE*, (2), 1994, p. 345, n. 19.

⁷⁰ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 413; NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, pp. 265 y ss.; MANALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, p. 71; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 77.

“obligación frente a uno mismo” sería muy clara⁷¹: quien infringe una *Obliegenheit* no afectaría los intereses de terceros sino los propios, al perderse una defensa en su favor⁷². Este elemento arroja a su vez dos consecuencias. Al mantenerse intacta la esfera de libertades ajena no existiría una conducta *injusta* (léase contraria a Derecho)⁷³, a diferencia de la infracción de deberes jurídico-penales. Junto a lo anterior también se verificaría el carácter no “punitivo” de la correspondiente sanción: la imposición de la pena aparecería tan sólo como una consecuencia *indirecta*, por ejemplo, del no haberse dotado de los conocimientos jurídico o fácticos necesarios o de haberse intoxicado. Su consecuencia *directa* sería, más bien, la imposibilidad de alegar la eximente⁷⁴, esto es, la pérdida de una “posición de defensa”⁷⁵.

Tampoco las restantes *Obliegenheiten* jurídico-penales escapan a una caracterización impregnada por la teoría del presupuesto. Especialmente las ideas de “culpa frente a uno mismo”, “neutralidad jurídica” (carencia de antijuridicidad en la infracción) y de una “consecuencia desfavorable” (como sustituto de la pena) aparecen con suma claridad.

Así, por ejemplo, es fácil apreciar cómo la *Obliegenheit* de una autorepresentación no amenazante o la de no “caracterizar” un delito con un aporte en fase preparatoria son interpretadas por *Jakobs* en clave de “obligación frente a uno mismo”. En efecto, el principal interesado en seguir estas normas de conductas sería su destinatario dado que, en caso de incumplimiento, es éste y no otro sujeto quien perdería la posibilidad de mantener la presunción de posteriores comportamientos acordes a Derecho⁷⁶ o la posibilidad de distanciarse del delito cometido por “la mano” del autor⁷⁷. Por su parte, ello también es así respecto a la víctima que infringe su *Obliegenheit* de autoprotección: principalmente es ella la que puede conservar un interés en que sus bienes no sean dañados y en que (en caso de ser finalmente lesionados) se pueda ejercer frente al Estado una pretensión punitiva⁷⁸.

⁷¹ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 416; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, p. 67; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, p. 71; MÜSSIG, *MiKo*, t. 1, 2ª ed., 2011, § 35, nm. 53 y ss.

⁷² Con todo, también se acepta la fórmula de la “obligación frente a uno mismo” en estos supuestos, prescindiendo de la infracción de *Obliegenheiten*, cfr. MONTENBRUCK, *Thesen zur Notwehr*, 1983, pp. 41 y ss.

⁷³ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 416; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 77; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, p. 310.

⁷⁴ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, pp. 248, 416 y s.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, p. 67; EL MISMO, *JRE*, (2) 1994, p. 343; PAWLIK, *Person, Subjekt und Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, pp. 84 y s.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, p. 71; CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, p. 153.

⁷⁵ VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 77.

⁷⁶ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 43 y s.

⁷⁷ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 79.

⁷⁸ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, p. 106, n. 7.

Además, esa ausencia de una intromisión lesiva en la esfera de derechos ajena explicaría que una conducta contraria a estas *Obliegenheiten* no pueda ser valorada como contraria a Derecho⁷⁹. Quien, tras cometer reiterados delitos (lo cual sí sería antijurídico), se coloca en una situación en la que ya no puede esperarse de él comportamientos “legales” en el futuro, no realizaría *per se* ningún injusto⁸⁰. Tampoco lo realiza –continúa JAKOBS– el cómplice que hace su aporte en fase preparatoria⁸¹. En sentido similar, cabría rechazar también la antijuridicidad del comportamiento de la víctima contrario a su *Obliegenheit*⁸².

En relación a la consecuencia *directa* que se deriva de la infracción de la *Obliegenheit* también aquí los autores enfatizan que ella no consiste en la imposición de una pena, sino que el infractor se ve obligado a tolerar una desventaja o a perder una posición jurídica favorable. El autor de una tentativa acabada o el partícipe en fase preparatoria perdería (a modo de sanción) la posibilidad de argumentar en su favor, respectivamente, que no pudo influir luego en el resultado acaecido⁸³ o que el delito posterior fue cometido por una tercera persona⁸⁴. En estos casos –al igual que sucede con la constelación de la provocación de la irresponsabilidad– la pena o la medida de seguridad que el infractor de la *Obliegenheit* debe tolerar sería tan sólo una consecuencia indirecta de no poder argüir los anteriores argumentos. Asimismo, quien se “vuelve” incapaz de iniciar contactos sociales de modo fiable perdería la posibilidad de alegar una presunción de legalidad de sus comportamientos futuros y, por tanto, debería tolerar la imposición de una medida de seguridad⁸⁵. Finalmente, la víctima no resulta penada como consecuencia de infringir la *Obliegenheit* sino que simplemente pierde la posibilidad de sostener una pretensión punitiva⁸⁶.

4. Dificultades en la identificación de las *Obliegenheiten* jurídico-penales

Desde diferentes sectores de opinión se ha puesto en duda si verdaderamente resulta posible adaptar este concepto procedente del Derecho privado a las concretas características del Derecho penal⁸⁷. Frente a ello la doctrina ha defendido con razón que el hecho de tomar prestado este concepto no implica traerlo a la dogmática jurídico-penal sin modificaciones, sino que la importación se fundamenta en un “parentesco de familia”⁸⁸. Justamente, así es como lo entiende

⁷⁹ Aquí cabría matizar esta afirmación señalando que, para BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, p. 107, la lesión de la *Obliegenheit* de autoprotección de la víctima resulta una conducta contraria a Derecho, aunque no en el sentido habitual de la infracción de deberes, puesto que aquí el injusto no sirve de punto de referencia de reproche alguno.

⁸⁰ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 42 y ss.

⁸¹ JAKOBS, en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 552.

⁸² En mi opinión, defiende esta idea (pese a aparecer poco clara su formulación) SÁNCHEZ-OSTIZ, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, p. 552.

⁸³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 70.

⁸⁴ JAKOBS, en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 556; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 78 y s.

⁸⁵ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 43 y ss.

⁸⁶ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, p. 106, n. 7.

⁸⁷ TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, p. 38 y s.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 220, n. 42; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, 2002, p. 80.

⁸⁸ MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, p. 70, n. 206; SÁNCHEZ OSTIZ, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 551 y s. De todos modos, no me parece que esté demasiado clara la manera en que se logró ese

expresamente HRUSCHKA⁸⁹, el más conocido “agente importador”. De este modo, el cumplimiento de la *Obliegenheit* se convierte, por ejemplo, en el presupuesto del mantenimiento de una eximente (v. gr. no de una pretensión indemnizatoria) y su infracción da lugar por tanto a la imposibilidad de blandir un argumento desincriminatorio (v. gr. no el menoscabo del rol de acreedor). Sin embargo, sí pasa inadvertido en nuestra discusión que el concepto de *Obliegenheit* es todo menos pacífico en el ámbito iusprivatista e incluso recientemente HÄHNCHEN en una impresionante investigación ha presentado contundente evidencia en favor de entender gran parte de las *Obliegenheiten* –incluso aquellas que toman como referentes los penalistas– como auténticos *deberes complementarios* (*Nebenpflichten*)⁹⁰.

Con buenas razones podría reprochársele en términos generales a quienes defienden la existencia de *Obliegenheiten* jurídico-penales el no haberse “embebido” de la discusión iusprivatista sobre su naturaleza jurídica y sobre las limitaciones de la teoría del presupuesto⁹¹. Sin embargo, no es éste el reproche más severo que cabe formular: y es que incluso si tomásemos como correcta la teoría

aggiornamento a las particularidades del Derecho penal, dado que en lo que respecta a la esencia de las *Obliegenheiten* la dogmática penal tomó la *misma* caracterización del Derecho privado. Así también, STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, 1999, p. 173. Posiblemente la única nota distintiva que no ha sido asimilada por el Derecho penal sea la de la imposibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento, aunque también existen excepciones al respecto. Cfr. CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, p. 153.

⁸⁹ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 416.

⁹⁰ HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 233 y ss., especialmente respecto a las denominadas “*Obliegenheiten* en sentido estricto”. Sólo las *Obliegenheiten* en sentido amplio (vg. aquellas que recaen sobre el asegurador) tendrían características similares a las que le reconoce la teoría del presupuesto. También consideran en el Derecho privado que las *Obliegenheiten* son en verdad deberes jurídicos, SCHWINTOWSKI, «§ 28 VVG», en SCHWINTOWSKI / BRÖMMELMEYER (eds.), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 2ª ed., 2011, nm. 25; SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, pp. 47 y s.; TERBILLE, en EL MISMO (ed.), *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, 2ª ed., 2008, nm. 201.

⁹¹ La crítica general que aparece en primera línea contra la teoría del presupuesto en la dogmática del Derecho privado es que la misma idea de “presupuesto” genera confusión: en definitiva, también la prestación principal (v. gr. el pago de la prima o la entrega de la cosa) es una condición (“presupuesto”) para conservar una ventaja jurídica o para exigir la contraprestación. Al respecto, cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 170. Pero también abundan críticas respecto a la concreta caracterización de las *Obliegenheiten*. La noción “obligación frente a uno mismo” como elemento distintivo de las *Obliegenheiten* ha sido relativizada a partir de reconocer que también (o principalmente) se consideran los intereses de terceros y de la comunidad, cfr. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, pp. 314 y s., 109, 172; LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., 1997, § 13, nm. 48; BROX/WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 34ª ed., 2010, § 28, nm. 616; SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, p. 47; SCHWINTOWSKI, en SCHWINTOWSKI / BRÖMMELMEYER (eds.), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 2ª ed., 2011, nm. 25. También se ha puesto en tela de juicio que las sanciones derivadas de la infracción de *Obliegenheiten* sean menos severas que las enlazadas a la lesión de deberes (cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 176, 180 y s., 134 y s.) o que quede excluida la indemnización por daños como sanción (cfr. SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, p. 115 [consecuencia indirecta]). Asimismo, se postula frente a la teoría del presupuesto que las *Obliegenheiten* serían imperativos categóricos (algo que sería muy claro desde la perspectiva de la teoría de la vinculatoriedad, cfr. HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 224) y que su lesión tiene carácter antijurídico, cfr. DEUTSCH, *Versicherungsvertragsrecht. Ein Grundriss*, 4ª ed., 2000, p. 146; MEDICUS, en JAYME et. al. (ed.), *FS-Niederländer*, 1991, p. 330.

del presupuesto, no podría obviarse que la dogmática jurídico-penal la ha usado incorrectamente⁹². Yendo directamente al núcleo de la crítica: con independencia de si en todos estos casos es correcto reconocer la infracción de una entidad deóntica distinta de un deber⁹³, la exposición anterior nos deja dudas acerca de si la noción de *Obliegenheit* ha sido utilizada adecuadamente por la dogmática penal. Sus elementos característicos son mencionados y (presuntamente) verificados en las exposiciones, sin embargo ello no es así. Cabría entonces formular las siguientes preguntas: ¿Son realmente las *Obliegenheiten* jurídico-penales *imperativos hipotéticos* y “obligaciones” frente a uno mismo? ¿Puede realmente distinguirse de la pena la *desventaja jurídica* derivada de su infracción? ¿Puede ésta no suponer una contrariedad a Derecho?

La primera cuestión que se revela sumamente discutible es que todos estos casos caigan bajo la fórmula de una “obligación frente a uno mismo”⁹⁴. Por un lado, la circunstancia de que el propio destinatario de la *Obliegenheit* tenga interés en cumplirla para conservar una eximente, una presunción o algún otro argumento favorable a su desincriminación no marca una diferencia nítida con los supuestos de infracción de deberes jurídicos. Más bien, la diferencia (superficial por cierto) parecería estar sólo en la formulación. Así, reformulando el sentido de los deberes jurídicos podría tranquilamente sostenerse que también están impuestos en interés del propio destinatario, puesto que en realidad el principal perjudicado es quien infringe el deber como consecuencia de la sanción percibida. Esta limitación surge, a su vez, del hecho de tomar como referente (erróneamente) la “situación de intereses” que se presenta al momento de la imposición de la sanción⁹⁵. En ese instante no existen diferencias entre los deberes y las *Obliegenheiten*, puesto que en ambos casos sus destinatarios estarían interesados en su cumplimiento, en evitar la consecuencia desfavorable. Sin embargo, la “situación de intereses” que resulta crucial para determinar si estamos ante mandatos o prohibiciones en interés propio es aquella que tiene lugar al momento de la *imposición*. Es decir: ¿qué interés se busca proteger cuando se impone una

⁹² Ya en este sentido crítico HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, 2002, p. 80; NEUMANN, GA, 1985, pp. 396 y s.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 220, n. 42.

⁹³ En mi opinión, ello resulta especialmente discutible en la propuesta acercada por *Jakobs* respecto a los delitos de resultado, JAKOBS, en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 70. Si bien el autor acierta al señalar que tradicionalmente el idéntico castigo de la tentativa acabada y la consumación se asienta en una premisa “no fundamentada” (aunque todavía capaz de serlo), de que habría responsabilidad por la realización de la acción pero no por el resultado de esa realización, resulta al menos cuestionable que esa equiparación venga de la mano de reconocer la infracción de una *Obliegenheit*. En mi opinión, el uso del concepto de *Obliegenheit* que hace *Jakobs* en general parece evidenciar una clara reminiscencia a la idea del *venire contra factum proprium*. Así, por ejemplo, quien con su comportamiento posterior pretende ir en contra de lo realizado previamente (desligarse de las consecuencias de haber aportado a un delito, de haber infringido la prohibición de matar) estaría vulnerando el principio de buena fe. Al respecto, cabe destacar que este vínculo entre *Obliegenheit* y el principios *venire contra factum proprium* ya fue enfatizado por SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 317, pp. 109 y ss.

⁹⁴ En un sentido crítico distinto al que se sigue aquí, GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, 2001, p. 89 entiende que si las *Obliegenheiten* son obligaciones frente a uno mismo, entonces serían irrelevantes para el Derecho por pertenecer al terreno de la moral.

⁹⁵ Advirtiendo acertadamente este problema HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 213 y ss.

Obliegenheit?⁹⁶ Aquí sí parece plausible la distinción, pues mientras la prohibición de matar estaría pensada en interés de la sociedad, la *Obliegenheit* de autoprotección buscaría resguardar principalmente a la víctima. Sin embargo, la delimitación entre estos dos momentos relevantes para considerar la “situación de intereses” pone al desnudo la imposibilidad de considerar “*Obliegenheit*” a gran parte de los supuestos analizados anteriormente.

Si nos preguntamos por los intereses que pretenden ser tutelados al momento de la imposición de la *Obliegenheit* no resulta nada difícil afirmar que prevalecen los de terceros o de la comunidad en su conjunto⁹⁷. La imposición del mandato de informarse acerca de cómo conducir un vehículo y de las reglas de tránsito antes de introducirse en el tráfico vehicular está pensada principalmente para proteger a los restantes intervinientes en las autopistas. Lo mismo rige para la provocación de un estado de necesidad exculpante: el castigo de quien crea una situación de peligro existencial para sus bienes jurídicos sólo aparece justificado cuando además están en riesgo bienes de terceros⁹⁸. Por su parte, la prohibición de brindar apoyo al autor de un delito antes del comienzo de la ejecución también está dirigida a resguardar los bienes jurídicos de terceros. Nada distinto sucede respecto a la *Obliegenheit* que, según *Jakobs*, se infringe en los casos de tentativa. Así, en todos estos supuestos quien incumple con el mandato o infringe la prohibición estará poniendo en peligro intereses de terceros y sólo ello hará legítima la imposición de una pena⁹⁹. De ahí que los intereses que prevalecen al momento de la imposición de la *Obliegenheit* sean los de la comunidad o las potenciales víctimas y no los de quien carga con ella¹⁰⁰. Por tanto, los casos de “lesiones de *Obliegenheiten*” caerían más bien dentro del espectro de las infracciones al *neminem laedere*^{101/102} y, por tanto, serían supuestos de “obligación frente a terceros”¹⁰³.

⁹⁶ En mi opinión, es justamente en este sentido que *Kant* teoriza acerca de los “deberes frente a uno mismo”, cfr. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1870, pp. 255 y ss.

⁹⁷ Poniendo de relieve esta circunstancia respecto a las *Obliegenheiten* del Derecho privado, HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, pp. 216 y ss.

⁹⁸ MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, p. 259, 265 y s.; EL MISMO, BK, 2013, § 35, nm. 17; ROGALL, SK, 2012, § 35, nm. 33. De otra opinión, MÜSSIG, *MüKo*, t. 1, 2ª ed., 2011, § 35, nm. 51 y s.

⁹⁹ Categóricamente señala FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2009, § 2, nm. 33: “una obligación frente a uno mismo no ofrece ningún motivo idóneo para una pena en un Derecho penal de protección de bienes jurídicos”.

¹⁰⁰ HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, 2002, p. 80; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 220, n. 42. Incluso así lo ven algunos penalistas que siguen la teoría del presupuesto, cfr. KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en KOCH (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, p. 92.

¹⁰¹ Resulta especialmente llamativo que esta circunstancia pase inadvertida en los planteamientos del propio *Hruschka*, elaborados sobre la base de las ideas de PUFENDORF, dado que para este último las (mal llamadas) *Obliegenheiten* son claramente exigencias de comportamiento impuestas de modo predominante en favor de la sociedad y de terceros. Al respecto, cfr. PUFENDORF, *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*, 2009, pp. 332 y s.

¹⁰² En estos casos bastaría con verificar una posibilidad mediata de lesión del bien jurídico para considerar infringido este principio; esto es, no la creación de un riesgo directo para la esfera de derechos de terceros, sino de un riesgo mediato, derivado por ejemplo del excluir la capacidad del seguimiento de las normas primarias jurídico-penales. De otra opinión, MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, p. 282. Por su parte, entiende RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 227 que el *neminem laedere* estaría reservado para la evitación directa de una lesión del bien jurídico, mientras que los supuestos de provocación de la falta de responsabilidad cae más bien bajo la lógica del *respice finem*.

¹⁰³ No es casual que entienda OTTO, «Vorverschulden und Rechtsmissbrauch», en FREUND *et. al.* (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 610 que la

Por su parte, no cabe negar que a simple vista las *Obliegenheiten* se presentan como imperativos hipotéticos. Esta primera impresión surge de presentarlas precisamente como condiciones para mantener una eximente, una pretensión punitiva, una presunción de legalidad de la actuación, etc.¹⁰⁴. Ahora bien, orientarnos exclusivamente a partir de las formulaciones lingüísticas de los imperativos puede conducirnos a equívocos¹⁰⁵, de allí que convenga tomar como punto de referencia si el imperativo excluye la finalidad de quien actúa, en tanto motivo determinante de su voluntad¹⁰⁶. Así, del mismo modo que la prohibición de matar no deja de ser un imperativo categórico cuando es formulada (elípticamente) mediante la sujeción a un fin¹⁰⁷, tampoco los enunciados anteriores de las *Obliegenheiten* conducen forzosamente a concluir que estamos ante imperativos hipotéticos. La adquisición de la información antes de iniciar un curso de acción riesgoso o el evitar la creación de una situación de necesidad para bienes jurídicos son conductas que resultan *objetivamente necesarias*, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto. Lo contrario debería llevar a afirmar incorrectamente que el § 323a StGB contiene un imperativo hipotético o que la naturaleza del imperativo depende de su reconocimiento legal¹⁰⁸. Algo similar puede decirse respecto al dueño de una tienda que vende un destornillador a un tercero para continuar con la sangrienta pelea que mantiene en plena calle. En estos casos, por ejemplo, el imperativo no tiene en su naturaleza una estructura condicional, sino que se les está diciendo a sus destinatarios: “no debes poner en peligro bienes jurídicos de los demás participantes en el tráfico”; “no debes colaborar en la comisión de delitos”¹⁰⁹.

Esta última caracterización tiene a su vez implicancias trascendentales sobre la valoración de la infracción de una *Obliegenheit*. Quien infringe un imperativo categórico –dice KANT– realiza una acción *mala* en sí misma¹¹⁰. En el mundo del Derecho esta afirmación implica *mutatis mutandis* que quien actúa contrariando alguno de sus imperativos categóricos realiza una acción desvalorada jurídicamente, esto es, una acción contraria al ordenamiento jurídico¹¹¹. Con excepción de lo que sucede en los casos de autoprotección de la víctima, la lesión de *Obliegenheiten* jurídico-penales representa un injusto de *peligro*, es decir que su contrariedad a

idea del abuso del derecho que fundamentaría la imputación en los casos de provocación de la irresponsabilidad esté concretizada en el *principio de lesividad* (*Schädlichkeitsprinzip*).

¹⁰⁴ V. gr.: “si quieres mantener una pretensión punitiva frente a los órganos de persecución penal no debes hacer vulnerables tus bienes jurídicos” o “si quieres alegar una eximente en tu favor tienes prohibido provocar la situación que da lugar a ellas”.

¹⁰⁵ RICKEN, *Allgemeine Ethik*, 5ª ed., 2013, p. 140.

¹⁰⁶ KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 1921, p. 34.

¹⁰⁷ V. gr. “Si quieres evitar una pena no debes matar”. Cfr. BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, pp. 36 y s.

¹⁰⁸ STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, 1999, p. 176.

¹⁰⁹ Entiende que las *Obliegenheiten* son, en realidad, imperativos categóricos, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 227

¹¹⁰ KANT, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, 1921, pp. 33 y s.

¹¹¹ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, p. 107. En sentido similar se pronuncia también respecto a los errores de prohibición provocados KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1996, p. 409: “El error de Derecho provocado debe ser fundamentado como un hecho injusto, culpable de modo mediato”; también así, respecto a la provocación del estado de necesidad justificante, DENCKER, «Der verschuldete rechtfertigende Notstand – BayObLG, NJW 1978, 2046», *JuS*, (11), 1979, p. 782; lo mismo respecto a la provocación del estado de necesidad exculpante, ROGALL, *SK*, 2012, § 35, nm. 33.

Derecho deriva de la puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros¹¹². Una cuestión distinta es si ya esa sola conducta contiene suficiente entidad como para constituir un injusto merecedor de pena¹¹³. De modo evidente ello no parece posible en los casos de participación en el estadio previo y de provocación de la falta de responsabilidad, pues el merecimiento de pena se supedita en estos casos a la existencia de un delito principal (principio de accesoriedad)¹¹⁴ o de una lesión cometida sin responsabilidad¹¹⁵, respectivamente¹¹⁶. Todo ello conduce a negar el carácter “neutro” (léase no merecedor de desaprobación) del comportamiento contrario a una *Obliegenheit*¹¹⁷.

¹¹² Cfr. MAYER, «Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330a StGB)», *ZStW*, (59), 1940, p. 284, quien habla en este contexto de una puesta en peligro de la “seriedad” y la “severidad” de la ley penal. Conectando también la regla de conducta infringida en los casos de *Vorverschulden* con deberes de evitación del peligro, BEHRENDT, *Affekt und Vorverschulden. Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Differenzierung von Struktur und Funktion menschlicher Selbststeuerung*, 1983, pp. 77 y ss.; FRISCH, *ZStW* (101) 1989, pp. 584 y ss., 591; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, 2002, p. 285; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 361; EL MISMO, «Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 26.5.1978 - 3 ObQWi 38/78», *JR*, 1979, pp. 127 y s.; BERTEL, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *ZStW* (84), 1972, p. 32; SCHMIDHÄUSER *Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 1982, 6/82; EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., 1975, p. 358; MARXEN, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, 1979, p. 58; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 60; LUZÓN PEÑA, «„Actio illicita in causa“ und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen», *JRE*, (2), 1994, p. 364; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 58; LOOS, «Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación», *ZIS*, (5), 2009, p. 262; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, p. 258.

¹¹³ Cfr. SCHWEIKERT, «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», *ZStW*, (70), 1958, p. 398, quien considera que en el terreno de las intoxicaciones provocadas el comportamiento riesgoso alcanza un grado de peligrosidad que justifica la declaración de un injusto penal. De todos modos, la sola provocación de la falta de imputación no resulta punible de *lege lata*, al menos en lo que respecta a la causación de errores, cfr. MANSO PORTO, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, 2009, p. 150.

¹¹⁴ HERZBERG, «Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Täterschaft und ihre Erscheinungsformen, Vorverschulden, Jugendkriminalität und Jugendgerichtsbarkeit*, 1988, pp. 93 y s.

¹¹⁵ FRISCH, *ZStW* (101) 1989, pp. 594 y s.; GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 109 y s.; OTTO, en FREUND et. al. (ed.), *FS-Frisch*, 2013, p. 610; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 56; LUBAN, «Contrived Ignorance», *Georgetown Law Journal*, (87), 1998-1999, pp. 957 y ss., p. 971; STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvoorschlag*, 1999, p. 176; KUSCH, *Der Vollrausch, § 323a StGB in teleologischer Auslegung*, 1984, p. 59. Un buen ejemplo de ello lo ofrece también el § 323a StGB que sólo castiga las intoxicaciones provocadas cuando éstas van acompañadas de la posterior comisión de un delito. Sobre esta última cuestión cfr. entre otros MAYER, *ZStW*, (59), 1940, p. 305. Cfr. igualmente en la jurisprudencia alemana BGHSt. 35, p. 145. De otra opinión, en el ámbito de la provocación del estado de necesidad justificante HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, p. 361.

¹¹⁶ Que la desvaloración específica que hace una rama del Derecho respecto a la infracción de una *Obliegenheit* requiera de un acontecimiento adicional no es algo exclusivo del Derecho penal. Así, por ejemplo, también en el Derecho civil la pérdida de una ventaja jurídica derivada de un comportamiento contrario a la *Obliegenheit* depende además de una relación causal con un resultado, cfr. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, 1953, p. 318. Así, por ejemplo, en el § 254 párr. 2 BGB la pérdida o la reducción de la pretensión resarcitoria depende –además de una acción de “auto-desprotección”– de la producción de un daño.

¹¹⁷ Este punto guarda estrecha relación con el estatus deontológico de un comportamiento conforme o contrario a una *Obliegenheit*. En el ámbito de la imputación extraordinaria, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 77 y MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, p. 71, n. 211, señalan que el problema debería situarse en el plano de la “supererogación”. Por ello debería entenderse que el cumplimiento de una *Obliegenheit* no resultaría prohibido, mandado ni indiferente, sino más bien aconsejable (cfr. HRUSCHKA/JOERDEN, «Supererogation: Von deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck», *ARSP*, 1987, pp. 112 y ss.; JOERDEN, *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 2ª ed., 2010, p. 225) y que además su omisión no sería algo incorrecto ni tampoco merecería sanción o crítica formal o informal (HEYD, *Supererogation. Its status in ethical theory*, 1982, p. 115).

Uno de los inconvenientes más evidentes en el tratamiento jurídico-penal de las *Obliegenheiten* aparece finalmente respecto al alcance que se le ha dado a la idea de “desventaja jurídica”¹¹⁸. En este punto la discusión académica del Derecho penal se ha enfocado tan sólo en una consecuencia directa –pero de importancia sólo *secundaria*– de la infracción de la *Obliegenheit*. Así, cuando se presta atención exclusivamente a la ventaja jurídica o al argumento que se pierde, se pasa por alto que la principal consecuencia de esas infracciones de “*Obliegenheiten*” es la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Con otras palabras: se deriva la misma consecuencia jurídica que para las conductas contrarias a deber. Es más, este enfoque sería trasladable a los casos normales de infracción de deberes: quien contraría la prohibición de matar se coloca en una situación en la que ya no puede alegar en su favor la presunción de inocencia o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aun cuando pudiésemos discutir si el argumento que se pierde en el “diálogo” con el juez se apoya en estas dos ideas, sí es evidente que los conceptos de “pena” y “desventaja jurídica” pueden (desde esta perspectiva) resultar fácilmente intercambiables¹¹⁹. Esta circunstancia debilita aún más la autonomía que tendría –al menos en el actual estado de la cuestión en el Derecho penal– el concepto de lesión de *Obliegenheiten* frente a la lesión de deberes.

Todo lo anterior pone al desnudo que, en realidad, la ciencia jurídico-penal se ha aprovechado de la “plasticidad” del concepto de *Obliegenheit* para incorporar al sistema de normas del ciudadano una entidad deóntica distinta a los deberes tradicionales. Cabe además considerar una cuestión adicional: la casuística también revela las debilidades del propio concepto. A partir de aquí surge una pregunta inevitable: ¿tiene sentido acudir al Derecho privado (y en concreto a las *Obliegenheiten*) para fundamentar una imputación distinta a la basada en la lesión de deberes?

Ahora bien, en un contexto de anticipación de la tutela jurídico-penal sólo parece *aconsejable* llevar una vida “ordenada”, sin “abolladuras” en la personalidad, dado que ello permitiría estar en mejores condiciones de actuar conforme a deber al momento de la interpelación. Podría decirse que quien así no lo hiciese simplemente tendría mayores dificultades para actuar conforme a deber en el momento *decisivo*, es decir en el momento de dar cumplimiento al deber. Sin embargo, este análisis pertenece al campo de la culpabilidad por conducción de la vida, que debe ser descartado a la hora de imputar responsabilidad jurídico-penal. En cambio, difícilmente podrían leerse las exigencias de conducta (positivas y negativas) derivadas de las (mal llamadas) *Obliegenheiten* como meros *consejos*. Ello sería equivalente a decir que el ordenamiento jurídico prohíbe matar o manda a ayudar a personas desamparadas, mientras que simplemente *aconseja* a los automovilistas respetar los límites de velocidad, las prioridades de paso, etc. Incluso, en caso de juzgarse este punto de vista como correcto, todavía sería difícil explicar por qué razón un comportamiento *desaconsejable* se hace acreedor a una pena. Más bien, lo correcto es entender que el legislador penal impone mandatos y prohibiciones (primarios y secundarios) para proteger bienes jurídicos. No en vano HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, pp. 287, 294, 307, 321, 328, describe el contenido de las concretas *Obliegenheiten* como *mandatos* o *prohibiciones*, pese a la contradicción en la que luego incurre al caracterizarlas como imperativos hipotéticos, estos es, como reglas que simplemente transmiten consejos.

¹¹⁸ En mi opinión, solamente el uso de este concepto en el ámbito de la autoprotección de la víctima resulta en menor medida afectado por esta crítica, dado que aquí las consecuencias directas y centrales de la infracción de la *Schützobliegenheit* son el decaimiento de una pretensión punitiva y la imposibilidad de que su infractor sea considerado como “víctima” en el proceso. Sin embargo, todavía podría discutirse aquí si realmente es la víctima la que sufre ese “perjuicio jurídico” o si más bien es el Estado.

¹¹⁹ Advirtiéndose ya este problema de intercambiabilidad entre desventaja jurídica y sanción en el Derecho privado, LARENZ/WOLFF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., 2012, § 19, nm. 38; HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2ª ed., 1996, § 26, nm. 537.

5. La pregunta obligada: ¿qué queda entonces del concepto de *Obliegenheit* en el Derecho penal?

Conforme a la crítica expuesta, prácticamente en ninguno de los anteriores casos puede hablarse *stricto sensu* de una infracción de *Obliegenheiten*, al menos en el sentido que los autores están dispuestos a reconocer a este concepto siguiendo la teoría del presupuesto. Claramente surge de la crítica que la entidad deóntica que aparece infringida en estos casos pertenece al mundo de las *Verbindlichkeiten*, esto es, pertenece al género de los deberes. A conclusiones similares se llega también en el Derecho privado siguiendo la denominada teoría de la vinculatoriedad (*Verbindlichkeitstheorie*) y de este modo se categoriza a las *Obliegenheiten* como deberes complementarios (*Nebepflichten*)¹²⁰. Sin embargo, en mi opinión, esta situación conduce a poner seriamente en tela de juicio el sentido de contar con un concepto autónomo, capaz de abarcar otros fenómenos normativos distintos a los deberes¹²¹. Posiblemente lo más adecuado sea hablar directamente de deberes *principales* (los contenidos en los tipos penales de la Parte especial) y *complementarios* (toda la constelación nombrada anteriormente bajo el rótulo de *Obliegenheiten*), y formular luego sí (en caso de ser necesario) ulteriores subclasificaciones dentro de este último grupo. Por ejemplo, entiendo que la entidad deóntica infringida en los casos de la denominada “imputación extraordinaria” deberían denominarse *deberes subsidiarios*, como especie dentro de los deberes complementarios¹²².

Pese a todo, sería precipitado negar directamente todo valor al concepto de *Obliegenheit* en general y en concreto en el Derecho penal. En realidad, los problemas que han sido puestos de relieve no tienen tanto que ver con el concepto en sí, sino más bien con su *aplicación* a determinados supuestos. Esto significa que la caracterización de situaciones diferentes a la infracción de deberes (principales) jurídico-penales se hizo a costa de la manipulación de la noción de *Obliegenheit*. Este abuso, con todo, no debe conducir a pasar por alto el valor que todavía conserva el concepto dentro del Derecho penal. Más bien, cabría entender esta situación como un nuevo síntoma de los problemas que atraviesan las tradicionales teorías de las normas

¹²⁰ HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebepflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 263. Al respecto, basta con prestar atención al tratamiento que reciben estos deberes en la dogmática del Derecho privado para apreciar que las analogías de los supuestos jurídico-penales con el concepto de deber *complementario* son mucho mayores que con el de *Obliegenheit*. Estos deberes complementarios sirven a la preparación, ejecución y aseguramiento de la prestación principal (deberes complementarios vinculados a la prestación principal) o a la protección de los intereses y derechos del acreedor frente a posibles daños (deberes de protección). Estos últimos se derivan especialmente de los §§ 242 y 241 II BGB y consisten en deberes de diligencia o de información. En general, la infracción de estos deberes acarrea (al igual que la de los deberes principales) una pretensión indemnizatoria. Sobre los deberes complementarios en el Derecho civil, cfr. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, 6ª ed., 2013, § 6, nm. 42 y ss.; SCHWAB/LÖHNIG, *Einführung in das Zivilrecht. Mit BGB – Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktrecht*, 19ª ed., 2012, nm. 438 y s.; MEDICUS/PETERSEN, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 22ª ed., 2009, § 11, nm. 206 y ss.; MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 11ª ed., 2009, § 4, nm. 183 y ss.; SCHAER, *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, 1972, pp. 24 y ss.

¹²¹ Con todo, destaca la importancia de reconocerle a las *Obliegenheiten* cierta autonomía entre los deberes complementarios, HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebepflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, 2010, p. 263.

¹²² Entendiendo justamente que aquí más que de una *Obliegenheit* debería hablarse de un deber, PAEFFGEN, *NK*, 4ª ed., 2013, «Vor § 323 a», nm. 21; STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, 1999, p. 172 y ss.

jurídico-penales, como consecuencia de atender (casi) exclusivamente a un único tipo de deber y de entidad normativa.

En mi opinión, resulta posible rescatar de esta crítica a las *Obliegenheiten* que requieren por parte de la víctima medidas de autoprotección. Ello se observa principalmente si se toma como referencia las dos notas esenciales de este concepto en la óptica de la teoría del presupuesto. Por un lado, los intereses que se busca resguardar de modo prioritario al momento de imponer estas reglas de conducta son los de la víctima¹²³: en primera línea se procura mantener indemne su esfera de libertad¹²⁴. Por otro lado, puede apreciarse que la pérdida de la pretensión punitiva que se deriva a modo de sanción por la infracción de la *Obliegenheit* asume una forma más cercana a la “pérdida de una ventaja jurídica” que a la de una “pena” o sanción “punitiva”. Posiblemente todavía estaría sujeto a discusión si el contenido concreto de esa desventaja es la pérdida de la acción penal, pero lo que en mi opinión parece indudable es que la consecuencia de no cumplir con la *Obliegenheit* no puede asimilarse a una pena. Precisamente, el menoscabo en el acervo de derechos que produce la imposición de la pena va acompañado de un mensaje de censura, algo de lo que carece una simple desventaja jurídica. Aunque también las restantes características se verifican en este *topos*. Por ejemplo, la prohibición de contribuir a que nuestro patrimonio o nuestra salud sea menoscabado por las acciones de terceros sólo puede representar un *Sollen* incondicionado en el plano ético, pero en el plano jurídico sólo puede ser legítimamente formulada como un imperativo *hipotético*¹²⁵. De allí se deriva además que la conducta contraria a la *Obliegenheit* no puede ser valorada como antijurídica ni tampoco puede ser su autor destinatario de un juicio de reproche.

6. Reflexiones finales

Las anteriores reflexiones nos llevan a responder la pregunta que encabeza este trabajo con un *Jein*. En primer lugar, las *Obliegenheiten* existen en el Derecho penal y su función es delimitar el campo de actuación de la víctima de cara a la tutela judicial de sus derechos; es decir, el cumplimiento de las *Obliegenheiten* de autoprotección constituye un presupuesto para el mantenimiento de la pretensión punitiva de la víctima frente al principal competente por el daño. Sin embargo, en segundo lugar, cabe hacer un diagnóstico bastante desalentador para el amplio número de autores que en los últimos años han encontrado en el concepto de *Obliegenheit* un

¹²³ Cabe destacar que este punto de vista no resulta pacífico, puesto que abre el debate en torno a si el Derecho está legitimado a imponer obligaciones frente a uno mismo. En contra de esta idea, NEUMANN, «Deontologische und teleologische Positionen in der rechtlichen und moralischen Beurteilung von Sterbehilfe und Suizidteilnahme», en JUNG *et. al.* (eds.), *Recht und Moral*, 1994, p. 397; GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, 2001, p. 89.

¹²⁴ BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, pp. 106 y s.

¹²⁵ En cambio, BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, 2003, pp. 36 y s., 107, entiende que las *Obliegenheiten* de autoprotección de la víctima caen dentro del grupo de los imperativos categóricos. Con base en esta idea entiende además que quien obra de forma contraria a la *Obliegenheit* realiza una conducta *antijurídica*, aunque con la particularidad de que ella no estaría asociada con un *reproche*. Sin embargo, en mi opinión, esta última afirmación saca a la luz algunas de las principales dudas sobre el encasillamiento de estas reglas de conducta como imperativos categóricos. En lo esencial, resulta poco plausible afirmar que un comportamiento que va en contra de lo dispuesta por el Derecho no sea digno de reproche; esto último parece tener más sentido cuando alguien se aparta de una regla que solo resulta objetivamente necesaria en atención a un fin planteado.

“comodín” conceptual, capaz de explicar las más diversas controversias jurídicas. Este diagnóstico rige especialmente para la opinión cada vez más extendida, según la cual en el terreno de la denominada imputación extraordinaria la imposición de una pena se sustenta en la infracción de una *Obliegenheit*. En estos casos, la doctrina ha empleado la expresión para aludir impropriamente a *deberes* jurídicos, a *deberes* complementarios, distintos de los deberes primarios¹²⁶. Así, las *Obliegenheiten* en sentido estricto tendrían en el Derecho penal una importancia mucho más marginal de lo que la doctrina se esfuerza en mostrar.

No obstante lo anterior, son innumerables los desafíos ante los cuales nos colocan las ideas que aparecen aquí. En lo esencial, la identificación de deberes principales, deberes complementarios y *Obliegenheiten* nos invita a un profundo replanteamiento de la teoría de las normas jurídico-penales, cuyo armazón teórico estuvo apoyado (al menos explícitamente) en un único tipo de deber. Aquí la tarea finca en precisar cómo interactúan entre sí los deberes principales y los complementarios en el ámbito de la norma de conducta, pero también qué incidencia tienen las *Obliegenheiten* en la norma de sanción. Asimismo los anteriores planteamientos deberían conducirnos a reabrir el debate en torno a la ubicación del *topos* de la competencia de la víctima dentro de la estructura de la teoría del delito. La discusión podría tomar como referentes dos puntos de partida: entender esta problemática como una cuestión ubicada en el ámbito de la norma primaria (en el que la infracción de las *Obliegenheiten* de autoprotección haría “interferencia” sobre las consecuencias derivadas de la infracción de deberes principales) o directamente como una cuestión sólo atinente a la norma secundaria, según la cual la pena resulta en estos casos merecida aunque *innecesaria*.

7. Bibliografía citada

ALCÁZER GUIRAO (2004), *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona.

BEHRENDT (1983), *Affekt und Vorverschulden. Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Differenzierung von Struktur und Funktion menschlicher Selbststeuerung*, Nomos, Baden-Baden.

BERTEL (1972), «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *ZStW*, (84), pp. 1 y ss.

BIEWALD (2003), *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, Duncker & Humblot, Berlin.

BISCHOFF (2010), «Der Zwischenrechtsbehelf des § STPO § 238 STPO § 238 Absatz II StPO im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur: Beanstandungsrecht oder Beanstandungspflicht?», *NStZ*, pp. 77 y ss.

BITTMANN/MOLKENBUR (2009), «Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht», *wistra*, (10), pp. 373 y ss.

¹²⁶ Según el sentido reconocido por VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 74.

BÖRNER (2011), «§ 243 StPO § 243 Absatz III 1 StPO und der Große Senat für Strafsachen – Die Folgen eines unvollkommenen Anklagesatzes –», *NStZ*, pp. 436 y ss.

BROX/WALKER (2010), *Allgemeiner Teil des BGB*, 34ª ed., Franz Vahlen, München.

CÓRDOBA (2012), *La evitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid et. al.

DEHNE-NIEMANN (2009), «Omissio libera in causa bei »echten« Unterlassungsdelikten. Zur Verhaltensgebundenheit »echten« Unterlassens am Beispiel der §§ 266a I, 323c StGB», *GA*, pp. 150 y ss.

DENCKER (1979): «Der verschuldete rechtfertigende Notstand – BayObLG, NJW 1978, 2046», *JuS*, (11), pp. 779 y ss.

DEUTSCH (2000), *Versicherungsvertragsrecht. Ein Grundriss*, 4ª ed., VVW, Karlsruhe.

ERB (2011), «§32 StGB», JOECKS/MIEBAC (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

FELSCH (2011), «§ 28», en RÜFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI (eds.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

FREUND (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg.

GONZÁLEZ-RIVERO (2001), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin.

GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

HAAS (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker & Humblot, Berlin.

HÄHNCHEN (2010), *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, Mohr Siebeck, Tübingen.

HERZBERG (1988), «Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Täterschaft und ihre Erscheinungsformen, Vorverschulden, Jugendkriminalität und Jugendgerichtsbarkeit*, Nomos, Baden-Baden, pp. 79 y ss.

HEYD (1982), *Supererogation. Its status in ethical theory*, Cambridge University Press, Cambridge et. al.

HÖRNLE (2009), «Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)», *JuS*, (10), pp. 873 y ss.

HORN (1969), *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Duncker & Humblot, Berlin.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin/New York.

- EL MISMO (1991), «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), pp. 449 y ss.

- EL MISMO (1976), *Strukturen der Zurechnung*, de Gruyter, Berlin/Nueva York.

- EL MISMO (1979), «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en KAUFMANN et al. (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, pp. 421 y ss.

- EL MISMO (1984), «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zu Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW*, (96), 1984, pp. 661 y ss.

- EL MISMO (1979), «Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 26.5.1978 – 3 ObQWi 38/78», *JR*, pp. 125 y ss.

- EL MISMO (2003), «Die Unterscheidung von Pflicht und Obliegenheiten, angewendet auf die Selbstberauschung», en KAUFMANN (ed.), *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht*, Peter Lang, Frankfurt a.M., pp. 291 y ss.

HRUSCHKA/JOERDEN (1987), «Supererogation: Von deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck», *ARSP*, pp. 93 y ss.

HUBER (2012), «Der Inhalt des Schuldverhältnisses», en STAUDINGER (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sellier/de Gruyter, Berlin.

HÜBNER (1996), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York.

JAKOBS (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin/New York.

- EL MISMO (2008), *Rechtswang und Personalität*, Vorträge G 418, Ferdinand Schöningh, Paderborn.

- EL MISMO (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

- EL MISMO (2011), «Mittäterschaft als Beteiligung», en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO (2004), «La denominada *actio libera in causa*» (trad. GONZÁLEZ RIVERO), en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, pp. 209 y ss.

JOERDEN (1988), *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs. Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO (2010), *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 2ª ed., Springer, Heidelberg *et. al.*

JOSHI JUBERT (1994), «Actio libera in causa: Ordentliche oder außerordentliche Zurechnung?», *JRE* (2), pp. 327 y ss.

KANT (1870), *Metaphysik der Sitten*, Verlag der Dürrschen Buchhandlung, Leipzig. (citada por la edición de VON KIRCHMANN, *Philosophische Bibliothek*, t. 42)

- EL MISMO (1921), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (trad. GARCÍA MORENTE), Madrid. (citada por la edición de ROSARIO BARBOSA, San Juan, 2007)

KIEFNER (1991), *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, Gießen (tesis doctoral).

KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

- EL MISMO (1997), «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en KOCH (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlin, Berlin-Verl Spitz, pp. 89 y ss.

- EL MISMO (1994), «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), pp. 339 y ss.

Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg.

KUHN-PÄBST (1984): *Die Problematik der actio libera in causa*, Mannheim (tesis doctoral).

KÜHL (2012), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Vahlen, München.

KUSCH (1984), *Der Vollrausch, § 323a StGB in teleologischer Auslegung*, Duncker & Humblot, Berlín.

LARENZ (1978), *Derecho civil. Parte general* (trad. IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA), Edersa, Jaén.

- EL MISMO (1975), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3^a ed., C. H. Beck, München.
- LARENZ/WOLF (1997), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8^a ed., C. H. Beck, München.
- LARENZ/WOLF/NEUNER (2012), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10^a ed., C. H. Beck, München.
- LEIPOLD (2013), *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, 6^a ed., Mohr Siebeck, Heidelberg.
- LOOS (2009), «Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación» (trad. MALARINO), *ZIS*, (5), pp. 257 y ss.
- LUBAN (1999), «Contrived Ignorance», *Georgetown Law Journal*, (87), 1998-1999, pp. 957 y ss.
- LUZÓN PEÑA (1994), «„Actio illicita in causa“ und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen», *JRE*, (2), pp. 353 y ss.
- MANSO PORTO (2009), *Normunkennntnis aus belastenden Gründen*, Nomos, Baden-Baden.
- MAÑALICH R. (2010), «La estructura de la autoría mediata», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIV), pp. 385 y ss.
- EL MISMO (2009), *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden.
- MARXEN (1979), *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, Alfred Metzner, Frankfurt a. M.
- MAYER (1940), «Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330a StGB)», *ZStW*, (59), pp. 283 y ss.
- MEDICUS (1991), «Zum Schutzzweck schadensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten», en JAYME *et. al.* (ed.), *Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag*, Carl Winter, Heidelberg, pp. 329 y ss.
- MEDICUS/PETERSEN (2009), *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 22^a ed., Carl Heymann, Köln.
- MONTENBRUCK (1983), *Thesen zur Notwehr*, Decker & C. F. Müller, Heidelberg.
- MOMSEN (2006), *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Nomos, Baden-Baden.
- EL MISMO (2013), «§ 35», en VON HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*.

MÜSSIG (2011), «§ 35», en JOECKS/MIEBAC (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. 1, 2ª ed., C. H. Beck, München.

MUSIELAK (2009), *Grundkurs BGB*, 11ª ed., C. H. Beck, München.

NEUMANN (2013), «§ 35», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., t. 1, Nomos, Baden-Baden. NEUMANN (1985), *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO (1994), «Deontologische und teleologische Positionen in der rechtlichen und moralischen Beurteilung von Sterbehilfe und Suizidteilnahme», en JUNG *et. al.* (eds.), *Recht und Moral*, Nomos, Baden-Baden, pp. 393 y ss.

- EL MISMO (1985), «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», *GA*, pp. 389 y ss.

- EL MISMO (1985), *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin.

OLZEN (2009), «§ 241», en STAUDINGER (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter, Berlin.

OTTO (2013), «Vorverschulden und Rechtsmissbrauch», en FREUND *et. al.* (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 589 y ss.

PAEFFGEN (1986), *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Carl Heymanns, Köln *et. al.*

- EL MISMO (2013), «Vorbemerkungen zu § 323 a: Die actio libera in causa», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.

PAWLIK (2004), *Person, Subjekt und Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (2002), *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, de Gruyter, Berlin/New York.

PERRON (2010), «§ 32», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 28ª ed., C. H. Beck, München.

PUFENDORF (2009), *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence* (trad. ABBOTT OLDFATHER), Liberty Fund, Indianapolis. (citado por la edición de THOMAS BEHME, *The Works of Samuel Pufendorf*).

PUPPE (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

RENZIKOWSKI (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (1994), *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

RICKEN (2013), *Allgemeine Ethik*, 5ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

ROBLES PLANAS (2009), «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret*, (2), pp. 1 y ss. (disponible en <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>)

ROGALL (2012), «§ 35», en RUDOLPHI/WOLTER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Carl Heymann, Köln/München.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 4ª ed., C. H. Beck, München.

RUDOLPH (2006), *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2010), «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 535 y ss.

- EL MISMO (2008), *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

SCHAER (1972), *Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten*, Stämpfli, Bern.

SCHIMIKOWSKI (2009), *Versicherungsvertragsrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, München.

SCHMIDHÄUSER (1982), *Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (1975), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen

SCHMIDT (1953), *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe.

STÜHLER (1999), *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, Ergon, Würzburg.

SCHWAB/LÖHNIG (2012), *Einführung in das Zivilrecht. Mit BGB – Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktrecht*, 19ª ed., C.F. Müller, Heidelberg et. al.

SCHWEIKERT (1958), «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», *ZStW*, (70), pp. 394 y ss.

SCHWINTOWSKI (2011), «§ 28 VVG», en SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER (eds.), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 2ª ed., ZAP, Münster.

SEELMANN (2013), «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal» (trad. NÚÑEZ OJEDA/VOGT GEISSE), en EL MISMO, *Estudios sobre Filosofía del Derecho y Derecho penal* (edición a cargo de Montiel), Marcial Pons, Madrid *et. al.*, pp. 189 y ss.

- EL MISMO (2013), «El no hacer como hecho punible. Sobre la creciente importancia y el potencial problemático de los delitos de omisión impropia» (trad. MONTIEL) en EL MISMO, *Estudios sobre Filosofía del Derecho y Derecho penal* (edición a cargo de MONTIEL), Marcial Pons, Madrid *et. al.*, pp. 134 y ss.

SILVA SÁNCHEZ (2010), «Honeste vivere», *InDret*, (3), pp. 1 y ss.

TERBILLE (2008), «§ 2» en EL MISMO (ed.), *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, 2ª ed., C. H. Beck, München.

TOEPEL (2002), *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (1992), *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin.

UFER (2002), *Der Verwertungswiderspruch in Theorie und Praxis. Prozessuale Obliegenheiten des Verteidigers und ihre Bedeutung für die Rechtsposition des Beschuldigten*, Peter Lang, Frankfurt a.M. *et. al.*

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin.

8. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
BGH, de 15 de diciembre de 1987	BGHSt. 35, 143		