

Universitat Pompeu Fabra
Tesis 2011
Departamento de Derecho

HACIA UN SISTEMA UNITARIO DE RESPONSABILIDAD Y *DEBERES*
DE RESPONDER

Doctoranda: María Soledad Krause Muñoz
Director: Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez

Para quienes son mi historia y mis raíces

La tesis se inicia con el análisis de los distintos significados del término responsabilidad, tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico. Inspira ese examen el postulado de que las palabras y los contextos en los que son usadas dan cuenta de una determinada forma de comprender y de delinear una institución social. Siguiendo ese método, se concluye que la responsabilidad constituye un mecanismo de intervención social que tiene un significado particular que permite diferenciarlo de otros sistemas de atribución de consecuencias gravosas, y que el contenido central del mismo puede esbozarse de manera unitaria, sin atender a la tradicional dicotomía entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. De manera detallada, la tesis efectúa un análisis del contenido de la responsabilidad, ahondando, entre otros, en sus presupuestos, elementos, efectos y significado. Finalmente, de manera somera, la autora esboza la estructura de otros deberes de responder distintos de la responsabilidad y que tienen como criterios de fundamentación la solidaridad y la seguridad.

The thesis begins with an analysis of the different meanings of responsibility -both in terms of day- a- day language and also in its legal context-. This analysis examines the words and contexts that are used to understand and define social institutions. Within that method of analysis, there is a logical conclusion that responsibility is a form of social intervention that has a unique meaning and is different from other systems of attribution resulting from grave consequences. The meaning of the institution can be seen in a more singular form without taking into account the traditional dichotomy between civil responsibility and criminal responsibility. The thesis details an analysis of responsibility with its accompanying assumptions, elements, effects and meaning. Finally, the autor outlines the structure of other responding systems that take into account solidarity and security.

ÍNDICE

Introducción y planteamiento de una hipótesis. Deberes de responder fundados en diversos sistemas de atribución: Responsabilidad/ Solidaridad/ Seguridad.....	14
Marco de referencia. Un nuevo lugar de las sanciones en los sistemas jurídicos configurados desde pretensiones de seguridad.....	18
Capítulo I. Sobre la responsabilidad.....	27
1. El concepto de responsabilidad.....	27
1.1 Acerca de la necesidad de descifrar las reglas del lenguaje.....	27
1.2 Las dificultades.....	29
1.3 Su origen etimológico.....	30
1.4 La evolución histórica.....	31
1.5 Su uso técnico.....	33
2. Categorías o clases de responsabilidad.....	34
3. Responsabilidad prospectiva y responsabilidad retrospectiva.....	35
3.1 La responsabilidad prospectiva.....	35
3.2 La responsabilidad retrospectiva.....	40
Excurso. La responsabilidad positiva.....	43
4. Diversas categorías de responsabilidad sancionatoria para la definición de sus presupuestos y elementos configuradores	45
4.1 Responsabilidad moral, política y jurídica.....	45
4.2 Responsabilidad punitiva y resarcitoria.....	50
4.3 Responsabilidad individual y colectiva.....	52
4.4 Responsabilidad directa e indirecta.....	59
4.5 Responsabilidad subjetiva y objetiva.....	61
5. Restricción del análisis. Noción restrictiva de responsabilidad jurídica.....	68
6. Delimitación de la responsabilidad jurídica y otros conceptos relacionados.....	71
6.1 Responsabilidad y sanción.....	71
6.2 Responsabilidad y medidas de seguridad y distribución.....	71
6.3 Responsabilidad y caso fortuito.....	72
6.4 Responsabilidad y culpabilidad.....	73
7. Irrelevancia de la dicotomía responsabilidad civil- penal para caracterizar los elementos centrales de la responsabilidad.....	75
7.1 Dos paradigmas contrapuestos en la reacción frente al hecho ilícito.....	75
7.1.1. El discurso de la responsabilidad civil. Consideraciones generales	78

7.2	Refutación de la radical dicotomía entre responsabilidad civil y responsabilidad criminal.....	88
7.2.1	Refutación de la dicotomía a partir del origen histórico común de la responsabilidad.....	89
7.2.2	Refutación de la dicotomía en razón de la ausencia de criterios que la justifiquen de materia completa y definitiva.....	92
7.2.2.1	Explicaciones formales o de sistemática.....	94
7.2.2.2	Explicaciones materiales o de contenido.....	95
7.2.2.3	Consideración crítica de los fundamentos de distinción entre los sistemas de responsabilidad civil y penal.....	104
7.2.3	Refutación de la dicotomía en razón de las interferencias y sinergias que se plantean en la aplicación práctica de los sistemas de responsabilidad.....	114
7.2.3.1	La <i>parábola</i> de la responsabilidad civil. De la función punitiva a la función de distribución.....	114
	a) Función punitiva de la responsabilidad civil.....	115
	a.1) <i>La pena privada y los punitive damages</i>	115
	a.2) <i>Acerca de la desmaterialización del daño indemnizable en materia de responsabilidad civil</i>	118
	b) Función de distribución de la responsabilidad civil.....	120
7.2.3.2	La <i>parábola</i> de la responsabilidad penal. De la función de aseguramiento a la función de reparación.....	124
	a) De la función reparatoria de la responsabilidad penal.....	125
	a.1) <i>La acción civil derivada del ilícito penal</i>	125
	a.2) <i>El resurgimiento de la persona de la víctima en el proceso y en el derecho penal</i>	127
	a.3) <i>En cuanto a la reparación como tercera vía del derecho penal</i>	130
	b) De la función de aseguramiento del derecho penal.....	132
Capítulo II.	Consideraciones sobre una visión unitaria de responsabilidad.....	136
1.	Introducción.....	136
2.	Presupuestos de la responsabilidad.....	137
2.1.	El sujeto responsable.....	138
2.1.1	Del sujeto responsable como Uno.....	138
2.1.2	De la concepción social del Uno.....	140
2.1.3	Del modo de expresión del Uno en el ámbito de la responsabilidad. Las acciones.....	142
2.1.4	Sobre la configuración racional del Uno. El sentido de las acciones.....	144

2.1.5	Sobre la conformación histórica del Uno. La identidad.....	145
2.1.6	Acerca de la configuración normativa del Uno.....	147
2.1.7	El sustrato material del Uno.....	148
2.1.8	Una concepción antropológica de hombre. Del hombre como unidad de sentido y agente.....	149
2.2.	El Otro.....	158
2.3.	Todos.....	160
2.4.	Un sistema jurídico de referencia.....	163
2.5.	Una determinada racionalidad en la concepción del mundo.....	166
2.6.	El poder del sujeto.....	167
2.7.	Una determinada posición del sujeto en relación con el Estado.....	169
3.	Elementos de la responsabilidad.....	171
3.1	La acción.....	172
3.1.1	La realización de la acción.....	173
3.1.2	Del objeto de las acciones.....	174
3.1.3	De la permanencia e irreversibilidad del hecho.....	175
3.1.4	De los actos como acciones.....	175
3.1.5	De los actos como omisiones.....	176
3.1.6.	El sentido de la acción.....	177
3.1.7	De la normalidad de condiciones en las que actúa el sujeto.....	178
3.2	Relevancia del hecho. Antijuridicidad y daño.....	180
3.2.1	De la infracción de la norma o deber.....	180
3.2.2	Las causas de justificación.....	183
3.2.3	La consecuencia de la infracción: el daño.....	184
3.2.3.1	El concepto de daño.....	185
3.2.3.2	Noción de daño relevante para efectos de la responsabilidad.....	187
3.2.3.3	El daño relevante para efectos de la responsabilidad sólo puede tener lugar en la esfera intersubjetiva.....	189
3.2.3.4	El daño jurídico.....	194
3.2.3.5	El daño material.....	195
3.2.3.6	Daño relevante en la responsabilidad punitiva.....	197
3.2.3.7	Daño relevante en la responsabilidad resarcitoria.....	200
3.2.3.8	Posibles críticas a una noción de daño de esta especie.....	201
3.2.3.9	El daño como elemento central de toda responsabilidad.....	203
3.3	Pertenencia del hecho.....	205
3.3.1	De la pertenencia material del hecho. La causalidad.....	206
3.3.2	De la pertenencia normativa del hecho. La imputación objetiva.....	211

3.3.3	De la pertenencia moral del hecho. La voluntariedad.....	213
3.3.3.1	De la voluntad como dolo.....	214
3.3.3.2	De la voluntad como negligencia.....	216
3.4	Juicio de responsabilidad.....	219
3.4.1	El objeto del juicio de responsabilidad.....	219
3.4.2	Producto del juicio de responsabilidad. El reproche al sujeto.....	220
3.4.3	Fundamento y contenido del reproche: La culpabilidad.....	221
3.4.3.1	La noción de culpabilidad.....	222
3.4.3.2	Consecuencias antropológicas de la culpabilidad.....	224
3.4.3.3	Acerca del concepto de culpabilidad en el derecho.....	229
3.4.3.4	Culpabilidad en la responsabilidad penal.....	229
3.4.3.5	Culpabilidad en otras ramas del derecho.....	231
3.4.3.6	Contenido de la culpabilidad relevante en el juicio de responsabilidad.....	232
	a) Qué se reprocha.....	232
	b) Fundamento del reproche.....	233
3.4.4	La construcción de la responsabilidad.....	234
3.5	Relación dialéctica que lleva al establecimiento de la responsabilidad. Argumentación y prueba.....	236
3.6	Declaración de la responsabilidad.....	238
3.7	Efectos del juicio de responsabilidad.....	240
3.7.1	La imposición y aplicación de la sanción.....	240
3.7.1.1	Contenido de la sanción.....	243
3.7.1.2	La sanción como exclusión.....	245
3.7.1.3	Los límites de la sanción.....	246
3.7.2	Sobre la declaración y creación del derecho.....	247
3.7.3	Sobre la reconstrucción del sujeto.....	248
4.	Los límites de la responsabilidad.....	250
4.1	¿Quién responde? Los sujetos de la responsabilidad.....	250
4.2	¿Ante quién se responde?.....	253
5.	Significado de la responsabilidad.....	255
6.	Función de la responsabilidad.....	257
7.	Pérdida de funciones de la responsabilidad.....	259
7.1	Cuando la responsabilidad se transforma en el deber de responder del heredero. ¿Responsabilidad del heredero?.....	259
7.2	Cuando la responsabilidad se transforma en el deber de responder de un tercero ajeno. Los seguros de responsabilidad.....	261

7.3	De la sustitución de la responsabilidad por la seguridad. El derecho penal del enemigo.....	264
7.4	De las salidas alternativas al procedimiento de responsabilidad. Los acuerdos.....	265
8.	Consecuencias y algunos rendimientos de una visión unitaria de responsabilidad.....	266
8.1	Rescate del símbolo de la pena.....	266
8.2	Responsabilidad civil en el juicio penal y cosa juzgada penal en el juicio civil.....	268
Capítulo III. Consideraciones generales sobre los deberes de responder fundados en otros sistemas de atribución.....		271
1.	Deberes de responder fundados en la solidaridad.....	272
1.1	El concepto de solidaridad.....	272
1.2	Restricción del ámbito de análisis. Solidaridad como fundamento de asignación de cargas y deberes.....	274
1.3	Presupuestos de los deberes de responder fundados en la solidaridad.....	275
1.3.1	El Colectivo.....	275
1.3.2	La pertenencia.....	276
1.3.3	La norma que crea el deber.....	276
1.4	Elementos de los deberes fundados en la solidaridad.....	277
1.4.1	La posición del sujeto.....	278
1.4.2	El daño.....	278
1.4.3	La causalidad u otro criterio de asignación definido por la ley.....	279
1.5	Imposición de deberes fundados en la solidaridad.....	280
1.6	Significado de los deberes fundados en la solidaridad.....	280
1.7	Función de los deberes fundados en la solidaridad.....	281
2.	Deberes fundados en la seguridad- regulación.....	283
2.1	El concepto de seguridad.....	283
2.2	Restricción del ámbito de análisis.....	284
2.3	Presupuestos de los deberes de responder fundados en la seguridad.....	285
2.3.1	Un sistema jurídico.....	285
2.3.2	Una comprensión racional del mundo.....	285
2.3.3	Poder de lesión del ‘agente’.....	286
2.4	Elementos de los deberes de responder fundados en la seguridad.....	286
2.4.1	El peligro.....	286
2.4.2	La afectación de un determinado bien socialmente valioso.....	287
2.4.3	La relación de causalidad.....	288
2.5	Imposición de los deberes fundados en la seguridad.....	289
2.6	Significado de los deberes fundados en la seguridad.....	289
2.7	Función de los deberes fundados en la seguridad.....	291
Conclusiones.....		292

Bibliografía.....298

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE UNA HIPÓTESIS. *Deberes de responder* fundados en diversos sistemas de atribución: Responsabilidad/ Solidaridad/ Seguridad

Uno de los lugares comunes del discurso jurídico del presente es el de la expansión de los límites de la responsabilidad; fenómeno que vendría dado tanto por la ampliación de los ámbitos en que ésta es aplicada como por la interpretación crecientemente laxa de sus elementos. Este fenómeno sucede en el contexto de una extensión generalizada de las funciones que se le atribuyen al Estado y de una diversificación de los instrumentos de los que éste se vale para darles satisfacción: las sociedades postindustriales reclaman de los órganos públicos no sólo la reacción frente al daño y la reafirmación de las condiciones individuales de ejercicio de la libertad de cada sujeto sino, cada vez más, la creación y la protección de determinadas condiciones para el desarrollo de la vida y el goce de ciertos bienes.

Al derecho, en esta nueva configuración política y social, se le exige no sólo reaccionar frente a su violación para recomponer el orden cuestionado, sino que contribuya a conformar el ámbito de actuación de cada sujeto, previniendo, fomentando, asegurando.

Los nuevos requerimientos sociales y políticos que se formulan han transformado y conducido a una diversificación de los instrumentos jurídicos. De este modo, es posible advertir cómo coexisten en los sistemas sociales medidas de regulación junto a sanciones; mecanismos destinados a alentar comportamientos socialmente valiosos con medidas desincentivadoras; un conjunto de técnicas preventivas o sucesivas de distribución de costes con mecanismos de reacción frente al ilícito, entre otras. Vistos desde sus consecuencias, tales instrumentos y técnicas no difieren: la mayor parte de ellos obligan al sujeto a soportar, en su persona o en su patrimonio, una cierta carga y, así consideradas, pueden ser caracterizadas como *deberes de responder*.

Sin embargo, un análisis como el señalado poco dice del sentido y función que cumplen esos remedios en un determinado sistema normativo. No revela por qué se imponen, con

qué finalidad ni cuál sea su justificación. Tampoco da cuenta del significado que se les atribuye desde la política y cómo los comprende y valora la sociedad.

Pese a lo anterior y valiéndose de ese análisis consecuencialista, muchos de esos mecanismos han sido incorporados en los sistemas tradicionales de responsabilidad y tratados en éstos como manifestaciones o signos de expansión. Allí son vistos a modo de estructuras alternativas o excepciones, las que, en cualquier caso y atendida su relevancia y profusión, terminan por alterar el discurso bajo el que se comprende y con el que se caracteriza la institución en su núcleo central.

La adaptación sin límite de la responsabilidad hasta identificarla con cualquier consecuencia gravosa que el Estado impone al sujeto no ha tenido lugar en vano. Esa práctica ha conducido a la difuminación de los contornos de esta específica técnica de control social, lo que se revela en la confusión con la que se aborda y las dificultades y discusiones que tienen lugar a la hora de definir sus elementos y requisitos, así como cuando se pretende ahondar en su contenido. Es así como, por ejemplo, el sentido derivado del juicio de atribución y del antecedente de infracción de la norma que ésta supone se vuelve difuso mientras coexiste bajo la misma denominación con mecanismos preventivos y sucesivos de fomento de conductas valiosas, y con otras reglas de repartición de cargas.

En ese estado de cosas parece urgente distinguir entre los diversos mecanismos con los que el Estado reacciona frente al infortunio y que se definen fundamentalmente por los criterios en función de los cuales atribuye consecuencias que se estiman socialmente disvaliosas. Se postula en esta investigación que es posible distinguir al menos tres: responsabilidad, solidaridad y seguridad¹.

En relación con la primera de ellas, desde sus orígenes históricos y tal como la concebimos actualmente, constituye un mecanismo de reacción social por medio del

¹ Con la mencionada clasificación no se pretende caracterizar de manera exhaustiva todos los instrumentos de política social. Por lo demás, ella se funda en un análisis de cada modelo de atribución en forma pura, lo que deja sin examen los fenómenos prácticos fundados en categorías complejas o intermedias.

cual el Estado resuelve un conflicto social específico: el derivado de la infracción de la norma y del daño que ella genera, por una vía también particular: la afirmación de su pertenencia a un sujeto. La consecuencia gravosa que se impone como resultado del juicio de responsabilidad constituye una sanción, y por medio de la misma el Estado reafirma la vigencia de las normas que determinan el modo concreto en que se organiza esa sociedad. El establecimiento de la responsabilidad tiene como presupuestos una determinada concepción del sujeto en relación con el otro y con el colectivo así como su pertenencia a un sistema normativo; y exige la concurrencia de un conjunto de elementos que le confieren su significado social y que hacen posible que satisfaga la función que socialmente se le atribuye, tales como el hecho y los criterios que permiten afirmar su pertenencia, el daño y la antijuridicidad. La responsabilidad tiene por resultado una desvaloración del comportamiento del agente y un reproche al sujeto mismo, en tanto expresado en su acción.

En la definición de los presupuestos y de los elementos nucleares de la responsabilidad, así como en la determinación de su significado y su función, resulta irrelevante distinguir entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Se argumenta que es posible sentar las bases de un sistema unitario de responsabilidad que prescinda de esa tradicional dicotomía, postulado que se justifica tanto en el origen común de ambas manifestaciones, como en la ausencia de radicales criterios de distinción, así como en las crecientes interferencias y sinergias que plantean sus respectivos campos de aplicación práctica.

Como una consecuencia de la tesis expresada, y de la definición restrictiva de responsabilidad que aquí se defiende, se concluye que parte relevante de los *deberes de responder* que doctrina y jurisprudencia tratan como signos de expansión de la responsabilidad no son tales, en la medida en que obedecen a otros presupuestos, y en cuanto exigen la concurrencia de elementos diversos de ésta.

En la Tercera Parte de este trabajo se esboza la clasificación de los restantes *deberes de responder*, distinguiendo entre aquellos que tienen como criterio de atribución la solidaridad y la seguridad. Desde ya se advierte que éstos son objeto de un análisis

menos acabado que el que tiene lugar a propósito de la responsabilidad y más provisorio: la pretensión es presentar a la discusión una sistematización que permita caracterizarlos en sus rasgos más gruesos, pero cuyo tratamiento preciso exigiría una elaboración que no es posible emprender en este lugar.

En cuanto a los deberes fundados en la solidaridad se advierte cómo el ordenamiento jurídico, a través de sus normas, reparte los costes de determinadas actividades, imponiendo a ciertos sujetos –quienes, en general, se encuentran en una determinada posición en relación con el desarrollo o explotación de las mismas- el deber de soportar algunas de sus consecuencias gravosas, ya de manera originaria y preventiva, ya de manera sucesiva. La imposición de tales deberes no constituye una sanción, toda vez que quien ha de cumplirlos no ha infringido regla alguna, sino que se ha limitado a satisfacer el supuesto de hecho que la norma ha previsto para su aplicación. En razón de ello, por medio de estos deberes el Estado no pretende desalentar ningún comportamiento, sino regular las condiciones óptimas para su ejercicio.

Finalmente, los *deberes de responder* fundados en la seguridad pueden ser definidos como los mecanismos de que dispone el ordenamiento jurídico con el objeto de proteger o tutelar condiciones de actuación de los sujetos sociales. Operan como verdaderos seguros frente al acaecimiento del resultado desvalorado y por el solo arbitrio de la ley en los supuestos en que se materializa el peligro que ella define como relevante.

La metodología utilizada para avanzar en los presupuestos, elementos, sentido y función de los diversos sistemas de atribución de *deberes de responder* se centra en el análisis de las palabras y de los discursos con los que las ciencias sociales y el derecho dan cuenta de ellos. Esa metodología asume que las palabras, en los contextos sociales en los que son proferidas, no se limitan a referir y caracterizar un fenómeno externo, sino que lo conforman esencialmente; lo que supone un compromiso con una ontología que, aunque objetiva, deriva esencialmente de la convención y de la intencionalidad colectiva.

MARCO DE REFERENCIA. UN NUEVO LUGAR DE LAS SANCIONES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONFIGURADOS DESDE PRETENSIONES DE SEGURIDAD

Los sistemas jurídicos se definen tradicionalmente por la sanción. La amenaza de la fuerza por la infracción de la norma constituye, para una parte importante de la doctrina, lo que diferencia el derecho de otros órdenes normativos. De ahí que no deba extrañar la pretensión de identificar la norma y definirla a partir de su precisa consecuencia jurídica: la sanción². En ese esquema, las sanciones constituyen un deber ser, exigible ya por la sociedad toda, ya por uno o más sujetos concretos, con el que se amenaza por la infracción del derecho³. Se prescriben en el ordenamiento jurídico con una finalidad de dirección, al interpelar al sujeto de manera indirecta -no impidiendo derechamente o haciendo imposible el comportamiento desvalorado: la infracción siempre es posible-, sino creando motivos para que el sujeto se abstenga de él⁴. De este modo la sanción, así como los directivos heterónomos que está llamada a asegurar- tiene por objeto la conducta humana⁵.

² KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, p. 40- 41; WEBER, Max, *Economía y sociedad*, p. 28; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 21- 22; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 70 y ss.; DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, p. 336; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, p. 73- 74; DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 45; ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, p. 67- 68; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 6- 7; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 307.

³ MENDOÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, p. 89, quien distingue entre la amenaza de mal derivada de la infracción, que constituiría propiamente la sanción, y la ejecución o aplicación de la misma. Ver, asimismo, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 19; KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, p. 117; VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción*, p. 22- 27; AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 217; HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 49; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 307; DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 53- 54; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 358.

⁴ BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, p. 49; HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 49- 50; BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 392- 393; BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 381- 382; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 81; KELSEN, Hans, *Compendio de la teoría general del Estado*, p. 17- 18 y 122- 123; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, p. 201- 203; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico- penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 79.

⁵ ROSS, Alf, *Lógica de las normas*, p. 44- 54; ATIENZA, Manuel/ RUIZ, Juan, *Las piezas del derecho*, p. 131; KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, p. 117 y p. 130; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 16- 17; VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción*, p. 22; SEARLE, John, *Intencionalidad*, p. 22- 23.

Las sanciones se imponen como reacciones a lo ya ejecutado y, en tanto tales, son represivas de un comportamiento que socialmente se desvalora⁶. La forma concreta en que actúan dependerá de si se trata de una sanción retributiva o resarcitoria⁷. No obstante, en cualquier caso, la sanción importa, para el sujeto que la soporta, consecuencias que resultan perjudiciales o no deseadas: con la imposición de la misma se priva a éste deliberadamente⁸ de determinados bienes y derechos; a consecuencia de ella su situación se ve alterada en un sentido negativo: algo deja de gozar en el presente, o se limitan de algún modo sus posibilidades de actuación futura⁹.

Esa materialidad de la sanción, no obstante, no es lo que define y diferencia este instrumento de los demás con los que reacciona el sistema jurídico, sino lo que ésta comunica: la imposición de la sanción da a conocer al sujeto que la soporta y a los demás miembros del ordenamiento jurídico una desvaloración del comportamiento ejecutado, y reafirma la pertenencia de aquél a quien se dirige al sistema de reglas a partir de las cuales ésta se efectúa. La desvaloración que se constata deriva de la contradicción de dicho comportamiento con el sistema de normas vigente. De este modo, con la imposición de la sanción, el Estado reprime la conducta desviada y reafirma el modo de ser concreto de la sociedad que se expresa en tales reglas¹⁰. Por esta vía, el Estado cumple la función que tradicionalmente se le atribuye como órgano público: el mantenimiento de una determinada estructura social.

⁶ Por oposición a las llamadas medidas preventivas, BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 389; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 309; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 44. Para HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 43 la exigencia de este requisito determina la improcedencia de que la nulidad pueda concebirse como una sanción. En contra, AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence*, p. 252.

⁷ HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 34- 35; BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 389; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 358.

⁸ Deliberación que la diferencia de la *poena natural*.

⁹ Se trata de una medida jurídica lesiva en el sentido que le atribuye MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 38, entendiendo por tal la que “distribuye o redistribuye males”. Se excluyen del análisis aquéllas que han venido en denominarse *sanciones positivas*, BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas, passim*. Ver, asimismo, FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 13; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 356 y ss.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 308- 309; BOBBIO, Norberto, *La función promocional del derecho*, p. 371 y ss.; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico- penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 75- 82; DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 91; VON WRIGHT, George, *Norma y acción*, p. 22; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 17; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana*, p. 28; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 355; MENDONÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, p. 90.

Sin embargo, definir la esencia del derecho a partir de la infracción de la norma y la sanción, y atribuir a éste exclusivamente una función de mantenimiento y conservación, resulta no sólo incompleto para caracterizar los sistemas normativos del presente, sino derechamente inadecuado. Grandes transformaciones se han sucedido en el tránsito de un Estado liberal abstencionista a un Estado social intervencionista y de éste a uno social democrático¹¹, y que han llevado consigo no sólo una variación de los objetos de protección del derecho, sino también de los mecanismos a través de los cuales esa tutela es ofrecida¹². La última de estas características se ha traducido, como afirma BOBBIO, en una transformación de las funciones del derecho: junto con la tradicional de represión, los nuevos requerimientos han conferido dos nuevas funciones al instrumento jurídico: una promocional y otra de distribución¹³. A ellas podemos agregar una tercera que parece, por lo demás, el signo distintivo del presente: el aseguramiento.

En efecto, el tránsito del Estado liberal abstencionista al Estado social de derecho es también el paso de una función exclusiva de represión de éste, de conservación del *statu quo* en la distribución de bienes y de competencias entre los sujetos, a una función positiva, de creación y de configuración de las condiciones personales y sociales de ejercicio de esas libertades¹⁴. Al derecho no sólo se le pide, en las sociedades actuales, reaccionar frente a la conducta que se considera infractora de la norma y socialmente

¹¹ ATIENZA, Manuel, El sentido del derecho, p. 148; GRACIA, Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, p. 211- 212; DÍAZ, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, p. 83- 85; GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 13- 17 y p. 48- 49; MIR, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 31- 34.

¹² DÍAZ, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, p. 39- 40.

¹³ En cuanto a las relaciones Estado- derecho, HELLER, Hermann, Teoría del Estado, p. 208 y ss.; DÍAZ, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, p. 17 y ss.; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 356- 357. En cuanto a la función de distribución, para BOBBIO, Norberto, *El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas*, p. 266, la primacía de la concepción privatista del derecho y de la función negativa que se le asigna al Estado han mantenido oculta la función de distribución, que siempre ha cumplido el derecho. Para GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 35 las transformaciones no se advierten en la función de distribución misma, que siempre ha cumplido el Estado, sino en el objeto de distribución. En cuanto a los instrumentos jurídicos para minimizar el coste de los accidentes, en SALVADOR, Pablo/ FERNÁNDEZ, Antonio, *Instrumentos de control social y derecho de daños, passim*.

¹⁴ MIR, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 30 y ss.; MIR, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, p. 120; DE SEBASTIÁN, Luis, La solidaridad, p. 117; GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 21- 23; MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, p. 300- 301.

disvaliosa; sino, asimismo, prevenir; alentar las conductas que se estiman deseables y regular su ejercicio en condiciones óptimas; distribuir los costes de la convivencia social y de las interferencias crecientes en los ámbitos de cada cual, así como garantizar determinadas condiciones mínimas que permitan el goce de bienes personales y sociales¹⁵.

La transformación profunda en las funciones del derecho se ha traducido lógicamente en una conformación renovada de sus técnicas, de sus medios, e incluso de la propia estructura de las normas jurídicas¹⁶. Esta situación explica por qué, junto con los instrumentos de represión –las sanciones en un sentido estricto- coexisten en el sistema jurídico instrumentos que cumplen una función complemente diferente y exigen, para su generación y aplicación, condiciones y presupuestos muchas veces contrapuestos¹⁷.

Pese a que muchas de esas medidas son lesivas, tienen en los sistemas jurídicos un significado diverso de las sanciones, en tanto no comunican desvaloración alguna y pueden considerarse socialmente neutras o incluso valiosas.

El estado actual de desarrollo de los sistemas jurídicos nos habla, pues, de un nuevo lugar de las sanciones. Éstas ya no constituyen el único medio -y puede que tampoco el más relevante- de actuación del derecho.

¹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 43. Distribución que, si se quiere, no se realiza conforme con criterios de merecimiento, sino de equidad, MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 61- 62; DE SEBASTIÁN, Luis, *La solidaridad*, p. 116- 117; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 26 y ss.

¹⁶ BOBBIO, Norberto, *La función promocional del derecho*, p. 380- 383, para quien el control sobre el comportamiento se ejerce con una técnica de alentamiento de las conductas conformes, la que busca no sólo tutelar sino provocar el ejercicio de actos socialmente deseados. En relación con las transformaciones sucedidas en el principio de legalidad, GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 61- 64; ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 9.

¹⁷ La coexistencia de los mencionados mecanismos con los tradicionales de la responsabilidad obliga a coordinar medidas tendientes a evitar que un mismo daño o hecho dañoso sea objeto de pluralidad de reacciones en el sistema jurídico, GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 4. Ver MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 37- 39; ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 10 y ss.

Las sociedades postindustriales se caracterizan por un creciente fenómeno de individualismo e individuación. Una efectiva ruptura de los ámbitos a los que el hombre pertenece y una conciencia creciente de la precariedad han vuelto a éste de cara a sí mismo y con los ojos en el presente: de lleno en la medida humana¹⁸. Eso ha creado en éste una urgencia por su preservación que colisiona con su efectiva dependencia de otros para la satisfacción de sus necesidades y la preservación de las más mínimas condiciones para la vida¹⁹.

Las exigencias que plantea esta nueva conciencia de sí se dificultan en razón del conocimiento de que el sujeto dispone, así como de los nuevos riesgos y la ampliación, por la técnica, de los medios de afectación dañosa a terceros²⁰. Es así como el sujeto se desenvuelve en medio de una paradoja: si bien es cada vez más consciente de los peligros a los que se encuentra sometido, es cada vez menos capaz de comprenderlos por sí solo, de controlarlos, librarse de los mismos, o de atribuirlos, llegado el caso²¹.

En variados ámbitos ya no es posible la evitación del daño, de modo que la discusión se centra en los límites de tolerancia de éste²², lo que da cuenta de un daño inevitable que se asume como costo social –no sólo el que deriva del límite admitido sino el aún no regulado y el que surge de la acumulación y la combinación- en relación con el cual es

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt, *Individualmente, pero juntos*, p. 20- 21; BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad*, p. 9- 10 y 81; BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, p. 22.

¹⁹ En relación con la enfermedad y la urgencia por la protección de la salud, BECK, Ulrich/ BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La individualización*, p. 248- 251. Ver, asimismo, BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad*, p. 141- 142; RUSSELL, Bertrand, *La perspectiva científica*, p. 178- 179; SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal*, p. 30; DE SEBASTIÁN, Luis, *La solidaridad*, p. 48- 50; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 27- 28.

²⁰ BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, p. 33- 34; JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad*, p. 15. Muchos de ellos son riesgos de procedencia humana, lo que supone una transformación relevante en la fuente de los peligros, SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal*, p. 27; DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La política criminal en la encrucijada*, p. 133 y ss.; GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 62- 63; MENDOZA, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 25- 26. La definición de riesgo en KAUFMANN, Franz- Xavier, *Risiko, Verantwortung und gesellschaftliche Komplexität*, p. 76 y ss.

²¹ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, p. 58- 62; SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal*, p. 28- 37; DELUMEAU, Jean, *El miedo en occidente*, p. 14; MENDOZA, Blanca, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, p. 27- 30; CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 55- 56; DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La política criminal en la encrucijada*, p. 133.

²² BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, p. 72- 74; SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal*, p. 28- 29; HEFENDEHL, Roland, *¿Debe el derecho penal ocuparse de riesgos futuros?*, p. 10.

irrelevante la voluntad del afectado y que se tolera y justifica por una autorización científica o técnica que adopta el poder central²³.

Un mundo así configurado transforma la percepción temporal y espacial de los sujetos. El presente se amplía por el conocimiento de los riesgos, lo que explica que sus requerimientos y urgencias se extiendan también al futuro. Por su parte, la superación de las fronteras y el desarrollo de la técnica dan cuenta de una dependencia global, la que se acrecienta con el desarrollo de poderes de vulneración que trascienden el territorio de un determinado Estado²⁴.

Todas esas transformaciones no sólo revelan condiciones de mayor *inseguridad objetiva de los sujetos sociales* sino que ponen de manifiesto algunos de los fundamentos del *sentimiento subjetivo de inseguridad* que los caracteriza²⁵ y que ha conducido a alterar el nivel de tolerancia del hombre frente al infortunio²⁶, así como las pretensiones que formula respecto del mismo en relación con los demás sujetos y el Estado. En estas sociedades, el mal que surge de la convivencia no se acepta ya con resignación o fatalidad, sino que se parte del supuesto que debe ser subsanado, con independencia e incluso sin interesar si existe un culpable²⁷. Podríamos decir que es la *lucha por la*

²³ BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo, p. 60- 74; RUSSELL, Bertrand, La perspectiva científica, p. 183; JONAS, Hans, El principio de responsabilidad, p. 33; MENDOZA, Blanca, El derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 28- 29.

²⁴ BECK, Ulrich/ BECK- GERNISHEIM, Elisabeth, La individualización, p. 262- 263 destaca los efectos en los deberes que surgen para los padres en relación con los riesgos genéticos de sus hijos. Ver, asimismo, HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'*, p. 79- 80; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, p. 33; JONAS, Hans, El principio de responsabilidad, p. 29- 33; DE SEBASTIÁN, Luis, La solidaridad, p. 50.

²⁵ SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 32- 37; BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 31- 32; GRACIA, Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, p. 64. Demostrando con cifras que la preocupación por la criminalidad crece de manera desproporcionada en relación con la efectiva evolución de la delincuencia en España, DÍEZ RIPOLLÉS, José, La política criminal en la encrucijada, p. 3 y ss., 73 y ss. y 133.

²⁶ MAZEAUD, Henri y León/ TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, p. 12; CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 14; HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'*, p. 82.

²⁷ CRUZ, Manuel, *Los filósofos y la responsabilidad moral*, p. 17.

indemnidad la que caracteriza a los sujetos sociales en estas sociedades postindustriales²⁸.

El hombre- uno en el mundo-global reclama del Estado cada vez más protección. Ya no sólo la conservación de su espacio de libertad frente al otro, sino el aseguramiento efectivo de los bienes con los que se inserta en el mundo. De ahí que sus demandas frente a éste sean cada vez más de aseguramiento, y que resulten inadecuados los mecanismos tradicionales de actuación del derecho. Ya no se tiene en vista el comportamiento desviado y la conservación del sistema jurídico, sino el daño inevitable y la necesidad de garantizar el desarrollo de la vida. La protección de bienes se concibe como un presupuesto esencial de ésta²⁹. En las sociedades postindustriales se desarrolla, pues, una pretensión distinta frente al daño: no ya explicarlo y reaccionar frente al mismo con la afirmación de su pertenencia a uno o más sujetos concretos -lo que, en todo caso, en no pocas oportunidades es dificultoso o imposible- sino evitarlo y, llegado el caso, distribuirlo³⁰.

En un mundo así configurado, y en el que son pocos los mecanismos alternativos de control social, se advierte una creciente relevancia del derecho. No sólo de sus mecanismos tradicionales de represión -aunque también de éstos- sino de los de prevención del riesgo y control, así como de los de distribución³¹. Las nuevas pretensiones de seguridad dirigidas al Estado crean un nuevo escenario político que

²⁸ BECK, Ulrich/ BECK- GERNSHEIM, Elisabeth, La individualización, p. 260; HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'*, p. 81. Con una traducción en la amplitud y renacimiento del tema de la responsabilidad, SCHULZ, Lorenz, *Strukturen der Verantwortung in Recht und Moral*, p. 182 y ss.

²⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 26- 27; PÉREZ, Antonio, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, p. 333- 336.

³⁰ CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 79- 80; HASSEMER; Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, p. 33; MENDOZA, Blanca, El derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 31; SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 28- 35; CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 34.

³¹ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 68 y ss. y p. 288.; HELLER, Hermann, Teoría del Estado, p. 205; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 65- 66; SCHULZ, Lorenz, *Strukturen der Verantwortung in Recht und Moral*, p. 178; PÉREZ, Antonio, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, p. 337, quien advierte sobre el abandono del Estado social y su transformación en el Estado preventivo.

redistribuye el poder; amplía los ámbitos en que se admite –y se reclama– la intervención pública y crean una renovada forma de resolución del conflicto individuo-Estado (derecho)³². Esa exigencia de una mayor seguridad conduce a una reducción de la libertad y del propio ámbito de la responsabilidad³³.

Por lo demás, la *socialización* de muchos de los fenómenos de daño, la pobreza de las interpelaciones y la *decadencia de la concepción fuerte de responsabilidad* desdibuja también al propio *hombre responsable*³⁴. De ese modo se explican los fenómenos de la *tentación de la inocencia*³⁵ o la proliferación de sujetos que se perciben a sí mismos como agraviados, reales o potenciales, y que se ubican en la posición de reclamantes frente a daños derivados de contactos sociales aceptados o, incluso, de sus propios actos u omisiones³⁶. La amplitud de los problemas a que se enfrenta el sujeto y las dificultades de identificación de los mismos conducen a similares consecuencias³⁷. Esas pretensiones demuestran que a la visión del *hombre responsable* ha sucedido la del *hombre fuente de riesgos*, junto al que ha aparecido con fuerza la del *hombre víctima*³⁸.

Cuando ya el hombre no se concibe como responsable sino como fuente de peligros, se difumina la noción de caso fortuito. Y, con ello, la propia pretensión del sistema y los sujetos sociales se transforma: ya no interesa a quién pertenece el hecho dañoso y socialmente desvalorado, sino quién soporta sus consecuencias. No es relevante la

³² Que tiene importantes incidencias en materia penal, con el cese de la ‘desconfianza’ que tradicionalmente inspiró el ejercicio del poder punitivo por el Estado, DÍEZ RIPOLLÉS, José, La política criminal en la encrucijada, p. 91- 93. Ver, asimismo, BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo, p. 87- 88; RUSELL, Bertrand, Autoridad e individuo, p. 89; CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 75- 76; GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 22 y ss.

³³ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 100; HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’*, p. 82; RUSSEL, Bertrand, La perspectiva científica, p. 178.

³⁴ CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 68- 76.

³⁵ BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 14- 15; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 35.

³⁶ SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 33- 34; ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 58. VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 65 y ss. denomina esas ‘patologías’ de la responsabilidad como la teodicea pervertida, el fumador litigante y el escándalo del virtuoso.

³⁷ CRUZ, Manuel, Hacerse cargo, p. 32; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 59.

³⁸ BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 16- 17: “Ya nadie está dispuesto a ser considerado responsable, todo el mundo aspira a pasar por desgraciado, aunque no esté pasando por ningún trance particular”.

acción, sino sus consecuencias. No el sentido, sino el resultado. En ese esquema no aparece paradójal el menor compromiso del sujeto³⁹.

En ese contexto, tampoco es extraño que se debilite la noción de *sujeto responsable* y se dé paso a un aumento de la sensación de irresponsabilidad y, con ello, de inseguridad. Precisamente porque el hombre ya no se concibe ni valora como dueño de los acontecimientos: más que sujeto, se ha transformado en objeto de los mismos.

³⁹ Alertando sobre una cada vez menor confrontación del hombre con su propia responsabilidad, también a nivel de los grandes problemas comunes a la humanidad, CRUZ, Manuel, *Elementos para una ontología de la acción: la responsabilidad*, p. 13.

CAPÍTULO I. SOBRE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad constituye uno de los mecanismos por medio de los cuales el Estado reacciona frente al infortunio. Sin embargo, cuál sea su específico contenido, cuáles sus reglas y límites no resultan manifiestos atendida la profusión con la que ese vocablo es utilizado no sólo en las ciencias humanas, sino también en el lenguaje ordinario. Efectuar un somero análisis de sus diversos usos parece útil y necesario, en la medida en que da cuenta del específico modo en que se comprende esa institución, y permite develar sus presupuestos, elementos y funciones.

1. El concepto de responsabilidad

1.1.1. Acerca de la necesidad de descifrar las reglas del lenguaje

Poco nos preguntamos sobre nuestras palabras. Por qué hacemos uso de ellas en ciertos y determinados contextos y cuáles son los presupuestos que ellas tienen. El lenguaje deviene una operación automática en la que nos desenvolvemos sin cabal consciencia. Cuanto más inconsciente nuestro aprendizaje de los términos y más ordinario su uso, mayor la dificultad para resolver y pronunciarnos acerca de su contenido⁴⁰.

Sin embargo, nuestro lenguaje –y en concreto, el uso que damos a las palabras⁴¹– pone en evidencia un determinado modo de concebir el mundo y los fenómenos que nos rodean⁴². Nuestras palabras revelan una intencionalidad: un modo específico de

⁴⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig, Los cuadernos azul y marrón, p. 54; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 28.

⁴¹ WITTGENSTEIN, Ludwig, Investigaciones filosóficas, p. 61: “Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache”. El significado con un carácter contextual, interactivo e histórico, VIVES, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 172 y ss.

⁴² WITTGENSTEIN, Ludwig, Los cuadernos azul y marrón, p. 108; WITTGENSTEIN, Ludwig, Investigaciones filosóficas, p. 31; AUSTIN, John, *A plea for excuses*, p. 1 y ss.; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 27- 28; PINKER, Steven, El mundo de las palabras, p. 13 y ss.

relacionarnos con lo real y con los objetos que se sitúan en él⁴³. Como dice WITTGENSTEIN, el lenguaje encierra los límites del mundo o, si se quiere, pone de manifiesto la manera concreta en que quienes se valen de él los conciben, reaccionan frente a ellos y resuelven los conflictos que plantean⁴⁴.

La relevancia de ese análisis resulta aún mayor si se considera que el lenguaje es constituyente de gran parte de los hechos sociales y de las realidades institucionales de las que se ocupa el derecho⁴⁵.

Cuando hablamos de responsabilidad en general y de responsabilidad jurídica, en específico, y preguntamos sobre la posibilidad de su establecimiento en un caso concreto, estamos presuponiendo una serie de conceptos y reglas conforme con las cuales esa pregunta –y su respuesta- resultan inteligibles y dotadas de sentido⁴⁶. El lenguaje ordinario y los contextos en que ese término es usado así lo revelan⁴⁷.

Aplicando esas nociones a lo que nos ocupa en este trabajo, debemos preguntarnos ¿qué decimos cuando afirmamos que una persona es responsable de un determinado acto o resultado? Y, en seguida, ¿cuáles son los presupuestos o las condiciones de tal afirmación?

En la búsqueda de esos criterios parece relevante, en primer término, atender al origen etimológico y a la evolución del término “responsabilidad” en nuestro lenguaje. A continuación, considerar el uso ordinario que se hace del mismo para, más tarde, ahondar en el lenguaje técnico y en el específicamente jurídico. Por último, un análisis de los supuestos en que la responsabilidad es establecida y aquellos en que ella se

⁴³ WITTGENSTEIN, Ludwig, Investigaciones filosóficas, p. 113; SEARLE, John, Mente, lenguaje y sociedad, p. 127- 142; SEARLE, John, Intencionalidad, *passim*; AUSTIN, John, *A plea for excuses*, p. 4-7.

⁴⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig, Tractatus logico- philosophicus, p. 163.

⁴⁵ RUSSELL, Bertrand, El conocimiento humano, p. 17- 18; OLIVECRONA, Karl, Lenguaje jurídico y realidad, p. 37.

⁴⁶ SEARLE, John, Mente, lenguaje y sociedad, p. 142- 143.

⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig, Investigaciones filosóficas, p. 113 y p. 133; AUSTIN, John, Sentido y percepción, p. 91- 92.

excluye constituyen herramientas fundamentales para su definición y caracterización concretas⁴⁸.

Según es posible advertir, el esfuerzo por determinar el contenido básico de la responsabilidad no es deóntico. La labor que se emprende es más bien descriptiva de una realidad socialmente configurada, y tiene lugar con una finalidad inminentemente práctica.

1.2 Las dificultades

El término responsabilidad es de uso común en nuestro lenguaje y no sólo propio del sistema jurídico, sino de todos los órdenes normativos, así como el social y la moral⁴⁹.

Se encuentra en el vocabulario habitual de legos y operadores del derecho; lo mismo que sus términos derivados *responsable* o *responsabilidades*⁵⁰. Considerando los diversos contextos en que es usada la expresión es posible concluir que no existe para la misma un único contenido. Las dificultades en delimitar sus contornos derivan, precisamente, del sinnúmero de sentidos en que es tratada⁵¹.

⁴⁸ AUSTIN, John, *A plea for excuses*, p. 8; LUCAS, John, *Responsibility*, p. 5- 6; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 237- 238.

⁴⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, p. 113; AUSTIN, John, *A plea for excuses*, p. 7- 8; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 27- 28; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 27; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 15; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, p. 1326 y ss.; FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 537 y ss.; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 151; SILLAMY, Norbert, *Diccionario de la psicología*, p. 279; DREVER, James, *Diccionario de psicología*, p. 277; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilidad e pena*, p. 9; HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 46 y ss.

⁵⁰ En la 22^o edición del diccionario de la Real Academia aparecen cuatro sentidos para la expresión *responsabilidad*: “1.- Cualidad de responsable; 2.- Deuda, obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; 3.- Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado; 4.- Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”. Tales usos del término aparecen reconocidos ya en la edición del Diccionario usual de la Academia del año 1992, al que se agrega un uso adjetivado del mismo referente a “la persona de posibles y digna de crédito”.

⁵¹ En cuanto a los conflictos que genera la ambigüedad en el tratamiento de un problema, HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, p. 115- 116; WITTGENSTEIN, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, p. 56- 57. En cuanto a los diversos sentidos y contextos en que es usado el término responsabilidad, FAUCONNET, Paul, *Warum es die institution "verantwortlichkeit" gibt?*, p. 293;

Por lo demás, se trata de un término que describe una institución social que ha evolucionado en el tiempo, de manera que su contenido y sus contornos no pueden ser descritos de manera estática.

1.3 Su origen etimológico

El origen etimológico de esta expresión, así como el de sus equivalentes en idiomas de la misma raigambre, es la expresión latina *respondere*. De ésta deriva primero el verbo responder y tardíamente sus relacionadas *responsable* y *responsabilidades*⁵².

Respondere alude, en latín, a la promesa solemne en virtud de la cual un sujeto se compromete con otro a una determinada prestación⁵³. Da cuenta de un contrato unilateral, en razón del cual sólo resulta obligado quien promete, pero que adquiere valor en virtud de una pregunta a la que sigue una determinada respuesta⁵⁴.

Ese origen etimológico revela ya el lugar central que ocupa en esta noción la alteridad: un sujeto que se obliga y aquél ante quien debe responder⁵⁵; así como los efectos vinculantes de la promesa y las consecuencias que deben ser soportadas por aquél que,

HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 346; HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 211 y ss; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 42- 43; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 29; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, p. 1324.

⁵² COROMINAS, Joan, Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana, p. 1099, en que aparece como derivado del término responder y del latín *respondere*; DE LA BROSSE, Olivier/ HENRY, Antonin- Marie/ ROULLIARD, Philippe et. al., Diccionario del cristianismo, p. 647; VILLEY, Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, p. 46; LUCAS, John, *Responsibility*, p. 5.

⁵³ BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman Law*, p. 716 y ss. ; JÖRS, Paul, *Derecho privado romano*, p. 269 y p. 313- 314; PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, p. 320 y p. 334 y ss.; ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations*, p. 68 y ss.; TORRENT, Armando, *Diccionario de derecho romano*, p. 1251 y ss.; VILLEY, Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, p. 46; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 41.

⁵⁴ PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, p. 336.

⁵⁵ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, nota p. 212, y p. 264- 265.

habiendo sido interrogado, contesta. Es este último contenido el que se da a dicha expresión cuando es utilizada originariamente en el ámbito del derecho⁵⁶.

1.4 La evolución histórica

La expresión *responsabilidad* surge en el español y en los idiomas latinos en el siglo XVIII⁵⁷. Aunque se trata de una noción relativamente nueva, no lo es el fenómeno social que la misma refleja⁵⁸; lo que permite ensayar un esbozo de su evolución histórica.

Ese tránsito de la idea de responsabilidad puede caracterizarse por tres signos distintivos. Dos de ellos dicen relación con la expansión de sus ámbitos de intervención y significado y se han desarrollado en una misma dirección; y el tercero, con la naturaleza y contenido de la responsabilidad, que se ha desenvuelto sin una tendencia unívoca.

Dos impulsos de expansión es posible advertir en el fenómeno de la responsabilidad. Uno, vinculado a los ámbitos en que es reconocida y tratada: una noción nacida en el ámbito jurídico –como revela el origen etimológico del término– se ha extendido a otros campos de la actividad humana, y adquirido en ellos connotaciones que la vinculan con los valores y la moral⁵⁹. El segundo, referido al lugar que este mecanismo ocupa en los

⁵⁶ RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 41; HART, Herbert, *Postscript: responsibility and retribution*, p. 264- 265.

⁵⁷ CRUZ, Manuel, *Los filósofos y la responsabilidad moral*, p. 16; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, p. 1336 y ss.; VILLEY, Michel, *Essai historique sur le mot responsable*, p. 46; HENRIOT, Jacques, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot 'responsabilité'*, p. 59; COROMINAS, Joan, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, p. 1098- 1099. En alemán, aunque el término data del siglo XV, su uso comienza en el siglo XVIII, generalizándose sólo en la segunda mitad del siglo XIX, BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 3 y ss.

⁵⁸ BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 3- 8.

⁵⁹ VILLEY, Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, p. 45; DE LA BROSSE, Olivier/ HENRY, Antonin- Marie/ ROULLIARD, Philippe et. al., *Diccionario del cristianismo*, p. 647. DREIER, Horst, *Verantwortung im demokratischen Verfassungstaat*, p. 9 y ss. advierte una ampliación del propio concepto de responsabilidad en ámbitos tales como el derecho civil y el derecho público. La polisemia a que ha dado origen esta evolución en HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, p. 300- 301; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 16 y 22, quien distingue cuatro diferentes situaciones del que denomina fenómeno de la responsabilidad.

sistemas sociales: una medida ligada a la reacción frente al sujeto individual y a su hecho, va siendo concebida cada vez más como una virtud cardinal, que tiene en miras la prevención, alude al sujeto social y universal inmerso en los más variados ámbitos, y que tiene su origen en la pertenencia⁶⁰.

La tercera de las características que marcan la evolución de la institución de la responsabilidad se encuentra referida a su contenido. Una noción más bien descriptiva, ligada a la idea de quién debe soportar las consecuencias de un determinado acto: la pena o la indemnización de perjuicios⁶¹, va adquiriendo cada vez más un carácter normativo, que la vincula con las ideas de imputación y adscripción, las que exigen hacer hincapié tanto en las consecuencias como en los antecedentes y el proceso que lleva a su establecimiento⁶². Esa tendencia a la normativización, no obstante, no parece unidireccional si se considera que muchos hablan hoy por hoy de la responsabilidad identificándola con el simple deber de soportar cualquier consecuencia disvaliosa, cualquiera sean los presupuestos y los fundamentos en razón de los cuales se impone, lo que conduce en cualquier caso, y al menos aparentemente, a una tercera forma de expansión⁶³.

⁶⁰ BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 4 y ss. En relación con los fundamentos de un principio general de responsabilidad vinculado con el estado de cosas del presente, en KAUFMANN, Franz- Xavier, *Risiko, Verantwortung und gesellschaftliche Komplexität*, p. 72 y ss.; HUBIG, Hans Christoph, *Verantwortung und Hochtechnologie*, p. 98 y ss. Proponiendo una cultura de la responsabilidad en todos los ámbitos de la vida individual y colectiva, WALTER, Tonio, *Die Kultur der Verantwortung, passim*. En busca de los límites a este principio que se postula de manera general e indeterminadamente, BIRNBACHER, Dieter, *Grenzen der Verantwortung*, p. 145 y ss.

⁶¹ Así lo revela la circunstancia de que el término responsabilidad se registre por primera vez en el Diccionario de la Academia Usual, 1803, Tesoro Lexicográfico: “Responsabilidad: s.f. La obligación de reparar y de satisfacer por sí, o por cualquier pérdida daño. De *reparando damno sponsio*”.

⁶² Así lo revela la circunstancia de que el término “responsabilidad” mantenga en el español el sentido objetivo antes mencionado hasta la edición del año 1925, en que aparece en su definición el fundamento del deber de reparar o satisfacer: delito, culpa o cualquier otra causa legal. En esa misma fecha se incorporan nuevos significados para el término que resaltan la idea de infracción de deber. Ver, asimismo, RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 43 y ss.

⁶³ VILLEY, Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, p. 45; DE LA BROSSE, Olivier/HENRY, Antonin- Marie/ ROULLIARD, Philippe et. al., *Diccionario del cristianismo*, p. 647.

1.5 Su uso técnico

En la ciencia del derecho, la responsabilidad se concibe como una de las nociones o conceptos básicos, esto es, fundante de la construcción teórica de muchos otros relevantes para las distintas ramas del derecho⁶⁴. Para algunos alude a algo tan básico como la posición del ser humano como agente en el mundo que le rodea o al criterio esencial para comprender la función sancionatoria del Estado⁶⁵.

Se la reconoce como un hecho social, que vincula a un sujeto con su comunidad y que se caracteriza como un proceso que se desarrolla en el tiempo⁶⁶ y que conecta determinados antecedentes con ciertas consecuencias en razón de un conjunto de reglas de atribución, las que dan cuenta del modo de pensar y sentir de una determinada colectividad⁶⁷. Dependiendo de si la finalidad de la misma es la evitación de conductas futuras o la sanción de hechos pasados, es posible caracterizarla en sentido prospectivo o retributivo, el que quedaría de manifiesto en los enunciados de responsabilidad⁶⁸.

⁶⁴ En el sentido de NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 165, quien los define como “conceptos que constituyen la base teórica para la construcción de muchos otros” y que “hace que sean empleados en casi todas las explicaciones que se desarrollan en las distintas ramas del derecho”. En términos similares, ZULETA, Hugo, *Ilícito*, p. 333; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras ‘responder’, ‘responsable’ y ‘responsabilidad’*, p. 1323 y ss.; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 28; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 1.

⁶⁵ MOLINA, Fernando, *Presupuestos de la responsabilidad jurídica*, p. 58; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, *passim*. Para SANZ, Abraham, *Del concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho*, p. 28: “La responsabilidad aparece así como un concepto angular del derecho, en el sentido de que sin él nos resultaría muy difícil entender el Derecho, porque nos faltaría el elemento por el cual reacciona el ordenamiento ante el individuo que infringe un determinado precepto jurídico. En definitiva (...) la función coactiva del derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad”.

⁶⁶ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 34. Crítico, MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 16, al pie.

⁶⁷ FAUCONNET, Paul, La responsabilité, p. 4; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 34- 42; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 62.

⁶⁸ BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 117- 121; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 29 y ss.; MOLINA, Fernando, *Presupuestos de la responsabilidad jurídica*, p. 57- 63; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 16 y ss. Para GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 260: “En los ER [enunciados de responsabilidad] prospectivos lo que se afirma es que alguien tiene la responsabilidad de procurar que se dé algún estado de cosas futuro (...) La expresión “es responsable” puede ser reemplazada sin mayor alteración de significado por la expresión ‘tiene el deber o la obligación’. En los ER retrospectivos, el marco de referencia se encuentra en el pasado (...) La palabra “responsable” puede ser aquí reemplazada por ‘culpable’.

2. Categorías o clases de responsabilidad

Pese a la variedad de sentidos y contextos en que se utiliza la expresión *responsabilidad*, es posible concluir de su examen que da cuenta de una construcción social, una práctica colectiva que se desarrolla con referencia a determinadas reglas⁶⁹.

En la medida en que su contenido se define esencialmente en relación con ellas, la responsabilidad carece de un contenido semántico propio, pudiendo ser caracterizada como un concepto orgánico o *tû a tû*, en tanto vincula determinados hechos condicionantes con específicos resultados que se obtienen del contexto en que es aplicada⁷⁰.

De este modo, y conforme con el sistema que le sirva de referencia, hablamos de responsabilidad moral, política o jurídica. De acuerdo con la función que se le atribuye, mirará bien al pasado, bien al futuro, de manera que puede tratarse en un sentido retrospectivo o prospectivo. Dado que se trata de una construcción que tiene lugar en un proceso que presupone determinados antecedentes y que lleva consigo ciertas consecuencias, la responsabilidad puede ser identificada con éstos o aquéllas, dependiendo del centro de atención del observador. En alusión a los componentes que determinan su establecimiento podrá estimarse objetiva o subjetiva, individual o colectiva, directa o indirecta.

⁶⁹ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 58; LARRAÑAGA, Pablo, *Responsabilidad de rol y directrices*, p. 569- 570; FAUCONNET, Paul, La responsabilité, p. 2.

⁷⁰ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 45; ROSS, Alf, Tû a tû, p. 21- 32; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 54- 59.

3. Responsabilidad prospectiva y responsabilidad retrospectiva

Para los fines que orientan esta investigación resulta decisiva la clasificación que diferencia entre responsabilidad en un sentido prospectivo y en un sentido retrospectivo. Sin perjuicio de que el análisis se centrará en la segunda de ellas, es posible advertir de inmediato cómo la primera constituye uno de sus presupuestos o antecedentes.

3.1 La responsabilidad prospectiva

Puede ser concebida en el sentido a que alude HART cuando habla de *role responsibility* como aquel conjunto de cargas que soporta una persona que se encuentra en un lugar u oficio específico dentro de una organización social, sea permanente o no, y que debe ejercer ya en bienestar de otros, ya para el desarrollo de los objetivos o propósitos de la organización⁷¹. El sentido coloquial de *ser responsable* o su contrario, *irresponsable*, atiende a la disposición del sujeto para cumplir con los deberes que emanan de esa posición, teniendo en cuenta a veces el proceso y otras el resultado⁷².

En todos los casos en que se usa en este sentido, la responsabilidad se construye como un enunciado que mira al futuro, y que está llamado a orientar la acción⁷³. En principio,

⁷¹ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 212- 213; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 347; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2305; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 13 y 177; BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 120- 121; FRENCH, Peter, *A spectrum of responsibility*, p. 114. Una exposición sobre la responsabilidad como rol en HART con aportaciones personales, LARRAÑAGA, Pablo, *Responsabilidad de rol y directrices*, p. 559 y ss. y LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad, passim*. Crítico con la idea que la responsabilidad prospectiva se identifique con los deberes que emanan de un rol, CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 31- 33.

⁷² HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and Retribution*, p. 213; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 172. La responsabilidad se mira como una cualidad personal o una virtud, HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 46; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2305. La descarga de responsabilidad tiene una connotación positiva, MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 181- 182; FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 538; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 47- 48; LUCAS, John, *Responsibility*, p. 11. En contra, HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 50 y ss., para quien la virtud de ser responsable no se define necesariamente con referencia a los deberes que emanan de un rol.

⁷³ MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 178; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 155; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 61. En un sentido similar, FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 538;

las responsabilidades prospectivas son los deberes puestos de cargo de un determinado agente, sean éstos más o menos definidos, positivos o negativos, actuales o potenciales, permanentes o no, y más o menos intensos⁷⁴; y que puede descargar por diversos medios⁷⁵. No obstante, no todos los deberes que corresponden a un determinado sujeto pueden considerarse *responsabilidades* en el sentido que se viene analizando. Ellos exigen una complejidad, amplitud y duración que los vincula más con principios que con reglas⁷⁶ y que da origen para su titular a un ámbito de competencia o una función⁷⁷.

Cuando se habla de responsabilidad como rol se afirma la pertenencia del sujeto a un determinado sistema, así como su ubicación en una cierta posición (status) de la que derivan un conjunto de expectativas de conducta normativamente protegidas (rol). De aquí que ésta sólo pueda formularse a la luz del sistema normativo concreto que le sirve de referencia, y que construye y asigna status y roles⁷⁸. Status y roles surgen como productos sociales de la división y especialización y crean un orden y una estructura - una solidaridad, dirá DURKHEIM- que se expresa en el derecho⁷⁹. Éste, al reglamentarlos, los conforma y delinea concretamente.

ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 46; CUARTANGO, Roman, *Realizaciones individuales del orden*, p. 156. En cuanto a la relevancia de esta noción en el derecho, CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 31 para quien: “(...) prospective responsibility is just as important as historic responsibility to an understanding of responsibility in law; and that the law is much concerned with establishing prospective responsibilities (or as we might say, with telling us ‘what our responsibilities are’) as with imposing historic responsibility”.

⁷⁴ CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 67- 69; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 178- 181; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 182; JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, p. 98. En ese sentido alude al término SCHÜNEMANN, Bernd, *Sobre la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, p. 14.

⁷⁵ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 113.

⁷⁶ Siguiendo la terminología de ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, p. 139- 144. Ver, asimismo, LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 163- 168.

⁷⁷ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 213; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 347; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 185.

⁷⁸ CHINOY, Ely, *Introducción a la sociología*, p. 54; MILL, John, *Sobre la libertad*, p. 175; HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 213; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 170; PIÑA, Juan, *Rol social y sistema de imputación*, p. 144- 145; JAKOBS, Günther, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, p. 57: “(...) eine Norm ordnet die Welt nicht über das Schema von Lust und Unlust der Individuen, sondern über dasjenige der Pflichten und der Freiräume von Personen, also Rollenträgern”.

⁷⁹ DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 40 -61; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 157; CHINOY, Ely, *Introducción a la sociología*, p. 54, BERGER, Peter/ LUCKMANN, Thomas, *The social construction of reality*, p. 89 y ss.

Cada sujeto desempeña, a un mismo tiempo, un conjunto de roles que configuran una identidad que no es “de una sola pieza”⁸⁰. Así, por ejemplo, en relación con un determinado Estado un individuo podrá ser nacional o extranjero, ciudadano o no; con referencia a su núcleo más cercano podrá ser padre, hijo, hermano, marido; en relación con los demás podrá ser mayor o menor de edad, capaz o incapaz, soltero o casado; en cuanto a sus relaciones laborales, empleador o dependiente; respecto de su posición en el mercado, productor, consumidor, vendedor, comprador, y así sucesivamente –uno o más en cada una de esas categorías- en el conjunto de relaciones sociales que entabla y que atañen a personas y bienes. Muchos de estos roles coexisten en un mismo nivel; algunos, por el contrario, tienen una posición anterior y sirven de presupuesto a los demás: de este modo, es posible una construcción iterada de roles que lleva consigo una sucesiva asignación de funciones⁸¹.

La asignación de estatus deriva siempre de un acuerdo o convención, y añade a los sujetos a quienes son impuestos poderes nuevos que importan, a su vez, correlativos espacios en los que pueden ser llamados a responder⁸². En relación con los demás, el status crea expectativas de conducta que se satisfacen ya con deberes negativos –la no afectación de la organización ajena- o con deberes positivos en relación con personas, instituciones o bienes, a cuya tutela el orden normativo exige contribuir, concurrir a conformar o reconfigurar. Esas expectativas permiten orientar los contactos sociales y hacen posible la convivencia⁸³.

⁸⁰ La expresión es de CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 25. Ver, asimismo, MEAD, George, *Espíritu, persona y sociedad desde el punto de vista del conductivismo social*, p. 175; PIÑA, Juan, *Rol social y sistema de imputación*, p. 145- 147.

⁸¹ La expresión es de SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 93 y ss., lo que supone afirmar que una función de estatus se construye sobre otra función de estatus y así sucesivamente en dos o más niveles. Ver también SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 3- 4.

⁸² SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 68 y p. 112; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 161- 162. Para BAIER, Kurt, *Types of responsibility, passim*, las fuentes de los *tasks* son tres: la asunción voluntaria de los mismos, el surgimiento en razón de las circunstancias y la asignación.

⁸³ MEAD, George, *Espíritu, persona y sociedad*, p. 183- 186; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 31- 32; JAKOBS, Günther, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, p. 14; JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, p. 97 y ss.; LESCH, Heiko, *La función de la pena*, p. 74; SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 3- 4.

Desde un punto de vista social, la organización en roles permite y facilita el reconocimiento: producto de los mismos se construye la identidad de los individuos, la colectividad inserta al sujeto individual y afirma su capacidad y pertenencia⁸⁴. Así, la responsabilidad prospectiva fija el ámbito de competencia del sujeto, el espacio en que su quehacer tendrá un sentido social. De este modo, estatus y roles configuran el espacio en que será posible la imputación: estaremos a cargo de determinados deberes y de los resultados derivados de su cumplimiento o incumplimiento⁸⁵. Nuevos roles crearán nuevos ámbitos de competencia y por consiguiente, de responsabilidad⁸⁶. Sólo

⁸⁴ DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 114 en relación con la llamada solidaridad orgánica; JAKOBS, Günther, La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, p. 14; TODOROV, Tzvetan, La vida en común, p. 162; CRUZ, Manuel, Hacerse cargo, p. 25; CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, p. 162; PIÑA, Juan, Rol social y sistema de imputación, p. 145- 151.

⁸⁵ CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 17; CRUZ, Manuel, Hacerse cargo, p. 39- 56; BEIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 120- 121; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 35; RUSSELL, Bertrand, Autoridad e individuo, p. 91; JONAS, Hans, El principio de responsabilidad, p. 33; PIÑA, Juan Ignacio, Rol social y sistema de imputación, p. 347 y ss.; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 38, al pie; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 65- 69; BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política*, p. 143; DREIER, Horst, *Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 31 y ss.; CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 79- 80; ROLDÁN, Concha, *El efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 59- 60; BAUMAN, Zygmunt, *Individualmente pero juntos*, p. 26.

⁸⁶ Esta es la justificación tras la *responsabilidad por las generaciones futuras*. Se afirma que el poder de afectación del hombre, ampliado de manera insospechada por el desarrollo de la técnica y su renovada conciencia del mismo, han alterado su posición frente a la naturaleza, así como su propio ámbito de competencia y que esas transformaciones deben servir de cimiento para una nueva ética, una *ética orientada al futuro o una ética de la responsabilidad*. Para Jonas, todas las éticas anteriores habían sido construidas sobre la noción del presente y partían de las siguientes premisas tácitas: 1) La condición humana, resultante de la naturaleza del hombre y de las cosas, permanece en lo fundamental fija de una vez para siempre; 2) Sobre esa base es posible determinar con claridad y sin dificultades el bien humano; 3) El alcance de la acción humana y, por ende, de la responsabilidad humana es estrictamente delimitado. Afirma que ninguno de esos presupuestos de la ética tradicional puede mantenerse en el mundo contemporáneo. En este nuevo contexto, la propia noción de naturaleza deber ser revisada: ya no puede ser vista como algo duradero y permanente, de lo que el sujeto se sirve libremente para la consecución de sus objetivos y sin medir consecuencias. Por el contrario, la naturaleza debe concebirse como un estado de cosas que hay que conservar para mantener la propia vida humana. El problema de la *responsabilidad por las generaciones futuras* deriva, para estos autores, de una profunda transformación en la comprensión y posición del sujeto en el espacio y el tiempo. Esa nueva posición da origen a nuevos deberes, y fundamentalmente, un nuevo *ante quién* responder de las acciones presentes. Se debate si éste está constituido por la propia naturaleza, la que sería animada y alzada a la calidad de titular de protección jurídica, o el ser humano, que resultaría amparado indirectamente con la tutela del medio ambiente como condición necesaria para su supervivencia. En este segundo caso, los deberes a los que daría origen no serían antropocéntricos, en la medida en que no tomarían en consideración únicamente al ser humano inmediato y presente, sino a todos los demás que pueden resultar afectados por una conducta o para los que pueden derivar de ésta consecuencias o efectos. Ese nuevo *ante quién se responde* parece consecuencia de una segunda transformación referida al *de qué se responde*. Ese *de qué* tiene que ver con el futuro. Se advierte que en la fundamentación de esta nueva ética, más que la respuesta por lo realizado interesaría el poder en relación con el futuro; y más que en la acción, ella se encontraría centrada en la omisión. De las consideraciones anteriores queda de manifiesto que cuando se habla de *responsabilidad por las generaciones futuras* se utiliza el término responsabilidad en el sentido prospectivo que hemos

excepcionalmente –y por buenas razones- podremos exigir que consecuencias esperables en el espacio definido y delimitado por el rol sean puestas de cargo de otro.

analizado en este epígrafe. Cuando se formula un enunciado de este tipo se constata la pertenencia del sujeto a un determinado sistema social - ampliado temporal y espacialmente atendidas las peculiaridades de las sociedades postindustriales - y a partir de él, y mirando al futuro, se ponen de su cargo determinados deberes, positivos o negativos. Para algunos sujetos, los deberes que emanan de este nuevo rol serán débiles y difusos. Para otros, y conforme con el poder de afectación de que dispongan, su imposición será más delimitada y definida, y dará lugar a obligaciones específicas y concretas. Sin embargo, y dado que nuevos roles crean renovados ámbitos de competencia y, en consecuencia, de imputación, la *responsabilidad por las generaciones futuras* ha creado, asimismo, pretensiones de responsabilidad sancionatoria en los ámbitos en que es establecida. La sustentación de la responsabilidad sancionatoria en supuestos de afectación del medio ambiente plantea grandes desafíos. Entre otros, el que deriva de un concepto de daño relevante distinto: material, aunque no siempre constatable empíricamente; permitido hasta ciertos límites más o menos arbitrarios que la autoridad fija y que deriva más bien de la acumulación, situación que dificulta la afirmación de su pertenencia para efectos de su imputación. Dificultades igualmente profundas surgen a la hora de determinar quiénes son los sujetos tutelados, decisión que incide en quiénes se encuentran legitimados para reclamar como víctimas frente al mismo y cuál es la cuantía del daño atribuible a cada cual. Las transformaciones que se exigen a los sistemas de responsabilidad para adaptarlos a esta nueva realidad son tan amplias que algunos se preguntan si no nos encontramos ante un supuesto en que estamos dispuestos a hacernos cargo de consecuencias que no son propias; ante reacciones diversas de la responsabilidad o que debieran quedar al margen de la misma. Ver, a este respecto JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad*, p. 15- 42; BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, p. 89; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 65- 66; CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 17- 19; CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 42; ALCÁCER, Rafael, *La protección del futuro y los daños acumulativos*, p. 2- 7; HEFENDEHL, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de los riesgos futuros?*, p. 5- 11; SANTOS, María, *Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas*, p. 3017- 3028; DE MIGUEL, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, p. 95- 96; DE ÁNGEL, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, p. 53- 79; VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*, p. 51; MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, p. 301; ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 59- 60; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 180 y ss.; ALBIEZ, Klaus, *La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar*, p. 1238 y ss. FEINBERG, Joel, *Harm to others*, p. 229- 230 resume el problema que plantea el daño al medio ambiente para la política legislativa y plantea un principio de solución.

3.2 La responsabilidad retrospectiva

La responsabilidad puede ser identificada con su sentido etimológico: responder o *hacerse cargo de algo*. Cuando se hace uso de la expresión con el mencionado contenido se efectúa un enunciado que mira al pasado, pero con una finalidad que atiende al futuro: quién soporta las consecuencias del mismo⁸⁷.

La responsabilidad desde un punto de vista retrospectivo puede concebirse en un sentido descriptivo o en uno normativo. En el primero, la responsabilidad se identifica con la consecuencia que se le impone al sujeto por hechos ya acontecidos, sin atender a los presupuestos o al proceso que lleva a su imposición. Cuando la responsabilidad se identifica con el mero deber de responder nada decimos acerca de los antecedentes de la consecuencia jurídica de que se trata, los que resultan irrelevantes. En este concreto sentido, responde tanto aquél que sufre una pena como aquél que cumple con una carga tributaria por incurrir en un hecho gravado. La consecuencia jurídica impuesta, así vista, no comunica ninguna valoración acerca del comportamiento del agente que motiva su aplicación y, en ese sentido, podemos afirmar que es neutra⁸⁸: no puede identificarse con una sanción en un sentido estricto, sino con un simple *deber de responder*, a partir del cual no es posible dilucidar ningún sentido o desentrañar la función social que está llamado a cumplir en el sistema social. Por el contrario, cuando la expresión es utilizada en un sentido normativo se considera el conjunto de condiciones que sirven de antecedente a esa consecuencia, y por consiguiente, al mecanismo, y a la función que éste desempeña en el sistema jurídico.

Cuando la responsabilidad retrospectiva se concibe en términos meramente descriptivos, la consecuencia jurídica que se impone puede ser definida como un *deber de responder*, esto es, como la obligación de soportar sobre la persona o el patrimonio una

⁸⁷ MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 13; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 16- 23.; MOLINA, Fernando, *Presupuestos de la responsabilidad jurídica*, p. 57 y ss.; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 259 y ss. Es la que CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 31 denomina responsabilidad histórica.

⁸⁸ SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 38- 39.

determinada carga⁸⁹. Cuando, por el contrario, se usa en términos normativos, se reconoce en esa consecuencia jurídica una sanción, una manifestación social de la desvaloración de cierto hecho o resultado⁹⁰.

En el segundo de estos sentidos -como sancionabilidad- se comprende tradicionalmente esta expresión en el derecho⁹¹. Para los sistemas jurídicos no sólo resulta relevante la consecuencia jurídica impuesta sino las condiciones que llevan a su establecimiento; el desarrollo del sentido y de la comunicación social, que conforman y constituyen esencialmente el derecho, justifica atender no sólo a los resultados sino, asimismo, a los procesos; no sólo a las consecuencias, sino a la conducta de los agentes a quienes las normas se dirigen.

Sin embargo, el uso de la mencionada expresión puede hacerse en un sentido fuerte o más o menos débil conforme con los requisitos que exige el sistema de referencia para vincular al autor y aquello de lo que ha de hacerse cargo, y que tiene un correlato directo en la intensidad del reproche que socialmente se le dirige, y del que ha de liberarse con el cumplimiento de la sanción⁹². De este modo, puede realizarse en un sentido débil, apelando a la posición del sujeto en un determinado sistema jurídico y a su deber de controlar la actuación de otros; o en un sentido fuerte, centrada en la subjetividad del agente.

⁸⁹ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 23; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 37- 38. Críticos con esta posición MAZEAUD, Henri y León/ TUNC, André, Tratado de responsabilidad civil, p. 3: “Una persona es responsable siempre que debe reparar un daño, ya que el término reparación implica que el perjuicio no es padecido por quien es autor de él. En lugar de preguntarnos, como Josserand, cuando estamos en presencia de un daño ¿Quién es el responsable? ¿un tercero o la víctima’, formulemos la pregunta siguiente: ¿existe un responsable? ¿puede volverse la víctima contra un tercero, pedirle reparación del perjuicio que ha sufrido ella? No siempre que existe un daño hay un responsable”. En parte coincidente con la que HONORÉ, Tony, Responsibility and fault, denomina ‘outcome responsibility’, p. 76 y ss.

⁹⁰ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 76.

⁹¹ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 217. En contra de esta posición, CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 30.

⁹² HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and Retribution*, p. 215- 217; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 350- 351; KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 79; INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 31-32; PINCIONE, Guido, *Responsabilidad*, p. 343; NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 187.

La responsabilidad, en la fórmula de *hacerse cargo*, supone siempre una vinculación entre un determinado estado de cosas y un sujeto. Ella deriva de un juicio de valor que efectúa un tercero –el juez- quien constata la concurrencia en éste del conjunto de elementos y requisitos que el sistema de referencia establece como necesarios para la imposición de la sanción⁹³.

Normalmente la afirmación de ella supone el análisis de la capacidad del sujeto; el reconocimiento de la pertenencia de éste a un sistema de reglas; la delimitación de los deberes que en la posición en que se encuentra han sido puestos de su cargo; así como la constatación de la concurrencia de una relación de causalidad entre el hecho ocasionado y el resultado⁹⁴. De este modo, en la responsabilidad como sancionabilidad cristalizan y se condensan los demás sentidos generales con los cuales se usa esta expresión en el derecho⁹⁵.

⁹³ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 59.

⁹⁴ CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, p. 156.

⁹⁵ Que HART denomina *role responsibility*, *causal responsibility* y *capacity responsibility*, ver HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 210 y ss; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 346 y ss. Ver, asimismo, FLORES, Albert / JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 538- 539.

Excursus. La responsabilidad positiva

Cuando se habla de responsabilidad en un sentido retrospectivo, ella tiene por lo general una connotación negativa. La mayor parte de las veces los sistemas sociales miran al pasado con el objeto de encontrar una respuesta frente a un hecho que desvaloran, con la finalidad de reprocharlo a quien pertenece. Tal es el sentido en que se ha centrado el análisis en las consideraciones previas, y sobre el que se extenderá la presente investigación.

No obstante, la responsabilidad retrospectiva también puede tener como consecuencia una afirmación de mérito, y la pregunta por ésta el objetivo de imponer sanciones positivas⁹⁶.

La pregunta por la responsabilidad en un sentido positivo se formula de manera equivalente al ordinario. Lo que se pretende por su intermedio es establecer a quién pertenece un hecho o un resultado ya sucedido y que socialmente se valora, con miras a realizar un juicio laudatorio a su autor que se traduzca en un reconocimiento o premio que lo retribuya, o en una indemnización que le compense los costos en que ha incurrido al ejecutarlo. El juicio de pertenencia del hecho, no obstante, parece desarrollarse sujeto a requisitos más genéricos y laxos que los que se exigen cuando se realiza en un sentido negativo. En ella pareciera central la actuación de quien se determina autor vista desde un punto de vista social: la dirección externa de su comportamiento hacia un determinado objetivo así como la efectiva consecución del mismo, sin que se exija preguntar por la capacidad del agente, por las finalidades individuales que han orientado su comportamiento, por los condicionamientos externos que hayan podido influir o intervenir en la ejecución, o por los apoyos o auxilios de los que ha gozado para la obtención de un resultado. Pese a lo anterior, la responsabilidad en sentido positivo se traduce en una afirmación de pertenencia del hecho, de ahí que constituya excusa para aquél a quien se pregunta el que el hecho o su resultado hayan sido ejecutados o deban ser atribuidos a un tercero distinto.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 389.

La responsabilidad positiva es producto también de un juicio, en que un tercero valora el comportamiento realizado o el resultado obtenido de acuerdo con el sistema de reglas imperantes en ese sistema social; y se resuelve en un juicio de mérito al autor, en cuanto se le entiende manifestado en este o aquél. Del mismo modo que sucede en el sentido ordinario, el juicio positivo sobre el hecho del agente reconforma la identidad social del mismo y se traduce, la mayor parte de las veces, en una consecuencia positiva, que expresa en el ámbito material el significado social: un reconocimiento o premio, un beneficio pecuniario o moral.

Según se advierte, la estructura de la responsabilidad positiva es en gran medida equivalente a la de la responsabilidad concebida en un sentido negativo, lo que determina que los presupuestos y elementos de esta última –los que serán tratados en detalle el acápite II de esta investigación- le resulten aplicables, aunque con las adaptaciones y matices que exige una afirmación de pertenencia más laxa como la que se ha anotado.

4. Diversas categorías de responsabilidad sancionatoria para la definición de sus presupuestos y elementos configuradores

La responsabilidad, concebida desde el punto de vista sancionatorio, puede ser tratada de modos diferentes en atención al sistema de reglas conforme con los cuales se determina; así como según los elementos que le sirven de presupuesto. Un análisis somero de los diversos sentidos en los que ella es utilizada en los sistemas jurídicos resulta útil para dar cuenta de sus elementos; y constituye necesario antecedente para la restricción del análisis en que se centrará en lo que sigue la presente investigación.

4.1 Responsabilidad moral, política y jurídica

De acuerdo con el sistema de referencia conforme con el que el sujeto es llamado a *hacerse cargo*, la responsabilidad puede ser moral, política o jurídica.

La responsabilidad moral en un sentido retrospectivo tiene, en el mayor de los casos, una connotación negativa. Su finalidad es atender a un hecho sucedido en el pasado para atribuir y reprochar una infracción al sujeto a quien el mismo puede atribuirse⁹⁷. Ella se establece en un proceso, un juicio -aunque éste se desarrolla de manera interna y más difusa que en el ámbito jurídico - que tiene por objeto afirmar una violación del deber por parte del obligado e imponerle una sanción o castigo, a modo de retribución⁹⁸. Su establecimiento exige la concurrencia de una serie de elementos que, aunque menos

⁹⁷ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 48; MELLEMA, Gregory, Collective responsibility, p. 7- 8.

⁹⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del derecho, p. 63- 64; RADBRUCH, Gustavo, Filosofía del derecho, p. 60- 61; DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del derecho, p. 334; JASPERS, Karl, El problema de la culpa, p. 53; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 48- 54; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 62- 63. En su establecimiento no influyen, por lo demás, consideraciones prácticas, LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 23. En contra de esta posición, FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 350. Atendido su menor grado de institucionalización, la responsabilidad moral tiene cierto grado de indeterminación, y admite la falta de resolución concreta, CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 12. Para DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del derecho, p. 335: “El juicio moral supone un punto de vista interior, el jurídico un punto de vista exterior. No se juzga sobre la moralidad de otro sujeto sino colocándose idealmente –y esto de un modo ficticio- en la misma conciencia del sujeto que se considera: cosa ciertamente no fácil; no se puede juzgar sobre el propio derecho, sino trasladándose en cierta manera fuera de sí mismo, esto es, mirándose a sí mismo objetivamente, cosa no menos difícil (de ahí el adagio: *Nemo iudex in causa propria*)”.

definidos que en el derecho, pueden identificarse, con las nociones de infracción y de culpa⁹⁹. Para establecer la responsabilidad moral se exige una cualificación mínima del sujeto a quien se pide rendir cuentas: éste debe tener la capacidad para comportarse conforme con el deber. Tradicionalmente el fundamento material de esa capacidad es la libertad de su voluntad, de manera que la responsabilidad carece de sentido si se constata que el agente *no ha podido obrar de otro modo*¹⁰⁰.

Los deberes morales fijan el ámbito de competencia del sujeto y, por consiguiente, la esfera en que podrá ser llamado a responder. Sin embargo, en la medida en que regulan el comportamiento de éste en relación consigo mismo¹⁰¹, que son más indeterminados, vagos o imprecisos que los deberes jurídicos y que no crean derechos correlativos exigibles por interesados o pretensores, su satisfacción se mide esencialmente en relación con su propio contenido, y teniendo fundamentalmente en cuenta la disposición interna del obligado¹⁰².

La responsabilidad moral, al menos como tradicionalmente se la comprende en la tradición occidental, es una responsabilidad individual, por los propios actos y, en los

⁹⁹ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and Retribution*, p. 225- 226; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, 358- 359; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 5- 32; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 70. Para CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 15 y ss., en la determinación de esos criterios, así como en el propio desarrollo de la argumentación en la responsabilidad moral, el derecho otorga una significativa contribución.

¹⁰⁰ BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 63- 64; LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 23- 24; KENNER, Lionel, *On blaming*, p. 193- 195.

¹⁰¹ En las consideraciones que siguen haremos referencia a la moral individual y omitimos referencias a la moral social y la religiosa, MONTORO, Alberto, *Derecho y moral*, p. 8- 18. Ver, KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, III, p. 25; DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, p. 334; RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 55- 56 y 92 y ss.; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, p. 66; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 347- 348; SEARLE, John, *Libertad y neurobiología*, p. 45; GARZÓN, Ernesto, *Derecho y moral*, p. 397 y ss.; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 9- 10 y p. 123; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 17. En sentido diverso, considerando la moral social, DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 338- 339.

¹⁰² CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 10- 12; FAUCONNET, Paul, *La Responsabilité*, p. 3; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 345; ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, p. 88 habla de la moral como un sistema estático carente de procedimientos y normas relativas a su creación, aplicación e interpretación. Ver, asimismo, KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, I, p. 17 y p. 23- 24; RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 55- 58; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 21; DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, p. 334- 336; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, p. 66- 74; MONTORO, Alberto, *Derecho y moral*, p. 8; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 21; DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 45; BOBBIO, Norberto, *Las sanciones*, p. 391; CORTINA, Adela, *Estudio preliminar*, p. XLI- XLII.

supuestos de actos en que varios sujetos intervienen, por la específica contribución de cada cual¹⁰³. Sin embargo, con creciente importancia se discute, como sucede también en el ámbito de la responsabilidad jurídica, sobre la aceptación y, en su caso, las condiciones de una responsabilidad moral colectiva¹⁰⁴.

Vista desde un punto de vista retrospectivo e identificada con la sancionabilidad, la responsabilidad política corresponde a quien ostenta una determinada investidura política frente al conglomerado social u otras instituciones políticas. En ella se hace una *valoración del uso del poder*¹⁰⁵ y de los medios dispuestos para su ejercicio, que son los elementos que esencialmente caracterizan el oficio y vocación de quien la ejerce¹⁰⁶. Consideraciones prácticas influirían esencialmente en su construcción¹⁰⁷, de manera que su característica más relevante es que atiende a las consecuencias: el político es responsable- en el sentido de que puede ser llamado a rendir cuentas- por los actos de sus subordinados y de las personas a quienes ha dispuesto, toda vez que sobre él pesa el correcto cumplimiento de la función que socialmente se le atribuye¹⁰⁸. Como dice BIRULÉS, esa responsabilidad “(...) tiene que ver no tanto con la pregunta de *quién* es el agente de una acción sino con la cuestión de *qué* nos hacemos cargo, qué deseamos que perdure, qué queremos innovar y conservar”¹⁰⁹. Así se explica que esa responsabilidad

¹⁰³ Ello contrasta con la facilidad con la que son aceptadas las alusiones a la responsabilidad colectiva en el lenguaje ordinario, MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 2; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 1- 2; HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and Retribution*, p. 226; LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 17- 28, COING, Helmut, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, p. 150; DOWNIE, Robin, *Collective responsibility*, p. 47 y ss.; VELÁZQUEZ, Manuel, *Why corporations are not morally responsible for anything they do?*, p. 111 y ss. En cuanto a la dificultad de efectuar esa referencia a los propios actos como fundamento de la responsabilidad, WALSH, William, *Pride, shame and responsibility*, p. 5.

¹⁰⁴ A favor de esta posición, FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 539; COOPER, David, *Collective responsibility*, p. 35 y ss.; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility, passim*; Mc GARY, Howard, *Morality and collective liability*, p. 77 y ss.; HELD, Virginia, *Can a random collection of individuals be morally responsible?*, p. 89 y ss.; BATES, Stanley, *The responsibility of ‘random collections’*, p. 101 y ss.; FRENCH, Peter, *The corporation as a moral person*, p. 133 y ss.; WALSH, William, *Pride, shame and responsibility*, p. 1 y ss.

¹⁰⁵ LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 22.

¹⁰⁶ WEBER, Max, *El político y el científico*, p. 84; VERNENGO, Roberto, *Ética reflexiva y ética de responsabilidad en Max Weber*, p. 565 y ss.; BOGDANOR, Vernon, *Enciclopedia de las instituciones políticas*, p. 640; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 22.

¹⁰⁷ LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 26- 27.

¹⁰⁸ WEBER, Max, *El político y el científico*, p. 163; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 62- 64; BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política*, p. 144; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 24 identifica la responsabilidad política con una responsabilidad por las consecuencias; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 39- 40.

¹⁰⁹ BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política*, p.145.

política se extienda a los hechos de otros en base a las nociones de infracción de deberes de elección o de vigilancia pues “aunque no sea personalmente responsable de cada acción realizada por sus subordinados, se espera que la persona que está a cargo tome todas las medidas necesarias para asegurarse de que sus subordinados actúan sensatamente con respecto a los objetivos que se les marcan”¹¹⁰.

Se trata de una especie de responsabilidad colectiva, esto es, una responsabilidad por actos que no son ejecutados por quien es llamado a rendir cuentas, pero que pueden serle atribuidos indirectamente. Se funda esencialmente en el poder, y en el monopolio de la fuerza en que éste se traduce para quien lo ejerce; y de ella no cabe excusa¹¹¹. Menos institucionalizada, no se traduce necesariamente en la asunción de demérito por la conducta ejecutada o sus consecuencias, ni lleva necesariamente consigo el sometimiento a una sanción o a la pérdida del poder¹¹².

La responsabilidad jurídica se concibe, en un sentido retrospectivo, como el proceso que lleva a la imposición de una sanción por la infracción de una norma. En este sentido, es siempre retributiva, en la medida en que reacciona frente al hecho ilícito cometido¹¹³ y que se considera como socialmente dañoso¹¹⁴.

¹¹⁰ BOGDANOR, Vernon, Enciclopedia de las instituciones políticas, p. 640- 641.

¹¹¹ CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 52- 53; LUCAS, John, Responsibility, p. 204. Para WEBER, Max, El político y el científico, p. 115: “El honor del caudillo político, es decir, del estadista dirigente está, por el contrario, en asumir *personalmente* la responsabilidad de todo lo que hace, responsabilidad que no puede ni debe arrojar sobre otro”.

¹¹² BOGDANOR, Vernon, Enciclopedia de las instituciones políticas, p. 640 en relación con la responsabilidad de los ministros frente al parlamento; BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política*, p. 144-152; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 70; LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 26- 27; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 51- 53, para quien la responsabilidad política constituye un tercer paradigma de responsabilidad. POPPER, Karl, La responsabilidad de vivir, p. 207, quien concibe la democracia no como gobierno del pueblo, sino como tribunal popular.

¹¹³ MONTORO, Alberto, Derecho y moral, p. 7-8; RADBRUCH, Gustavo, Filosofía del derecho, p. 54-58; DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del derecho, p. 336; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del derecho, p. 64; HELLER, Hermann, Teoría del Estado, p. 200.

¹¹⁴ RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 43- 44; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 340- 341; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 33- 37; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras ‘responder’, ‘responsable’ y ‘responsabilidad’*, p. 1348; KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 17- 18; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 61; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 16- 17.

Establecer responsabilidad jurídica supone declararla; declaración que realiza un tercero en el proceso en el que entran en relación dialéctica infractor y pretensor y en el que, tras constatarse la concurrencia de la infracción y las condiciones para que la misma sea atribuida al sujeto, se afirma la vigencia de la norma vulnerada y se ejecuta la coacción que sirve de amenaza al incumplimiento¹¹⁵. Esa coacción importa la materialización de una lesión que distribuye o redistribuye males¹¹⁶.

Esa consecuencia de la infracción que el Estado impone de manera institucionalizada no tiene un significado neutro, sino que se ve coloreada por el reproche. Junto con sancionar, se comunica al sujeto la desvaloración de su conducta contraria a la norma.

El establecimiento de la responsabilidad jurídica tiene lugar tras constatarse una intervención en la realidad que puede afirmarse como perteneciente a un determinado sujeto. En ese entendido, presupone un determinado vínculo de originación, más o menos exigente, entre el sujeto y el resultado socialmente dañoso; así como la concurrencia de una determinada capacidad mínima del agente que le permita comprender la norma y dirigir su conducta. Finalmente, en algunos sistemas, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo que permita afirmar la pertenencia del hecho infractor a un determinado agente en un sentido individualizador¹¹⁷.

¹¹⁵ VON WRIGHT, Georg, Norma y acción, p. 22- 23; COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 40; LESCH, Heiko, La función de la pena, p.75.

¹¹⁶ KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, § D, p. 40- 41; WEBER, Max, Economía y sociedad, p. 28; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 6- 7; MONTORO, Alberto, Derecho y moral, p. 8; KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 21; DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del derecho, p. 334- 337; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del derecho, p. 66- 87; Díez PICAZO, Luis, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, p. 45; ATIENZA, Manuel, El sentido del derecho, p. 67- 68; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 21; RADBRUCH, Gustavo, Filosofía del derecho, p. 55- 56; ZULUETA, Hugo, *Ilícito*, p. 337; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 355- 356. Dado que tiene en cuenta consideraciones prácticas, siempre es resolutive, CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 12. Ver, asimismo, JASPERS, Karl, El problema de la culpa, p. 53; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, 340.

¹¹⁷ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 21- 26.

4.2 Responsabilidad punitiva y resarcitoria

Concebidos en un sentido retrospectivo, los sistemas de responsabilidad jurídica siempre reaccionan frente a una infracción de norma y, en ese entendido, son sancionatorios¹¹⁸. Sin embargo, y dependiendo del contenido de la sanción y de la relación dialéctica que lleva a la imposición de la misma, la responsabilidad puede calificarse de punitiva o resarcitoria¹¹⁹.

La responsabilidad punitiva –paradigmáticamente representada en el derecho penal y el derecho administrativo sancionador¹²⁰- se caracteriza porque la sanción que impone al infractor, junto con importar para éste un gravamen o privación, carece de la aptitud para restablecer el mal que ha padecido la víctima, de modo que debe ser valorada, bajo cualquier respecto, como un mal¹²¹. Conforme con su lógica interna, al mal del delito sucede, por prescripción normativa, el mal de la pena. Su imposición tiene en consideración esencialmente a la persona del autor, de modo que la relación de

¹¹⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 17- 18. Se trata de medidas preventivas, siguiendo la terminología de BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 309, que una vez infringidas se traducen en una determinada consecuencia reactiva. Ver, asimismo, BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 388.

¹¹⁹ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1796-1797; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 6- 7; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 18; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, p. 54; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 60. En las definiciones de responsabilidad punitiva y resarcitoria que se realizan a continuación se prescinde de un criterio que, al menos históricamente, se ha utilizado para diferenciarlas. Cuando en los derechos históricos se ha pretendido diferenciar entre reacciones civiles o penales se atiende esencialmente a la cuantía de la indemnización ordenada, de manera que todo aquello que excede el daño ocasionado se considera penal. Así sucede, por ejemplo, con los *delicta* del derecho romano que se consideran por algunos autores manifestaciones de derecho penal y, actualmente, con los denominados daños punitivos. En estas posiciones pareciera encontrarse la idea de que la responsabilidad resarcitoria no sólo exige una especie determinada de sanción sino, asimismo, una identidad aritmética en la misma; mientras que la responsabilidad penal admitiría mayor laxitud en la relación daño/ cuantía de la sanción impuesta.

¹²⁰ DE PALMA, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p. 27 y ss.; QUIRÓS, José María, *Principios de derecho sancionador*, p. 25 y ss.

¹²¹ MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, p. 8 y ss.; DURKHEIM, Emilio, *La división del trabajo social*, p. 65; FAUCONNET, Paul, *La responsabilidad*, p. 13; GAROFALO, Raffaele, *La indemnización a las víctimas del delito*, p. 62; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 317; BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 389; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, p. 54; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 60. Para SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 29, la responsabilidad punitiva importa un reproche por la conducta concreta del individuo contraria a la norma, carácter que no sería propio de las otras formas de responsabilidad.

proporcionalidad a la que aspira es entre el hecho infractor y la sanción¹²². La dialéctica del proceso que tiende a su imposición se desarrolla entre el Estado, quien conmina con la sanción, y el sujeto responsable; la víctima en general es ajena a él, sin perjuicio de las crecientes presiones para conferirle en el mismo una posición que facilite el restablecimiento.

La responsabilidad resarcitoria -que tiene su aplicación paradigmática en el derecho civil- es aquella que se resuelve en la imposición de una sanción que tiene la aptitud de eliminar o, al menos, de atenuar el mal que la trasgresión de la norma ha generado¹²³. Cuando el daño que está llamada a reparar es susceptible de evaluación monetaria, la consecuencia jurídica impuesta se llama indemnización; cuando ello no es posible, como en los supuestos de daños extrapatrimoniales, de compensación. Para efectos de fijar la cuantía de la sanción el sistema jurídico atiende a los efectos que el acto ilícito ha producido, de ahí que se afirme que la igualdad que pretende alcanzar es entre el daño y la indemnización debida¹²⁴. El proceso que lleva al establecimiento de la sanción se desarrolla entre la víctima y el infractor de la norma y se resuelve por la mediación del Estado: la víctima tiene la iniciativa en el proceso, así como el poder para exigir, por causa de la infracción, la intervención del órgano público en el restablecimiento de su derecho violado.

Según se argumenta en detalle en el Acápite 7 de esta investigación, pese a la importancia de esta dicotomía en la configuración de nuestros sistemas jurídicos, ella no parece fundamental para definir los presupuestos, elementos y funciones de la responsabilidad. Sus diferencias, como se verá, surgen más del relato con que son abordados sus elementos que de su propia naturaleza.

¹²² BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 319; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 49 y ss.

¹²³ PANTALEÓN, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, p. 16 y ss. quien distingue tres sentidos en que legisladores y juristas utilizan el término responsabilidad. Ver, asimismo, DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 65; FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 12; CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 1; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 317; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 30; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 59- 60; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 43.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 319- 320; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 61

4.3 Responsabilidad individual y colectiva

En relación con los sujetos que son llamados a dar cuenta y quienes soportan la sanción, la responsabilidad sancionatoria puede ser individual o colectiva.

Concorre responsabilidad individual en aquellos supuestos en los que ésta se impone a un individuo, el que es concebido como unidad de sentido y agente. Este sentido primario se confunde con uno segundo: cuando se habla de responsabilidad individual se tiende a reconocer una identidad absoluta entre titular del deber, sujeto de la acción y sujeto de la sanción, de manera que todos los casos en que falta ésta son concebidos también como manifestaciones de responsabilidad colectiva¹²⁵. En los sistemas normativos occidentales herederos de la Ilustración, constituye la regla general; la propia consolidación de esta institución se produce con la creciente afirmación de la noción de individuo, así como con el reconocimiento de su sentido con independencia del grupo al que pertenece¹²⁶.

Cuando hablamos de ‘responsabilidad colectiva’ hacemos uso de una expresión común en el lenguaje ordinario y que es utilizada en varios sentidos diversos¹²⁷. Retrospectivamente, los diversos contenidos de esta expresión dependen de si el sistema

¹²⁵ FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 674: “In the typical case of individual liability to unfavorable responses from others, three preconditions must be satisfied. First, it must be true that the responsible individual did the harmful thing in question, or at least that his action or omission made a substantial causal contribution to it. Second, the causally contributory conduct must have been in some way *faulty*. Finally, if the harmful outcome was truly ‘his fault’, the requisite causal connection must have been directly between the faulty aspect of his conduct and the outcome. It is no sufficient to have caused harm *and* to have been at fault if the fault was irrelevant to the causing”; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 81: “La responsabilidad individual se produce cuando la sanción se dirige exclusivamente en contra del infractor”. Advirtiendo esta polisemia en el análisis del derecho penal, SEELMAN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, p. 7: “Die kollektive Verantwortung für Schaden und Risiken, um die öffentlichen Debatten heute kreisen, kann ja dreierlei bedeuten: dass man sich für kollektive Prozesse individuell zu verantworten hat; dass die Verantwortung ein einzelnes Kollektiv trifft und schliesslich, dass die Täter- Opfer- Dichotomie aufbricht und damit auch Dritter, im Grenzfall die ganze Gesellschaft, sozial zuständig sind”.

¹²⁶ MELEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 1-2; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 81. Con el principio de personalidad de las penas como límite fundamental al *ius puniendi* del Estado, MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, p. 128- 130.

¹²⁷ MELEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 4- 13; MELEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 1 y ss.; FRENCH, Peter, *Editorial foreword*, p. ix- x; COOPER, David, *Collective responsibility*, p. 35; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 200 al pie.

jurídico admite que colectivos, más o menos organizados, sean capaces de acción y/o de sanción.

A un primer sentido de este término se refieren quienes consideran a las personas jurídicas como sujetos de acción y de sanción¹²⁸. En este primer grupo de casos se observa -como en los casos de responsabilidad individual- una perfecta identidad entre sujeto de deber, sujeto de acción y sujeto de sanción, aun cuando dicha identidad se construye exclusivamente teniendo en cuenta elementos normativos que permiten afirmar una equivalencia funcional de estas entidades y el ser humano¹²⁹.

En un sentido diverso se comprende la expresión responsabilidad colectiva para quienes estiman inadmisibles que conglomerados de sujetos, más o menos organizados, actúen y sean sancionados¹³⁰. En este segundo caso, a la responsabilidad colectiva subyace la constatación de una falta de identidad entre quien ejecuta la acción y quien debe cargar con las consecuencias de la misma¹³¹, o entre la contribución que el sujeto hace al resultado y aquello por lo que se le sanciona, en cualquiera de las combinaciones siguientes:

(a) En una formulación débil, se habla de responsabilidad colectiva en aquellos supuestos en que la acción es ejecutada por varios sujetos que, habiendo contribuido al

¹²⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 68- 69; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 48, al pie; COOPER, David, *Collective responsibility*, p. 35- 36; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 35; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility, passim*, pone acento en la solidaridad interna del grupo para construir la responsabilidad colectiva. MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 15- 24, construye la idea de acción colectiva en base a los criterios de unanimidad de intención, similares contribuciones, proximidad física, organización y cooperación, los que estima permiten hacer un símil de ésta con las acciones individuales.

¹²⁹ Es en ese entendido que puede afirmarse que la responsabilidad es directa, LEVY, Lucien, *El alma primitiva*, p. 86- 88. Ver, asimismo, CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 41.; MAY, Larry, *Vicarious agency and corporate responsibility*, p. 71- 75; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 41- 42; FRENCH, Peter, *The corporation as a moral person*, p. 290. Un intento de construcción de ese fundamento que se sustenta en la culpabilidad de la empresa, ver en NIETO, Adán, *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo legislativo, passim*. Las dificultades de esa construcción en LAUFER, William, *Corporate bodies and guilty mind, passim*.

¹³⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 79. En ese sentido, al menos en relación con la responsabilidad moral, LEWIS, Hywel, *Collective responsibility, passim*; DOWNIE, Robin, *Collective responsibility*, p. 47 y ss. En contra, COOPER, David, *Collective responsibility*, p. 36- 37.

¹³¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 68- 69; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 48, al pie; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 187- 188; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 677.

estado final de cosas que da origen a la pregunta por la responsabilidad, son llamados a responder por éste¹³². En estos supuestos, el objeto de imputación es un estado de cosas determinado que es resultado de las aportaciones individuales de los que han obrado; de modo que lo colectivo viene dado por la reunión –y la consecuente abstracción– de los aportes individuales en un mismo y único resultado que es atribuido a todos quienes contribuyeron a él¹³³. Se dice que todos los responsables comparten responsabilidad, en la medida en que han participado en la generación de ese estado de cosas aun cuando sus aportes sean de diversa importancia y entidad, o incluso, cuando no sea posible determinar concretamente cuáles han sido¹³⁴.

En estos supuestos, se plantea al menos parcialmente una falta de identidad entre el sujeto de la acción y sujeto de la sanción, en la medida en que el estado de cosas que es atribuido surge como resultado de varias contribuciones individuales. Sin embargo, cada sujeto no sólo responde por el estado de cosas final sino, asimismo, por su aporte individual y concreto a él; y es precisamente esa contribución al estado de cosas final el que determina que deba soportar, conjuntamente con otros o por sí solo, la sanción¹³⁵.

(b) En una formulación intermedia, se habla de responsabilidad colectiva en aquellos casos en que si bien la acción es ejecutada por varios, la consecuencia jurídica es soportada sólo por uno o más de ellos. Esta constelación de casos admite tanto que sujetos que han actuado no sean sancionados, como que la sanción sea soportada de manera íntegra por uno en circunstancias en que la acción ha sido desarrollada con la contribución de otros.

¹³² A él alude FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 683 como *contributory group-fault: collective and distributive*. Ver, asimismo, MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 3.

¹³³ MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 13; MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 3- 4; ZIMMERMAN, Michael, *Sharing responsibility*, p. 277; SEELEMANN, Kurt, *Kollektive Zurechnung im Strafrecht*, p. 8 y ss., habla de imputación individual por procesos colectivos, fenómeno que advierte en figuras tales como la coautoría, la autoría mediata, la participación y los delitos de omisión, entre otros. Advierte también como una manifestación de la responsabilidad colectiva los supuestos de imputación a la víctima. Un examen comparado de las reglas que regulan la autoría y la participación en diversos ordenamientos jurídicos europeos en BURGSTALLER, Manfred et. al., *Individualverantwortung bei Alleinhandeln: Eizel und/oder Mitverantwortung bei zusammenwirken mit anderen*, p. 13- 91.

¹³⁴ Contribución que puede no ser causal, MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 12 – 21; SEELEMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, p 8- 13.

¹³⁵ MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 13- 18; COOPER, David, *Collective responsibility*, p. 36 y ss.

A ella pertenece la responsabilidad penal del gerente o mandatario de la persona jurídica, quien en consideración a la posición que ocupa en la mencionada entidad y a los deberes que son puestos de su cargo, debe soportar la sanción penal por actos que han ejecutado, al menos parcialmente, sujetos diversos de él mismo, sea la persona jurídica en sí, sus accionistas, órganos directivos, mandatarios o dependientes¹³⁶; así como los supuestos de solidaridad pasiva¹³⁷, en que los obligados solidarios son llamados a indemnizar, cualquiera de ellos por sí, el total de los daños padecidos por el demandante, sea de manera provisional en la etapa de obligación a la deuda o de manera definitiva cuando no puede repetir contra uno o más de sus codeudores¹³⁸.

En estos supuestos falta identidad, al menos parcial, entre quien soporta la sanción y el sujeto que ha obrado y, en concreto, entre la cuantía de la contribución a la acción y la de la sanción que grava a quien es llamado a responder.

(c) En un sentido más radical, se habla de responsabilidad colectiva en los supuestos en que la acción es ejecutada por un agente y la sanción soportada por sujetos diversos de aquél¹³⁹. Se afirma que, en estos casos, el sujeto de la sanción es la entidad

¹³⁶ Los actos que se desarrollan en sede de las personas jurídicas tienen la aptitud particular de que se componen por un conjunto de actos individuales: la decisión de los asistentes a la asamblea en la que ésta se ha adoptado, la investidura del mandatario, el o los actos materiales de realización concreta de lo debido, entre otros, y sólo pueden ser concebidas como constitutivas de una misma acción en atención a los criterios internos referidos a la conformación de la voluntad corporativa. Por lo demás, ellas han sido posibles o, en mayor o menor medida, facilitadas por el poder de la organización. Algunos de estos criterios se encuentran en MAY, Larry, *Vicarious agency and corporate responsibility*, p. 73 y ss. Al representante de la persona jurídica se le atribuye no la responsabilidad por sus propios actos, sino por aquellos que, en razón de aplicar esos criterios de pertenencia, se han determinados como propios de la persona jurídica en sí misma. Ver MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 28- 31; FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 537 y ss.

¹³⁷ GOMEZ, Carlos, *Solidaridad y prevención*, *passim*; VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 10- 11; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 683 y ss. Pese a las muchas dificultades que pueden surgir a la hora de determinar cuáles sean esas contribuciones, ALBALADEJO, Manuel, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por el acto ilícito común*, p. 372 y ss.

¹³⁸ GOMEZ, Carlos, *Solidaridad y prevención*, p. 19- 25, quien resalta que al restar sentido individual a los actos, la solidaridad tiende más a la socialización del daño que a su atribución y de ese modo hace más difusa la posición del sujeto responsable, altera su disposición para cumplir con sus deberes en el ámbito de actividad que desarrolla y desalienta las medidas que éste debiera tomar para prevenir y soportar los daños originados en su ámbito de competencia.

¹³⁹ En relación con estos dos últimos casos, MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 8.

colectiva, aunque no se la conciba como sujeto independiente de los individuos que la componen¹⁴⁰.

En ellos, resultan afectados por la sanción sujetos que no han contribuido al estado de cosas desvalorado, únicamente en razón de que forman parte del conglomerado al que se dirige la reacción¹⁴¹. En estos casos, la responsabilidad tiene como fundamento, no ya la acción -como sucede en los supuestos de responsabilidad individual y, de manera más atenuada, en los de responsabilidad compartida y de grupo antes vistos- sino la pertenencia¹⁴²: la estrecha vinculación del sujeto que ha obrado con un determinado conglomerado y la identificación de los actos de éste con aquél¹⁴³, determina que el acto sea concebido como expresión de todos quienes lo integran y que sea posible afirmar que les pertenece. Cada sujeto individual se considera una parte, imposible de delinear y separar, del todo¹⁴⁴.

Para muchos, aceptar la responsabilidad colectiva supone una regresión a estadios primitivos de evolución no sólo jurídica sino moral, toda vez que comporta admitir que quien ha actuado carece de identidad frente al grupo al que pertenece¹⁴⁵. Esa afirmación, no obstante, contrasta con la generalidad con que se aceptan, al menos en el lenguaje ordinario, los enunciados de responsabilidad colectiva¹⁴⁶ y varias instituciones vigentes

¹⁴⁰ COOPER, David, *Collective responsibility, passim*.

¹⁴¹ MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 4- 6; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 81; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 25. En un sentido similar, FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 68; COOPER, David, *Collective responsibility, passim*. Se trata de una de las alternativas en la distribución de la responsabilidad una vez que se ha aceptado la procedencia de la responsabilidad colectiva, MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility*, p. 4.

¹⁴² FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 677- 681.

¹⁴³ FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 540- 541; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 70.

¹⁴⁴ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 181.

¹⁴⁵ La discusión acerca de la admisibilidad de la responsabilidad colectiva en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility*, p. 2 y ss.; LEWIS, Haywel, *Collective responsibility, passim*; FRENCH, Peter, *Editorial foreword*, p. ix-x; MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 35 y ss., particularmente Chap. V; DOWNIE, Robin, *Collective responsibility, passim*; VELÁSQUEZ, Manuel, *Why corporations are not morally responsible for anything they do?*, p. 111 y ss.; COOPER, David, *Collective responsibility*, p. 35 y ss.; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility, passim*; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 25 y ss. Aceptan esta figura bajo determinadas condiciones, FEINBERG, Joel, *Collective responsibility, passim*; HELD, Virginia, *Can a random collection of individuals be morally responsible?*, *passim*; Mc GARY, Howard, *Morality and Collective liability*, p. 77 y ss.; BATES, Stanley, *The responsibility of 'random collections'*, p. 101 y ss.

¹⁴⁶ MELLEMA, Gregory, *Collective responsibility*, p. 1- 2.

en los ordenamientos jurídicos, como sucede con la responsabilidad de los Estados en materias de derecho internacional, la responsabilidad de las personas jurídicas para quienes no las conciben sino como un instrumento de la voluntad humana¹⁴⁷ y los de responsabilidad por miembro indeterminado del grupo, en los que la responsabilidad se construye tras constatar un resultado dañoso que se ha generado dentro del contexto de la actuación de un determinado grupo, sin que sea posible establecer a qué sujeto en concreto de los que lo conforman puede ser personal y concretamente atribuido¹⁴⁸.

Esas pretensiones de responsabilidad colectiva han resurgido en las sociedades postindustriales, derivadas no ya de la consideración del individuo como órgano del grupo social, sino de las transformaciones que se han sucedido en la forma y efectos de las acciones¹⁴⁹. Producto de la creciente división del trabajo y de la especialización, las acciones se desarrollan cada vez más de manera colectiva: en ellas no son ya los individuos sino los grupos los principales agentes¹⁵⁰. Por otra parte, la colectivización de las condiciones de vida, el desarrollo de la técnica, así como el incremento de los contactos sociales han llevado consigo una amplificación de los efectos de las acciones: éstas ya no alcanzan a reducidos grupos, sino que tienen la potencialidad de afectar a amplios colectivos, y en muchos casos, generar efectos de manera permanente¹⁵¹. Toda vez que cada vez más *el veneno está en la dosis*¹⁵², los daños se generan colectivamente

¹⁴⁷ CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 42- 43; KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 67- 79; NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 188; MAY, Larry, *Vicarious agency and corporate responsibility*, en, p. 69; MELLEMA, Gregory, Individuals, groups and shared moral responsibility, p. 15; MELLEMA, Gregory, Collective responsibility, *Chap. 11, p. 117 y ss.*

¹⁴⁸ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 167- 168; MÚRTULA, Virginia, *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*, p. 3- 4. Otro supuesto similar a éste tiene lugar en los casos de *liability with non- contributory fault*, en que el hecho de que el daño haya acaecido por la conducta de uno de los sujetos deriva sólo de la suerte, FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 681.

¹⁴⁹ Para WALSH, William, *Pride, shame and responsibility*, p. 12, éstas son las verdaderas condiciones de la acción, derivadas de la profunda raigambre social del sujeto y que han sido desconocidas con las visiones atomizadas de la sociedad y el Estado.

¹⁵⁰ ZIMMERMANN, Michel, *Sharing responsibility*, p. 272; HELD, Virginia, *Can a random collection of individuals be morally responsible?*, *passim*; BATES, Stanley, *The responsibility of 'random collection'*, *passim*; FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, *passim*; CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 68- 69; WALSH, William, *Pride, shame and responsibility*, p. 9; VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 6.

¹⁵¹ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, p. 89; JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad*, p. 16- 17; CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 17; CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 39- 40.

¹⁵² La expresión es de SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 5. Ver, asimismo, KUHLEN, Lothar, *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, p. 150.

y se dificulta determinar las contribuciones al daño y las cuotas de responsabilidad de cada cual, en estas sociedades comienzan a sentarse los fundamentos de una especie de *comunidad de riesgo* que habla de un nuevo ámbito de pertenencia¹⁵³. Esas presiones, en muchos ordenamientos jurídicos, se han vuelto por lo demás derecho vigente, lo que ha obligado a los doctrinarios a adaptar sus tradicionales concepciones sobre la marcha, e intentar sustentar las decisiones del legislador acudiendo parcialmente a diversos sistemas¹⁵⁴.

Esa pulsión por reconstruir una responsabilidad colectiva se acrecienta en los sistemas normativos contemporáneos con la pretensión de los sujetos sociales de que los daños creados pluralmente sean repartidos en mérito a criterios fundados no ya en la individualidad sino en la pertenencia¹⁵⁵.

¹⁵³ JONAS, Hans, El principio de responsabilidad, p. 33; CRUZ, Manuel, Hacerse cargo, p. 68- 69; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 5; HEFENDEHL, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?*, p. 9- 11; ALCÁCER, Rafael, *Protección del futuro y daños cumulativos*, p. 6; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 51 - 79.; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo, responsabilidad*, p. 180- 181; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 69.

¹⁵⁴ En el caso de España con la promulgación de la Ley Orgánica 5/ 2010, que introdujo modificaciones al artículo 31 bis del Código Penal de 1995, y que consagra explícitamente y de manera tasada la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos “en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus representantes legales o administradores de hecho” y “por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. En Chile, con la dictación de la Ley 20.393 de 2 de diciembre de 2009, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, de financiamiento del terrorismo y de cohecho “que fueron cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración o supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior”. En ambos sistemas jurídicos, el conjunto de disposiciones que reglamentan esta responsabilidad no permite apreciar una clara opción del legislador por un determinado sistema de imputación (si directo o indirecto).

¹⁵⁵ Manifestaciones de ese fenómeno de *socialización* de los daños se encuentran, por ejemplo, en los supuestos de reparación de daños a través de fondos especiales, DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 85 y ss. En cuanto a la legitimidad de la responsabilidad colectiva en sede de responsabilidad penal, HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 181- 182.

4.4 Responsabilidad directa e indirecta

La responsabilidad sancionatoria se desarrolla en un proceso dialéctico en que se afirma la pertenencia del hecho infractor al sujeto, lo que supone constatar la concurrencia de una serie de presupuestos que son aquellos que, en el sistema de referencia conforme con el que se desarrolla el juicio de responsabilidad, permiten efectuar con sentido esa afirmación. Dentro de esos presupuestos se encuentra la infracción del deber. Es así como en los sistemas jurídicos se asume como regla general que quien es llamado a responder es el que ha actuado lesionando un deber. Dependiendo de la extensión de ese deber, la responsabilidad puede clasificarse en directa e indirecta, vicaria o *por el hecho ajeno*.

Se habla de responsabilidad directa en todos los supuestos en que el sujeto responde única y exclusivamente por su propia conducta; exclusivo ámbito al que se extiende su deber¹⁵⁶. En ellos se advierte identidad entre el titular del deber y el agente, y entre el que ha actuado y quien soporta la sanción.

En contraposición, se habla de responsabilidad indirecta o vicaria cuando la infracción de deber se extiende al ámbito de competencia de otro. En estos casos, se alude a la responsabilidad que tiene lugar en casos en que el sujeto responde por la conducta de personas diversas de él mismo, de manera que sus deberes comprenden, asimismo, la vigilancia o el cuidado de otros¹⁵⁷. En los supuestos en que se afirma –padres respecto de sus hijos, empleadores respecto de sus dependientes, entre otras- la ley, fundándose en la especial relación de colaboración o comunidad existente entre ellos, en la ausencia de capacidad de uno de sus miembros para responder o para soportar las consecuencias

¹⁵⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 79; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 39; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 187- 188; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 68; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 34- 35; PINCIONE, Guido, *Responsabilidad*, p. 350.

¹⁵⁷ CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 39; PEÑA, Fernando, *La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por el hecho ajeno*, p. 145. Para RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 63, en estos casos se produce un desplazamiento del objeto de la responsabilidad del daño al otro.

de su acción, o la relación de poder que ejerce o puede ejercer otro respecto de él- impone a un sujeto el deber de supervigilancia respecto de otro¹⁵⁸.

En estos supuestos, y en la medida en que se exija una real capacidad de evitación en quien es llamado a responder, éste lo hace por la infracción de un deber propio¹⁵⁹. En estos casos, si bien el hecho dañoso –materialmente concebido- constituye un presupuesto de la sanción, ésta no se impone en razón del mismo sino con ocasión de éste; y por no haber evitado esa lesión, debiendo hacerlo. En ellos, el hecho que se imputa al sujeto responsable se construye idealmente, en base a la infracción de un deber de vigilancia y con la mecánica propia de los delitos de omisión¹⁶⁰. En tales supuestos no podemos afirmar que estemos ante una *responsabilidad objetiva*, pues el obligado puede descargarse acreditando que obró con la diligencia debida¹⁶¹.

Por el contrario, si la responsabilidad vicaria se construye en relación con el ámbito de competencia del otro pero sin que se requiera o exija en éste real capacidad de evitación, nos encontramos frente a una *responsabilidad por el hecho ajeno* cuando no objetiva, al menos *objetivizada*.

¹⁵⁸ CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 40; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 79- 81; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 187; MAY, Larry, *Vicarious agency and corporate responsibility*, p. 70; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 674-675; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 190; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 30- 31; PINCIONE, Guido, *Responsabilidad*, p. 350; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 45- 68; AGUILERA, Antonio, *Responsabilidad negativa*, p. 124.

¹⁵⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Comentario al artículo 1903 del C. Civil*, p. 2003- 2005. BARCELÓ, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, p. 163- 164; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 45 -69.

¹⁶⁰ También aplicable a la responsabilidad contractual, CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 173; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 69. En esos supuestos tampoco puede hablarse de responsabilidad solidaria, GÓMEZ, Carlos, *Solidaridad y prevención*, p. 8. SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 14, quien agrega que el problema, con respecto a esta responsabilidad “es si, técnicamente hablando, cabe hablar en ellos de responsabilidad por omisión de un deber de vigilancia de la actividad ajena o si es preferible hacerlo de causación de daños por quienes actúan dentro de nuestra esfera de influencia y responsabilidad”, afirmando, en su parecer, las ventajas del segundo de ellos.

¹⁶¹ COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, p. 643.

4.5 Responsabilidad subjetiva y objetiva

La responsabilidad subjetiva se caracteriza porque en ella el sistema de referencia exige un vínculo de naturaleza subjetiva entre el agente y el daño. No basta, por consiguiente, con que el sujeto haya intervenido en la originación de un determinado estado de cosas desvalorado para que se afirme que le pertenece y que de él o de sus consecuencias ha de *hacerse cargo*, sino que se exige que de algún modo concurra su voluntad en la originación del mismo¹⁶². En razón de dolo o culpa se estima concurrente ésta: se habla de dolo –en sus diversas especies¹⁶³– cuando la infracción de la norma ha sido intencionada¹⁶⁴; de culpa cuando el sujeto no ha querido el daño, pero éste es atribuible a un descuido o negligencia en la satisfacción de los deberes puestos de su cargo¹⁶⁵.

En el lenguaje ordinario la responsabilidad jurídica presupone una relación subjetiva entre el agente y el daño, razón por la que hablar de responsabilidad subjetiva resulta redundante¹⁶⁶.

La exigencia de un elemento subjetivo para afirmar la pertenencia del hecho constituye un importante logro de la evolución social. El hombre primitivo sólo considera la lesión para efectos de establecer la responsabilidad, dice VON JHERING; sólo posteriormente espiritualiza sus nociones de acción y de daño, dando cabida al dolo y la culpa¹⁶⁷.

¹⁶² COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 191: “De acuerdo con el principio de culpabilidad, sólo en el caso de acción dolosa o culpable hay obligación de compensar el daño causado. Daños sin agente susceptible de culpabilidad no pueden ser objeto de pretensión”. Para MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 49- 50 un sistema como éste es preferible por razones de utilidad y justicia.

¹⁶³ Dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual según la intensidad del vínculo subjetivo con el hecho.

¹⁶⁴ KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, IV, p. 30; VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, p. 392 y ss.; POTHIER, Robert, Tratado de las obligaciones, p. 72.

¹⁶⁵ POTHIER, Robert, Tratado de las obligaciones, p. 72; VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, p. 430- 431. Para Kelsen la responsabilidad por culpa es objetiva, toda vez que no existe en ella una vinculación psicológica entre el individuo y su acto, ver NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 189.

¹⁶⁶ Sobre el origen y evolución del término, VILLEY, Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable, passim*.

¹⁶⁷ VON JHERING, Rudolf, Il momento della colpa nel diritto privato romano, p. 9- 10. Ver, asimismo, HEDEMANN, Justus, Tratado de las obligaciones, p. 514- 515. Esa misma evolución se advierte en el propio término responsabilidad, RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 43 y ss.

En los sistemas jurídicos actuales, conjuntamente con la responsabilidad fundada en la culpa, coexisten supuestos de *responsabilidad objetiva*. Ella no constituye un fenómeno nuevo; por el contrario, constituye el modo originario en que surge la responsabilidad en los sistemas sociales primitivos¹⁶⁸; y mantiene este carácter hasta el surgimiento de la noción de culpa en el derecho romano¹⁶⁹. Con la creciente espiritualización del derecho y una determinada concepción acerca del hombre y el Estado, se consolida la responsabilidad subjetiva de manera más o menos absoluta en materia penal y más atenuada en materia civil, en que subsisten manifestaciones de este fenómeno en la responsabilidad por el hecho de terceros y el hecho de las cosas¹⁷⁰, en la responsabilidad por producto¹⁷¹, en las presunciones de culpa y la responsabilidad por caso fortuito en

¹⁶⁸ VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, p. 390; TERRÉ, François, *Propos sur la responsabilité civile*, p. 38- 39.

¹⁶⁹ VON JHERING, Rudolf, Il momento della colpa nel diritto privato romano, p. 20 y ss.; CHIRONI, Gianpietro, La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual, p. 36 y ss. Un desarrollo similar se advierte en el derecho anglosajón, ver EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 152; EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault*, p. 1425- 1426.

¹⁷⁰ Se utiliza la denominación *responsabilidad por el hecho de las cosas* para aludir al deber de responder que surge para un sujeto por causa de la tenencia de determinados bienes u objetos, semovientes o inanimados, que ocasionan daño a terceros. Lo que diferencia estos supuestos de los demás en que las cosas son usadas como simples instrumentos del actuar humano es que la cosa que produce materialmente el daño se halla desprendida de la actuación positiva del hombre, y los daños son ocasionados por el animal o la cosa. El fundamento de dicha responsabilidad se funda en el riesgo o peligro que entrañan o pueden entrañar determinados objetos para terceros, como sucede, por ejemplo, con los animales, los edificios ruinosos u otros. Para establecer su procedencia no se exige infracción de deber de cuidado por parte de quien soporta la consecuencia jurídica, de manera que la sola creación del riesgo y la materialización del daño a consecuencia del mismo sirven de criterios de atribución del deber de responder. En ese entendido nos encontramos frente a supuestos propios de una responsabilidad objetivada o derechamente objetiva. Ver, a este respecto, DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 546; YZQUIERDO, Mariano, Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, p. 305-317; VICENTE, Elena, *Los daños causados por los animales*, p. 1342.

¹⁷¹ Constituye un régimen de responsabilidad aplicable a los daños que sufren los consumidores por el uso o consumo de productos y que derivan de los defectos de los que éstos adolecen. Ha surgido como una reglamentación separada, contenida en leyes especiales, y que se justifica por la especial posición en que se encuentran los consumidores frente al empresario. Las normas especiales que la regulan pretenden resolver el conflicto que se suscita entre el interés por la máxima protección del consumo y la limitación de la responsabilidad que hace posible y confiere fluidez al comercio. Los elementos propios de la responsabilidad civil presentan connotaciones particulares en este ámbito. La idea tradicional de acción se degrada y, más que en ésta, pareciera que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la infracción de los deberes de control o vigilancia. Se afirma que es la ausencia de seguridad en la puesta en circulación de los productos la que obliga al empresario a cargar con los daños. Sin embargo, atendida la larga cadena de sujetos intervinientes en el proceso de consumo, la responsabilidad por productos se concibe muchas veces como una responsabilidad indirecta y objetiva. De este modo, su regulación se explica también alternativamente en el riesgo que genera la comercialización de determinados productos, y que se estima disvaliosa en la medida en que genera determinadas consecuencias dañosas. Ver, DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 144; SANTOS, Jaime, La responsabilidad del fabricante, p. 502-503; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 634 y ss.; PARRA, Ma. de los Ángeles, *La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*, p. 1176- 1426; HONORÉ, Tony,

los supuestos de mora, entre otras¹⁷². Resurge con relevancia en materia civil a fines del siglo XIX por una razón eminentemente político- práctica: resarcir a las víctimas en supuestos de actividades dañosas derivadas de la industrialización y el desarrollo de la técnica en las que no es posible o muy dificultoso construir una imputación con los criterios tradicionales de ilicitud y culpa¹⁷³. En la responsabilidad penal lo hace en el siglo XIX de la mano de las teorías de la defensa social: en la medida en que la responsabilidad por el delito se concibe como una responsabilidad social, ésta tiende, asimismo, a objetivarse. Abandonada en el ámbito penal, la *responsabilidad objetiva* se consolida con el advenimiento de los Estados sociales en relación con algunas actividades reguladas por el derecho civil y conjuntamente con otras medidas sociales de distribución¹⁷⁴. Para la mayor parte de los sistemas jurídicos continentales, no obstante, sigue constituyendo un sistema de responsabilidad paralelo a la responsabilidad civil por culpa y aplicable sólo a los ámbitos en los que se encuentra expresamente regulada, los que, en todo caso, son crecientes¹⁷⁵.

La responsabilidad se considera objetiva cuando un individuo es susceptible de ser sancionado con independencia de si quiso, previó o debió prever el hecho antijurídico o

Responsibility and fault, p. 69-70, quien efectúa un símil entre esta especie de responsabilidad y los delitos de peligro.

¹⁷² VON JHERING, Rudolf, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, *passim*; FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 345 y ss.; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 107; VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 5, EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 152- 153; MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 55- 126. Aunque en la responsabilidad civil del siglo XIX se consolida como regla el que *no hay responsabilidad sin culpa*, PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 25- 26.

¹⁷³ HEDEMANN, Justus, *Tratado de las obligaciones*, p. 514- 515; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 108 y ss.; VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, *passim*; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 27- 28. Muchas de las cuales tienen la característica de ser acciones que podríamos llamar colectivas, VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 5- 6; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 30- 31; MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 135; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (IV. Los criterios de imputación objetivos)*, p. 135 y ss. Los primeros esbozos de la institución se encuentran en la reacción frente a los accidentes del trabajo y los daños originados en el transporte, ver EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault*, p. 1429- 1430.

¹⁷⁴ VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 7 y ss.; EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault*, p. 1431; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 28- 29. Consideraciones críticas sobre la eficacia y la justicia de los sistemas de responsabilidad fundados en culpa en relación con el sistema de responsabilidad objetiva, CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, p. 243 y ss.; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 152 y ss.

¹⁷⁵ Ello se postula, al menos, en el derecho español, a la luz de la cláusula general contenida en el artículo 1902 del Código Civil, SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 149; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 117- 118.

su resultado¹⁷⁶. El que la imposición de esos remedios no responda a la lógica de la culpa no comporta que carezca de criterios de asignación. Razones de equidad¹⁷⁷, tales como la justicia social, la prevención de accidentes, la disminución de costes, la distribución de riesgos o la asignación de recursos justifican que esos *deberes de responder* sean puestos de cargo de uno o más sujetos concretos o, en su defecto, que sean soportados por la sociedad toda¹⁷⁸.

Para que se impongan *deberes de responder* fundados en la *responsabilidad objetiva* se exige, en primer lugar, un *riesgo creado*: una actividad que genera peligro a un número determinado o indeterminado de sujetos¹⁷⁹. Ese riesgo debe ser originado de manera

¹⁷⁶ NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 189; FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 674; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 82; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 152; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 148; COLEMAN, Jules, *Moral theories of torts: their scope and limits: Part I*, p. 377; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación*, p. 135; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 113- 114. Para CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 82 y ss., la responsabilidad objetiva puede ser clasificada, conforme con sus fuentes, en cuatro clases distintas: *passive strict liability*, *right-based strict liability*, *activity-based strict liability* y *outcome-based strict liability*. La primera de ellas es aquella que surge en supuestos en que no concurre ni falta ni actuación alguna del llamado a responder, como sucede con los deberes de restitución que soportan los beneficiados con un pago no debido o con el producto de un fraude. La que denomina *right-based strict liability* surge en supuestos de afectación de un derecho con independencia de si éste puede ser imputado a una falta del obligado; *activity-based strict liability* es aquella responsabilidad que tiene como fundamento una determinada relación del sujeto obligado con aquél que infringe el deber; y *outcome-based strict liability* la que se funda en la relación de causalidad en relación con determinados resultados desvalorados.

¹⁷⁷ CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes, *passim*; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 61- 62. La idea de aprovechamiento podría servir para justificar que la responsabilidad de los profesionales siga subsistiendo bajo el signo de la responsabilidad fundada en la culpa, DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 37 y ss.; MOSSET, Jorge, Responsabilidad por daños, p. 123.

¹⁷⁸ Lo que supone una determinada ponderación de intereses por razones no sólo económicas sino fundamentalmente políticas en atención a que la sociedad no está dispuesta a preservar los bienes valiosos a cualquier coste. Para CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes, p.32 y ss. las dos funciones principales que cualquier sistema de responsabilidad civil ha de cumplir son las de justicia y la reducción de los costes de los accidentes (que comprende, a su vez, tres fines: la reducción del número y la gravedad de los accidentes o reducción 'primaria' de accidentes; la reducción de los costes sociales derivados de los accidentes o secundaria; y la reducción de los costes de administrar el tratamiento de los accidentes o terciaria). Ver, asimismo, CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, p. 499; GÓMEZ, Fernando/ PASTOR, Santos, *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, *passim*; CALABRESI, Guido/ MELAMED, Douglas, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, p. 1090- 1092.

¹⁷⁹ EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 160 y ss., quien distingue cuatro paradigmas de causación: *force* (*A hit B*); *fright and shock* (*A frightened B*); *compulsion* (*A compelled B to hit C*) y *causation and dangerous conditions*, aunque la última de ellas con determinados requisitos y especificidades no comprendidas en las primeras. Crítico SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 3 y 16 quien sostiene que incluso en los supuestos en que pareciera cumplirse de manera más acabada esta exigencia –como sería en el caso de la responsabilidad por productos– no es la mera causalidad la que decide la atribución del deber de responder, toda vez que el fabricante puede

especial por aquél a quien se imputa responsabilidad, y ser distinto de los riesgos generales de la vida¹⁸⁰. Para algunos autores no es sólo la proximidad del riesgo la que justifica el deber de responder, sino el conocimiento y la dominabilidad del mismo o, visto desde el análisis económico del derecho, quien se encuentra en mejores condiciones de evitarlo, o de evitarlo a un menor coste¹⁸¹.

Se debate entre los autores si en sede de *responsabilidad objetiva* es necesaria la antijuridicidad. Hay quienes sostienen que el mencionado requisito es exigible, aunque analizados los ámbitos en los que ésta se ha desarrollado, pareciera no ser así. De este modo puede afirmarse que la *responsabilidad objetiva* surge a consecuencia de determinadas conductas que son permitidas en el sistema jurídico y valoradas en él. Como presupuesto de ella no hay una infracción de norma, ni un estándar de diligencia incumplido por parte del sujeto¹⁸².

La *responsabilidad objetiva* exige, por último, la concurrencia de un daño para terceros diversos de aquél que ejecuta la actividad. La noción de daño a la que acude es una de daño fáctico: una disminución en el goce de derechos o bienes, sean éstos patrimoniales o no.

Según queda de manifiesto, la llamada *responsabilidad objetiva* presenta caracteres que la diferencian fundamentalmente del paradigma civil y penal que configuran nuestro marco de responsabilidad tradicional¹⁸³. Esa circunstancia ya se revela a nivel lingüístico: el que el sustantivo *responsabilidad* resulte modificado por el adjetivo

excusarse de responder alegando que los conocimientos –al momento de elaborarse el producto- no permitieron advertir defecto alguno en el mismo. Crítico con la defensa de la causalidad como único criterio, COLEMAN, Jules, *Moral theories of torts: their scope and limits: Part I*, p. 378 y ss.; FLETCHER, George, *The search for synthesis in tort theory*, p. 64 y ss. Para algunos son exigencias la relación de causalidad e imputación objetiva, SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31.

¹⁸⁰ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 116.

¹⁸¹ SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 14; MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 123.

¹⁸² En ese sentido se pronuncian MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 119; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (IV. Los criterios de imputación objetivos)*, p. 141- 143; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 77- 78; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 148; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad, passim*.

¹⁸³ SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31- 32.

objetiva revela que nos estamos refiriendo a algo diferente de la responsabilidad, tal como se la concibe ordinariamente en el lenguaje.

En primer lugar, la *responsabilidad objetiva* no requiere, como presupuesto, un acto – entendido éste como el hecho dotado de sentido que manifiesta externamente a un agente- sino que basta, para su establecimiento, con que quien la soporta se encuentre en una determinada posición o que ocupe un determinado rol en el sistema social¹⁸⁴. En segundo lugar, no puede hablarse de un incumplimiento de deber como presupuesto de la responsabilidad: la llamada *responsabilidad objetiva* se genera en el contexto de actividades que son consideradas valiosas por el sistema jurídico y permitidas por éste, circunstancia que no se ve alterada por el hecho que éste disponga, a quien las realiza o a quién se beneficia de ellas, determinadas cargas como forma de regular las condiciones óptimas de su ejercicio. El deber de soportar los daños ocasionados por una determinada actividad no puede concebirse como sanción, pues ni en el proceso que lleva a la imposición de esta consecuencia jurídica ni en ella misma se advierte reproche alguno¹⁸⁵. Asimismo, y a diferencia de la función de sanción que se atribuye a la responsabilidad, la *responsabilidad objetiva* cumple funciones de distribución¹⁸⁶: la justicia distributiva fija reglas en cuanto a la asignación de bienes y cargas toda vez que “se orienta a la situación de un grupo de hombres que persiguen fines comunes y que, por ello, desean repartirse entre todas las cargas necesarias, así como los bienes conseguidos”¹⁸⁷. Por último, en ella se advierte una concepción de sujeto diverso del que se constata en la responsabilidad: no el sujeto- individuo, sino el sujeto social; no el sujeto- agente, sino el sujeto- perteneciente.

¹⁸⁴ Se podrá sostener, claro está, que esa posición del sujeto ha surgido como consecuencia de un hecho del mismo y que es a éste al que se atribuye responsabilidad. Sin embargo, fuerza es reconocer, que se trata de un hecho que tiene caracteres completamente diversos de aquel que, generalmente, es considerado para efectos de atribuir responsabilidad. Se trata de un hecho genérico, que encuentra sus raíces en un pasado más o menos remoto, y que define una forma de disposición de la vida, creando una determinada posición. No se trata, pues, de un hecho concreto y específico, que puede ser fijado en sus límites espaciales y temporales, y que se puede vincular directamente –en la forma en que exige la imputación- con el resultado creado.

¹⁸⁵ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 80.

¹⁸⁶ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 191; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 107; LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 44: “la responsabilidad tiende a devenir una simple técnica de gestión de riesgos”.

¹⁸⁷ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 191.

Cuando ésta concurre, la pregunta frente al daño no es la misma que tiene lugar en sede de responsabilidad: quién soporta las consecuencias dañosas, no a quién pertenecen¹⁸⁸.

Desentrañados los caracteres propios de la llamada *responsabilidad objetiva* queda por preguntar ¿podemos seguir catalogándola, sin más, como una forma de responsabilidad, tal como comprendemos ese término en su sentido tanto ordinario como jurídico? ¿Tiene sentido afirmar que un sujeto puede ser sancionado por actividades socialmente valiosas? ¿Puede decirse que una sanción se impone sin consideración al hecho realizado y sin reconocer y afirmar al individuo a quien ésta es aplicada? Fuerza el sentido ordinario intentar comprender dentro del concepto de responsabilidad supuestos como los de *responsabilidad objetiva*. Es evidente que, cuando lo hacemos, estamos ensanchando los extremos del concepto y privándolo de su contenido nuclear. En esos casos, no lo estamos comprendiendo como sinónimo de sancionabilidad, sino simplemente desde las consecuencias, lo que nos permite abarcar cualquier deber de responder, con independencia de los presupuestos que determinan su imposición.

¹⁸⁸ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 115; CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p.74.

5. Restricción del análisis. Noción restrictiva de responsabilidad jurídica

Como punto de partida a las consideraciones que se formularán a continuación y de la propia hipótesis que sirve de sustento a esta investigación, reservaremos el término responsabilidad jurídica para aludir a la responsabilidad sancionatoria (*legal-liability-responsibility* de HART) individual, por culpa y directa¹⁸⁹. Sólo aludiremos a la responsabilidad que tiene como fundamento el merecimiento, en la terminología de MOLINA FERNÁNDEZ¹⁹⁰.

En lo que sigue, se habla de responsabilidad en un sentido dialéctico y se la identifica con el juicio en el que entran en comunicación el agente, el afectado y el tercero – juzgador- y en el que, constatada la concurrencia del daño, se decide acerca de su pertenencia al agente¹⁹¹. El establecimiento de la responsabilidad resuelve el conflicto de intereses que se ha suscitado en el sistema social de un modo específico y concreto: dotando de sentido al daño ocasionado y valorándolo como un acto humano¹⁹².

El establecimiento de la responsabilidad supone una determinada concepción del ser humano: la del *hombre responsable*, esto es, como una unidad en sí mismo, que tiende a sus propios fines¹⁹³, un sujeto que interviene en el sistema social con capacidad y entendimiento suficientes y que puede ser llamado a *dar cuenta de sus actos* frente a un

¹⁸⁹ Se habla de responsabilidad individual en un sentido más amplio que aquel que tradicionalmente se emplea para la expresión, tal como se ha analizado, toda vez que se considera que la unidad de imputación no es necesariamente el ser humano sino que es admisible, asimismo, que se extienda a las personas jurídicas, en la medida en que se conciba a éstas como agentes valorativamente equivalentes a éste.

¹⁹⁰ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 57. Lo que llama ser verdaderamente responsable, FEINBERG, Joel, *Sua culpa*, p. 69: “Of course, to be responsible for something (after de fact) may also mean that one did it, or caused it, or now stands answerable, or accountable, or title to unfavorable responses from others for it. One can be held responsible for a result in all those senses without being to blame for it. One can be held liable for a result either because it is one’s fault or for some quite different kind of reason; and one can be to blame for an occurrence and yet escape all liability for it. Still, when one is to blame for harm, one can properly be said to be ‘responsible for it really’; that is, there is a ‘sense’ of ‘responsible for’ that simply means ‘chargeable to one as one’s fault’”

¹⁹¹ O, si se quiere, como un sistema de responsabilidad, que atiende a las normas de conducta, a las reglas de responsabilidad y a las sanciones mismas que se imponen por su infracción, ver LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 197.

¹⁹² MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 46.

¹⁹³ MORRIS, Herbert, *Persons and punishment*, p. 67 y ss., explica la manera en que se contraponen los presupuestos de imposición de la pena y del tratamiento como formas de reacción social.

tercero¹⁹⁴. Su relación con los demás sujetos sociales se define en un sentido fuerte: todo aquello que le pertenece será puesto de su cargo. Su límite es el caso fortuito, el que se define precisamente como todo aquello que no puede serle atribuido como propio.

La afirmación de la pertenencia del hecho sólo podrá tener lugar tras constatar la concurrencia de un conjunto de elementos y requisitos que alcanzan, en general, a determinar que el hecho ha tenido lugar dentro del ámbito de competencia del sujeto¹⁹⁵; a reconocer en éste una determinada capacidad que hace admisible que se le considere agente; y tras demostrar una cierta vinculación material y moral entre la modificación exterior y la conducta que se desvalora. De este modo, pertenencia, rol y capacidad son presupuestos de la responsabilidad en el sentido que se defiende; y tanto causalidad como imputación normativa y culpa, elementos necesarios para su establecimiento¹⁹⁶.

Toda vez que tiene como antecedente una infracción de norma -una contraposición entre el comportamiento exigido por el sistema de reglas concreto y el realmente desplegado por el agente-, la responsabilidad se traduce en una desvaloración del comportamiento del sujeto. La aplicación de una determinada sanción da cuenta de ello¹⁹⁷. En ese entendido, ni el juicio de responsabilidad ni la consecuencia fáctica que deriva del mismo pueden estimarse valorativamente neutros.

En el juicio de responsabilidad, la imposición de la sanción importa la materialización de la amenaza con que el sistema social conmina de manera general a quien infringe sus normas y funciona a posteriori –es decir, luego de que se ha producido el hecho ilícito- como mecanismo de restablecimiento o recomposición del orden normativo violado. Ella misma, con anterioridad, desempeñará una importante labor de prevención: en tanto amenaza de un determinado sufrimiento o privación, instará a los potenciales

¹⁹⁴ MERKEL, Adolf, Enciclopedia Jurídica, p. 136.

¹⁹⁵ ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 30- 31; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 3.

¹⁹⁶ MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 57.

¹⁹⁷ KLEVOREVICK, Alvin, *Legal theory and the economic analysis of torts and crimes*, p. 907- 908; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p.12- 30; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad*, p. 49- 50, aunque identificando responsabilidad con un momento del proceso; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 55- 60.

infractores a pesarla junto con el placer o el beneficio que persiguen obtener con la conducta prohibida¹⁹⁸.

Un concepto de responsabilidad como el que aquí se postula, como se verá, es común a los sistemas punitivo y resarcitorio, aunque asuma en éstos un carácter diferenciado con base en las reglas que rigen sus respectivos discursos¹⁹⁹.

¹⁹⁸ VON JHERING, Rudolf, El fin en el derecho, p. 27.

¹⁹⁹ FOUCAULT, Michel, El orden del discurso, p. 31.

6. Delimitación de la responsabilidad jurídica y otros conceptos relacionados

Con el objeto de delinear de modo más concreto el objeto de investigación en lo sucesivo, corresponde efectuar algunas breves consideraciones acerca de la vinculación entre el concepto de responsabilidad y algunos otros relacionados:

6.1 Responsabilidad y sanción

En la posición que se defiende en este trabajo, se identifica la responsabilidad con el proceso que lleva a la imposición de la sanción, entendida ésta en el sentido estricto del mal prescrito por el ordenamiento jurídico para los supuestos de infracción de una norma²⁰⁰. La imposición de la sanción se concibe, de este modo, como el acto fáctico que manifiesta externamente la responsabilidad jurídica de un determinado agente²⁰¹.

6.2 Responsabilidad y medidas de seguridad y distribución

Conforme con la hipótesis formulada, la responsabilidad jurídica no puede ser identificada con todos aquellos procesos que llevan a la imposición de medidas coactivas por parte del Estado, incluidas aquellas que cumplen funciones de seguridad y distribución.

Como se verá, los esquemas de imposición de las mencionadas medidas, el contenido y el significado mismo de ellas difiere esencialmente del juicio de responsabilidad y de la imposición de la sanción. Aquí sólo se adelantan algunas breves consideraciones relativas a dicha distinción.

²⁰⁰ FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 5- 6; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 70 y ss.; AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 217; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 358; VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción*, p. 27.

²⁰¹ FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 9.

Cuando el Estado cumple, a través del derecho, funciones de prevención, no tiene en cuenta de manera relevante la actuación del sujeto y, en los casos en que sí lo hace, ello aparece sólo como un indicio de que concurre el peligro que justifica la intervención²⁰². La coacción que se aplica en razón de la prevención no atiende al pasado, al daño producido, con miras a su atribución; sino al futuro, al daño potencial, con fines de evitación. La finalidad de la misma no es afirmar su pertenencia al sujeto ni dotar de sentido lo sucedido en el contexto de la comunicación interindividual, sino reaccionar frente al riesgo asegurando condiciones materiales para el ejercicio de derechos y el goce de bienes.

Tampoco puede identificarse la responsabilidad con aquellos procesos que llevan consigo la imposición de medidas de distribución de riesgos, costes o daños que el Estado efectúa por medio de las normas jurídicas. Esas medidas no se fundan en el hecho sino en la pertenencia del agente a un determinado sistema de reglas y, en ellas, la pretensión no es atribuir el hecho, sino socializar las consecuencias dañosas que éste ha generado. La imposición de tales remedios no lleva consigo una desvaloración de la conducta del agente, ni pretenden desincentivarla sino, únicamente, regular de manera óptima las condiciones de su ejercicio.

6.3 Responsabilidad y caso fortuito

La noción de caso fortuito no es pacífica y puede ser construida a través de dos criterios contrapuestos. Uno subjetivo, conforme con el que se define esta institución como ausencia de culpa y se la construye a partir de los criterios de previsión y evitabilidad²⁰³. Por contraposición, el caso fortuito puede definirse en un sentido objetivo, comprendiendo en éste todos aquellos supuestos que excluyen el denominado riesgo-empresa.

²⁰² BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 355.

²⁰³ DEL OLMO, Natalia, El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones, p. 32 y ss.; VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, p. 432; CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 329 y ss.; PUIG, José, *Fundamentos de derecho civil*, p. 435; MERKEL, Adolf, *Enciclopedia jurídica*, p. 153.

El caso fortuito constituye el límite de la responsabilidad, de ahí que no parezca extraño su acento subjetivo u objetivo dependiendo de si se concibe ésta en el sentido que se postula en esta investigación o sólo como un instrumento más de los que se encuentran a disposición del Estado para distribuir los costes y riesgos de las actividades y las consecuencias que socialmente se desvaloran.

En lo que sigue, acorde con la restricción analítica formulada precedentemente, asumimos el primero de los sentidos ya mencionados. En ese entendido, el caso fortuito constituye un expediente de exoneración: en los casos en que concurre, el daño o el hecho no pueden ser atribuidos a ningún sujeto²⁰⁴. Cuando se habla de caso fortuito siempre se apela a lo que no puede ser concebido como hecho de otro; de ahí que se lo identifique con una invocación a la mala suerte o la mala fortuna²⁰⁵. El que concurra determina que la consecuencia dañosa pierda significado intersubjetivo y se mantenga el estado de cosas dañoso: el daño soportado por la víctima debe permanecer en su esfera y no puede, material ni idealmente, *ser puesto de cargo de otro* en razón de criterios de responsabilidad²⁰⁶.

6.4 Responsabilidad y culpabilidad

La noción de responsabilidad, en el contexto normativo, se encuentra vinculada con la de culpabilidad²⁰⁷. Esa afirmación, no obstante, poco dice, toda vez que la culpabilidad también constituye un concepto difuso, de amplio uso en las ciencias humanas, y cuyo

²⁰⁴ MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, Elementos de responsabilidad civil, p. 511, sea que el daño directamente sea ocasionado por el hecho que se define como caso fortuito, sea que lo sea por un acto del demandado, pero que se le puede atribuir como ajeno. Ver también, CHIRONI, Gianpietro, La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, p. 327- 329; CHIRONI, Gianpietro, La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual, p. 421- 424; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)*, p. 121- 122.

²⁰⁵ GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 273 y ss. En él pueden comprenderse los dos sentidos en los que se apela al azar, tanto operacional como esencial, MONOD, Jacques, El azar y la necesidad, p. 126- 127.

²⁰⁶ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 61- 62.

²⁰⁷ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 59; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 32; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 5.

sentido jurídico es derivado²⁰⁸. El origen histórico y antropológico de la expresión la conecta con la propia noción del ser humano occidental y la llena de alusiones simbólicas.

Al menos dos sentidos distintos del término pueden distinguirse en el ámbito del derecho: uno como carga o peso que soporta el infractor de la norma; otro, como criterio de atribución de responsabilidad²⁰⁹. En la primera de las formas anotadas, la culpabilidad se identifica con el resultado del juicio de responsabilidad: afirmar que un sujeto es culpable es hacerle soportar las consecuencias, en el plano ideal y material, de ser Uno y de que el hecho le pertenezca como tal. Por eso se afirma que la culpabilidad hace al individuo, en tanto lo reconoce como responsable de sus actos²¹⁰. En el segundo de los sentidos previstos, la culpabilidad se identifica con uno de los requisitos que un orden jurídico determinado exige para que el sujeto sea considerado Uno y para que pueda afirmarse que el hecho concreto le pertenece²¹¹. Es en el segundo de estos sentidos en el que la culpabilidad se concibe como un límite a la intervención coactiva del Estado frente al ciudadano²¹².

²⁰⁸ TURNBULL, Colin, *The individual, community and society: rights and responsibilities from an anthropological perspective*, p. 86.

²⁰⁹ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 61.

²¹⁰ BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política*, p. 145.

²¹¹ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 32- 33.

²¹² VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, p. 387; MIR, Santiago, Derecho Penal. Parte general, p. 128; JESCHECK, Hans/ WIEGEND, Thomas, Tratado de derecho penal. Parte general, p. 437.

7. Irrelevancia de la dicotomía responsabilidad civil- penal para caracterizar los elementos centrales de la responsabilidad

Una de las tesis que se defienden en esta investigación es la de que a efectos de definir el concepto de responsabilidad y determinar sus presupuestos y elementos, no resulta relevante la dicotomía entre responsabilidad punitiva (responsabilidad penal) y responsabilidad resarcitoria (responsabilidad civil). En consecuencia, que los sistemas jurídicos construyen un sistema unitario de responsabilidad sin atender a la referida distinción; de manera que el valor que asignamos a ésta en nuestra comprensión del derecho no hace desaparecer los presupuestos y caracteres comunes de esa institución. La mencionada conclusión se hace derivar del origen histórico común de ambas manifestaciones, de la falta de criterios que justifiquen de manera decisiva la dualidad y, finalmente, de las interferencias y sinergias que es posible constatar entre ambas expresiones, y que revelan de manera creciente sus ámbitos de aplicación práctica.

Sin embargo, y antes de tratar los criterios que justifican esta tesis, expondremos brevemente la posición que defiende la doctrina mayoritaria, conforme con la cual responsabilidad civil y responsabilidad penal constituyen dos paradigmas que crean dos definiciones de responsabilidad radicalmente diferentes; efectuando un acento en el discurso bajo el que se caracteriza la responsabilidad civil.

7.1 Dos paradigmas contrapuestos en la reacción frente al hecho ilícito

Las palabras de GROCIO en su obra *Del derecho de la guerra y de la paz* advierten ya en 1625 sobre la necesidad de distinguir entre dos mecanismos distintos de los que se vale el derecho para la conservación de la sociedad: la indemnización de perjuicios y la pena. Muchos encuentran en la mencionada obra la primera manifestación clara de una dualidad de sistemas de responsabilidad, que adquiere perfiles completamente definidos en el siglo XVIII y que marca los ordenamientos jurídicos con alcance mundial²¹³.

²¹³ Continuada por LOCKE, John quien en su Segundo tratado sobre el gobierno civil, p. 38- 41, habla en 1690 de la coexistencia del derecho a castigar y el derecho a ser reparado como derechos propios de todo

La evolución de esa dualidad se caracteriza por su creciente acentuación²¹⁴: se asume con cada vez mayor claridad que nos encontramos frente a dos paradigmas diversos, lo que lleva a un examen que los contrapone y que silencia los caracteres comunes²¹⁵.

De acuerdo con la doctrina dominante, el reconocimiento de dos paradigmas de responsabilidad escinde el análisis y tratamiento del hecho ilícito y del conflicto social que deriva de éste en dos ámbitos o relaciones jurídicas diferenciadas: la que tiene lugar entre la víctima del hecho y el autor, regulada por los principios del derecho privado; y la surgida entre el Estado y el delincuente, sometida al derecho público.

Según este esquema dual, el derecho y el procedimiento civil son los ámbitos de actuación propios de la víctima, a cuya decisión queda entregada incluso el inicio del proceso. En éstos el hecho pierde relevancia, así como el conflicto que se ha generado entre el afectado y el autor y entre este último y los restantes miembros de la sociedad, y se atiende únicamente al resultado, es decir, al daño producido. En ellos, la víctima puede ejercer únicamente la pretensión de ser restablecida en su patrimonio y, de este modo, quedar en el mismo estado en el que se encontraba con anterioridad a la comisión del ilícito. La función que cumple un sistema de responsabilidad civil como el sustentado es netamente objetiva o económica, de recomposición o distribución de cargas pecuniarias o patrimoniales entre dos sujetos. Ello, en tanto persigue exclusivamente que el daño se radique definitivamente en el patrimonio de quien se

hombre en el estado de naturaleza y más tarde por KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, §49 E, p. 165- 166. En el derecho inglés, BLACKSTONE, William, *Commentaries on the law of England*, IV, p. 7; MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: middleground between criminal and civil law*, p. 1803; ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 201 y ss. revela que la dualidad de sistemas de responsabilidad constituye un elemento básico de la organización legal de países de todos los continentes, de manera independiente de su organización política, social e incluso su grado de desarrollo económico, llegando a afirmar “Apparently every society sufficiently developed to have a formal legal system uses the criminal- civil distinction as an organizing principle”.

²¹⁴ MÜLLER, Peter, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht*, p. 31: “Strafe und Schadenersatz gelten heute als ‘apodiktische Gegensätze’”; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 18, para quien la evolución de la responsabilidad como fenómeno cultural puede verse, en términos generales, como la coincidencia de dos procesos interdependientes: uno, la desintegración de una noción unitaria de responsabilidad y, otro, la formación de distintos conceptos parciales.

²¹⁵ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1816 y ss; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 49 y ss.; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 6- 7; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 24.

encuentra obligado a soportarlo. Se trata, evidentemente, de una función que mira exclusivamente al pasado. A la responsabilidad civil, en tanto persigue únicamente una labor de restablecer una situación patrimonial previa se le atribuye, en este análisis, un contenido o significado neutro: a consecuencia de la misma surge una obligación patrimonial para el responsable que no difiere de las restantes obligaciones que cargan su patrimonio. El que ella resulte de un juicio y de la declaración de responsabilidad del sujeto carece de significado en el sistema jurídico.

Quienes siguen este esquema dual afirman, por su parte, que es sólo el Estado quien puede y debe ejercitar la pretensión punitiva frente al hecho ilícito. El castigo del delincuente, que en otros tiempos cumplía la misma víctima del hecho o su grupo social o familiar, queda entregado de manera exclusiva al órgano público. No sólo porque éste es quien puede cumplir con esa carga de manera más objetiva, eficiente y con menos costes para el delincuente; sino porque tiene un interés directo en su ejercicio, en tanto representante y protector de un sistema social determinado y de las reglas que lo configuran normativamente. El delito, más allá de la lesión de uno o más bienes de un sujeto concreto, ha cuestionado la vigencia de las normas de ese orden jurídico, generando un efecto desestabilizador que sólo el órgano público puede contrarrestar o neutralizar con la imposición de la pena. En ese contexto, el procedimiento penal es el ámbito de intervención del Estado, en el que éste, actuando como órgano público y en representación de la sociedad, cuestiona o reprocha el comportamiento del sujeto responsable y le impone una pena, con la que lo castiga por el hecho cometido y restablece de manera contrafáctica la vigencia de la regla cuestionada. En este procedimiento, el elemento central es el hecho cometido y, conjuntamente, la persona del autor, quien es llamado a dar cuenta de sus actos y a responder por ellos.

El procedimiento penal y la pena tienen un significado social. La imposición de esta sanción supone el establecimiento de la culpabilidad del sujeto y entraña un reproche ético-social que la sociedad, representada por el Estado, le dirige por su comportamiento. El derecho penal cumple una función estabilizadora de normas y tiende a prevenir el acaecimiento de otros hechos similares; por lo que aun cuando el

fundamento de la pena se encuentra en el pasado –en el hecho-, la finalidad de la misma se halla en el futuro.

7.1.1. El discurso de la responsabilidad civil. Consideraciones generales

La responsabilidad civil es definida por los autores desde su consecuencia: la obligación de responder del daño ocasionado²¹⁶. A partir de la mencionada afirmación la doctrina se divide en dos grandes grupos contrapuestos y en una infinidad de posturas intermedias. Para aquellos que ajustan su interpretación y análisis al tenor de las normas contenidas en los Códigos y al espíritu original que determinó su establecimiento, la responsabilidad sigue siendo una fuente de obligaciones por causa de la comisión de ilícitos civiles que exige, para su establecimiento, la infracción de una norma y un daño atribuible en razón de culpa²¹⁷. Por el contrario, para quienes parten de consideraciones más bien objetivistas, es la cada vez más abundante legislación especial la que da cuenta del paradigma y de la que pueden obtenerse el sentido, fundamento y funciones de esta institución: un mecanismo de distribución de costes de accidentes en supuestos en que concurren buenas razones para ello, sin que sea necesaria ni la infracción de ley ni la culpa como criterios de atribución del hecho al agente²¹⁸. Existen, finalmente, diversas posiciones en las que se funden y confunden las dos concepciones precedentes y que se

²¹⁶ MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, Leon, Elementos de la responsabilidad civil, p. 10 y ss., quienes resaltan la necesidad de alteridad entre quien sufre y quien ocasiona el daño; LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 22; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 15; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 179; VINEY, Geneviève, *La responsabilité: conditions*, p. 1.

²¹⁷ En este sentido, DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 13- 14; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 28- 30. Una férrea fundamentación filosófica de la responsabilidad por culpa en OWEN, David, *Philosophical foundation of fault in tort law*, *passim*.

²¹⁸ La descodificación es uno de los caracteres relevantes de la *responsabilidad objetiva*, PENA, José, *La responsabilidad extracontractual*, p. 28 y ss. Entre éstos abundan los discursos que consideran la responsabilidad extracontractual como un mecanismo más de reacción frente a los accidentes o de distribución social de los costes de los mismos. En ese sentido, CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes, *passim*; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, *passim*; COLEMAN, Jules, *Moral theories of tort law: their scope and limits: Part I y II*, *passim*; FLETCHER, George, *The search for synthesis in tort theory*, *passim*; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 140: "(...) el Derecho civil no funciona con sanciones sino con cumplimientos específicos e indemnizaciones por daños y perjuicios; estas últimas, salvo que sean tan disparatadas que arruinen al causante social de daños, normalmente no le impedirán seguir interpretando su papel social. Por ello, las condenas a pagar indemnizaciones demasiado elevadas que dicta sistemáticamente el Juez Severo pero civil distribuyen riqueza de demandados a actores sin dejar de incentivar a estos últimos a adoptar las precauciones adecuadas, pero no (muchas) más".

traducen, a modo ejemplar, en una interpretación objetivada de los requisitos exigidos por las reglas codificadas de responsabilidad civil²¹⁹.

Es así posible advertir cómo en un mismo sistema jurídico existen varias maneras de comprender una misma institución y de interpretar las normas que la reglamentan. Esta situación explica, en parte, las dificultades que surgen al momento de explicar el estado de desarrollo de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos contemporáneos. La breve exposición que sigue se centrará, fundamentalmente, en la visión tradicional de este instituto, tal como fue recogido en los Códigos decimonónicos, sin perjuicio de que se hará mención, llegado el caso, a las posturas discordantes.

En la responsabilidad civil, el hecho ilícito se concibe como fuente de una obligación; de un vínculo jurídico entre víctima y autor que crea para este último el deber de satisfacer una determinada prestación²²⁰. Por su parte, el daño es el elemento central del sistema, de ahí que la mayor parte de la doctrina no encuentre inconvenientes en referirse a la reglamentación de esta institución como *derecho de daños*²²¹. Es éste el que da origen al deber de responder y fija el límite de la indemnización debida²²².

La noción de daño relevante es material²²³: conforme con la denominada ‘teoría de la diferencia’²²⁴ éste se concibe de manera abstracta/ matemática como “la diferencia entre

²¹⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 122- 123 en relación con la jurisprudencia española; “No hemos llegado a un sistema objetivista, pero el subjetivista se encuentra en evolución, lo que significa, si las cosas se miran despacio, que los Tribunales juegan con dos barajas intercambiables sin que uno termine de saber cuándo y por qué se elige un tipo de juego u otro. Cuando hay que favorecer la indemnización, se tenderá la cuerda objetivista, y cuando hay que denegarla, se recogerá”. Ver, asimismo, JIMÉNEZ, Emilio, *La ejecución de la sentencia de la colza I, passim*; JIMÉNEZ, Emilio, *La ejecución de la sentencia de la colza II, passim*; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad, passim*.

²²⁰ POTHIER, Robert, Tratado de las obligaciones, p. 72; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 10 y ss.; LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 122; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 13; GIANNINI, Gennaro/ POGLIANI, Mario, *Il danno da illecito civile*, p. 12- 13.

²²¹ Para muchos parece preferible, por lo demás, en el presente estado de cosas, DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 16.

²²² MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, Elementos de responsabilidad civil, p. 27; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 61 y ss.; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 113. Esa afirmación, no obstante, exige matizaciones que se efectuarán más adelante; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 91; NAVEIRA, Maite, *El evento dañoso*, p. 41.

²²³ VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 57. Crítico con esta posición, SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 106- 107.

²²⁴ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 309- 312.

el valor actual del patrimonio y aquel que dicho patrimonio habría tenido de no haberse verificado el hecho dañoso”²²⁵. Para quienes defienden el concepto real- histórico, el daño se identifica con la lesión del bien o del interés en sí²²⁶. El concepto ‘doble o articulado’ -que distingue entre daño directo e inmediato y daño mediato e indirecto- postula la pertinencia de una concepción real- concreta para cuantificar el primero y abstracta para el segundo²²⁷. El daño también puede ser concebido en un sentido subjetivo u objetivo, dependiendo de si se consideran relevantes las circunstancias concretas del dañado al momento de definir su concurrencia y determinar su cuantía²²⁸. En cualquiera de las definiciones de daño que se adopte, se estima que los derechos o intereses que pueden resultar lesionados no son sólo aquellos ya incorporados al patrimonio sino aquellos futuros, esto es, daño emergente y lucro cesante; aunque se exige que en uno y en otro caso tales intereses sean legítimos²²⁹. Pese a que la definición de daño se efectúa desde un punto de vista material, se admite la indemnización del daño moral, aunque se afirma que en estos supuestos ella no está llamada a reparar sino a satisfacer²³⁰. El daño moral generalmente se define en un sentido negativo, como aquél que no es patrimonial²³¹. Originalmente concebido como

²²⁵ PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 17, con una explicación de su origen histórico, así como de sus críticas en las páginas siguientes. Ver, asimismo, CHIRONI, Gianpietro, La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, p. 264; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 58; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 107 y ss.

²²⁶ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 314; PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 321 y ss.

²²⁷ PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 331- 332. Sobre los argumentos que permiten justificar los conceptos de daño defendidos en el derecho alemán y español, *Ibíd*, Tomo III, *passim*.

²²⁸ SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 107. Las nociones de daño desde la teoría de la diferencia o real- concreta admiten algunas combinaciones con las nociones de daño objetivo y subjetivo, PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 324- 326; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1990- 1991.

²²⁹ MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, Leon, Elementos de responsabilidad civil, p. 55; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 59; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 322 y ss.; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 181 y ss.; SANTOS, Jaime, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 848.

²³⁰ VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 88- 89; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 185 y ss. Contrario a que se indemnice en estos supuestos y proponiendo soluciones alternativas, como que el responsable sea condenado, a título de sanción, a una suma que se deposite en un fondo general de garantía, LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 55. Esa situación es discutida en el ámbito de la responsabilidad contractual, CHIRONI, Gianpietro, La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, p. 267- 268; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 186; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 137; VICENTE, Elena, *El daño*, p. 224- 225; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 675 y ss.; GIANNINI, Gennaro/ POGLIANI, Mario, *Il danno da illecito civile*, p. 16.

²³¹ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 326; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 121.

pretium doloris, se admite que proteja, actualmente, de manera amplia y general, bienes y derechos personales²³².

El daño es reparado o compensado, según los sistemas, en natura y/ o con una suma de dinero que se estima equivalente²³³. En cuanto a los requisitos que fundamentan la responsabilidad, a más del daño, se exige una acción, relación de causalidad y culpabilidad en los supuestos de responsabilidad subjetiva²³⁴.

En primer lugar, es necesario un acto humano manifestado externamente, sea éste una acción u omisión, aunque se concibe esta última como excepcional en tanto presupone una norma que obligue a ejecutar la conducta omitida²³⁵. No cualquier acto externo realizado por el hombre puede considerarse acción en un sentido jurídico, sino que es menester que concurren determinados requisitos, dentro de los cuales se considera la capacidad del sujeto y la voluntad del mismo²³⁶. La acción material que genera la responsabilidad puede ser propia del obligado o de aquellos que se encuentran bajo su cuidado.

La acción debe ser, asimismo, contraria a derecho²³⁷. El deber infringido es el principio de *neminem laedere* en un contenido más o menos limitado²³⁸. Falta la antijuridicidad en

²³² PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1992; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 83 y ss.

²³³ Atendiendo a las particularidades del BGB alemán, HEDEMANN, Justus, *Tratado de derecho civil*, p. 119. Ver, asimismo, MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1809- 1810; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 2001-2002; GIANNINI, Gennaro/ POGLIANI, Mario, *Il danno da illecito civile*, p. 269 y ss.

²³⁴ Existen autores que prescinden de la acción como uno de los requisitos de la responsabilidad civil, comenzando el análisis derechamente por el daño ocasionado. Tal es el caso de LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil, passim*. Ver, VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 264; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 287.

²³⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 287- 288; DE MIGUEL, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, p. 79; PUIG, José, *Fundamentos de derecho civil*, p. 80; CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 8; VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 69; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 730. Se debate, eso sí, si es necesaria una norma específica que fije el deber de actuar, o bastaría con la norma genérica de no dañar a otro, MOSSET, Jaime, *Responsabilidad por daños*, p. 30.

²³⁶ LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, p. 563- 564; MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 11.

²³⁷ CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 1; LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, p. 565- 566; VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 263-265; GIANNINI, Gennaro/ POGLIANI, Mario, *Il danno da illecito civile*, p. 4- 6; PUIG, José, *Fundamentos de derecho civil*, p. 80- 81; MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 24 y ss; DE

aquellos supuestos en los que concurren causas de justificación, definidas como “supuestos de hecho excepcionales que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin merecer, por ende, un juicio de reprobación”²³⁹. Se consideran como tales la obediencia debida, la legítima defensa, el estado de necesidad, la autorización del perjudicado y el ejercicio legítimo de un derecho. La exclusión de la responsabilidad civil en estos supuestos tiene lugar sin perjuicio de la indemnización que pueda resultar procedente fundada en el enriquecimiento injusto o en alguna otra norma especial²⁴⁰.

Como segundo elemento, la responsabilidad civil exige la concurrencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño²⁴¹. Será la causalidad la que fije los límites del deber de indemnizar, de modo que sólo pueden ser puestos de cargo de un sujeto los

ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 13 y 258 y ss.; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 24 y ss.; SANTOS, Jaime, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 835; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 23- 25. Reconoce la dificultad de la determinación de la antijuridicidad del hecho en los supuestos de cláusulas genéricas, MEDICUS, Dieter, Tratado de las relaciones obligacionales, p. 725; DE MIGUEL, Carlos, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, p. 102. Considera la antijuridicidad como elemento del daño y no del hecho, BUSTO, José, *La antijuridicidad*, p. 57 y ss. En contra de esta exigencia, DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 290-291; PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 401; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1991- 1992.

²³⁸ KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, p. 47; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 13; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 24 y ss.; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31. En cuanto al fundamento de justicia de ese principio y sus consecuencias, COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 124- 125. En Alemania no se adoptó la cláusula genérica de responsabilidad por daños del *Code* francés, concediendo la acción de resarcimiento por daños a aquel personalmente lesionado en la vida o en determinados derechos con algunas ‘pequeñas’ cláusulas generales, ver, LARENZ, Karl, Derecho de las obligaciones, p. 566 y ss.; MEDICUS, Dieter, Tratado de las relaciones obligacionales, p. 716.

²³⁹ MOSSET, Jorge, Responsabilidad por daños, p. 38. En el mismo sentido, VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 269 y ss.; HEDEMANN, Justus, Tratado de derecho civil, p. 520 y ss.; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 298 y ss.; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 84 y ss.; SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 77 y ss.; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 263 y ss.; MEDICUS, Dieter, Tratado de las relaciones obligacionales, p. 731- 732; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 24; BUSTO, José Manuel, *Antijuridicidad*, p. 66- 67. Pese a desconocer la relevancia de la antijuridicidad, considera que no procede responsabilidad por el daño causado en supuestos de legítima defensa, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1995.

²⁴⁰ Así sucede, por ejemplo, en la que surge respecto del que se beneficia por la prevención del mal que justifica el estado de necesidad, quien se encuentra obligado a reparar en razón de su enriquecimiento en relación con otro. Ver COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 191; MAPELLI, Borja/ TERRADILLOS, Juan, Las consecuencias jurídicas del delito, p. 244; BUSTO, José Manuel, *Antijuridicidad*, p. 60 y ss.

²⁴¹ Resaltando los supuestos en que no se exige causalidad o se exige más que causalidad, SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad, responsabilidad*, p. 1- 2; JIMÉNEZ, Emilio, *La ejecución de la sentencia de la colza I*, y JIMÉNEZ, Emilio, *La ejecución de la sentencia de la colza II*. Esa exigencia también se plantea en el derecho anglosajón, ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 94- 95.

daños que ha ocasionado. La causalidad cumple una función doble, en cuanto relaciona el sujeto con el daño y fija la extensión del mismo²⁴². Si bien en general a la causalidad se la define como toda condición de un determinado resultado, se advierte la necesidad de determinados criterios valorativos que la limiten²⁴³. En ese entendido, se recurre a la noción de *causa adecuada* o de *causa próxima*, entre otros criterios relevantes²⁴⁴. En algunas posiciones se reconoce derechamente la utilidad de diferenciar entre causalidad e imputación objetiva y se señalan como criterios para esta última los de adecuación, riesgo permitido o riesgos generales de la vida, la provocación, el incremento del riesgo, el principio de confianza, prohibición de regreso, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, la conducta alternativa correcta y la competencia de la víctima²⁴⁵.

Finalmente, y como tercer elemento de la responsabilidad civil, se exige la culpabilidad del sujeto, elemento subjetivo que puede adoptar la forma de dolo o de culpa, entendida esta última en su sentido restringido²⁴⁶. El dolo se define como la intención positiva de inferir daño. La noción de culpa es una de las más complejas del derecho civil y es usada en tantos sentidos diversos como los de la responsabilidad misma²⁴⁷. Por lo demás, se advierte una evolución histórica en la forma en que es comprendida y ha sido

²⁴² VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 63; HEDEMANN, Justus, Tratado de derecho civil, p. 11; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 331.

²⁴³ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 331 y ss.; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 2; PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 40- 41; LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 81. También en el derecho anglosajón, ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 101- 102 y ss; HART, Herbert/ HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, p. 4 y ss.

²⁴⁴ LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 82; SANTOS, Jaime, Código Civil (comentarios y jurisprudencia), p. 838. Esta tesis de la causa remota pretendería encontrar una diferencia objetiva entre causas y condiciones de un evento dañoso, aunque con pocas consecuencias de valor, DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 337- 338.

²⁴⁵ LARENZ, Karl, Derecho de las obligaciones, p. 564 y ss.; PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 39- 40 y p. 104; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1981- 1987; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 346- 347; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 6 y ss.

²⁴⁶ CHIRONI, Gianpietro, La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, p. 1- 2; LARENZ, Karl, Derecho de las obligaciones, p. 569; HEDEMANN, Justus, Tratado de derecho civil, p. 116 y p. 514; CHIRONI, Gianpietro, La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual, p. 38- 39; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 351 quien resalta, no obstante, que la mencionada distinción no es relevante frente al principio de reparación integral del daño; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)*, p. 110.

²⁴⁷ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 351 y ss.; MOSSET, Jorge, Responsabilidad por daños, p. 60.

tratada²⁴⁸. Para CHIRONI la culpa alude a una forma especial en que se encuentra la voluntad del agente en relación con el hecho dañoso: quiere el hecho pero no sus consecuencias, ya porque no las previó o porque, previéndolas, le parecieron imposibles, supuesto en que responde por su falta de diligencia²⁴⁹. Para DÍEZ PICAZO es posible encontrar cuatro maneras distintas de comprenderla: en un sentido psicológico, como un vínculo psíquico entre el sujeto y la conducta o un estado en la mente de éste²⁵⁰; en un sentido ético, como una infracción a la idea moral de que no deben lesionarse la persona y los bienes del prójimo; desde una concepción normativa, como la infracción de un objetivo deber de cuidado impuesto por el tráfico; o desde una concepción económica, formulada a partir de los costes de prevención y su relación con la probabilidad del accidente y los daños que éste ocasione. La culpa, concebida desde un punto de vista normativo, alude a las exigencias que en el tráfico concreto se imponen al hombre medio²⁵¹ que emprende una actividad determinada, aunque en algunos supuestos el estándar sea el de la diligencia profesional²⁵². De acuerdo con la posición mayoritaria, la culpa extracontractual no admite graduación²⁵³ o, si se quiere, se responde por cualquier omisión de diligencia que haya ocasionado daño²⁵⁴. Los criterios limitadores de ese deber de diligencia son la previsión y la evitación²⁵⁵. La concurrencia de dolo o culpa, en general, lleva implícito un reproche al sujeto que, no obstante, no tiene incidencia en la cuantía de la indemnización, la que se define exclusivamente en razón del daño²⁵⁶.

²⁴⁸ Para un análisis de esa evolución en el derecho anglosajón desde una negligencia reprobable en supuestos de un daño previsible para el agente a supuestos de *negligence without fault*, EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault, passim*. En el derecho español de la mano de una jurisprudencia objetivadora, PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (III. La interpretación de la culpa por la jurisprudencia)*, p. 125 y ss.

²⁴⁹ CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 2-13.

²⁵⁰ En ese sentido, DE CUPIS, Adriano, *El daño*, p. 185 y ss.

²⁵¹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 360. También en el derecho anglosajón, ATIYAH, Patrick/CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 36- 38.

²⁵² DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 351 y ss. En ese sentido, y de un modo equivalente para la responsabilidad contractual y extracontractual, CHIRONI, Gianpietro, *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual*, p. 17- 18.

²⁵³ La referida afirmación resulta discutible dentro del propio discurso de la responsabilidad civil, si se atiende a la general admisión de que la culpa de la víctima constituye un criterio relevante para la determinación del daño y la cuantificación de la indemnización debida. Ver nota 258.

²⁵⁴ CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 24- 25.

²⁵⁵ PENA, José, *La responsabilidad extracontractual*, p. 30- 32.

²⁵⁶ VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 75- 76; HEDEMANN, Justus, *Tratado de derecho civil*, p. 116; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 351; SANTOS, Jaime, *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)*, p. 835; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la*

En la concurrencia del daño y en la cuantificación del mismo resulta criterio relevante la culpa de la víctima²⁵⁷.

Finalmente, la imputabilidad se mira como presupuesto de la culpabilidad aún cuando no concurra en el momento mismo de la acción²⁵⁸. La indemnización se excluye si concurren causas de exculpación como el miedo insuperable o la fuerza irresistible, sin perjuicio de las acciones de enriquecimiento ilícito que pueden tener lugar, o aquellas fundadas en razones de equidad²⁵⁹.

La indemnización de perjuicios no constituye un mal, sino una compensación a la víctima por el perjuicio que se le ha ocasionado y, en ese sentido, no constituye más que un modo de distribución del daño ocasionado²⁶⁰. En ello difiere esencialmente de la pena. De ahí que la responsabilidad civil cumpla, conforme con la doctrina tradicional, una función de reparación, en tanto persigue restablecer la posición del sujeto afectado por el daño o ponerlo en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a la comisión del hecho ilícito; y no puede atribuírsele una de prevención de conductas desvaloradas²⁶¹. El que los daños morales no sean susceptibles de reparación no altera

teoría general del derecho, p. 31; LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, p. 563. Se trata de un reproche que, no obstante, no puede confundirse con el reproche moral, PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 34; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)*, p. 109-110.

²⁵⁷ CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 337; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1997; SANTOS, Jaime, *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)* p. 836. También en el derecho anglosajón, ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 116 y ss. Esta institución que tiene su símil en el derecho penal es descrita como una fórmula de responsabilidad colectiva por SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, p. 17 y ss.

²⁵⁸ MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 105 y ss.; POTHIER, Robert, *Tratado de las obligaciones*, p. 72- 73; HEDEMANN, Justus, *Tratado de derecho civil*, p. 518, considerando la imputabilidad como presupuesto de la culpa; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 733; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 364, aunque con matizaciones; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)*, p. 111- 112; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 191.

²⁵⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 365- 366; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 734 y ss.

²⁶⁰ Compensación tiene sentidos diferentes dependiendo del daño que está llamado a satisfacer, ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 469- 473; VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 89; LESCH, Heiko, *La función de la pena*, p. 13.

²⁶¹ CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 19; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 20- 21; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 106 y ss.; MIR, Carlos, *Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil*

la conclusión anterior²⁶². Algunos autores, no obstante, reconocen funciones preventivas al derecho de daños, ya en su sentido de prevención psicológica, ya desde el análisis económico del derecho postulando, en este último supuesto, que en la medida en que sea óptima la reparación, será eficiente en la prevención de los accidentes y podrá compensar²⁶³. Algunos otros advierten en las transformaciones sufridas por la responsabilidad civil y que han determinado una ampliación y relajación de sus tradicionales elementos, una distorsión de la función de reparación y un acercamiento a otras funciones²⁶⁴.

Las pruebas de que la función de las normas de responsabilidad civil es reparadora se encuentran en tres características propias de ésta: que en la fijación de la misma no se

extracontractual, p. 104; REGLERO, Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, p. 55-56; DE ÁNGEL, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 50- 51. Para PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 761 y ss., no sólo existen razones dogmáticas para excluir la función preventiva -entendida en un sentido psicológico- de las normas de responsabilidad civil sino, asimismo, razones prácticas. En sentido similar DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 47- 48; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1971.

²⁶² VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 89; SANTOS, Jaime, *Derecho de daños*, p. 135 y ss. En contra, LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, p. 22. Abogando por su limitación para evitar 'larvadas formas punitivas', DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 329; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, p. 1971- 1972. En una posición contraria, GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 10, quien concibe como un sistema completamente distinto el de la reparación de los daños de naturaleza inmaterial. Ver, asimismo, ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 484- 485; ROSENGARTEN, Joachim, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, p. 1935 y ss; KERN, Bernd- Rüdiger, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes- ein poënales Element im Schadensrecht?*, p. 247 y ss.; MÜLLER, Peter, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht*, p. 31 y ss.

²⁶³ CONCEPCIÓN, José Luis, *Derecho de daños*, p. 46; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31 refiriéndose a la responsabilidad civil por culpa; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 21. PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 750 y ss., da cuenta de la necesidad de distinguir entre prevención en un sentido psicológico, entendida como la finalidad de evitar las conductas socialmente dañosas con la amenaza de la obligación de indemnizar y la llamada prevención de mercado. En este segundo sentido, SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María Teresa, *Prevenir y castigar*, p. 113- 115; ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, *Accidents, compensation and the law*, p. 499 y ss. Comparte esta posición LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, p. 22 y ss.; BAYLES, Michael, *Principles of law*, p. 213: "In recent years, inspired by the economic analysis of law, economic deterrence has become a popular aim. It is suggested that the aim of tort law is the efficient avoidance of accidents. Although there are several versions of that view, the general idea is to assign liability so that accidents are avoided in the most efficient manner whenever it is economical to avoid them. This approach is sometimes called general deterrence. The approach is one of 'general' rather than 'specific' deterrence, that is, of deterring others rather than just the individual held liable. However, one could have deterrence approaches that are not solely concerned to minimize the economic costs of accidents, so it is preferable to call it economic deterrence".

²⁶⁴ DE ÁNGEL, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, p. 229 y ss.

considera la gravedad de la culpa del agente o del sujeto sino el daño producido²⁶⁵; que la obligación de satisfacerla se transmite a los herederos y que es asegurable.

²⁶⁵ Lo que, no obstante, encuentra una excepción en la responsabilidad contractual, en que la extensión de la indemnización se mide de manera diferente dependiendo de la concurrencia de dolo o culpa, CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 273; y en la propia graduación del daño y de la indemnización en razón de la culpa de la víctima.

7.2 Refutación de la radical dicotomía entre responsabilidad civil y responsabilidad criminal

En un sistema jurídico heredero de esta evolución, no resulta extraña la ausencia de comunicación y de complementación entre ambos sistemas de responsabilidad. Son tantas y tan profundas las diferencias que se atribuyen a uno y otro que resulta prácticamente imposible encontrar un punto de comunión entre ellos²⁶⁶. Parece inadmisibles relacionar una fórmula casi matemática de recomposición patrimonial con un sistema que traduce el reproche más grave que la sociedad dirige a un sujeto concreto, o comparar dos reacciones que tienen a la vista elementos tan disímiles y que buscan finalidades completamente diversas.

En este esquema dual, derecho civil y penal defienden su absoluta independencia en el análisis y tratamiento del hecho dañoso, al punto de desconocer que -como su propio nombre expresa- nos encontramos frente a sistemas de responsabilidad. ¿Qué quiere decir que en materia civil y penal hablemos de responsabilidad?

Si intentamos prescindir de la división tradicional y analizar el hecho ilícito como un todo, advertiremos que no resulta posible efectuar una distinción tan tajante y clara como la esbozada en el apartado anterior. En un análisis como el que se propone a continuación, no podremos desconocer el origen histórico común de ambas manifestaciones, ni encontrar entre ellas criterios que permitan una distinción tan radical y definitiva.

En él tampoco podremos obviar la interacción que existe entre el autor y la víctima del hecho; ni aquella que se produce entre el hecho ilícito y el daño producido. Advertiremos, por ejemplo, que para la víctima –pese a la limitación de las pretensiones que se le reconocen como sujeto en el procedimiento civil- y aún para la sociedad toda,

²⁶⁶ Una relevante excepción a este respecto, SANTOS, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, *passim*. Sistematiza la responsabilidad civil siguiendo los criterios del sistema penal, MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, *passim*. HIRSCH, Hans, *La posición del ofendido en el derecho penal y en derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación*, p. 568, defenderá los distintos significados que un mismo hecho puede tener en las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

el juicio de responsabilidad tiene un significado que va más allá del mero restablecimiento del daño. Asimismo, que para el demandado en el juicio de responsabilidad civil, la condena a indemnizar perjuicios no resulta carente de sentido en relación con el hecho cometido, de manera que no es posible confundirla con cualquier otra obligación que grave su patrimonio. Asimismo, veremos que por mucho que se estime que el Estado es el principal actor en el proceso penal no puede prescindirse de la persona de la víctima, ni restar toda importancia a la satisfacción de sus intereses²⁶⁷. Que tampoco puede obviarse, en sede penal, el daño sufrido, visto que éste se encuentra indisolublemente ligado con el hecho y toda vez que ha sido precisamente el fundamento de la intervención estatal que ha llevado a la imposición de la pena. Finalmente, advertiremos que varios de los problemas que han preocupado y aún ocupan a la doctrina civil y penal resultan de la ausencia de un análisis conjunto de los sistemas de responsabilidad, en tanto atañen a los puntos de relación o colisión –que ya en la práctica, ya en el mismo orden de las ideas- se generan entre ambos.

Efectuado un análisis como el propuesto, podremos concluir que no es posible explicar completamente el sentido y alcance de los sistemas de responsabilidad civil y penal sólo a la luz de sus propios criterios, sino que es necesario avanzar a un ámbito común e intentar ofrecer una visión conjunta de éstos en relación no sólo con el hecho, el conflicto y los sujetos de él, sino, asimismo, con el significado que esta realidad social tiene en el ordenamiento jurídico que la regula.

7.2.1 Refutación de la dicotomía a partir del origen histórico común de la responsabilidad

El desarrollo de los sistemas de responsabilidad civil y penal constituye un producto histórico. No es posible encontrar la mencionada distinción –al menos con los caracteres centrales que se le atribuyen en la actualidad- en el origen de la protección que el

²⁶⁷ ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, p. 19- 20; SILVA, Jesús, *Comportamiento de la víctima y teoría del delito*, p. 74; HIRSCH, Hans, *La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal con especial referencia a la reparación*, p. 561; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, p. 35 y ss.

derecho proporciona tanto a intereses públicos como privados²⁶⁸. La represión de crímenes por parte de la comunidad organizada era excepcional en los sistemas antiguos. Así, desde los orígenes del derecho romano, ésta sólo reaccionaba frente a aquellos que afectan la paz con los dioses y con fines de expiación o purificación²⁶⁹, así como en determinados supuestos en que los crímenes se dirigían en contra de la propia existencia de la comunidad estatal y que se perseguían “no con fines purificadores, sino conforme al principio de que a la ofensa se responde con la ofensa”²⁷⁰. Quien se encontraba a cargo de su sanción era el rey, el que, en relación con los primeros, actuaba como sumo sacerdote y en relación con los segundos, como “jefe militar, y ejercitaba el poder coercitivo ilimitado derivado de su *imperium*”²⁷¹. Más adelante, el conocimiento de estos hechos correspondió a órganos colegiados públicos, como en los casos de los crímenes de *perduellio* y *parricidium*²⁷².

Frente a estas figuras, que en el sistema clásico del derecho romano pasaron a constituir los denominados delitos públicos, se desarrolló la figura de los delitos privados: aquellos perseguibles por medio de acciones que podía ejercer la víctima en los supuestos concretos de *furtum*, *iniuria*, *rapina* y *damnum* y que tenían por objeto la obtención de un múltiplo del valor de la cosa afectada²⁷³. Estos delitos suponían un enfrentamiento entre quien había inferido el daño y quien lo soportaba y que se resolvía con el nacimiento de una obligación de responder del primero: una retribución o *poena* que se concebía como el precio de la venganza²⁷⁴. El que la obligación de pago superara al daño ocasionado constituía el modo institucionalizado de limitar la reacción de la

²⁶⁸ WEBER, Max, Economía y sociedad, p. 503- 505; ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, Accidents, compensation and the law, p. 31; MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1845, al pie. Una descripción de esa evolución y el origen común de pena e indemnización de perjuicios en MÜLLER, Peter, Punitive damages and deutsches Shadenersatzrecht, p. 31 y ss.

²⁶⁹ Con el sentido original del término, como objeto que hay que cribar y separar y que alude a todo el ámbito del derecho, MOMMSEN, Teodoro, Derecho penal romano, p. 5- 7 y p. 558. En ese sentido, el derecho es esencialmente religioso y social, DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 83- 84.

²⁷⁰ SANTA LUCÍA, Bernardo, Derecho público romano, p. 33 y ss.

²⁷¹ SANTA LUCÍA, Bernardo, Derecho público romano, p. 33 y ss. Ver, asimismo, WEBER, Max, Economía y derecho, p. 506- 507.

²⁷² MOMMSEN, Teodoro, Derecho penal romano, p. 333 y ss.

²⁷³ D'ORS, Álvaro, Elementos de derecho privado romano, p. 261.

²⁷⁴ DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 84- 85; MOMMSEN, Teodoro, Derecho penal romano, p. 6- 8; D'ORS, Álvaro, Elementos de derecho privado romano, p. 255- 261; VON JHERING, Rudolf, Il momento della colpa nel diritto privato romano, p. 4.

víctima frente al autor²⁷⁵. El Estado, incipiente, no era titular de derechos o intereses distintos que se estimaran vulnerados o afectados por el mismo hecho²⁷⁶.

La figura de los delitos privados desapareció en la Baja Edad Media con la sucesiva aceptación de que las multas deben ceder a favor de quien administra justicia –la administración de justicia como poder del soberano–, la consolidación del Estado central y del procedimiento penal público²⁷⁷. La noción de infracción se consolidó junto con el Estado²⁷⁸ como la ruptura del sistema, y la lesión del orden establecido²⁷⁹. El principal afectado con la infracción era el poder reinante, que encontró en ella su legitimación y la forma de asegurar su permanencia²⁸⁰. De esta idea nació una pretensión del Estado frente al delito que es independiente de la del sujeto directamente afectado por el hecho²⁸¹.

Una evolución como la anotada se tradujo en que las acciones derivadas del delito privado perdieran sus caracteres penales, los que se concentraron en la sanción estatal y se transformaron en meras acciones para obtener la restitución de los daños, que la víctima podía ejercer, en un primer momento, sólo frente a los hechos específicos y concretos regulados como ilícitos y, posteriormente, frente a cualquier daño ilegítimo²⁸². GROCIO defendió en 1625 un derecho general a exigir indemnización en los

²⁷⁵ COING, Helmut, Derecho privado europeo, p. 633- 634. D'ORS, Álvaro, Elementos de derecho privado romano, p. 262 fija como caracteres generales de las acciones penales el efecto infamante de la condena, la cumulatividad en supuestos de pluralidad de autores, la intrasmisibilidad pasiva y la noxalidad. Ver, asimismo, MOMMSEN, Teodoro, Derecho penal romano, p. 558- 559; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 39.

²⁷⁶ GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 39.

²⁷⁷ Con la excepción del derecho francés, en que no se reciben las acciones penales y desde siempre las conductas calificadas como delitos se persiguen en procedimiento público, en que la multa tiene por destino la Corona, pero sin perjuicio de la acción civil que el lesionado puede plantear en su propio interés, ver COING, Helmut, Derecho privado europeo, p. 637 y ss.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, p. 76- 77.

²⁷⁹ TURNBULL, Colin, *The individual, community and society: rights and responsibilities from an anthropological perspective*, p. 84- 85.

²⁸⁰ FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, p. 75- 76.

²⁸¹ DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 85; MERKEL, Adolf, Enciclopedia jurídica, p. 69- 70; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 37- 41.

²⁸² GROCIO, Hugo, Del derecho de la guerra y de la paz, Libro II, Cap. XX, VIII.1 y VIII.4; VON JHERING, Rudolf, Il momento della colpa nel diritto privato romano, p. 4- 5; DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 83; COING, Helmut, Derecho privado europeo, p. 634- 641.; Díez PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 44. Así se advierte en la evolución de la iniuria, MOMMSEN, Teodoro, Derecho penal romano, p. 485 -507; CHIRONI, Gianpietro, La culpa en el derecho civil

casos en que culpablemente se infligía un daño a otro²⁸³, posición que fue acogida por los iusnaturalistas y prácticos del siglo XVIII y que constituyó la base de la regulación contenida en los Códigos europeos y latinoamericanos que consagraron cláusulas generales indemnizatorias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual²⁸⁴.

En GROCIO se encuentra de manera clara la distinción que se asentará en los sistemas jurídicos contemporáneos, cuando afirma: “los hechos pueden ser considerados de dos maneras: o que pueden ser reparados o que pueden ser castigados”, siendo ambas causas de guerra justa: “que para exigir la pena se suelen hacer guerras, lo dijimos arriba y lo enseñan a cada paso las historias; y las más de las veces, esta causa es unida con otra, que es de reparar el mal, cuando el mismo acto fue a la vez vicioso y en realidad infirió daño, de las cuales dos cualidades nacen dos diversas obligaciones”²⁸⁵.

El origen histórico de la responsabilidad civil y penal nos habla de un mismo fenómeno social; de una práctica colectiva única de reacción frente al hecho ilícito, que va adquiriendo criterios diferenciadores con el fortalecimiento del Estado y la concepción de éste como una institución separada y autónoma en cuanto a sus intereses y a sus fines respecto del individuo. Este análisis histórico revela, ya en sus orígenes, que existe un sustrato común a toda especie de responsabilidad.

7.2.2 Refutación de la dicotomía en razón de la ausencia de criterios que la justifiquen de manera completa y definitiva

Pese a que la doctrina se encuentra conteste en la necesidad de que derecho civil y derecho penal analicen y traten separadamente el hecho dañoso, no lo está en cuáles sean los fundamentos de ello. Es evidente la necesidad práctica de distinguir en

moderno, p. 31. Ese proceso llevó consigo la uniformación de los medios de reacción civiles frente al ilícito, GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 43.

²⁸³ COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, tomo I, p. 645.

²⁸⁴ COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, tomo II, p. 633- 634; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 81 y ss.; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 44.

²⁸⁵ GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, Libro Segundo, Capítulo XX, párrafo XXXVIII.

consideración a la diversa competencia de los Tribunales encargados del conocimiento de una y otra materia, así como de los procedimientos prácticos llamados a su establecimiento. Pero parece obligado preguntarse sobre la razón o fundamento material o formal en que uno y otro orden difieren²⁸⁶.

Han existido históricamente un conjunto de explicaciones. Según se advertirá, algunos autores se fundan en un solo criterio para distinguir ambos paradigmas; sin embargo, la mayor parte de ellos combina varios al ofrecer sustento a la referida distinción²⁸⁷.

Resulta relevante constatar que dichos criterios han sufrido también una evolución histórica, aunque ésta no se advierte de manera completamente lineal ni uniforme. Partiendo de fundamentaciones trascendentalistas, que diferencian el ámbito penal y civil en razón de la fundamentación moral del primero, las distinciones se han asentado cada vez más en criterios utilitaristas, que ponen el acento en la función que cumplen los diversos mecanismos en los sistemas sociales, así como en los elementos y criterios que éstos exigen para el sustento de sus funciones y la justificación de sus consecuencias²⁸⁸.

²⁸⁶ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1810-1812.

²⁸⁷ Los criterios en que se fundan los paradigmas penal y civil en el sistema anglosajón de acuerdo con MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1803-1813, serían los siguientes, respectivamente: *Moving party (State/ Private entity)*; *Wrong defined (Subjective liability, violation of public wrongs/ Objective liability; actual injury to private interests)*; *Procedure: High leverage to obtain information, restrictive admissibility of evidence, high burden of proof/ low leverage to obtain information, inclusive admissibility of evidence, low burden of proof*; *Remedy (Imprisonment, stigma/ Money payment: injunction)* y *Purpose (punishment/ restitution, compensation)*. Un resumen de tales caracteres también en ROBINSON, Paul, *The criminal civil distinction and the utility of desert*, p. 201 y ss.

²⁸⁸ HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts*, p. 756- 758. Crítico con esta evolución, ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 205, argumentando: “The failure of the prohibition- pricing explanation, and of most of the law-and-economics explanation for the distinction, lies in seeing the criminal law as a simply another aspect of law’s system and preference-shaping disincentives: tort law and criminal law are simply two regions on the law’s continuum of deterrent threats. The fact is that the differences between the two systems suggest more fundamental differences in their purposes and goals”.

A continuación, ofrecemos una exposición de aquellos criterios que parecen más relevantes a la discusión actual²⁸⁹, lo que nos permitirá concluir que en ellos no se encuentran razones definitivas que se opongan a un sistema unitario de responsabilidad.

7.2.2.1 Explicaciones formales o de sistemática

Varios autores encuentran la justificación de la dicotomía entre responsabilidad civil y responsabilidad penal en razones que podríamos llamar sistemáticas, en la medida en que dicen relación con el sistema normativo en que se encuentran insertas las reglas de responsabilidad; en razón de la sistematización legal o de la técnica legislativa que las caracteriza.

Así, hay quienes estiman que la diferencia entre derecho civil y penal se encuentra en el objeto regulado por una y otra rama del ordenamiento jurídico. Mientras el derecho civil es un sistema que regula derechos y obligaciones o un *derecho de regulación*; el derecho penal constituye un sistema de delitos y penas y, por lo tanto, un *derecho de sanción*²⁹⁰.

²⁸⁹ Una exposición crítica de muchas de las teorías que establecen diferencias entre el ilícito civil y el delito penal, algunas de las cuales no son comprendidas en la exposición siguiente en ROCCO, Arturo, El objeto del delito y de la tutela jurídico penal, p. 432 y ss.

²⁹⁰ Criticando esa distinción, BENTHAM, Jeremías, Tratados de legislación civil y penal, p. 430- 434, señala: “La distinción, pues entre los derechos y los delitos, es puramente verbal: ninguna hay en las ideas, y es imposible formarse la idea de un derecho sin haberse formado la idea de un delito. Yo me figuro al legislador contemplando las acciones humanas según la medida de sus miras: prohíbe unas, ordena otras y hay muchas que se abstiene igualmente de ordenar y prohibir. Por la prohibición de las primeras, crea los delitos positivos, y mandando las segundas, crea los delitos negativos; pero crear un delito positivo, es crear una obligación de no hacer; y crear un delito negativo, es crear una obligación de hacer: crear un delito positivo, es crear un servicio negativo, aquel servicio que consiste en abstenerse de una acción dañosa; y crear un delito negativo, es crear un servicio positivo, aquél servicio que consiste en hacer una acción útil. Crear delitos, es pues crear obligaciones o servicios forzados; crear obligaciones o servicios forzados, es conferir derechos (...) Lo que no puede olvidarse es que estos dos códigos no componen más que uno por su naturaleza y por su objeto: que sólo se dividen por la comodidad de la distribución, y que podrían disponerse todas las leyes en un solo plan, sobre un solo mapamundi. Si el legislador da la descripción completa de todos los actos que quiere se miren como delitos, ya ha dado la colección entera de las leyes, y todo queda reducido a lo penal. Si el legislador ha establecido todas las obligaciones de los ciudadanos, todos los derechos creados por estas obligaciones, y todos los acontecimientos por los que pueden empezar y acabar estas obligaciones y estos derechos, también habrá dado la colección entera de las leyes, y quedará todo reducido a lo civil. El cuerpo de derecho mirado así, deja de amedrentar por su inmensidad, porque se perciben los medios de medirle, de comprender su totalidad, y de atraer todas sus partes hacia un centro común”. Ver, asimismo, HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts*, p. 758- 759.

Una distinción también formal se encuentra entre quienes consideran que no existe una diferencia sustancial entre delito y pena, ni entre pena e indemnización de perjuicios, pero que, sin embargo, es necesario efectuar la distinción de acuerdo con los criterios que el legislador ha utilizado, sean éstos más o menos arbitrarios. Conforme a ellos, serán delitos aquellos hechos comprendidos y descritos en el Código penal o en leyes penales especiales y que se encuentran sancionados con pena; mientras que serán ilícitos civiles aquellos que no puedan ser comprendidos en la primera categoría y que tengan como consecuencia únicamente la indemnización de perjuicios. Ésta pareciera ser la posición de ROXIN, quien define el ámbito del derecho penal y su diferencia con las restantes normas jurídicas en razón de sus consecuencias jurídicas propias: pena y medida de seguridad²⁹¹.

Otra explicación formal podemos encontrarla a nivel de la norma primaria, según la amplitud o extensión de las prohibiciones²⁹². Mientras en materia civil la norma de prohibición tendría un supuesto de hecho amplio e indeterminado que se puede esbozar como “No dañes de manera antijurídica y culpable”, en materia penal encontraríamos normas primarias específicas que prohíben conductas concretas y delimitadas²⁹³.

7.2.2.2 Explicaciones materiales o de contenido

Además de las explicaciones que hemos llamado formales o de sistemática, varios autores realizan la distinción en mérito a consideraciones materiales, las que dicen relación con los elementos que exigen uno y otro sistema para el establecimiento de la

²⁹¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, p. 41.

²⁹² Refiriéndose concretamente a los ámbitos de la culpa penal y civil, QUINTANO, Antonio, *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, p. 1046 y ss. Conjuntamente con este criterio diferenciador –norma de deber infringida- agrega más tarde la exigencia de culpabilidad. VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, p. 263- 264; PUIG, José, Fundamentos de derecho civil, p. 75.

²⁹³ Esta es la diferencia que, por lo demás, han ofrecido los autores para distinguir el daño civil del daño penal en materia de delito de daños, ver ANDRÉS, Ana, El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas, p. 150; BAJO, Manuel/PÉREZ MANZANO, Mercedes/SUAREZ, Carlos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Delitos patrimoniales y económicos), p. 497 y ss.; SERRANO, Ignacio, Los delitos de daños, p. 29; SANTA CECILIA, Fernando, Delito de daños, evolución y dogmática, p. 199- 200.

responsabilidad (daño, antijuridicidad, culpabilidad, elemento subjetivo), el fundamento de la regulación y/o la función del mismo en los sistemas sociales.

Una de las explicaciones que tradicionalmente se utiliza para fundar la dualidad de sistemas de responsabilidad es aquella que atiende a la necesidad del daño como presupuesto para su establecimiento²⁹⁴. Se afirma, por quienes la postulan, que mientras el daño es indispensable para que se establezca la responsabilidad civil, no lo es para la responsabilidad penal.

Otra de las explicaciones materiales dice relación con la diversa especie de daño frente a la que reaccionan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, explicación que anuda con el contenido de la antijuridicidad que se exige en cada uno de estos sistemas²⁹⁵. En la posición de HEGEL, el delito penal constituye una infracción del derecho en cuanto derecho -como derecho objetivo-, mientras el injusto civil comporta la violación de un derecho subjetivo o interés particular²⁹⁶; en la de BENTHAM, el hecho ilícito genera dos males o daños, que él denomina *mal de primer y mal de segundo orden*, el primero de ellos entendido como el daño que es efecto inmediato del delito y el *mal de segundo orden* que se encuentra conformado por la alarma o temor que inspiran los hechos ilícitos²⁹⁷; en la de DURKHEIM, un acto es criminal cuando ofende

²⁹⁴ DE MIGUEL, Carlos, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, p. 80- 81; YZQUIERDO, Mariano, Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, p. 28- 29.

²⁹⁵ Una exposición de las mismas en BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, I, p. 254 y ss.

²⁹⁶ HEGEL, George, Filosofía del derecho, p. 100-113. En contra de esta posición, BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, I, p. 237 y ss., y en concreto p. 244- 255; VON JHERING, Rudolf, El fin en el derecho, p. 346- 347.

²⁹⁷ La diversa naturaleza de los daños a los que da lugar el delito explican los diversos mecanismos con los que reacciona el cuerpo social y que define como remedios -en tanto estima que los delitos son verdaderas enfermedades del cuerpo político-, los pueden ser de cuatro clases: *preventivos, supresivos, satisfactorios y penales*. *Remedios preventivos* son los que tienen por objeto prevenir el delito y que pueden ser directos, si se aplican a un ilícito en particular, o indirectos si consisten en precauciones generales contra una especie general de delitos. *Remedios supresivos* son los que tienen por objeto hacer cesar o suspender un delito empezado, ya existente pero no consumado y que se dirigen a prevenir, al menos en parte, un mal. *Remedios satisfactorios* son la reparación o indemnización que debe darse al inocente por el mal que le ha causado el delito, y *Remedios penales o penas* son aquellos que se aplican cuando ya se ha hecho cesar el mal y se ha indemnizado al perjudicado y que se imponen con la finalidad de prevenir otros delitos semejantes, sea del mismo delincuente o de otro, ya sea corrigiendo la voluntad del individuo, o quitando a éste el poder de dañar. Ver BENTHAM, Jeremías, Tratados de legislación civil y penal, p. 231- 259.

los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva²⁹⁸, mientras que el ilícito civil no²⁹⁹; para AUSTIN, los crímenes constituyen violación de deberes absolutos, mientras que los *torts* lo son de deberes relativos, entendiendo por los primeros aquellos que no tienen un derecho correlativo, mientras que los segundos sí³⁰⁰; y para ANTOLISEI ofensa y daño son los males frente a los que reaccionan pena y resarcimiento, respectivamente, la primera de ellas como un mal esencialmente irreparable, que no puede ser eliminado del todo, ya sea en su significado ideal –como violación de un deber jurídico- o en su contenido sustancial- alteración nociva del interés humano-, el daño, como aquél que puede ser reparado o eliminado por medio de un objeto equivalente³⁰¹. Para otros, lo que diferencia ambos sistemas es que el delito civil sólo perturba el interés de un sujeto

²⁹⁸ Por su grado de generalidad, permanencia y determinación, las normas o deberes cuyas infracciones constituyen crímenes o delitos conforman la conciencia colectiva común. El derecho penal reacciona frente a los atentados en contra de la conciencia social a través de la pena, que es una venganza relativamente organizada (al menos en cuanto al órgano llamado a su aplicación). Por atentar en contra de las convicciones sociales más graves, el delito concita una reacción social que tiene bastante de irracional y que constituye un mecanismo de protección y de reafirmación de la posición social frente al hecho que la infringe. Para DURKHEIM, no es el mayor daño el que determina la reacción social de la pena, sino la naturaleza del bien que protege. Se trata de la conciencia social en determinadas materias en que ésta es generalizada –en el sentido de universalmente compartida- y de cierta intensidad. El titular de la pena es la sociedad toda, no en razón de delegación de los intereses privados, sino originariamente. El derecho penal sería el símbolo de la que denomina solidaridad mecánica y que define como aquella que surge en razón de la similitud de los sujetos que conforman un determinado sistema social y que tiende a su conservación y mantenimiento, ver DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 73- 94. Una explicación similar desde el psicoanálisis, que considera los crímenes como aquellos hechos que infringen el tabú, FREUD, Sigmund, Tótem y tabú, p. 29- 30 y p. 98- 99.

²⁹⁹ Las reglas del derecho civil y otras ramas del ordenamiento jurídico frente a las que se reacciona con sanciones restitutivas no forman parte de la conciencia colectiva pese a que tienen un carácter social, y ellas dan origen –en la medida en que no se limiten a funciones netamente negativas, como sucede, entre otras, con las reglas de la responsabilidad contractual-, a una solidaridad que se funda en la división del trabajo social que sirve de la afirmación de la individualidad y de las funciones que cada cual cumple; y que denomina orgánica, ver DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 100- 117. La relación entre unas y otras reglas depende del grado de relevancia que tiene el colectivo en relación con el individuo, así como del desarrollo de la división del trabajo en la sociedad de que se trate.

³⁰⁰ Para AUSTIN no es posible distinguir entre derecho público y derecho privado en atención a los intereses que protegen dichos ámbitos. Los intereses privados tutelan mediatamente un interés público, de manera que la afectación de los mismos constituye, a su vez, una vulneración de aquél. Para éste esos derechos absolutos se diferencian entre sí conforme con los propósitos próximos o mediatos que persiguen, sea el beneficio de la propia parte obligada, como sucede con los deberes absolutos para consigo mismo (p. ej. suicidio); el beneficio de personas indeterminadas o indefinidas, como la comunidad en general o la humanidad (p.ej. servicio militar); o ningún beneficio de una o más personas definidas. Ver AUSTIN, John, Lectures on jurisprudence, p. 195- 197. En el mismo sentido, HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts*, p. 760.

³⁰¹ ANTOLISEI, Francesco, L'offesa e il danno nel reato, *passim*. Para ROCCO, Arturo, El objeto del delito y de la tutela jurídico penal, p. 445- 451, el delito penal no constituye sólo violación del bien o interés jurídico propio del sujeto pasivo sino del derecho subjetivo público de obediencia política que el Estado tiene en relación con los ciudadanos en general y que nace del mandato o de la prohibición penalmente sancionados, genera un peligro social mediato o indirecto al que no da origen el ilícito propiamente civil, pese que concibe a éste no sólo como un daño privado sino, asimismo, público.

concreto, mientras que el delito penal cuestiona el interés social como un todo, como postulan BLACKSTONE, y los hermanos MAZEAUD, entre otros³⁰².

Para algunos autores la distinción entre la responsabilidad penal y civil viene dada por la exigencia de un determinado elemento subjetivo en el agente, requerida en el primero e innecesaria en el segundo, como postula SILVELA³⁰³.

Existen, asimismo, quienes encuentran diferencias entre responsabilidad civil y penal en lo que dice relación con la exigencia de antijuridicidad en la conducta del agente. Sostienen que en materia penal es requisito esencial para el establecimiento de la responsabilidad penal que se constate una conducta contraria a la norma; lo que no necesariamente se exige en el sistema de responsabilidad civil, el que estaría más bien configurado por un conjunto de normas destinadas a determinar quién debe soportar la carga de la indemnización. Es la posición que defienden DÍEZ PICAZO, MIR PUIG, REGLERO CAMPOS y PANTALEÓN PRIETO³⁰⁴.

³⁰² BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, III, p. 2; MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1806; MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, *Elementos de la responsabilidad civil*, p. 12; DE ÁNGEL, Ricardo, *Tratado de la responsabilidad civil*, p. 50; MAPELLI, Borja/ TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 235- 236; SANTOS, Jaime, *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)*, p. 839. Una vertiente de la misma posición se encuentra en quienes resaltan la pertenencia del derecho penal al ámbito de lo público y el derecho civil a lo privado, HEDEMANN, Justus, *Tratado de derecho civil*, p. 509.

³⁰³ SILVELA, Luis, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 55-57: “Para que exista perturbación en el orden del Derecho, es indispensable, según queda sentado, que el acto en que consista sea dependiente y nacido de la libre voluntad humana. Mas el que la conducta del hombre se traduzca en actos opuestos a la ley, puede provenir de dos causas esencialmente diferentes; de aquí dos formas o modos de perturbación. Por error de la inteligencia, puede tomarse por justo aquello que no lo es, y aceptando equivocadamente el hombre como principio y regla de su determinación la injusticia, alterar, contrariar y perturbar el orden jurídico. En este caso no aparece una voluntad que le niega y se levanta contra él, no hay una destrucción de ese orden moral y ético, hay sólo una afirmación, en un caso particular, errónea y equivocada (...) Pero el quebrantamiento del Derecho puede también reconocer como causa, no el error, sino la mala y dañada intención. El acto entonces no sólo es objetivamente antijurídico, sino que también la voluntad de donde procede (...) La primera de estas formas de perturbación es llamada civil, dando origen a los pleitos o causas civiles; la segunda, es la criminal o el delito, y da nacimiento a las causas criminales”. Ver, asimismo, MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1805- 1806; ROCCO, Arturo, *El objeto del delito y de la tutela jurídico penal*, p. 433- 434.

³⁰⁴ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 290- 291; MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, p. 55. Los ejemplos a los que se alude para justificar esta distinción, de acuerdo con la tesis aquí defendida, no resultan aplicables, dado que el deber de restitución de los primeros deriva del enriquecimiento injusto y, en el segundo caso, de deberes de solidaridad, según se analizará más adelante. REGLERO, Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, p. 52; PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 401: “Los supuestos de hecho de responsabilidad civil no presuponen, en mi opinión, violación de norma jurídica alguna”. Se trata, no obstante de una posición que puede definirse como minoritaria, ver

Otra de las posiciones según la cual existe una diferencia material o de contenido entre los sistemas de responsabilidad civil y penal es aquella que sostiene que la culpabilidad sólo es exigida en sede penal, no resultando necesaria para el establecimiento de la responsabilidad civil. En el derecho español, quienes sustentan esta tesis invocan como prueba la disposición contenida en el artículo 16 del Código Penal español del año 1848, conforme con la cual la exención de la responsabilidad penal no comprende la de la responsabilidad civil, por ejemplo, en el caso de los hechos ejecutados por los locos o dementes, por quienes responden civilmente las personas que los tengan bajo su guarda legal a menos que acrediten que no obraron con culpa o negligencia³⁰⁵.

Algunos autores sostienen que la diferencia entre los sistemas de responsabilidad estaría dada por las formas de justicia en que están inspirados y que tienden a establecer: justicia conmutativa o distributiva. Para ARISTÓTELES, esta última tiene lugar en la distribución de los recursos comunes de un colectivo; y para que sea justa –en la igualdad proporcional a la que obliga– exige que la repartición se verifique “en la relación misma en que están las partes con que cada uno haya contribuido”³⁰⁶. Por su parte, la justicia conmutativa regula las relaciones de los ciudadanos entre sí, tanto voluntarias como involuntarias, según una proporción simplemente aritmética. Juega, en

exposición en *Íbid*, p. 382 y ss. Un variante de esta posición en ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 204: “Still another proffered explanation is that societies use the criminal civil distinction to distinguish conduct to be prohibited from that only to be ‘priced’. The obvious problem with this explanation is that there is much overlap between tort and crime. That is, much conduct is both prohibited by criminal law and priced by tort law. Once again, why would societies require distinct and separate systems in order to prohibit some conduct and only price other conduct? Why not a single system that prohibits some things and only price others?”.

³⁰⁵ Frente a esa disposición, y con el ánimo de fundar la diferencia expuesta, citan las palabras de Pacheco: “No hay aquí pena, no hay castigo... como no lo hay cuando se satisface una deuda que se contrae. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos; y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él sea loco, más de lo necesario, los desastrosos efectos de sus obras. Sus convecinos no han de llorar en la miseria lo que él en su delito ejecutó. No se le puede igualar con el que obra con derecho, porque él no ha tenido esta circunstancia: es una infelicidad, pero no es un derecho el carecer de juicio (...) La justicia social ha de ampararle en su triste estado, mas esta protección no se ha de convertir en perjuicio de los que le rodean”, ver PACHECO, Joaquín, *El Código Penal concordado y comentado*, p. 281; MIR, Carlos, *Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual*, p. 104.

³⁰⁶ ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, p. 212; GORDLEY, James, *Tort law in the aristotelian tradition*, p. 132.

relación con las mismas, tanto una función de regulación como de rectificación³⁰⁷. Se ha dicho que más que la proporción que llevan consigo, la diferencia entre la justicia conmutativa –o justicia del equilibrio- y la distributiva –o justicia de la adjudicación- se encuentra en las situaciones sociales fundamentales en las que se aplican: mientras la justicia conmutativa operaría en situaciones de coordinación; la distributiva lo haría en situaciones de comunidad³⁰⁸. Pese a que esta afirmación se repite, no hay coincidencia en qué especie de justicia fundamenta la responsabilidad penal. Así, mientras algunos mencionan que lo es la justicia distributiva³⁰⁹, otros sostienen que lo es la conmutativa³¹⁰. Las diferencias en las posiciones derivan de si se pone el acento en los sujetos entre los cuales debe resolverse la relación de igualdad³¹¹; o en el criterio de relación entre antecedente y consecuente. Hay consenso, eso sí, en que es la justicia conmutativa la que funda la responsabilidad civil³¹².

³⁰⁷ ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, p. 212- 213; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 59- 61; GORDLEY, James, *Tort law in the Aristotelian tradition*, p. 132: “Corrective or commutative justice plays a rectifying part in the transactions between man and man. It follows an arithmetic proportion: equality maintained so that one party does not have too much and the other too little. In voluntary transactions such as sale, loan and lease, equality is preserved when the things exchanged are of equal value. In involuntary transactions such as theft, adultery, imprisonment, and murder, the amount necessary to restore equality must be taken from one party and given to the other” y p. 137: “Aristotle said that in the involuntary type of corrective justice, ‘the judge tries to equalize things by means of the penalty’, taking away the ‘gain’ of one party and restoring the ‘loss’ of the other. Though he admitted that it seems odd to speak of a ‘gain’ when one person has wounded another, Aristotle maintain that ‘when the suffering has been estimated, the one is called loss and the other gain’”.

³⁰⁸ Para COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 189, las situaciones de coordinación son aquellas en que “se encuentran los hombres situados en un mismo nivel y que son recíprocamente independientes. No se encuentran en una hostilidad moral o personal ni en una comunidad de ayuda – también personal-: no son simplemente extraños, pero son libres los unos de los otros”. Esta situación sería paradigmáticamente la de los contratos y la del derecho en general. Para el mismo COING, Helmut, *Ibidem*, son situaciones de comunidad aquellas en que “varios hombres se encuentran ligados en una unidad, de tal modo que soportan por su voluntad comunitariamente las dichas y desdichas de la vida y distribuyen entre todos sus consecuencias”. El prototipo de esta comunidad es la familia, pero en un grado de menor pertenencia, las instituciones centrales de la vida social como el estado, la nación o la Iglesia.

³⁰⁹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, p. 297.

³¹⁰ DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 47; ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, p. 173-174.

³¹¹ En ese sentido, parecieran entender que en la relación civil se plantea una relación entre particulares entre los que debe establecerse la relación de igualdad, mientras que en la responsabilidad penal se plantea una relación entre el delincuente y el Estado. Esa apreciación, no obstante, desconoce que en la responsabilidad civil, si bien inmediatamente pueda hablarse de una relación entre individuos, mediatamente la vinculación se plantea con el Estado representado por el juez que es llamado a declarar el derecho violado por la infracción y procurar el restablecimiento.

³¹² ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, p. 212- 213; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 190-191; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, p. 69- 70; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 61. Sin perjuicio de que hay quienes como HONORÉ, Tony, *Responsibility and fault*, p. 78 y ss. ven en la institución de la responsabilidad por riesgo la aplicación de las reglas de la justicia distributiva o una combinación de ambas.

Otra de las posiciones que explican la diferencia entre responsabilidad civil y penal es aquella que atiende a los sujetos protagonistas en uno y otro sistema. El derecho penal, desde su surgimiento, sería el ámbito propio del autor del hecho –protagonismo que surge en el afán de ofrecer limitaciones a la intervención punitiva del Estado y que se consolida al postular como fin de la pena la resocialización-; mientras que el derecho civil sería el ámbito de actuación propio de la víctima del delito³¹³.

También es posible encontrar una diferencia material en quienes postulan diversas funciones para los sistemas de responsabilidad civil y penal³¹⁴. Las funciones que tradicionalmente se asignan a los sistemas de responsabilidad son tres: una reparadora o compensatoria, una preventiva y una sancionadora³¹⁵. Se define la función reparadora como la de restablecimiento de la víctima del delito. Bajo la premisa de la *reparación íntegra* se postula que el sistema de responsabilidad debe dejar a la víctima en la misma posición en que se encontraría de no haber padecido el daño³¹⁶. Asignar esta función supone atender a la consecuencia del juicio de responsabilidad desligada de la infracción de norma –esto es, de su naturaleza de sanción- y del mismo proceso que lleva a su imposición; por lo tanto, de una manera estática y con acento en el pasado. La función preventiva dice relación con la dirección de la conducta de los sujetos obligados. El juicio de responsabilidad, la consecuencia que lleva consigo o ambos están llamados a motivar el comportamiento de los sujetos sociales, ya por la vía de dificultar lo prohibido, instar por el desarrollo de la conducta ordenada, o fijar las condiciones o reglas para su desarrollo. Si bien la función preventiva tiene en cuenta el pasado, mira fundamentalmente al futuro. Finalmente, a los sistemas de responsabilidad se les atribuye una función sancionadora en tanto se les asigna por objeto la retribución de una violación de norma.

³¹³ Ver, en relación con esta evolución, SILVA, Jesús, *Comportamiento de la víctima y teoría del delito. Introducción a la victimodogmática*, p. 73 y ss.; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, p. 94; ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 137

³¹⁴ Cuando se alude a función, hablamos de la razón o motivación que rige la construcción de los sistemas de sanciones, ver MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1807; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 343- 344.

³¹⁵ En una posición diferente CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 57, quien distingue cuatro funciones de las prácticas de responsabilidad y que denomina: “*the ontological, the explanatory, the evaluative and the normative*”.

³¹⁶ SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 113.

La posición tradicional de la doctrina es que la responsabilidad civil cumple una función de reparación³¹⁷. Las pruebas de que la función de las normas de responsabilidad civil es exclusivamente reparadora se encuentran, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en tres características propias de la indemnización: que en la fijación de la misma no se considera la gravedad de la culpa del agente o del sujeto sino el daño producido³¹⁸; que la obligación de satisfacerla se transmite a los herederos; y que ella es asegurable³¹⁹. Desde un análisis económico del derecho, se ha atribuido a la responsabilidad civil también una función de reducción de los costes de los accidentes³²⁰. En cuanto a la responsabilidad penal, históricamente se le han atribuido dos funciones, conforme se entienda que la imposición de la pena mira al pasado o al futuro: la retribución o la prevención³²¹. Para las posiciones que estiman que la pena mira al pasado, ésta está llamada a retribuir el mal del delito; para quienes mira al futuro, está llamada a prevenir ya en relación con el delincuente o la sociedad toda, ya resocializando, ya intimidando, ya motivando³²².

Finalmente, existen autores que encuentran la diferencia entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en el instrumento de reacción que ellas utilizan: pena e

³¹⁷ SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 106 y ss.; MIR, Carlos, *Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual*, p. 104; REGLERO, Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, p. 55- 56; DE ÁNGEL, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 50- 51; DE ÁNGEL, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, p. 230 y ss; PANTALEÓN, Fernando, *Del Concepto de daño*, p. 400 y p. 742 -775; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario del artículo 1902 del Código Civil*, p. 1971; MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p.1808- 1809.

³¹⁸ Ver cita 254.

³¹⁹ PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 763- 764. Como se tratará en otra parte de este trabajo, creemos que las posiciones doctrinarias que no admiten que el sistema de responsabilidad civil tenga funciones de prevención parten de un concepto de responsabilidad distinto –mucho más amplio y difuso- que el que aquí se defiende, el que desconoce, por lo demás, importantes elementos que, tanto históricamente como aún en nuestros días, le otorgan fundamento. En efecto, esas posiciones valoran la responsabilidad desde los resultados, poniendo atención en el efecto patrimonial que ella genera y no en el proceso que tiende a su establecimiento.

³²⁰ CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, p. 44.

³²¹ JESCHECK, Hans/ WIEGEND, Theodor, *Tratado de derecho penal*, p. 71 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, p. 83 y ss.

³²² VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, p. 9-10; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 9 y ss; ACHENBACH, Hans, *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, p. 140; MAPELLI, Borja /TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 235; MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1807

indemnización de perjuicios³²³. Es así como FAUCONNET diferencia las sanciones retributivas y las resarcitorias caracterizando las primeras por su estrecha vinculación con las sanciones morales y religiosas³²⁴; para CARNELUTTI, un mismo *torto* puede tomar color de delito, de daño resarcible o de daño reparable según esté provisto de una sanción penal o de un deber de reparación o resarcimiento³²⁵; para MERKEL, pena e indemnización de perjuicios difieren en dos sentidos relevantes: primero, en la diversa significación del mal que lleva consigo la reacción jurídica, el que es irrelevante en la indemnización y esencial en la pena; y el segundo, referido a la forma de la sanción en relación con la infracción, pues mientras la indemnización de perjuicios es más precisa en su forma y su cuantía: en dinero e igual al daño ocasionado; en la responsabilidad penal no se advierte esa identidad entre el daño del delito y el mal de la reacción³²⁶; para BINDING, pena e indemnización de perjuicios difieren en los sujetos a quienes pueden ser impuestas, destacando el carácter personalísimo de la pena³²⁷, en beneficio de quién cede la sanción y, fundamentalmente, por el contenido y naturaleza de las mismas³²⁸; para DURKHEIM, la pena consiste, antes que nada, en una reacción pasional, natural e instintiva: la venganza, entendida como “instinto de conservación exasperado por el peligro”³²⁹, y que permanece aunque más veladamente en las sociedades modernas; para

³²³ Una interesante exposición sobre diversas posiciones en relación con la diferencia entre pena e indemnización de perjuicios en BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, p. 270 y ss.; MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1809. Ver otras posiciones no tratadas en la enumeración que sigue en CHIRONI, Gianpietro, *La culpa en el derecho civil moderno. La culpa extracontractual*, p. 19; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 221; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, p. 58- 68. Una explicación como esta adolece del defecto al que se refiere ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 202- 203: “A more fundamental problema with the differential- sanctions explanation is that, although it may in some sense describe the current system, it does not explain it. Why did societies not simply adopt a single system in which adequate deterrent sanctions exist? Why the societies created the problema and inadequate deterrent sanctions in tort by adopting distinct systems for crime and tort?”.

³²⁴ FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 15.

³²⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Il danno e il reato*, *passim*.

³²⁶ MERKEL, Adolf, *Enciclopedia jurídica*, p. 171- 173. Para Nino, el elemento central que diferencia la pena de la indemnización de perjuicios y, en general, de las demás medidas coactivas, es su contenido de sufrimiento consciente y deliberado, ver NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 173; NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 202- 206.

³²⁷ Acorde con esta posición, MAPELLI, Borja/ TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 235. Para MALAMUD, Jaime, *Derechos individuales y facultad de castigar. Un ensayo sobre la justificación de las sanciones contravencionales*, p. 235- 238, la pena importa la sustracción o restricción de derechos (morales) y no de meros intereses, y en eso se diferenciaría de la sanción contravencional.

³²⁸ BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, p. 284 y ss.

³²⁹ DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 79- 80.

MANN, la diferencia entre pena e indemnización de perjuicios está en las consecuencias que la pena –y, particularmente, la pena de prisión- lleva consigo para el condenado: el estigma de la pena³³⁰ y para FEINBERG, la pena sería una manifestación del reproche al que socialmente se sujeta al delincuente, de ahí el potencial estigmatizador que la misma lleva consigo, más allá de su puro potencial afectador de derechos o de intereses sociales³³¹.

7.2.2.3 Consideración crítica de los fundamentos de distinción entre los sistemas de responsabilidad penal y civil

Los criterios en los que ha pretendido fundarse la distinción entre los sistemas de responsabilidad civil y penal llaman la atención no sólo por su dispersión, sino por la insuficiencia que presentan para explicarla y sustentarla de manera necesaria y suficiente.

En cuanto a las fundamentaciones formales, concebir el derecho civil como un derecho de la regulación y el penal como un derecho de sanción desconoce el ámbito retributivo del primero y el de regulación del segundo. Ya lo diría BENTHAM: más que una diferencia de contenido, hay un diferente lenguaje, lo que explica los énfasis y particularidades de ambas ramas del derecho. Se ajusta a la realidad cuando afirma que:

³³⁰ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p.1809.

³³¹ FEINBERG, Joel, *The expressive function of punishment*, p. 636- 637; FEINBERG, Joel, *El argumento de la graduación moral de los castigos*, p. 362-363. ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 201: “Central to the lay person’s view is that criminal sanctions signal moral condemnation, while civil penalties do not. Thus, a criminal system serves a communicative function in our society, separating and labeling certain behavior as morally condemnable” y 206: “Criminal liability signals moral condemnation of the offender, while civil liability does not. Our language reflects this view. In the criminal context, we speak of a ‘crime’ rather than a ‘violation’ or a ‘breach’, and of ‘punishment’ rather than of a ‘remedy’ or ‘damages’. The terms ‘crime’ and ‘punishment’ carry the implication of moral condemnation that the civil terms does not. As Webster’s puts it, something ‘criminal’ is something ‘disgraceful’. ‘Punishment’ suggests ‘retributive suffering, pain or loss’. Breaking a contract or producing a defective product may be conduct what we seek to discourage and may be a sufficient violation of rules or expectations to justify compensation of an injured party, but such conduct does not necessarily carry the moral blameworthiness, the ‘disgracefulness’, sufficient to merit the condemnation implicit in criminal conviction. Civil liability may serve a variety of functions: compensation of injured persons, regulation of conduct for the greater good of society, or the efficient distribution of loss. The shared quality –the defining characteristic- of all civil liability is that it is not criminal liability; it lacks the societal condemnation that criminal liability traditionally suggests”.

“entre estas dos ramas de la jurisprudencia hay una conexión de las más íntimas, y ellas se penetran en todos los puntos. Todas estas palabras, derechos, obligaciones, servicios, delitos, que entran necesariamente en las leyes civiles, se presentan del mismo modo en las leyes penales; pero mirando los mismos objetos por dos aspectos, se han formado dos lenguas diferentes; obligaciones, derechos, servicios, es la lengua del código civil; precepto, prohibición, delitos, es la lengua del código penal. Conocer la conexión de uno de estos códigos con el otro, es saber traducir una de esas lenguas a la otra”³³².

En seguida, la distinción de técnica legislativa entre responsabilidad civil y penal parece más una consecuencia de la gravedad de la pena y de los principios que limitan su imposición –principalmente el de legalidad- que el fundamento de la dualidad de reacciones frente al hecho ilícito. Lo mismo puede afirmarse en relación con las condiciones bajo las cuales se siguen uno y otro procedimiento, y las garantías que se exigen en los mismos, incluidas las referidas a los estándares de prueba³³³. Es más, los diversos tipos penales pueden concebirse como manifestaciones concretas, especialmente graves y determinadas o, si se quiere, como materializaciones definidas del mismo principio de *neminem laedere* que sirve de sustento a la responsabilidad civil extracontractual³³⁴.

En cuanto a los fundamentos materiales, y primeramente en relación con la exigencia de daño, creemos que concurre en todo sistema de responsabilidad jurídica³³⁵. Se trata, eso sí, de un daño distinto del material que se constata en la realidad y que surge de la afectación del ámbito de libre actuación de otro. El que el sistema civil exija, adicionalmente, un daño externo, no altera la conclusión anterior, toda vez que éste sólo

³³² BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, p. 430- 434.

³³³ ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 203, quien resalta la ausencia de carácter explicativo de este criterio para la dualidad de sistemas: “More importantly, the more- safeguards-to-more-severe-sanctions explanation does not explain the existence of two distinct systems. If differential safeguards were the reason for the distinction, why have societies not simply required more safeguards for more severe sanctions within a single system? Why waste the criminal law’s special procedural safeguards on the large number of less serious criminal cases in which the sanction is not greater than would be available under civil law –a fine, a restraining order, or the like?”.

³³⁴ Al menos en relación con los delitos de organización, derivados del estatus general, JAKOBS, Günther, *Teoría y praxis de la injerencia*, p. 97 y ss.; SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 3- 4.

³³⁵ ROCCO, Arturo, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 151- 155 y p. 330.

es relevante para medir la procedencia y la cuantía de la reacción que se aplica en dicha sede y sólo tiene relevancia una vez que se ha constatado la concurrencia del daño ideal.

A continuación, pretender justificar la lesión de un derecho subjetivo sin que se afirme de algún modo la lesión del derecho objetivo que lo conforma no parece correcto³³⁶. Hablar de la afectación de un interés privado sin un correlato social tampoco es posible³³⁷. En relación con las posiciones que encuentran en el derecho penal la reacción frente a los daños más graves del sistema social, si bien resultan acertadas para referirse a su núcleo central, no lo son para toda la regulación periférica, referida a materias que se alejan bastante de la conciencia social del hombre medio y que no sólo son desconocidas para éste sino que le son, asimismo, indiferentes. Adicionalmente, es fácil constatar que muchas de las lesiones que surgen en el ámbito privado generan, en no pocas oportunidades, gran conmoción social³³⁸. Se advierte, de ese modo, que la existencia de objetos de protección decididamente distintos entre un ámbito y otro parece no ofrecer una explicación completa a la dualidad de sistemas de responsabilidad contemporáneos.

Por lo demás, tampoco parece correcta la posición que encuentra la diferencia entre ambos en la antijuridicidad; ello, en atención a que la indemnización de perjuicios que se impone en sede civil no puede identificarse con cualquier deber de responder, sino únicamente con aquellos que constituyen, asimismo, una sanción³³⁹. Los sistemas de

³³⁶ MERKEL, Adolf, Enciclopedia jurídica, p. 155; BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, p. 238- 239; QUINTANO, Antonio, *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, p. 1046.

³³⁷ AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence*, p. 195- 197; HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts*, p. 759.

³³⁸ QUINTANO, Antonio, *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, p. 1046.

³³⁹ VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, p. 8; SANTOS, Jaime, *Derecho de daños*, p. 249- 250; VON JHERING, Rudolf, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, p. 5; ROCCO, Arturo, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 151; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 22- 23. Ver, asimismo, ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 204; OWEN, David, *Philosophical foundation of tort law*, p. 202: "Fault is the basic cement of the law of torts. Fault permeates the structure of tort law doctrine, providing both definition and justification for the great majority of rules governing private responsibility for causing harm. What fault is, therefore, and how on moral theory it may claim to dominate this area of the law, are questions of fundamental importance to an understanding of tort law. 'Fault', in common parlance, is often addressed in terms of 'blame' or 'wrong'; faulty conduct is 'blameworthy' or 'wrongful' conduct: a wrongdoer is subject to 'blame' or is 'at fault'. Yet, regardless of the nomenclature, the basic issues remain the same: why and how the law of torts should determine whether a particular person's conduct (more precisely, a particular person's *harmful* conduct) was blameworthy or wrongful, whether the person was at fault".

responsabilidad civil y criminal tienen en común, pues, que reaccionan frente al hecho ilícito, esto es, a la infracción de derecho; y por medio de ello desalientan determinadas conductas que se estiman indeseables en el sistema social³⁴⁰. El intento de prescindir de la antijuridicidad deriva de la necesidad de justificar también bajo el signo de esta institución *deberes de responder* que no constituyen sanciones, con la consiguiente decoloración de la misma. Según aquí se comprende, toda responsabilidad supone una infracción de deber, sea éste civil o penal; de ahí que este criterio no pueda servir de sustento para fundar distinción alguna³⁴¹.

Como se intentará fundamentar más adelante, toda responsabilidad, también la civil, exige culpabilidad del agente, entendida ésta como un juicio de desvalor sobre la forma en que se ha comportado en el caso concreto y su falta de adecuación a las normas a las que debió someterse. Ello no obsta a que los elementos a los que se atiende para formular ese juicio sean parcialmente diversos en ambos sistemas y que pueda hablarse de una mayor sistematización e individuación de ellos en sede penal³⁴².

En cuanto a otras cuestiones, creemos que tanto la responsabilidad civil cuanto la penal tienen como fundamento la justicia conmutativa y que incluso los criterios que se usan para afirmar la igualdad entre la sanción y su antecedente son, al menos parcialmente, unos mismos: culpabilidad o daño imputable/ pena e indemnización de perjuicios.

³⁴⁰ HONORÉ, Tony, Responsibility and fault, p. 71- 72: "The tort system is one means by which the state, on behalf of the community, seeks to reduce what it sees as undesirable. Others include the criminal law, education, administrative means such as licensing and inspection, differential taxes and many more. The state not only may but must, if society is to be viable, try to minimize at least some type of disruptive conduct. Is tort law, like criminal law, a suitable means to this end? What tort and criminal law have in common, and what distinguishes them from some other means of social control, is that they work by making out conduct, or the failure to attain a required standard of conduct, as wrongful. On the other hand, licensing, inspection, differential taxation and rationing discourage behavior, not by marking it as wrongful but by limiting opportunities to indulge in it, for example by refusing licenses (...) or by denying benefits to those who do indulge in it, for example, by charging more for leaded petrol. Other branches of the civil law responsibility, such as law of contract or restitution, though they provide remedies for what are seen as wrongs, are primarily not by treating conducts as wrongful but in others ways".

³⁴¹ VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, p. 262- 263.

³⁴² Esta afirmación, no obstante, debe ser matizada, dado que muchos de los criterios de individuación del reproche jurídico penal que se contienen tradicionalmente dentro de la categoría de la culpabilidad son aceptados en el derecho civil, sin embargo, carecen de un lugar sistemático preciso en la teoría de la responsabilidad extracontractual. En otro sentido, esa expresión también debe ser matizada, toda vez que muchos de los elementos que tradicionalmente se comprenden dentro del ámbito de la culpabilidad se construyen bajo el parámetro de un hombre medio, con lo que pierden parte de esa función individualizadora.

Ambas, bajo cualquier respecto, reaccionan frente a la alteración de una distribución de bienes o cargas ya dada, con finalidades de restablecimiento³⁴³. La justicia distributiva parece alejada, por lo demás, de los deberes fundados en la responsabilidad y fundamenta, más bien, otras medidas o reacciones coactivas del sistema estatal, distintas de las que se imponen en esta sede³⁴⁴.

En cuanto a la relevancia de autor o de víctima en uno y otro sistema de responsabilidad, si bien resulta cierta, parece más bien el efecto de la separación de ambos regímenes de responsabilidad que el fundamento de ello³⁴⁵.

Por lo que hace a las funciones que cumplen los sistemas de responsabilidad tampoco encontramos las diferencias tajantes que asume la doctrina tradicional³⁴⁶. Por mucho que se reconozca la función preventiva de la pena, no puede desconocerse que, en relación con la víctima y los miembros del sistema social, cumple una función de reparación y que éste es un objetivo al que debe tender el sistema social³⁴⁷. Por su parte, afirmar que la única o principal función de la responsabilidad extracontractual es la reparación del afectado o víctima desconoce que la indemnización de perjuicios, impuesta en sede de responsabilidad civil, constituye una medida deliberada de fuerza a la que el orden institucionalizado somete a un determinado sujeto como consecuencia precisa de una infracción de norma –lo que determina un importante componente de

³⁴³ GORDLEY, James, *Tort law in the Aristotelian tradition*, p. 138: “As we see, despite Fletcher’s objection, why corrective justice restores a pre-existing equality even when the defendant has not profited financially from the plaintiff’s loss. By voluntarily harming the plaintiff, he has chosen to use the plaintiff’s resources for his own ends. The preexisting equality that corrective justice seeks to restore is a state in which each party achieves his own goals out of its own resources”; HONORÉ, Tony, *Responsibility and fault*, p. 80.

³⁴⁴ Tal como se sustentará más adelante, los *deberes de responder* que se fundan en la justicia distributiva son aquellos fundados en la solidaridad, en los que se atiende fundamentalmente a lo que cada sujeto ha contribuido en la comunidad para efectos de distribuir bienes y cargas.

³⁴⁵ Lo que también requiere ser precisado en dos sentidos. En el primero, en atención a que la exigencia de la antijuridicidad y el elemento subjetivo en los sistemas de responsabilidad extracontractual pone de manifiesto que, en la determinación de la procedencia de la indemnización, resultan criterios centrales los referidos a la acción del autor. En el segundo, que en algunos sistemas contemporáneos la víctima y sus intereses adquieren relevancia para efectos de definir el inicio o la continuación de la prosecución penal.

³⁴⁶ AUSTIN, John, *Lectures of jurisprudence*, p. 251- 252. En relación con la posición de Austin, HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts*, p. 759- 760.

³⁴⁷ BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, p. 283 la llama *satisfacción vindicativa*; FLETCHER, George, *Conceptos básicos del derecho penal*, p. 72; GAROFALO, Raffaele, *La indemnización a las víctimas del delito*, p. 60 y ss.; MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, p. 54. En contra, HEGEL, Georg, *Filosofía del derecho*, p. 112.

retribución en la misma³⁴⁸ - y que le priva de determinados bienes considerados valiosos por el sistema social; así como que a través de la misma el ordenamiento jurídico también cumple una función de prevención, por mucho que los instrumentos de los que se vale y sus límites internos y externos determinen que ésta tenga una restringida capacidad de rendimiento para satisfacerla³⁴⁹.

No cabe duda de que la indemnización de perjuicios, en aquellos supuestos en que se impone, persigue reparar o compensar los daños que ha padecido el injustamente agraviado y que, en la generalidad de los casos, su naturaleza permite que cumpla esa función; sin embargo, eso no elimina la necesidad de atender al conjunto de reglas que regulan el sistema de responsabilidad, pues sólo de ellas podrá deducirse cuál es la función y el sentido que puede atribuirse a este instrumento en el sistema social³⁵⁰. En otras palabras, cuando decimos, atendiendo a la sanción, que ésta sólo cumple una función de reparar, desconocemos que el sistema de responsabilidad civil no sólo nos dice cuál es el límite de la indemnización, sino, primeramente, cuándo procede ésta. La falta de atención al sistema de responsabilidad a efectos de determinar las funciones que éste cumple deja sin explicación los propios presupuestos de su establecimiento. En efecto, si las reglas de responsabilidad extracontractual fueran únicamente normas de

³⁴⁸ CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 60; BAYLES, Michael, *Principles of law*, p. 210-211: "The central idea of retribution is that a person should 'pay' for wrongdoing. In criminal law, this payment involves punishment; in civil or private law, it primarily involves payment of money damages to victims".

³⁴⁹ HONORÉ, Tony, *Responsibility and fault*, p. 69: "The first question that Hart asked in his analysis of criminal law was why certain kinds of conduct are forbidden by law and so made crimes or offences. He gave the answer 'to announce to society that these actions are not to be done and to secure that fewer of them are done'. The same may be said of the conduct that by common law or statute is made a tort. When the legislature or courts make conduct a tort, they mean by stamping it as wrongful, to forbid or discourage it or, at minimum, to warn that those who indulge in it of the liability they may incur. It is true that the terms used to describe it, 'tortious' or 'wrongful', are not as strong as the term 'offence' in criminal law, and do not carry the same stigma, But that is a matter of degree". BAYLES, Michael, *Principles of law*, p. 212- 213. Un interesante examen de las 'interferencias' e 'interdependencias' de las funciones que tradicionalmente se asignan a los sistemas de responsabilidad civil y penal en MÜLLER, Peter, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht*, p. 59 y ss.

³⁵⁰ Con una posición como ésta desconocemos las reglas que justifican la imposición de la indemnización de perjuicios, y que se imponen con independencia de los deseos y voluntad de los sujetos afectados, instándolos a abstenerse de ejecutar las conductas prohibidas, ver HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 34- 35. En definitiva, y en base a otra terminología, estamos desconociendo que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad que no sólo establece sanciones sino reglas de conducta y los criterios necesarios para la atribución de la infracción, LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 197. El sistema de responsabilidad civil constituye, al igual que el penal, un sistema de control social caracterizado por la norma, la sanción y el proceso en la terminología de HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana*, p. 28.

distribución de los efectos dañosos no se comprende por qué se exige, como presupuesto de la responsabilidad, una actividad humana³⁵¹. En el sentido más básico, por qué no dan lugar a reglas de distribución de riesgos, similares a las de la responsabilidad, los actos de los animales, los de la naturaleza o los de los hombres que no pueden ser atribuidos, y por qué se admite el expediente del caso fortuito. En segundo lugar, tampoco resultaría explicable por qué en esta sede, y para que haya lugar a la indemnización, se requieren vínculos objetivos entre el autor y el resultado, así como dolo o culpa del agente, es decir, un comportamiento humano en sentido estricto, un acto de la voluntad del sujeto a quien se imputa luego el deber de responder³⁵². A continuación, tampoco se comprendería por qué los daños que deben ser indemnizados son únicamente aquellos que se han soportado de manera contraria a derecho, esto es, aquellos que se estiman antijurídicos en el ordenamiento de que se trata³⁵³. Por qué, por ejemplo, deben quedar de cargo de la víctima aquellos que han tenido lugar en los casos en que concurre una causa de justificación o una causa que excluye la culpabilidad del agente. Todos estos elementos, a diferencia de lo que plantea la doctrina mayoritaria, nos hablan del compromiso entre los intereses del dañado y el dañador que se advierte en todo sistema de reglas de comportamiento y sanciones.

La atribución de una exclusiva función de reparación a la responsabilidad civil desconoce completamente, además, los efectos de declaración y de reafirmación de derecho que contiene la sentencia que se dicta en el juicio civil. En éste, antes de disponerse la indemnización, se declara y reconoce el derecho de la víctima y, de ese modo, se reafirma la vigencia de las reglas vigentes frente a la conducta del autor del delito³⁵⁴. La indemnización no puede ser vista sino como una consecuencia de esa

³⁵¹ PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 396; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, p. 70.

³⁵² A la mencionada objeción, y defendiendo su posición de que la responsabilidad civil no cumple funciones de prevención, PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 765- 766. Interesante la defensa que de esta cuestión hace BAYLES, Michael, *Principles of law*, p. 217 y ss.: “Thus, a minimal condition for the acceptability of compensation as an aim is that the defendant be someone related to the production of the harm. This restriction alone might not be sufficient to make compensation acceptable aim. One must still consider how the defendant is related to the production of the harm. It makes no difference to a pure compensatory aim whether the injurer was ethically culpable or could even avoid the harm. As a defendant, how could one rationally accept a principle holding one liable for harms one could not avoid causing (...)”.

³⁵³ EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault*, p. 1425- 1426.

³⁵⁴ MERKEL, Adolf, *Enciclopedia jurídica*, p. 160- 171.

declaración previa. Por lo demás, cuando se habla de la reparación como la única función de la responsabilidad civil se está considerando únicamente el efecto de la indemnización de perjuicios respecto de uno de los sujetos de la relación jurídica que subyace al sistema de responsabilidad. Nada se dice acerca de los efectos y el significado de la indemnización para el autor ¿Qué función cumple, o antes que ello, qué es la condena a indemnizar perjuicios para el dañador, esto es, para el responsable? ¿No es para éste, al igual que la pena, una determinada consecuencia no deseada, limitadora de sus derechos o intereses, que se le impone coactivamente en los supuestos en los que, a consecuencia de la infracción de una norma, ha ocasionado un daño?³⁵⁵. En otras palabras, la indemnización que se impone en sede de responsabilidad civil pierde gran parte de su color y contenido, así como de su fundamento social cuando se la separa del sistema de responsabilidad al que pertenece así como de los presupuestos y requisitos que llevan consigo su determinación y establecimiento en el proceso.

La indemnización de perjuicios, al igual que cualquier sanción, cumple una función de reafirmación de la norma y constituye el medio concreto del que se vale el ordenamiento jurídico para reforzar en los sujetos obligados, de manera indirecta, su sujeción a ella³⁵⁶. Parece un error y una simplificación excesiva –quizá derivada del intento de ajustar el sistema de responsabilidad civil al sinnúmero de fenómenos distintos que se tratan bajo su signo- considerar en las funciones de la responsabilidad civil sólo los efectos que pretendidamente cumple la indemnización en relación con la víctima del hecho ilícito. La referencia a la reparación deriva de confundir la función de la responsabilidad civil con los límites de la indemnización de perjuicios. Como se ve, la limitación del *quantum* de la indemnización que se impone en sede de responsabilidad civil responde más a la consideración del sujeto que será beneficiado con la prestación que a la finalidad que se persigue con esta institución. Lo que se intenta evitar con la consigna de la reparación es que a raíz de la responsabilidad civil, y a consecuencia de las prestaciones que ésta origina, se produzca un enriquecimiento

³⁵⁵ HART, Herbert, El concepto de derecho, p. 49- 50.

³⁵⁶ Ese carácter sancionatorio que presentan las condenas a indemnizar perjuicios que se imponen en los juicios de responsabilidad parece incluso más acusado en aquellos supuestos de sanciones que han venido en llamarse punitivas, ver MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law, passim*. Ver, en ese sentido, SILVA, Jesús, *Prevención del delito y reducción de la violencia*, p. 2.

indebido o sin causa del demandante o de la víctima del daño. Sin embargo, esa limitación no da razón de lo que se busca con la responsabilidad civil, finalidad y función en las que comulga con toda especie de responsabilidad.

Para oponerse a esta afirmación tradicional, por lo demás, no resultan decisivos los tres criterios con los que la doctrina excluye toda función preventiva. No es efectivo que la cuantía de la indemnización debida en el sistema civil no quede determinada por la culpa del agente. Muy por el contrario, es el daño imputable –esto es, el daño culpable– aquél que es objeto preciso de reparación. Cosa distinta es que la gravedad de esa culpa no incida en la cuantía de la indemnización, lo que queda explicado si se atiende al sujeto del conflicto en beneficio de quien cede la indemnización y se recuerdan los limitados derechos que se le reconocen en relación con el conflicto social. Con ello se explica, además, la procedencia de la indemnización de daños morales –por esencia irreparables– y que en determinados ámbitos se atienda, para fijar la cuantía del daño, a las facultades del dañador y a los perjuicios o beneficios que ha obtenido a consecuencia del ilícito, entre otros criterios³⁵⁷. También de ese modo logra explicarse la exclusión o reducción de la indemnización que procede en supuestos de concurrencia de culpa de la víctima³⁵⁸.

Tampoco parece decisiva, para excluir la función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, la consideración de que ésta sea asegurable. Ello porque, como se verá, los seguros de responsabilidad civil responden a una técnica social distinta de la responsabilidad y que se utiliza por el Estado cuando, en razón de consideraciones de justicia o conveniencia, estima necesario distribuir determinados costes de la convivencia social y el desarrollo tecnológico. Cuando es la ley la que obliga a contratar el seguro, el órgano público decide sustituir la técnica de la responsabilidad por un sistema diverso, fundado en la distribución. En los supuestos en que el seguro es

³⁵⁷ SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 65. Cuestión que parece inevitable en supuestos de daños al medio ambiente y otros de ‘reparaciones en equidad’; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 59 y ss; y de particular relevancia en la indemnización de daños no patrimoniales, GALLO, Paolo, Pene private e responsabilità civile, p. 11.

³⁵⁸ SANTOS, Jaime, Derecho de daños, p. 113. Se advierte que la relevancia de la culpa de la víctima se mantiene pese a la pérdida de relevancia y contenido de la noción de culpa en los sistemas objetivados, DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 33 y ss.

voluntario, el legislador asume una posición más neutral, permitiendo que sea el potencial dañador y posible obligado a responder por hecho ilícito quien sustituya la contingencia de su condena a responder en un caso determinado por la carga segura del pago parcelado de una prima. Cuando se habla de seguros de responsabilidad civil se advierte, pues, la superposición de dos remedios sociales que tienen caracteres completamente diferentes.

A continuación, el que la obligación de indemnizar sea transmisible a los herederos tampoco excluye una función de prevención, sobre todo si se atiende a que la consecuencia del juicio de responsabilidad es un efecto patrimonial concreto que, junto con los demás bienes y derechos que integran el patrimonio, se transmite a los herederos³⁵⁹. En definitiva, la patrimonialidad de la prestación y la circunstancia de que ceda en beneficio de un único sujeto concreto, a más de algunas otras diferencias, explican las mayores libertades con que el sistema ejerce su función de prevención en sede civil, sin que, a consecuencia de ello, desaparezca o se elimine aquélla.

Finalmente, y sin desconocer las importantes diferencias entre pena e indemnización de perjuicios, no puede dejar de afirmarse que ambas son sanciones³⁶⁰, que conllevan la aplicación de una medida perjudicial para el autor de la infracción de la norma y que, a consecuencia de privarlo de determinados medios, lo excluyen de manera más o menos profunda del sistema social.

Huelga subrayar los escasos logros que se advierten del análisis de las explicaciones que tradicionalmente han sustentado la dualidad de sistemas de responsabilidad. Más que presupuestos, funciones o fundamentos diversos entre uno y otro orden de responsabilidad encontramos acentos o énfasis distintos, los que incluso quedan en

³⁵⁹ Así sucede en el ámbito de la responsabilidad penal todavía en Chile, como resulta de lo dispuesto en el artículo 93 N°1 del Código Penal, conforme con el cual la responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable siempre en cuanto a las penas personales, y en cuanto a la responsabilidad pecuniaria sólo cuando a su fallecimiento no se hubiera dictado sentencia ejecutoriada. Esa regulación fue común en otros sistemas normativos y planteamientos teóricos hasta finales del siglo XIX.

³⁶⁰ Así, por ejemplo, los elementos centrales a los que se atiende en una y otra para la determinación de la cuantía de la sanción, MERKEL, Adolf, Enciclopedia jurídica, p. 168- 169. Si éste fuese el criterio definitorio, como destaca ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 202: "(...) one would expect to see less overlap in the sanctions available at criminal and civil law".

entredicho cuando se advierte cómo esos paradigmas, antaño diferenciados más claramente, comienzan a difuminarse³⁶¹.

7.2.3 Refutación de la dicotomía en razón de las interferencias y sinergias que se plantean en la aplicación práctica de los sistemas de responsabilidad

Pese a que la decisión de la doctrina mayoritaria es tratar responsabilidad civil y responsabilidad penal como dos compartimentos estancos, la aplicación práctica de cada uno de esos sistemas, así como algunas de sus expresiones, nos habla de una continua interferencia y sinergia entre ambos³⁶². A continuación presentamos, sin ánimo de exhaustividad, algunas de sus manifestaciones.

7.2.3.1 La *parábola*³⁶³ de la responsabilidad civil: de la función punitiva a la función de distribución

Aun cuando la doctrina mayoritaria ve en la responsabilidad civil una técnica de responsabilidad retrospectiva que cumple una función reparatoria, en el seno de su discurso se advierte un conjunto de instituciones que la acercan a una técnica de represión de conductas desviadas. Así sucede, por ejemplo, con la pena privada o los *punitive damages* del derecho anglosajón. En la misma dirección apunta la tendencia a la desmaterialización del daño que se observa en razón de la creciente relevancia y extensión de los daños morales, y que dificulta cada vez más definirla como una técnica de recomposición del detrimento material. A propósito de los referidos institutos, que

³⁶¹ Uno de los que merece especial interés es aquél al que se refiere BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, p. 263- 265. En relación con la circunstancia de que la integración de responsabilidad en dos paradigmas oculta que muchas de las características resaltadas se comprenden en ambos, MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1804; ROMANO, Mario, *Risarcimento del danno dal reato. Diritto Civile, diritto penale*, p. 866.

³⁶² Escéptico con las posiciones que desconocen las diferencias entre ambos sistemas, HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts: I*, p. 755. Referencias sobre la disolución de esa radical distinción, y que se manifiesta, entre otras, en el incremento de los daños punitivos y en la expansión del derecho criminal para la sanción de violaciones tradicionalmente de naturaleza civil y que llevan una condena moral, en ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 210 y ss.

³⁶³ La expresión es de BUSNELLI, Francesco, *La parabola della responsabilità civile, passim*.

acercan el sistema de responsabilidad civil al penal, no parece posible seguir manteniendo una radical dicotomía.

En el otro extremo, y como una reacción a esas manifestaciones que acercan ambos sistemas, nos encontramos con una tendencia contrapuesta, que pretende restar a la responsabilidad civil todo elemento sancionador, y convertirla, junto con los demás instrumentos de política social, en una simple técnica de distribución de costes de los accidentes. Ello se advierte en quienes hablan de ésta como simple *derecho de daños*, y quienes afirman que los criterios de la *responsabilidad objetiva* son definitorios de su contenido y de su función. Esta segunda tendencia, separa a tal extremo responsabilidad civil y responsabilidad penal que no es posible encontrar entre ambas ningún elemento en común, lo que imposibilita comprender las interferencias y superposiciones que se advierten en sus ámbitos de aplicación práctica.

En atención a que los fenómenos expresados alteran el discurso ordinario de la responsabilidad civil, ya porque la acercan a la penal, ya porque niegan toda filiación común, constituyen los dos extremos de una parábola, que describe la oscilación entre una función punitiva y una mera función de distribución.

a) Función punitiva de la responsabilidad civil

Expresiones de la función punitiva de la responsabilidad civil se encuentran tanto en la pena privada como en los daños punitivos, así como en la creciente desmaterialización de la noción de daño.

a.1) La pena privada y los punitive damages

En muchos contextos resulta complejo diferenciar entre responsabilidad punitiva y resarcitoria. No sólo históricamente, sino también en la actualidad y de manera creciente, nos encontramos con sanciones cuya naturaleza no resulta posible deslindar

con claridad en base a los criterios que caracterizan los paradigmas ya mencionados³⁶⁴. A esas figuras intermedias se las llama de diversos modos: pena privada, o *punitive civil sanctions*³⁶⁵, entre otras³⁶⁶.

Con independencia de la denominación que les demos, ellas constituyen expresión de un ámbito intermedio de sanciones, en que confluyen criterios propios de la responsabilidad punitiva y de la resarcitoria y que cuestionan esa bipartición central en nuestra comprensión del derecho. En ese contexto, nos encontramos con indemnizaciones que exceden el daño ocasionado y en las que la medida de la sanción no es éste, sino la gravedad de la infracción³⁶⁷.

³⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 318. Para MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1844 y ss., la creciente consagración de esas figuras se explica en las siguientes razones: la influencia del utilitarismo en la fundamentación de las sanciones, que concibe tanto sanciones civiles como penales como medios para la prevención o la disuasión; la expansión general de las sanciones; el crecimiento del Estado administrativo y los obstáculos procesales del proceso criminal. Ver, asimismo, FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 13-14; MÜLLER, Peter, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht*, p. 7 y ss.

³⁶⁵ Ver intento de definición de la pena privada en CASADO, Belén, *El derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos*, p. 33 y ss. Dentro de la categoría de *punitive civil sanctions*, MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: The middleground between criminal and civil law, passim*, distingue las *state invoked punitive civil sanctions* y *private invoked punitive civil sanctions*, con caracteres diferentes aunque no esencialmente diferenciados como considera parte de la doctrina. Ver, en relación con la pena privada, GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile, passim*; CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, passim*.

³⁶⁶ Para una exposición de los diversos tratamientos que la jurisprudencia norteamericana ha dado a estas figuras ver MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1816 y ss.: en una aproximación funcional, como sanciones penales, con los efectos procesales que ello determina; una aproximación formalista, que considera las sanciones como civiles en la medida en que así han sido denominadas; una aproximación compensatoria, conforme con la cual las sanciones monetarias se consideran como una compensación y no como un castigo; y una aproximación disuasoria, en que se consideran las sanciones punitivas como un mecanismo de poder estatal utilizado para disuadir conductas contrarias a derecho, con la dificultades que plantea la distinción entre castigo y disuasión.

³⁶⁷ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1799-1815 distingue entre las sanciones punitivas civiles monetarias las siguientes: *multiple damages, civil money penalties and forfeitures*: "Multiple damages require a monetary payment measured by a multiple of actual damage, usually double or treble, in addition to disgorgement, restitution and simple compensation. Civil money 'penalties' resemble multiple damage, but carry a stigma for the losing defendant that is not usually associated with the label 'multiple damages'. Money penalties are often determined independently of the damage caused, which make them potentially more disproportionate to actual damage than multiple damages. Furthermore, they are sometimes assessed through administrative rather than judicial proceedings. Forfeitures, which impose a monetary payment equivalent to the value of the property forfeited, are also unrelated to the amount of damage caused. They too impose a non-compensatory payment on the property owner. A distinctive aspect of the forfeiture proceedings is that the action is brought against the property (*in rem*) rather than against the person".

Una de las manifestaciones de las *punitive civil sanctions*, crecientes en número y en intensidad en los sistemas jurídicos³⁶⁸, es la de los *punitive damages*, creados y aplicados en el sistema anglosajón³⁶⁹. Se caracterizan porque la condena a indemnizar perjuicios excede la reparación del daño ocasionado y porque tienen la finalidad de sancionar al autor del hecho o servir de ejemplo a potenciales autores. Normalmente se reservan para aquellos supuestos en que el jurado determina que “el demandado causó dolosamente un daño al actor (*‘intentionally’, ‘maliciously’*), es decir, aquéllos en los que la conducta del demandado pone de manifiesto una desconsideración consciente (*‘conscious’, ‘reckless’, ‘willful’, ‘wanton or oppressive disregard of rights and interests of the plaintiff’*)”³⁷⁰ aunque no en todos ni con los mismos matices en los países del *common law*³⁷¹.

Lo que parece claro es que la referida institución tiene una función completamente diversa de la que tradicionalmente se asigna a los sistemas de responsabilidad civil: “Los *punitive damages* se imponen para prevenir, pero también para castigar y enseñar (Prosser); para prevenir tanto como para retribuir y expresar indignación –dicho positivamente: reafirmar la confianza en el derecho violado y hacer justicia (Fleming)”³⁷², cualidad que los acerca a la función que se atribuye al derecho penal o a la función expresiva de la pena³⁷³.

Los fenómenos de globalización obligan a un pronunciamiento de los sistemas jurídicos continentales en torno a la referida institución. En efecto, ¿es procedente que las sentencias dictadas en los países en los que se reconocen los daños punitivos sean aplicadas en otros países en los que éstos son ajenos?³⁷⁴ Existen voces críticas frente a ese interrogante, pues en una respuesta afirmativa se advierte una vulneración del orden

³⁶⁸ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground criminal and civil law*, p. 1798; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 48.

³⁶⁹ Ver, a este respecto SALVADOR, Pablo, *Punitive damages*, p. 139 y ss; MÜLLER, Peter, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht*, p. 7 y ss.

³⁷⁰ SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 164. Ver, asimismo, GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 49; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 7.

³⁷¹ GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 49.

³⁷² SALVADOR, Pablo, *Punitive damages*, p. 146.

³⁷³ FEINBERG, Joel, *The expressive function of punishment*, p. 638; DE ÁNGEL, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, p. 69.

³⁷⁴ GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 51; MÜLLER, Peter, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht*, p. 15 y ss.

público interno, en tanto confunde la clara distinción entre las funciones de reparación y de prevención que se atribuyen a la indemnización de perjuicios y a la pena; y en tanto da lugar a un beneficio o enriquecimiento para la víctima del delito que es difícil de fundamentar en los sistemas en que las pretensiones de ésta se reducen al restablecimiento de su patrimonio al estado anterior a la comisión del hecho ilícito o, si ello no es posible, a obtener una compensación por el daño ocasionado³⁷⁵. Sin embargo, hay quienes promueven su discusión en los sistemas de derecho continental, aprobando su estructura desde el punto de vista del análisis económico del derecho o postulan la justificación de penas privadas en determinados ámbitos de actividad o ya las reconocen en muchas de las figuras en que la pretensión resarcitoria de la indemnización civil es difícil de justificar³⁷⁶.

a.2) Acerca de la desmaterialización del daño indemnizable en materia de responsabilidad civil

Otro de los fenómenos que caracterizan la evolución del derecho civil contemporáneo y que lo acercan a la función punitiva es el de la desmaterialización del concepto de daño indemnizable: el daño es concebido cada vez menos como el efectivo menoscabo padecido en un determinado bien. De un concepto material o concreto de daño se ha avanzado a un concepto ideal, ligado a la lesión del derecho³⁷⁷.

³⁷⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 46; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 166- 167; PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 745- 747. Crítico con una exclusión de toda función de prevención al derecho de daños, ROSENGARTEN, Joachim, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, p. 1935 y ss.

³⁷⁶ MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: a middleground between criminal and civil law*, p. 1861-1865; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 71; GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 7 y ss. que establece como ámbitos en que parece oportuno recurrir a la pena privada aquellos que denomina de responsabilidad civil sin daño o en que éste tiende a esfumarse como sucede en los atentados contra derechos de la personalidad; aquellos supuestos en los que el dañador ha obtenido un enriquecimiento con el hecho ilícito que excede el daño efectivamente ocasionado y aquellos casos en que el costo social del ilícito es superior a aquél del singular sujeto dañado, como sucede en supuestos de responsabilidad por el producto o daños al medio ambiente, en los que la sola imposición de una indemnización por los daños singulares no cumple efectos disuasorios o en los supuestos de delitos de bagatela.

³⁷⁷ DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 103, ya en relación con la evolución que se advierte en la extensión del ámbito de la responsabilidad por culpa.

Muchos podrán advertir que éste no constituye un fenómeno que exclusivamente alcance al derecho civil, sino que se advierte, más bien, en todos los ámbitos y ramas del derecho. Sin embargo, no deja de llamar la atención que se asiente en un sistema al que tradicionalmente, y aún a esta fecha, se le atribuye únicamente la función de reparar - entendida ésta como una de restablecimiento patrimonial- y en que el mismo concepto de daño indemnizable se define por su contenido fáctico.

Este fenómeno ha tenido lugar a consecuencia de la ampliación del concepto de daño moral³⁷⁸. Tradicionalmente, éste era concebido como el perjuicio extraeconómico, esto es, el que ocasionaba un dolor moral al hombre sin afectar su patrimonio. De ahí que a la indemnización por los daños morales se la definiera como el precio del dolor o *pecunia doloris*. Se aceptaba de manera prácticamente unánime su indemnización³⁷⁹, pese a reconocer la imposibilidad de su cuantificación en dinero y de que la indemnización se fijara en atención a la culpa del agente o la gravedad del hecho, consideraciones en principio ajenas a la institución de la responsabilidad civil. En la actualidad, sin embargo, es posible notar cómo el daño moral deja de encontrarse ligado al ámbito extrapatrimonial del individuo y se identifica cada vez más con la violación del derecho. En efecto, y de manera creciente, se estima concurrir el daño moral toda vez que el sujeto ve afectado su ámbito de libertad o de intangibilidad reconocido por las normas jurídicas. Así, se admite la responsabilidad civil en la pérdida de determinadas oportunidades; la indemnización en sede de responsabilidad civil por la ruptura de la planificación vital, o que se indemnicen los daños morales padecidos por personas jurídicas³⁸⁰.

³⁷⁸ Crítico con este fenómeno y defendiendo una limitación de los daños morales al constatar las consecuencias de la expansión en la propia coherencia del sistema, DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 324 y ss.

³⁷⁹ Una exposición de las diversas teorías desarrolladas en relación con la procedencia de la indemnización por daños morales, GARCÍA LÓPEZ, Rafael, Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia, p. 99 y ss. Ver, asimismo, GÓMEZ, Fernando, *Daño Moral, passim*. Cuestión que sí ha sido debatida en materia de responsabilidad contractual, aunque habiéndose asentado en la actualidad la posición que los acepta, aún cuando limitadamente, también en esta sede, MAZEAUD, Henri y León/TUNC, André, Tratado de responsabilidad civil, p. 465 y ss. Sin perjuicio de que existen autores que reconocen que en la reparación de tales daños se contiene un principio que difiere de la mera reparación, ver HIRSCH, Hans, *Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht*, p. 6.

³⁸⁰ KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante la protección del derecho*, p. 53. Crítico con esta posición, GÓMEZ, Fernando, *Daño moral, passim*. En un extremo, la situación de pretensiones indemnizatorias por la propia vida, MERKEL, Reinhard, *Wrongful birth- wrongful life: Die menschliche Existenz als Schaden?*, p. 173 y ss.

El análisis de los casos en que se imponen condenas por daño moral; la constatación de la casi nula exigencia de acreditación del mismo, y de los criterios que llevan a su cuantificación, permite constatar cómo, bajo su rúbrica, comienzan a ser indemnizados daños patrimoniales de difícil cuantificación y concluir en el sentido que éstos, en definitiva, se aplican como sanción en los casos en que el daño patrimonial es reducido³⁸¹.

Este fenómeno nos alerta sobre una difuminación creciente del daño o sobre la desmaterialización del mismo. El daño comienza a ser cada vez menos un elemento ajeno o distinto de la contravención de la norma. Con la desmaterialización del daño indemnizable en materia de responsabilidad civil vemos un creciente acercamiento entre los sistemas de responsabilidad civil y penal. Si ya en la indemnización de los tradicionales daños morales era discutible la función de reparación del derecho de la responsabilidad civil, con la extensión y énfasis del nuevo sistema es cuestionable que efectivamente pueda hablarse de un daño indemnizable que sea distinto de la infracción del derecho y que éste pueda entenderse separado del elemento subjetivo del agente³⁸². En esa misma situación, resulta aún más discutible que la función que efectivamente tiene o comienza a cumplir el sistema de la responsabilidad civil sea la reparación y no la sanción³⁸³.

b) Función de distribución de la responsabilidad civil

En el otro extremo de la parábola, nos encontramos con los discursos que, de la mano de una interpretación extensiva de la responsabilidad civil, la privan de todo contenido

³⁸¹ GÓMEZ, Fernando, *Daño moral, passim*.

³⁸² Se avanza, en definitiva, a un concepto de ilícito bastante similar al de la responsabilidad penal, en el que el daño relevante desde un punto de vista jurídico está conformado de manera indisoluble por el resultado y la acción del sujeto, dentro de la cual se comprende el elemento subjetivo. En definitiva, a que el elemento subjetivo forme parte del daño frente al que reacciona el sistema normativo.

³⁸³ En cuanto a los efectos negativos que tiene para la prevención la función sancionadora que cumple la condena a daños morales, ver GÓMEZ, Fernando, *Daño moral, passim*.

sancionatorio, y de los elementos que –como se tratará en detalle en los capítulos siguientes- caracterizan la responsabilidad.

En las sociedades postindustriales es un lugar común afirmar que la responsabilidad civil se encuentra enfrentada a un fenómeno de expansión³⁸⁴. Se constata que al derecho se le pide intervenir en muchos supuestos completamente alejados y muchas veces contrapuestos con aquellos que han sido objeto tradicional de este sistema. Se advierte cómo, de remedio excepcional de traslación del daño, se ha convertido en un medio de planificación social destinado a la prevención de accidentes y de parcelación y distribución de los costes que tienen lugar en una multiplicidad de nuevos ámbitos de actividad³⁸⁵. Tantas han sido las transformaciones del instrumento responsabilidad que no es extraño que algunos autores no hablen de su expansión sino de una verdadera desaparición de éste entre el conjunto de mecanismos de distribución de riesgos propios de una determinada sociedad³⁸⁶.

³⁸⁴ HEDEMANN, Justus, Tratado de derecho civil, p. 510.

³⁸⁵ GALLO, Paolo, Pene private e responsabilità civile, p. 5- 6. De ahí que sea posible aventurar que sus caracteres actuales se vinculan estrechamente con la evolución del seguro, LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2313; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 16- 17; DÍEZ, Gema/ ARANA, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños, p. 19 y ss., el que se refleja en el principio *pro damnato*, conforme con el cual “por regla general, todos los daños y riesgos que la vida social lleva aparejada deben dar lugar al resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”. Ver MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, Elementos de responsabilidad civil, p. 11, quienes resaltan las consecuencias prácticas de la definición que se siga de responsabilidad civil: “Se comprende, en efecto, que quienes adopten una definición restringida de responsabilidad, se muestren exigentes cuando se trate de obligar a alguien a reparar el perjuicio que ha ocasionado; que, sobre todo, se nieguen a condenarlo cuando nada hay reprehensible en su conducta, cuando no ha cometido ‘culpa’ alguna. Pero ¿cómo admitir tal exigencia cuando se declara que cualquier persona, aun la víctima, que soporte el perjuicio, es de él responsable? No habría ya, en el problema de la responsabilidad, sino la comprobación de un hecho escueto. Puesto que se requiere imprescindiblemente un responsable ¿por qué, en el caso de que no se haya cometido culpa alguna, habría de serlo más bien la víctima que el autor del perjuicio? Jossierand ha comprendido tan bien la dificultad que, precisamente para negar la necesidad de la culpa, ha adoptado aquella definición amplia de la responsabilidad. No es idéntico el estado de espíritu según que averigüemos si existe un responsable o que nos preguntemos, admitida la necesaria existencia de un responsable, cuál de los dos, el demandante o el demandado, va a desempeñar ese papel. En el primer caso, vacilamos en proclamar la responsabilidad: es una situación nueva la que se crea. En el segundo caso, no podemos vacilar: el perjuicio, por sí solo, hace nacer la responsabilidad”.

³⁸⁶ VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 7 y ss. y p. 16- 17, quien resume la evolución del derecho de la responsabilidad civil en dos estadios: de una responsabilidad individual, a una responsabilidad colectiva, y la de la desaparición de esta institución entre los distintos mecanismos de distribución de riesgos. Sin perjuicio de que hay quienes describen la trayectoria del instituto como una *parábola*, en el sentido que, traspuesto el cénit de su configuración, declina, ver BUSNELLI, Francesco, *La parabola della responsabilità civile, passim*; GALLO, Paolo, Pene private e responsabilità civile, p. 4. Una manifestación de la fase regresiva de esa parábola puede encontrarse en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, que reafirman el carácter

En el discurso actual se habla del auge de los sistemas de *responsabilidad objetiva*, en los que se impone a los sujetos el deber de soportar todo menoscabo que ocasionen en un determinado ámbito de actividad que, si bien permitido, es fuente de riesgos para bienes o derechos de terceros. Asimismo, de las reglas procesales, surgidas ya legislativa ya jurisprudencialmente que alteran las reglas de la carga de la prueba del daño³⁸⁷.

Esa expansión de las funciones y del sentido de la responsabilidad civil se ha logrado por la vía del cuestionamiento y laxitud de todos sus elementos³⁸⁸. De los intereses protegidos en sede de responsabilidad; de la propia noción de daño, la que se acerca cada vez a la infracción de derecho; de la relación de causalidad, la que muchas veces resulta difusa o derechamente se presume; la de la ilicitud, a la que se renuncia para reaccionar frente a daños derivados de conductas socialmente valoradas; a la de culpa, la que, perdiendo su contenido como directriz concreta, se transforma cada vez más en una fórmula vacía que se completa *a posteriori* y que concurre siempre que se constata el daño o que se reemplaza derechamente por la de riesgo; así como en la ampliación de los sujetos legitimados para demandarlo³⁸⁹.

extraordinario de ésta en los supuestos de daño, y el criterio general de imputación de culpa, salvo en los supuestos de actividades anormalmente peligrosas en las que se prevé el régimen de responsabilidad objetiva. Lo que explica el surgimiento de tendencias de contención caracterizadas, por ejemplo, por la exigencia de un riesgo extraordinario para que se altere la carga de la prueba de la culpa, ver, DÍEZ, Gema/ ARANA, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños, p. 22 y ss.

³⁸⁷ DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 32- 33, precisión que tiene lugar en el derecho español no sólo con la proliferación de regímenes especiales de responsabilidad objetiva, sino producto de la interpretación jurisprudencial. En ella se prescinde de la culpa como criterio de imputación de un determinado resultado, bastando la concurrencia de la relación de causalidad entre el hecho arriesgado y el daño. DÍEZ, Gema/ ARANA, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños, p. 23 y ss.

³⁸⁸ DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 19 y ss.

³⁸⁹ GALLO, Paolo, Pene private e responsabilità civile, p. 5 quien habla de una expansión que se manifiesta no sólo en los intereses protegidos, sino también en el quantum objeto del resarcimiento o la entidad de la obligación resarcitoria. DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 235- 241, que advierte la ampliación de la noción de daño moral. En otros supuestos, la jurisprudencia se contenta con la probabilidad de su existencia, DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 31 y 77 y ss. lo que se advierte de manera marcada en materias de responsabilidad profesional, en materia de responsabilidad por el medio ambiente, y en la responsabilidad por la pérdida de una oportunidad o chance. Una descripción de los ámbitos en los que ha tenido lugar la expansión en AGOGLIA, María, El daño jurídico. Enfoque actual, p. 1- 7. De esta manera, por la vía de ensanchar cada uno de sus elementos, la propia noción de caso fortuito como criterio delimitador de responsabilidad desaparece, ver DÍEZ, Gema/ ARANA, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños, p. 24: “Se ha extralimitado el concepto de daño y se ha extremado el criterio de la diligencia exigible de

Esa tendencia a la expansión –y a la consecuente pérdida de sentido de la institución, tal como tradicionalmente se la comprende– queda reflejada en el propio lenguaje jurídico³⁹⁰. Crecientemente la invocación a la responsabilidad civil se ha transformado en el recurso al *derecho de daños*; la noción de delito civil ha sido reemplazada por la de *accidente*; la propia referencia a la responsabilidad por la de garantía³⁹¹.

Ese extremo de la evolución, además de restar valor a los presupuestos que llevan consigo la imposición de la reacción estatal, elimina las consideraciones individuales y tiende a la socialización del fenómeno del daño y de las otrora fuentes justificatorias de la responsabilidad³⁹². Se advierte cómo la noción subjetiva o normativa de la responsabilidad va cediendo paso a una concepción que atiende únicamente a los resultados o efectos, bajo la presión de consideraciones de naturaleza económica más que jurídica y sujeta a la influencia de la lógica del seguro³⁹³. En ese mismo sentido, se habla de un desplazamiento de la responsabilidad desde la persona del dañador al dañado³⁹⁴.

La responsabilidad, entendida como un juicio sobre la conducta del sujeto a quien se le pide cuenta de sus actos y a quien se le impone una determinada sanción, cede paso a la consideración de la responsabilidad desde un punto de vista estático, que considera sólo el resultado de ese juicio: qué patrimonio debe soportar un determinado efecto o resultado, o con qué bienes concretos se responde.

tal modo que no cabe por menos que afirmar la casi inexistencia práctica del caso fortuito. No es ya solo que exista una automatización de la presunción de culpa, sino que lo realmente difícil de encontrar, en los fundamentos de las sentencias, es el caso fortuito mismo. Toda actividad de riesgo, aunque sea el general de la vida, que comporte la mínima probabilidad de un daño es imputable directamente a su agente y, por regla general, sin procedimiento alguno de verificación de los presupuestos de la responsabilidad. En muchos casos, se requiere la previsibilidad de un hombre clarividente, la diligencia de un extraordinario padre de familia y la pericia del más experto profesional. En definitiva, se han roto las barreras de la lógica jurídica, económica y social”.

³⁹⁰ RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 57- 58.

³⁹¹ DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 16- 17.

³⁹² DÍEZ, Gema/ ARANA, El desbordamiento del derecho de daños, p. 20, al punto de afirmar que en la jurisprudencia reciente en muchos casos la responsabilidad tiene lugar sin injusto, sin causa y sin culpa.

³⁹³ SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 51 y ss.; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 30- 31 y 217- 218; CHIRONI, Gianpietro, La culpa en el derecho privado moderno. Culpa extracontractual, p. 39

³⁹⁴ RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 58- 59.

En ese sentido, podríamos decir que el llamado *derecho de daños* ha perdido los elementos que lo hacen propiamente un sistema de responsabilidad y el significado que socialmente se atribuye a esta institución. La pérdida del contenido de la responsabilidad civil y del significado de esta institución en el sistema social³⁹⁵ hace que constituya cada vez menos un mecanismo de dirección de las conductas de los sujetos y que los demás mecanismos de responsabilidad –incluido el sistema penal– sufran las presiones de una sociedad que exige respuestas con sentido, que supongan una desvaloración de los resultados dañosos y que tiendan a su prevención.

Las presiones de expansión que sufre el derecho penal cuando la responsabilidad civil pierde su contenido característico ponen en evidencia, una vez más, que existe una comunidad interna entre ambas manifestaciones, y que ellas en definitiva, con ciertos matices, dan cuenta de una misma institución social.

7.2.3.2. La *parábola* de la responsabilidad penal. De la función de reparación a la función de aseguramiento

En el ámbito del derecho penal nos encontramos también con extremos que pueden caracterizarse analógicamente con los de una *parábola*. En el discurso y en la aplicación práctica del sistema criminal es posible hallar manifestaciones que lo acercan a la responsabilidad civil –que vienen dadas tanto por el acento en la persona de la víctima como por la importancia de la reparación en el ámbito sustantivo y procedimental– así como tendencias que lo alejan completamente de su contenido sancionatorio, y que lo acercan a una simple función de aseguramiento de conductas peligrosas³⁹⁶.

³⁹⁵ En cuanto a los peligros de esta tendencia, SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 38- 39.

³⁹⁶ Podrían estimarse otros extremos de esta *parábola* las tendencias derivadas del ideal de justicia restaurativa que deriva de las doctrinas penales de ‘lucha contra la impunidad’ y ‘derecho de la víctima al castigo del autor’, ver SILVA, Jesús, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’*, *passim*.

También en la medida en que se confunde con la responsabilidad civil o porque se aleja de la institución de la responsabilidad, las referidas manifestaciones nos hablan del sustrato común, y de los peligros de mantener una visión completamente separada de sus dos expresiones paradigmáticas.

a) De la función reparatoria de la responsabilidad penal

Hace bastantes años que en el discurso penal se escuchan voces que abogan por un rescate de la persona de la víctima y por una valoración de las consecuencias materiales que, para ésta, ha ocasionado el delito; y que postulan la reparación no sólo como una de las aspiraciones accesorias del procedimiento penal, sino como una de las funciones que ha de cumplir el sistema penal. Esta tendencia se expresa, a modo ejemplar, en las instituciones de la acción civil derivada del ilícito penal, en el resurgimiento de la persona de la víctima en el proceso y en el derecho penal, y en la reparación como tercera vía del derecho penal, instituciones que serán tratadas someramente en lo que sigue:

a.1) La acción civil derivada del ilícito penal

Una de las primeras expresiones del vínculo entre reparación y responsabilidad penal tuvo lugar a propósito de la denominada *responsabilidad civil ex delicto*. En el pasado, se planteó un gran debate sobre su naturaleza jurídica, y en relación a si constituía una forma de reparación impuesta con finalidades punitivas. La respuesta a esta cuestión, no obstante, se encuentra asentada ya en la actualidad: tanto penalistas como civilistas coinciden que con ella no se alude sino a la acción de responsabilidad extracontractual que fue consagrada en los códigos penales por razones históricas, pero que no difiere de la acción que regula el Código Civil³⁹⁷; de manera que no se ejercita con pretensiones

³⁹⁷ Debido a que la codificación penal, al menos en España, fue anterior a la civil. Ver, MIR, Santiago, Derecho penal. Parte general, p. 54- 55; DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 97- 98; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del C. Civil*, p. 1973; MAPELLI, Borja/ TERRADILLOS, Juan, Las consecuencias jurídicas del delito, p. 235; MIR,

sancionatorias. La única diferencia con la acción de responsabilidad civil ordinaria estaría dada porque deriva de un hecho que, junto con ser dañoso, es penalmente relevante. Se otorgarían facultades al juez penal para decidir cuestiones civiles por razones de economía procesal; de manera que daría cuenta de una disposición procedimental y no reguladora de una cuestión material.

Pese a lo anterior, esta institución ha generado notorios problemas prácticos derivados de su tramitación conjunta con la acción penal y que se traducen en verdaderas interferencias entre uno y otro sistema de responsabilidad. Ello sucede, por ejemplo, en aquellos casos en que la responsabilidad penal desaparece o en que ésta es difusa; casos en que los Tribunales, con el objeto de dar satisfacción a la víctima, tienden a fundamentar, una vez constatada la existencia de un daño, la concurrencia de una acción imprudente relevante desde un punto de vista penal³⁹⁸.

Dicha institución, por lo demás, ha sido objeto de importantes críticas, en atención a que su aplicación práctica dista mucho de la responsabilidad extracontractual en sede civil y atendido que, de manera creciente, se impone en supuestos que no revisten la calidad de *ex delicto*³⁹⁹. Como resalta SILVA⁴⁰⁰: “Los tribunales penales, en el marco de la denominada ‘responsabilidad civil derivada de delito’, tienden a pronunciarse de modo creciente sobre el cumplimiento de obligaciones que no surgen del daño específico del delito, ni siquiera los daños imputables a la conducta delictiva según las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. Así puede afirmarse que la ‘responsabilidad civil derivada de delito’ comprende hoy el pago de obligaciones *ex delicto* o, más genéricamente, *ex damno*, pero también de obligaciones *ex contractu* o *ex lege*, de las

Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, p. 28- 29. En el mismo sentido, GÓMEZ, Emilio, Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, p. 319 y ss.; DE LA OLIVA, Andrés/ ARAGONESES, Sara, et. al., Derecho procesal penal, p. 238; FONT, Eduardo, La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal, p. 11 y ss.

³⁹⁸ Véase DÍAZ, Silvia, *Comentarios a la sentencia de 19 de octubre de 1990*, p. 1059 y ss; MAPELLI, Borja/ TERRADILLOS, Juan, Consecuencias jurídicas del delito, p. 243 y ss. En atención a que es solamente en razón de la sentencia condenatoria penal que el juez penal de esa jurisdicción adquiere competencia adhesiva en el ámbito civil, FONT, Eduardo, La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal, p. 125. Ver, asimismo, SILVA, Jesús, *¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*, p. 10 y ss.

³⁹⁹ SILVA, Jesús, *¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*, p. 3.

⁴⁰⁰ SILVA, Jesús, *¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*, p. 11.

que es acreedor el sujeto pasivo del delito y que guardan algún género de conexión – incluso difusa- con dicho delito⁴⁰¹.

a.2) *El resurgimiento de la persona de la víctima*⁴⁰² *en el proceso y en el derecho penal*

La evolución del derecho penal –desde su desvinculación y diferenciación con el derecho civil- puede ser caracterizada como un alejamiento creciente de la persona de la víctima⁴⁰³ y por su *orientación hacia el autor*⁴⁰⁴. El Estado interviene, en un primer momento, como representante de la persona de la víctima, aunque crecientemente va adquiriendo un lugar propio, fundado no ya en el interés de ésta, sino en el de los potenciales afectados, esto es, de la sociedad toda⁴⁰⁵. En él, la víctima es considerada como un *elemento* en la construcción del sistema de la teoría del delito y fundamentalmente, como un medio de prueba en el proceso penal⁴⁰⁶.

Uno de los hitos relevantes de esta tendencia se produce con el asentamiento de la teoría de los bienes jurídicos, que reemplaza la que veía el objeto de protección del sistema penal en los derechos subjetivos, noción indisolublemente unida a la víctima real y concreta del daño padecido: al admitirse que el bien protegido por el derecho penal puede ser ajeno a ese sujeto concreto, necesariamente se avanza a una separación con la

⁴⁰¹ En relación con los conflictos que suscita esta reglamentación en supuestos de responsabilidad objetiva u objetivada, DE ÁNGEL, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, p. 100.

⁴⁰² A este respecto nos parece acertada la precisión que efectúa SILVA, Jesús, *Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación*, p. 221 y ss. quien distingue entre la víctima real del delito, y la víctima potencial (o víctimas potenciales) del mismo. Cuando aludimos al resurgimiento de la persona de la víctima estamos aludiendo a la víctima real.

⁴⁰³ CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 49- 50.

⁴⁰⁴ ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, p. 1041 y ss.

⁴⁰⁵ HASSEMER, Winfried, Fundamentos de derecho penal, p. 92; DÍEZ RIPOLLÉS, José, La política criminal en la encrucijada, p. 76- 77. En sentido contrario, DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 83- 84. Mantiene, no obstante, la vinculación a la víctima, FLETCHER, George, Conceptos básicos de derecho penal, p. 71- 72.

⁴⁰⁶ KERNER, Hans Jürgen, *Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y experiencias de la aplicación práctica*, p. 372.

víctima del delito⁴⁰⁷. Otro de los extremos de esa evolución, y que tiende al mismo resultado, lo constituye el desarrollo de las teorías de la pena, con el abandono de las teorías retributivas y el asentamiento de aquellas que encuentran el fin de ésta no ya en el daño ocasionado o pasado –y, por lo tanto, en la víctima real-, sino en el daño futuro y, por consiguiente, en la víctima potencial e indeterminada⁴⁰⁸.

No obstante, hace bastantes décadas que se escuchan voces en el sistema penal que defienden la necesidad de rescatar el papel de la víctima, olvidado en buena medida u oculto en el desarrollo de otras consideraciones no sólo por la dogmática del derecho penal sino, asimismo, por las ciencias sociales auxiliares, tales como la criminología. La euforia de la resocialización ha dado paso a la euforia político-criminal por el ofendido⁴⁰⁹. Esta tendencia aboga por la búsqueda de un nuevo equilibrio en el sistema de derecho procesal y de derecho penal que redescubra como sujeto fundamental a la víctima del delito⁴¹⁰.

Se habla de una necesaria *orientación a las consecuencias* del sistema penal, en el sentido de redescubrir el sustrato material frente al que reacciona, el conflicto entre el autor y la víctima: “Autor y víctima representan la realidad de la que se ocupa el derecho penal, ambos son los actores del caso práctico jurídico-penal. El ‘conflicto por desviación’ que el sistema penal ha de solucionar o, en su caso, tratar con su

⁴⁰⁷ ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, p. 1042- 1043.

⁴⁰⁸ LESCH, Heiko, La función de la pena, p. 39.

⁴⁰⁹ GAROFALO, Raffaele, Indemnización a las víctimas del delito, p. 57 y ss.: “Y, sin embargo, la verdad es que esta clase de personas, a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer, debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delincuentes, que parece ser la única de que los actuales legisladores se preocupan. Si la razón primera de la existencia del Estado es la tutela de los derechos de los ciudadanos, parece que cuando dicha tutela ha sido inútil, deba aquella institución hacer algo por reparar el mal que no supo impedir, no obstante que, precisamente para impedirlo, perciba los impuestos y limite de mil maneras la libertad individual. El Estado es injusto si abandona a aquellos que, confiados en la prometida garantía de los poderes sociales, no se previnieron contra las agresiones de los malhechores, como lo habrían hecho si hubiesen vivido en sociedades peor organizadas y menos civilizadas”; HASSEMER, Winfried, Fundamentos de derecho penal, p. 89.; HIRSCH, Hans, *La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal con especial referencia a la reparación*, p. 561; FERREIRO, Xulio, La víctima en el proceso penal, p. 31 y ss.; SILVA, Jesús, *Comportamiento de la víctima y teoría del delito*, p. 74.

⁴¹⁰ Para HIRSCH, Hans, *La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal con especial referencia a la reparación*, p. 561, este fenómeno pone de manifiesto una cierta desconfianza en la reacción del Estado frente al delincuente.

instrumental, surge entre personas cada una de las cuales juega su papel en el caso, el papel del autor y el papel de la víctima”⁴¹¹.

Desde esa perspectiva, se propone una tendencia que abandone el exclusivo estudio de la dogmática, de las normas penales y de su estructura y que avance hacia la realidad del delito⁴¹². En el sistema penal moderno se advierten las consecuencias de la propuesta de política social que postula el rescate de la persona de la víctima. Una de esas importantes tendencias es la creciente importancia de los actos penales de reparación en el sistema de la dogmática penal y en el mismo proceso penal⁴¹³; así como las propuestas de reacciones civiles frente a determinados ilícitos que se consideran como de bagatela⁴¹⁴.

Lo que queda en evidencia de la tendencia antes señalada, es que la tradicional separación de los ámbitos de responsabilidad civil y penal no parece satisfactoria, ni responde a las necesidades o a las tendencias de la sociedad postindustrial. La víctima no parece satisfecha relegada únicamente a su papel de actor en el procedimiento civil y se advierte la necesidad de su voz y de su participación también en el procedimiento penal. Con qué finalidad, y por qué razón, es una cuestión que no se resuelve. Cabe preguntarse en este estado de cosas ¿qué ha perdido el sistema de responsabilidad civil que la víctima concreta o real no resulta satisfecha, o qué nueva orientación tiene el sistema de responsabilidad penal que la víctima, junto con el Estado, parece un sujeto cuyos intereses deben considerarse incluso en sede del merecimiento de pena?

⁴¹¹ HASSEMER, Winfried, Fundamentos de derecho penal, p. 31.

⁴¹² HASSEMER, Winfried, Fundamentos de derecho penal, p. 33; ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, p. 1044- 1045. Ver, asimismo, FERREIRO, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, p. 189 y ss.; SOLÉ, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, p. 31 y ss

⁴¹³ SILVA, Jesús, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*, p. 213 y ss; HIRSCH, Hans Joachim, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, p. 53 y ss; ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, p. 129 y ss.; ESER, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 13 y siguientes; HIRSCH, Hans, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el derecho procesal penal*, p. 91 y ss.

⁴¹⁴ JUNGE, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, p. 1147 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La política criminal en la encrucijada*, p. 77- 78.

a.3) *En cuanto a la reparación como tercera vía del derecho penal*

Íntimamente vinculado con el tema tratado en el apartado anterior, en la doctrina penal actual se discute sobre la necesidad de que la reparación sea considerada una tercera vía de reacción frente al delito, conjuntamente con la pena y la medida de seguridad⁴¹⁵; tendencia que se ha desarrollado a partir de la constatación de los efectos negativos de la tajante distinción entre los sistemas de responsabilidad civil y penal. Ya lo diría ROXIN: “La clara diferenciación entre la relación del delincuente con el Estado, de un lado, y con la víctima, de otro, parece a primera vista obvia desde una perspectiva lógica y jurídico-sistemática, pero tiene desafortunadas consecuencias en el aspecto político-social. Y ello, porque el castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima, ya que dificulta la reparación del daño por el delincuente o incluso lo impide por completo. Quien se halla en la cárcel y ha perdido su puesto de trabajo, suele carecer de dinero para indemnizar a la víctima. Y quien debe pagar al Estado una multa, se queda frecuentemente sin medios para entregar también algo al perjudicado. La voluntad del delincuente a favor de la reparación suele reducirse asimismo, de manera drástica, por el castigo. El delincuente se dice entonces que su delito ha sido retribuido y expiado con la pena sufrida, por lo que no ve razón alguna para otras prestaciones. Si la indemnización no juega papel alguno en el proceso penal, el delincuente piensa que puede desatenderse de ella”⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Considera que la reparación a la que aluden los partidarios de esta posición dista mucho de la reparación civil de daños, SILVA, Jesús, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*, p. 225 y ss.

⁴¹⁶ Antes GAROFALO, Raffaele, *La indemnización a las víctimas del delito*, p. 71- 72: “En efecto ¿qué identidad puede encontrarse entre una deuda proveniente de un contrato, cuyo incumplimiento ha podido preverse y tomar las oportunas precauciones, y una deuda proveniente de un acto criminoso, es decir, de un acto que no ha violado una norma de conducta *convenida* entre dos personas, sino una norma de conducta *universalmente* aceptada y contra la cual nadie piensa que los demás quieren rebelarse? De ordinario, nadie contrata con un insolvente; y si alguien lo hace, será por falta de prudencia; por lo cual, la pérdida que experimente resultará como un efecto de su propia ligereza: por tanto, deberá sufrir resignado el perjuicio que tan fácilmente pudo evitar, lo mismo que soporta la pérdida del capital aventurado en una empresa arriesgada. Pero, por lo contrario, ¿quién está seguro contra los atentados criminosos, cualesquiera que sean las precauciones que tome? (...) ¿No deberá, pues, considerarse como de verdadero interés social la reparación del daño que la actividad depredatriz ha ocasionado a la actividad pacífica? ¿Y no deberá estimarse como mucho mayor este interés de la sociedad que el que la misma tiene en constreñir a un contratante a que cumpla sus obligaciones para con el otro contratante?”; GAROFALO, Raffaele, *Criminología*, p. 291 y ss.; ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, p. 19- 20.

Los sistemas legislativos han recogido algunas de las consecuencias de esas reflexiones, a través de normas que –no obstante no reconocer directamente a la reparación como una consecuencia jurídico penal- sí la integran al sistema penal y procuran su satisfacción en el contexto del proceso penal. Ejemplos de ellas son las que autorizan a la víctima a ejercitar la acción civil dentro del proceso penal, o aquéllas que consideran los actos de reparación al momento de aplicar la pena, de modo que la concurrencia de éstos puede decidir la procedencia de determinados beneficios procesales para el delincuente⁴¹⁷.

Pese a la existencia de normas expresas en los sentidos antes señalados, ROXIN advierte su escasa relevancia práctica, atendido que subsiste en la mente y en el ejercicio de los actores del proceso penal la separación entre las funciones de la pena y la reparación⁴¹⁸. Resulta necesario, en su parecer, que la reparación sea considerada como un tercer mecanismo de reacción frente al delito, que se integre junto con la pena y la medida de seguridad, y que no sólo esté llamada a moderar ambas reacciones sino, llegado el caso, también a producir su substitución⁴¹⁹.

La reparación cumpliría, juntamente con la pena, funciones de prevención especial y de prevención general. De prevención especial, en tanto obligaría al delincuente a tomar contacto con la víctima y con las consecuencias de su actuar contrario a derecho y a asumir un compromiso en el restablecimiento o reconstrucción de la situación anterior al hecho delictivo. La participación del sujeto en la recomposición de la situación anterior al delito parecería más adecuada no sólo para restablecer al afectado, sino para permitir la resocialización del ofensor⁴²⁰. Asimismo, la reparación tendería a la

⁴¹⁷ Sobre las manifestaciones concretas de esta tendencia legislativa, HIRSCH, Hans, *La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación*, p. 562- 563; SILVA, Jesús, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*, p. 213 y ss.

⁴¹⁸ ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, p. 20.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, p. 22- 23. En el proyecto expuesto por ROXIN en este mismo artículo, páginas 24 y ss., se defiende un concepto amplio de reparación, el que serviría para la sustitución de la pena, la suspensión de ésta y la atenuación de la misma, pudiendo aplicarse de manera universal a todos los delitos y todos los delincuentes. Entendida la reparación en este amplio concepto, podría realizarse no sólo a favor del perjudicado sino, asimismo, respecto de la comunidad, y no sólo de manera pecuniaria sino también simbólica. Ver, asimismo, MAPELLI, Borja/ TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 237.

⁴²⁰ ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, p. 21.

prevención general positiva, en cuanto haría desaparecer la perturbación social que ha significado el hecho.

Esta opinión no es nueva en la doctrina⁴²¹. Sin embargo se ha ido consolidando en la actualidad la utilidad de la reparación para reafirmar la vigencia de las normas, en tanto resulta necesario que antes que el castigo mismo del delincuente se recomponga la situación anterior al hecho ilícito y se satisfaga a la persona de la víctima⁴²².

El reconocimiento de la reparación como una tercera vía de reacción frente al delito nos habla del redescubrimiento de las funciones compensatorias del sistema de responsabilidad penal, así como del abandono de una de las tradicionales diferencias que fundaban la mantención de paradigmas de responsabilidad completamente independientes.

b) De la función de aseguramiento del derecho penal

En el otro extremo de esta evolución, nos encontramos con quienes, de la mano del discurso de la expansión, alejan el sistema penal de los fundamentos de la responsabilidad, y la acercan cada vez más a una institución de simple aseguramiento frente a conductas peligrosas.

El fenómeno de la *expansión*, característico de los sistemas jurídicos contemporáneos, encuentra manifestaciones claras en el derecho penal⁴²³. La evolución del mismo en las sociedades postindustriales podemos caracterizarla del siguiente modo: más derecho

⁴²¹ Ya lo diría BENTHAM, Jeremías, en sus Tratados sobre legislación civil y penal, p. 260 cuando sostiene que la satisfacción no sólo es necesaria para hacer cesar el mal de primer orden sino, asimismo, el mal de segundo orden.

⁴²² Crítico con esta posición se muestra HIRSCH, Hans, *La posición del ofendido en el derecho penal y en el proceso penal con especial referencia a la reparación*, p. 567- 568. Ver, asimismo, ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*, p. 23.

⁴²³ Se habla de expansión en relación con los criterios y la configuración propias del derecho penal liberal, SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal, passim*. En relación con la procedencia de esta terminología y la impropiedad del denominado 'derecho penal clásico' para quienes plantean una posición de resistencia, ver GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 45- 46; MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, p. 305.

penal, más al derecho penal. *Más derecho penal*, esto es, un derecho penal que alcanza ámbitos más extensos y alejados de su núcleo central, referidos fundamentalmente a bienes jurídicos colectivos y que adelanta su intervención a conductas que se encuentran muy distantes de la lesión⁴²⁴. Esa extensión de sus fronteras ha tenido lugar a cambio de una mayor laxitud en sus criterios de imputación y un *desprecio hacia las formalidades*, así como de un deterioro de las garantías que rodean la imposición de la pena desde el derecho penal ilustrado⁴²⁵. En su extremo, las manifestaciones de esa expansión han alcanzado a cristalizarse en lo que se ha denominado *derecho penal del enemigo*⁴²⁶ y cuya propia caracterización como derecho penal se cuestiona⁴²⁷. En relación con el mismo, se propugna derechamente una reacción basada en la peligrosidad en relación con aquellos sujetos que no ofrecen las mínimas garantías cognitivas de sujeción al sistema de reglas vigente.

Más al derecho penal, en cuanto también se le exige hacerse cargo de nuevas funciones sociales, distintas de las que tradicionalmente le han sido asignadas. Funciones más de prevención que de reacción y más de distribución que de imputación⁴²⁸. Se habla de una verdadera pérdida de sentido de la pena y del derecho penal en el sistema social bajo el peso de su *administrativización*. El derecho penal se ha convertido en muchos supuestos “en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales”⁴²⁹. O se alude a un verdadero cambio de paradigma del modelo penal y de su tránsito a uno de la seguridad

⁴²⁴ SILVA, Jesús María, La expansión del derecho penal, p. 20 y ss.; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, . 30- 31 y p. 52 y ss.; GRACIA, Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia, p. 58 y ss.; Díez RIPOLLÉS, José, La política criminal en la encrucijada, p. 136. En relación con las manifestaciones de este fenómeno en lo que dice relación con los delitos de organización, ver CANCIO, Manuel/ SILVA, Jesús, Delitos de organización, p. 17 y ss.

⁴²⁵ CANCIO, Manuel, *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*, p. 90 y ss., quien caracteriza el fenómeno de la expansión bajo los signos de simbolismo y punitivismo; Díez RIPOLLÉS, José, La política criminal en la encrucijada, p. 137; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, p. 31; HASSEMER, Winfried, *Viejo y nuevo derecho penal*, p. 43-48. En sentido contrario, GRACIA, Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, p. 212- 213.

⁴²⁶ CANCIO, Manuel, *De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?*, p. 111- 119.

⁴²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, passim*; JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en derecho?*, *passim*; CANCIO, Manuel, *De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?*, p. 110 y ss.

⁴²⁸ Así, se pide que el derecho penal no sólo satisfaga la pretensión punitiva del Estado, sino que resuelva el conflicto social que subyace al delito, que repare a la víctima y que sirva a la rehabilitación del delincuente. Ver, Díez RIPOLLÉS, José, La política criminal en la encrucijada, p. 133.

⁴²⁹ SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 123.

ciudadana, en que resplandecen las pretensiones de las víctimas reales y potenciales y una determinada concepción particular acerca del delincuente y su actuación criminal⁴³⁰.

En los sistemas de responsabilidad penal se advierten los efectos de la ampliación de las funciones del Estado y de sus métodos e instrumentos de reacción frente a las consecuencias que se estiman socialmente disvaliosas y de protección y aseguramiento de determinados bienes. Junto con la pena, entendida en su sentido tradicional, comienzan a perfilarse instrumentos que, pese a imponer consecuencias igualmente gravosas, tienen un significado distinto y exigen, para su aplicación, presupuestos y elementos diversos de los ordinariamente exigidos por la responsabilidad.

En ese estado de cosas no parece extraño que la doctrina se pregunte sobre la verdadera naturaleza de estas transformaciones y constate cómo la aplicación de las mismas conduce a perder los contornos y el sentido de la responsabilidad penal tal como es ordinariamente comprendida.

A partir de las parábolas de la responsabilidad, antes descritas, se pone de manifiesto el modo en que los dos sistemas paradigmáticos de responsabilidad y sus propios discursos oscilan entre un extremo que los acerca y los confunde, y otro que los separa y diferencia. Ambas tendencias revelan, no obstante, que no nos encontramos frente a dos instituciones radicalmente distintas, toda vez que cuando se acercan continúan conservando sus contornos, mientras que en la medida en que se separan –y se confunden con otras técnicas de atribución como la distribución o el aseguramiento– pierden muchos de sus caracteres definitorios. También en razón de estos sectores en que responsabilidad civil y responsabilidad penal interfieren y revelan sus sinergias es

⁴³⁰ HASSEMER, Winfried, *Viejo y nuevo derecho penal*, p. 56- 57; MENDOZA, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 27- 28; DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La política criminal en la encrucijada*, p. 69 y ss.

posible hallar sustento al sistema unitario de responsabilidad que se postula como hipótesis en la presente investigación.

CAPÍTULO II. CONSIDERACIONES SOBRE UNA VISIÓN UNITARIA DE LA RESPONSABILIDAD

1. Introducción

El análisis del conjunto de explicaciones que la doctrina ha ofrecido tradicionalmente para la distinción entre los sistemas de responsabilidad civil y penal, así como de los problemas que se suceden en ambos, ya en el sector en que entran en relación, ya en aquél en que se incardinan con el sistema jurídico en general, advierte sobre las deficiencias de un tratamiento de la responsabilidad en dos paradigmas completamente diferenciados e independientes.

La hipótesis que se formula a continuación y que será desarrollada en lo que sigue, es que es posible construir, con sentido, un sistema unitario de responsabilidad.

Se asume que la responsabilidad constituye un mecanismo de reacción del Estado que presenta presupuestos, elementos y caracteres que son comunes y que cumple unas mismas funciones en el sistema social, cualquiera sea la rama del derecho en que concretamente se manifieste, sin perjuicio de las especificidades y de la particular coloración que adquiere en cada una de ellas a consecuencia de sus propias reglas.

En la sustentación de esta afirmación, el lenguaje constituye una importante herramienta, toda vez que el que en ambas ramas del derecho se los conciba como sistemas de responsabilidad habla de un núcleo común de sentido que es posible dilucidar.

En aplicación de esa hipótesis, en los Capítulos siguientes se desarrollan los presupuestos y elementos de la responsabilidad, su significado, sus límites y su función, tal como se comprende esta institución, de manera general e indiferenciada, en los sistemas sociales y, concretamente, en los jurídicos.

2. Presupuestos de la responsabilidad⁴³¹

El establecimiento de la responsabilidad jurídica supone la afirmación, en un sentido fuerte, de la pertenencia de un determinado hecho o resultado a un sujeto⁴³². A consecuencia de la misma se otorga a una parcela de la realidad una explicación que la excluye del ámbito del azar, de la necesidad o la naturaleza. Como resultado de su afirmación, ese hecho adquiere un significado social específico: el de una manifestación humana; y motiva una reacción de sentido social peculiar: la sanción.

Establecer la responsabilidad, así como imponer la consecuencia que le es propia presupone una determinada concepción del sujeto y de la realidad. En las reglas que la regulan se trasluce una concepción del mundo: la afirmación de una determinada posición del hombre en relación con la naturaleza y el Estado; así como una opción sobre el modo de resolver los conflictos que se suscitan en el seno del sistema social⁴³³. La responsabilidad constituye sólo uno de los remedios con los que puede actuar el Estado frente a los conflictos intersubjetivos; situación que queda de manifiesto al analizar los otros mecanismos con los que coexiste en los sistemas normativos y los que se advierten en tradiciones culturales diversas a la occidental. Antes de referirnos a los elementos que los sistemas jurídicos contemporáneos exigen para el establecimiento de la responsabilidad y que develan el sentido mismo de esa institución en lo jurídico, corresponde desentrañar los presupuestos de la responsabilidad como concreto medio de reacción social.

⁴³¹ La afirmación de la responsabilidad de un determinado agente importa la formulación de un enunciado que no describe un determinado hecho y que, por consiguiente, no puede ser considerado verdadero ni falso, sin perjuicio de que pueda adolecer de otros defectos que le resten valor o justificación. Sin embargo, la formulación de ese enunciado presupone la verdad de otros hechos, que podríamos considerar presupuestos de su formulación. Ver, AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras, passim* y particularmente p. 94 y ss.

⁴³² La pregunta que responde es la de la imputación, BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 5: "Diese Sache ist derart grundlegend für jedes moralische Denken, dass wir erwarten müssen, sie auf allen Stufen der Geschichte der Moral vorzufinden: Es ist das Problem der Zurechnung. Den Anlass für die Frage nach der Verantwortung gibt in der Regel ein schlimmes Ereignis. Sie wird gestellt, wenn ein Unglück oder ein Verbrechen eingetreten oder zumindestens ein Fehler oder rein Missgeschick passiert ist"; SÁNCHEZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, p. 24- 25: "La imputación se halla, así asociada a un sujeto que se toma por origen de un evento. Imputación es identificación de ese origen (...) Las múltiples causas siguen su curso (regreso ad infinitum). Pero la imputación encierra siempre un origen, un punto de partida".

⁴³³ THOMAS, Jean- Patrick, *Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine*, p. 64.

2.1 El Sujeto responsable

Para que podamos hablar de responsabilidad debemos encontrarnos frente a un determinado individuo a quien ésta pueda ser atribuida. La pregunta por la responsabilidad presupone un determinado sujeto⁴³⁴.

Atendido el contenido fuerte que se confiere a la responsabilidad en el sistema jurídico, la afirmación de la misma exige un sujeto conformado de manera apta para dotar de sentido la atribución y el reproche que ésta conlleva. No podemos afirmar que un hecho pertenece a un sujeto si antes no lo reconocemos como unidad de sentido y potencial agente; carece de contenido hablar de un agente sin presuponer su pertenencia y sujeción a un sistema normativo definido ni resulta posible que un hecho sea entendido como propio sin aludir a las reglas que rigen en él y que condicionan la atribución. De este modo, es posible afirmar que el sujeto de la responsabilidad se encuentra social y normativamente conformado⁴³⁵.

2.1.1 Del sujeto responsable como Uno

La responsabilidad importa un proceso de selección e individuación. A consecuencia de la misma un determinado hecho es separado del devenir ciego y pasa a ser atribuido como manifestación de un sujeto específico y concreto, de un individuo⁴³⁶.

⁴³⁴ CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 51- 52; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2306.

⁴³⁵ Una interesante exposición sobre la evolución histórica del concepto de persona y el fundamento de igualdad y libertad en su construcción normativa en COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, tomo I, p. 220 y ss. Ver, asimismo, RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 169- 170.

⁴³⁶ LEVY- BRUHL, Lucien, *El alma primitiva*, p. 171- 172; BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad*, p. 9- 10: “*Identidad* significa destacar: ser diferente y único en virtud de esa diferencia, por lo que la búsqueda de la identidad no puede sino dividir y separar”; BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 7, quien caracteriza esta evolución como una verdadera revolución moral: “Das Individuum musste aus seinem Gruppenverband herausgelöst und als selbständiges Subjekt seines Handelns wahrgenommen werden”.

Toda vez que la responsabilidad afirma la pertenencia de un hecho supone concebir a aquél a quien ésta se atribuye como una unidad de sentido⁴³⁷. Una entidad separada y suficiente en su materialidad, en su competencia o en sus fines que permite identificarlo con el *Quién*: aquél cuya unicidad se ha manifestado en el hecho, al que puede dirigirse la llamada de atención de la norma y la sanción por el incumplimiento⁴³⁸. La responsabilidad presupone, pues, al *sujeto responsable*.

El sujeto responsable surge a modo de una construcción del sistema social que se funda en la función o en la posición⁴³⁹. Es la intencionalidad colectiva la que atribuye a determinados individuos un status nuevo y con ello poderes⁴⁴⁰ que no existen con independencia de ella; y es el mantenimiento de esa intencionalidad la que los sustenta en esa posición⁴⁴¹. Es así cómo es posible afirmar que la norma crea al sujeto y es a él a quien se dirige. Si el hombre no es concebido como unidad de sentido y agente no es posible afirmar su responsabilidad individual. En esos supuestos podrá ser considerado parte del colectivo, y a éste quien se manifiesta en el hecho. Del mismo modo, si la persona jurídica no se concibe como sujeto en sí misma, la atribución del hecho no podrá efectuarse sino a aquellos quienes directamente han obrado y a los que se reconoce socialmente la calidad de sujetos.

⁴³⁷ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, IV, p. 30; LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, p. 38; BECK, Ulrich/BECK- GERNISHEIM, Elisabeth, *La individualización*, p. 260; VAN WEEZEL, Alex, *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*, p. 1058.

⁴³⁸ LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2297.

⁴³⁹ Se trata del modo natural de comprensión de la realidad compleja, a partir de las funciones y más allá de su ontología, SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 23- 24. Ver, asimismo, MEAD, George, *Espíritu, persona y sociedad*, p. 191; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 140- 141; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 72.

⁴⁴⁰ SEARLE, John, *Lenguaje y poder*, p. 95; SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 108; SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 111- 121. LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 158, al pie: “Esto no quiere decir que los estatus no tengan ninguna relación con hechos naturales. Evidentemente, las normas jurídicas tienen en cuenta dichos datos, pero lo que debe quedar claro es que la noción de estatus no es una noción natural sino social o, en lo que nos ocupa, jurídica. Se tiene determinado estatus, no en tanto se tienen determinados rasgos naturales, sino por el hecho de que tales rasgos son considerados relevantes para que se dé una consecuencia jurídica, es decir, porque son el antecedente de una consecuencia jurídica que establece una norma”.

⁴⁴¹ Incluso si pudiera afirmarse que en el ser humano existen determinadas aptitudes que justifican su tratamiento como sujeto responsable, la atribución de responsabilidad misma constituye un hecho nuevo que lo reviste de nuevos caracteres y que crea, de algún modo, un hombre nuevo, que es aquél que en definitiva será sujeto de la imputación. MEAD, George, *Espíritu, persona y sociedad*, p. 190- 191; SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 120. Visto en un sentido diverso, podemos hablar de que el concepto de sujeto responsable constituye una estructura social que, para su mantenimiento, exige de actualización, PIÑA, Juan, *La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’*, p. 578-579.

2.1.2. De la concepción social del Uno

La responsabilidad hace siempre alusión a un sujeto social, a uno que se encuentra entre otros. En otras palabras, a un individuo socialmente conformado⁴⁴². En ese sujeto puede existir un sustrato material que precede y sustenta la configuración social, como sucede con el hombre⁴⁴³. Sin embargo, ese sustrato material no es suficiente para conformar el presupuesto de una atribución. Para que el sujeto sea llamado a dar cuenta de sus actos debe encontrarse configurado por el conjunto de expectativas sociales que lo invisten como responsable, que crean sus deberes y derechos y lo someten al poder de quien puede exigirle dar cuenta de sus manifestaciones y resolver las contradicciones entre éstas y lo que de él se espera. Sin esa cara visible, socialmente conformada, no existe sujeto responsable⁴⁴⁴. Valiéndonos de otra terminología, podemos hablar del sujeto como de una entidad institucionalmente conformada, a la que en razón de reglas constitutivas se le asigna una función que no resulta por sí sola de su sustrato material, y que supone para éste poderes nuevos, positivos y negativos⁴⁴⁵. El que en los sistemas contemporáneos, todo hombre –en general, y salvo excepciones muy calificadas- se conciba como responsable no comporta afirmar que sólo éste lo es, ni por tanto, que la

⁴⁴² TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 32- 33.

⁴⁴³ Y que pretendió y ha pretendido encontrarse también en las corporaciones de acuerdo con la teoría realista, FRENCH, Peter, *The corporation as a moral person*, p. 295.

⁴⁴⁴ Podemos decir que la conformación social del uno supone una atención a la función y de ese modo, una conformación externa del agente, SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 33; MEAD, George, *Espíritu, persona y sociedad*, p. 167- 172; MAUSS, Marcel, *Sobre una categoría del espíritu humano: la noción de persona y la noción del ‘yo’*, *passim*, quien efectúa un breve recorrido antropológico sobre el desarrollo de la noción de persona, desde su inicial identificación con la idea de máscara entre los etruscos, seguida por la adquisición de un sentido jurídico entre los romanos, moral de la mano de los estoicos con las ideas de conciencia, independencia, autonomía, libertad, responsabilidad y conciencia de sí; metafísica con el cristianismo; y psicológica con la ciencia; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 40- 41; FRENCH, Peter, *The corporation as a moral person*, p. 296; PIÑA, Juan Ignacio, *La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’*, p. 586- 587. En un sentido similar, HOYOS, Ilva, *El concepto jurídico de persona*, p. 119: “(...) la noción jurídica de persona en tano se determina en un nivel científico- técnico, no se la define por los caracteres ontológicos esenciales, sino por ciertos caracteres que resaltan la función, el papel que representa en el mundo del derecho histórico y del derecho positivo”.

⁴⁴⁵ SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 113- 139; SEARLE, John, *Lenguaje y poder*, p. 101- 103. Ver, asimismo, HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Capítulo 16, p. 134- 135; DE LA BROSSE, Olivier, HENRY, Antonin- Marie; ROULLIARD, Philippe, *Diccionario del Cristianismo*, p. 579; FRENCH, Peter, *The corporation as a moral person*, p. 293; PIÑA, Juan, *Rol social y sistema de imputación*, p. 150- 151, p. 268 y ss.; PIÑA, Juan, *La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’*, p. 581- 582.

responsabilidad presupone como elemento esencial ese sustrato material, anterior a lo jurídico⁴⁴⁶.

Sin perjuicio de que esta cuestión será tratada más adelante, desde ya es posible adelantar que la responsabilidad no exige esa unidad material como presupuesto. Tanto la pertenencia del hecho al sujeto que afirma la responsabilidad, así como el reproche y la consiguiente sanción a que ésta da lugar pueden formularse y aplicarse respecto de personas jurídicas también, en la medida en que se considere a éstas como unidades de sentido y sujetos de expectativas separadas e independientes de los individuos que las conforman. Esta afirmación no supone, sin más, aceptar la capacidad de responder de las personas jurídicas en uno o más sistemas concretos, sino afirmar que la institución de la responsabilidad, en el preciso sentido que aquí se defiende, no la descarta. Las exigencias de un sistema específico pueden alterar esa conclusión.

De este modo, en cuanto sujeto de responsabilidad, el hombre relevante es aquél que existe frente a los otros, el que es reconocido y conformado por medio de la asignación de funciones convencionales⁴⁴⁷. Aquél que se manifiesta y puede ser juzgado⁴⁴⁸. En esta parcela de la realidad, no hay hombre ni acción en la esfera netamente privada, ni sujeto cuando no se trasciende a los otros a través de la acción⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ PIÑA, Juan, *La construcción del 'enemigo' y la reconfiguración de la 'persona'*, P. 583- 584.

⁴⁴⁷ TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 87-90; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 21; CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado*, p. 83- 84.

⁴⁴⁸ BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, p. 27: "Éste es para él [Rousseau] el drama original: nunca somos aceptados como tales en la inocencia de nuestra aparición. Tenemos que probar sin cesar lo que somos. Y es que entretanto un nuevo personaje infinitivamente menos misericordioso que Dios se ha introducido en el diálogo de uno consigo mismo: el otro. San Agustín pisoteaba la raza ínfima de los hombres para realzar la gloria del Todopoderoso. Rousseau describe la humanidad sin Dios presa del peor tormento que existe, el de las valoraciones, el de los veredictos recíprocos que los hombres emiten unos sobre otros. Dios puede ser un juez terrible; pero al menos es único y justo. Con la humanidad me las tengo que ver con un juez multiforme, inasible, cuyas sentencias caen sobre mí a cada instante sin que pueda responder a ellas. *Nacer significa comparecer*", CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado*, p. 81-82.

⁴⁴⁹ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, p. 111; TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 22; ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 37-38; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 23- 24.

2.1.3 Del modo de expresión del Uno en el ámbito de la responsabilidad. Las acciones

Toda vez que el Uno existe en sociedad, en el espacio intersubjetivo, el modo concreto en que se expresa es el de las acciones, entendiendo por tales todas las manifestaciones externas que dan a conocer al agente⁴⁵⁰. Normalmente no se identifican con cada transformación material o con cada inactividad que pueda atribuirse a éste, sino con un conjunto de acciones emprendidas u omitidas por el mismo que se agrupan, bien en razón del resultado, bien del sentido o la intencionalidad con la que han sido ejecutadas⁴⁵¹.

En relación con el hombre, constituyen el modo concreto en que éste trasciende lo dado: la actividad típicamente humana⁴⁵². Es por ello que se afirma que quien no es capaz de acción no lo es tampoco de existencia⁴⁵³, y se ve sometido a los designios de ser naturaleza, sin posibilidad de trascender ese espacio en común que tiene con los demás seres, pero que no lo distingue de ellos. Para las personas jurídicas, ellas constituyen su única forma de expresión, en tanto la ausencia de una ontología objetiva que preceda a esa construcción intencional impide que se desenvuelvan en otro ámbito.

La acción es lo único que tenemos a la vista para juzgar y el objeto sobre el que recae la valoración social⁴⁵⁴. La única forma de saber *quién es el sujeto* es atender a *la historia que se ha narrado sobre él*⁴⁵⁵, lo que demuestra que la identidad de los sujetos sociales no se descubre, sino que se construye: el individuo es, al menos socialmente, lo que los

⁴⁵⁰ ARENDT, Hannah, La condición humana, p. 210- 212; JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal, p. 36.

⁴⁵¹ MELLEMA, Gregory, Individuals, groups and shared moral responsibility, p. 19; VIVES, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 213 y ss.; SÁNCHEZ, Pablo, Imputación y teoría del delito, p. 21 y ss., quien destaca la concepción del agente como ‘origen’ del hecho.

⁴⁵² ARENDT, Hannah, La condición humana, *passim*.

⁴⁵³ En el sentido de TODOROV, Tzvetan, La vida en común, *passim*, como sinónimo de vida social, o de la segunda vida que surge con la inserción del hombre en el mundo intersubjetivo.

⁴⁵⁴ Entendida la acción no sólo como el acto concreto, sino como la secuencia de acciones que conforman la historia individual. Ver LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 17- 18; WALSH, William, *Pride, shame and responsibility*, p. 5.

⁴⁵⁵ ARENDT, Hannah, La condición humana, p. 210.

demás saben y dicen de él⁴⁵⁶. Es así como las acciones –como el *qué* que revela al *Quién*- conforman la imagen del sujeto frente a otros y son las que permiten afirmar su unicidad dentro de un contexto de comunicación⁴⁵⁷.

En la medida en que las acciones dan a conocer al agente, el objeto de la responsabilidad –aquello por lo que se le reconoce y caracteriza- es el ámbito preciso de éstas. Ser responsable es, pues, ser agente; y a la inversa, ser agente -en un sentido fuerte- es ser responsable. Esa concepción valorativa explica la estrecha y casi indisoluble relación que se plantea entre acción y responsabilidad; lo que determina que de acuerdo con la intuición ordinaria sólo se responde por los propios actos⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado*, p. 23-24; TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 29; ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 202- 214; VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 245: “Acciones y omisiones no son modos de describir el mundo, sino formas de narrar la vida social tal como la entendemos: no son, pues, conceptos de objeto, sino modos de entendernos a nosotros mismos. Si los utilizamos es porque nos entendemos así, y el modo de entendernos, a través de la intencionalidad, constituye una capacidad epistemológica específica, distinta de la de describir y explicar causalmente”. Es lo que diferencia, además, la acción de la labor en la posición de Hannah Arendt: la acción carece de significado mientras no tiene nombre, o no tiene a quien atribuirse, mientras que la obra mantiene su pertinencia se conozca o no a quien pertenece.

⁴⁵⁷ SCHOPENHAUER, Arthur, *Sobre la libertad de la voluntad*, p. 111-112; ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 144- 202; LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, p. 17- 18; CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 17- 18. En la de idea de que los actos sociales son símbolos que son interpretados en la interacción por otros, VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 188 y ss

⁴⁵⁸ Este es el mecanismo que se utiliza para superar la perplejidad filosófica que impide decir el *quien*, ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 205-206. La acción es el medio que el derecho usa para tomar conocimiento del sujeto, aunque constituye -eso sí- una forma muy limitada de conocimiento, COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 154 y ss. Ver, asimismo, KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 81; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 67- 68; CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 17- 18; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 62; CUARTANGO, Ramón, *Realizaciones individuales del orden*, p. 158-159; VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 84; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 44; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2309; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 168; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 29; LUCAS, John, *Responsibility*, p. 12; SÁNCHEZ, Pablo *Imputación y teoría del delito*, p. 399; LESCH, Heiko, *La función de la pena*, p. 31. En esa construcción del hacer se advierte toda una evolución: desde la identificación de las acciones con las consecuencias de los actos, de manera ilimitada; la restricción de las mismas desde componentes voluntarios y normativos a la primacía de los criterios voluntarios y normativos por sobre la naturaleza. Un examen de la evolución del concepto de acción en el ámbito penal en VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 103 y ss.

2.1.4 Sobre la conformación racional del Uno. El sentido de las acciones

La identificación del agente con sus acciones y la afirmación de que son éstas las que lo definen y demuestran en el espacio intersubjetivo, presupone una concepción sobre la racionalidad del ser y del actuar humano⁴⁵⁹, esto es, la constatación de que el agente actúa en el mundo social sujetándose a determinadas reglas y con miras a alcanzar determinados fines⁴⁶⁰.

Si las acciones fueran puro producto del azar; si no existieran determinadas reglas que regularan el acontecer o si ellas fueran desconocidas o incomprensibles para el ser humano; si éste no pudiera ajustarse a ellas o, en fin, si no pudiera obrar valiéndose del conocimiento que ha adquirido sobre las mismas, de manera racional, con una determinada dirección y cierta intencionalidad⁴⁶¹, carecerían de sentido no sólo las prescripciones de conducta sino incluso la pretensión misma de afirmar que una acción le pertenece a un agente y que lo manifiesta como único frente a los demás y el Todo.

El que hablemos de acciones y de agentes como objetos y sujetos de la responsabilidad asume que nos insertamos en el mundo social habiendo constatado la existencia de esas reglas, reconocido nuestra aptitud y capacidad para comprenderlas, y supuesto que obramos valiéndonos de ellas con una finalidad práctica. Que, en general, las transformaciones que ocasionamos en el mundo son aquellas que hemos perseguido, razón por la que las acciones que han conducido a ellas son portadoras de un sentido.

Es a ese ser racional que actúa al que interpela la norma y es la racionalidad en el actuar la que obliga a formular determinadas exigencias para que la acción sea concebida

⁴⁵⁹ MOSTERÍN, Jesús, Racionalidad y acción humana, p. 17- 18.

⁴⁶⁰ MOSTERÍN, Jesús, Racionalidad y acción humana, p. 19- 32; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 153- 154; PINKER, Steven, El mundo de las palabras, p. 213- 223; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 63- 64; VIVES, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 220- 221.

⁴⁶¹ Aquí la intencionalidad se puede concebir como una tendencia a satisfacción, ver VIVES, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 224 y ss.

como tal⁴⁶². Exigir responsabilidad presupone, pues, determinada racionalidad que permite dotar de sentido a las acciones.

2.1.5 Sobre la conformación histórica del Uno. La identidad

Afirmar la responsabilidad de un sujeto supone asumir que los hechos que le son atribuidos son manifestaciones que le pertenecen, los modos concretos en los que se expresa y adquiere existencia en el sistema social. Ello exige un agente a quien se pueda atribuir esa unidad de sentido, sea el hombre o una persona jurídica, como una unidad, como un ente independiente y separado de los demás y de cualquier otro⁴⁶³. La conformación de la responsabilidad tal como actualmente la conocemos ha evolucionado precisamente caracterizada por la acentuación de esa individualidad del sujeto a quien interpela.

Sin embargo, y toda vez que la responsabilidad se construye en el tiempo -como un modo concreto de traer al presente los hechos ya acaecidos- su afirmación presupone también una concepción histórica de la identidad⁴⁶⁴. Esa concepción asume que el agente es uno mismo en el tiempo pese a las transformaciones materiales o morales que puedan sucederle tras la ocurrencia del hecho por el que es llamado a responder⁴⁶⁵, y es en razón de ella que se resta relevancia a tales variaciones y se las interpreta como momentos en el devenir de un mismo sujeto⁴⁶⁶.

⁴⁶² MOSTERÍN, Jesús, Racionalidad y acción humana, p. 52. Esas exigencias se comprenden, muchas veces, en el propio sentido de las expresiones de las que nos valemos para referirnos a ellas, AUSTIN, John, *A plea for excuses*, p. 9.

⁴⁶³ BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 63.

⁴⁶⁴ Aunque la responsabilidad por lo posible o lo futuro tiene sentido como afirmación de la responsabilidad en un sentido prospectivo, CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 53; AYER, Alfred, *El problema del conocimiento*, p. 212 y ss.; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 63-64. Destacando la idea de la identidad como un concepto normativo, que es objeto de imputación, ver SILVA, Jesús, *La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico penal del objeto de la acción*, p. 169; SILVA, Jesús, *Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio 'jurisdiccional' de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado, passim*; VAN WEEZEL, Alex, *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*, p. 1058; SÁNCHEZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, p. 415 y ss.

⁴⁶⁵ En ese sentido, KANT, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, p. 15; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 73; CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado*, p. 31 y ss.

⁴⁶⁶ INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 52.

Esa identidad se construye a partir de la constatación de hechos innegables, como la materialidad del cuerpo y la apreciación de su inserción espacio- temporal⁴⁶⁷; la unidad de consciencia, que se mantiene pese a las interrupciones que le sobrevienen regular o excepcionalmente⁴⁶⁸ y de la memoria, por medio de la que se inserta en el presente y que permite sustentar una continuidad esencial del hoy y el pasado. Sin embargo, la identidad se conforma también, y de manera fundamental, por la pertenencia del individuo a un determinado núcleo social, en razón de los roles bajo los que se define y entra en contacto con los demás; y es así el producto de las instituciones sociales de las que es parte y que crea o contribuye a crear, como la familia, las creencias, la nación, el Estado, la historia.

La interacción de todos estos factores, su desenvolvimiento y fundamentalmente su narración conducen a un hombre único, unicidad que le confiere un pasado y una proyección. Es a ese hombre único a quien se dirige la norma, y frente al que tiene sentido preguntar por los hechos ya sucedidos. En la medida en que a la formación de la identidad contribuyen muchos condicionantes, se trata de una noción esencialmente histórica, y en la que confluyen todos los criterios que se estiman relevantes en un momento determinado para afirmar que un determinado sujeto es quién es y no cualquier otro⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ En cuanto a la insuficiencia de la mera identidad corporal, ver SILVA, Jesús, *Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio 'jurisdiccional' de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado*, p. 664- 665.

⁴⁶⁸ MILLAS, Jorge, Idea de individualidad, p. 54 encuentra el sustento de esa individualidad en la consciencia: “Sin embargo, en el curso mismo del desmoronamiento de su ser en el tiempo, intuye el hombre una esencia que se escurre intacta a través de los cambios, que pasa indemne de una a otra forma temporal. Esa esencia que, no obstante permanecer siempre la misma, está sin interrupciones modificándose, es lo que fluye entre dos estados sucesivos de la consciencia, enlazándolos unos con otros y ordenándolos en la carrera del tiempo; pasa del uno al otro por expansión o crecimiento de ella misma, no por traslación; está presente siempre en una nueva parte del tiempo cada vez, pero sin desplazarse, penetra simultáneamente las regiones del pasado y del futuro a través del presente, así como penetra la vida las partes de los organismos (...) Viviendo, pues, adquirimos la consciencia de ser cada cual una esencia que en el seno mismo de la evolución subsiste, una existencia que, cambiante, permanece como suspendida por encima de la corriente de sus propios cambios; una realidad, en fin, que no obstante su dispersión en el tiempo, conserva su unidad y cohesión. Esa realidad o esencia es lo que significamos al decir “mi persona”, “mi yo”, cuyos contenidos, solidarios entre sí, afines unos de otros, oponen a la unidad propia el resto del universo, como algo independiente y extraño”

⁴⁶⁹ BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 41- 42.

2.1.6 Acerca de la configuración normativa del Uno

Uno de los sentidos en los que es utilizada la noción de responsabilidad es la denominada por HART *role responsibility*. Ese uso del lenguaje nos permite dilucidar un nuevo presupuesto de la institución de la responsabilidad, cual es, la pertenencia del sujeto llamado a responder a un determinado sistema normativo que es aquél a la luz del cual, en definitiva, se le exigirá dar razón de sus actuaciones⁴⁷⁰.

Toda responsabilidad y, en definitiva, todo reproche al sujeto por una determinada conducta presupone que éste participa de un sistema normativo que fija ciertos límites a su actuación –deberes negativos, de abstención- y determinadas obligaciones –deberes positivos o de participación- cuya infracción o incumplimiento acarrearán una sanción. El juicio de responsabilidad tiene como base la constatación de esa defraudación de una expectativa; de ahí que sea necesario que el sujeto a quien se dirige el juicio de responsabilidad sea destinatario y, aún más, sujeto de ella⁴⁷¹.

De esta manera, la institución de la responsabilidad presupone una determinada posición del sujeto a quien se dirige; una posición que se traduce en que le serán exigibles las abstenciones que las normas prohibitivas imponen y la satisfacción de aquellas obligaciones positivas que son requeridas dentro de su rol. El rol define el ámbito de responsabilidad; y en la medida en que el sujeto desempeña más de uno, plurales serán

⁴⁷⁰ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 212; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 347; BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 119; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 46; LARRAÑAGA, Pablo, *Responsabilidad de rol y directrices*, p. 559 y ss.; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2305. VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 192 argumenta en el sentido siguiente: “(...) para que una conducta pueda llamarse, propiamente, acción humana, tiene que poder entenderla el que actúa y tienen que poder entenderla los demás miembros de la sociedad. Y en ese entendimiento, al igual que en el caso de las palabras, aunque de un modo más complejo, es imposible sin reglas y sin la idea de seguir una regla”.

⁴⁷¹ COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 124; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 182; MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 178- 180; HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 49; PIÑA, Juan, *Rol social y sistema de imputación*, p. 144- 145; SÁNCHEZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, p. 409- 411.

los espacios en que su actuación tendrá un sentido jurídicamente relevante para efectos de la responsabilidad⁴⁷².

Sólo se puede interpelar a un determinado sujeto en el juicio de responsabilidad en relación con los deberes y con las obligaciones que se encontraban a su cargo⁴⁷³. Es posible afirmar, en consecuencia, que el sujeto responsable se construye para efectos de la imputación en base a las expectativas sociales⁴⁷⁴. Es esa construcción la que da origen a la noción de persona en el ámbito jurídico; y es a ese sujeto normativamente configurado a quien se pregunta por su responsabilidad dentro del ámbito de su competencia⁴⁷⁵. Sin embargo, la constatación de la sujeción del sujeto a determinados deberes y derechos propios de uno o más estatus supone un estadio posterior al reconocimiento. No podemos valorar a quien no hemos reconocido antes; de modo tal que todo juicio importa, primero que todo, un reconocimiento del otro; y, seguidamente, una valoración del mismo⁴⁷⁶.

2.1.7 El sustrato material del Uno

Para que el ordenamiento jurídico reconozca al sujeto como tal, es menester que concurran en éste algunas condiciones mínimas que aseguren su comprensión de las

⁴⁷² GARZÓN, *El enunciado de responsabilidad*, p. 183; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 31 y p. 35; BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 120.

⁴⁷³ BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 121: "Holding a person responsible consists of making him give an account of how he has handled his task responsibility. If he has discharged it, then no more needs to be done. We can say in such case that he is '(answerable-) responsible' for it (...) That he is (answerable-) responsible means that he must explain why he failed and that, to be in the clear, he must give an exonerating, exculpating or, at least excusing answer (...)".

⁴⁷⁴ Ver conflictos que se suscitan en cuanto a la definición de persona para efectos del reconocimiento de sus derechos en SILVA, Jesús, *Los indeseados como enemigos, passim*. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 40; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p.66- 67. En el entendido que la noción de sujeto no se devela sino que se construye; que, por lo tanto, no se trata de una noción dada sino producida. "No hay esencia que desvelar, sino identidad a construir", dirá CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado*, p. 24.

⁴⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en derecho penal*, p. 51- 52; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 35- 36; FRENCH, Peter, *The corporation as a moral person*, p. 290- 291. El concepto de persona no parece ser uno mismo para efectos de la imputación de deberes que para el reconocimiento de derechos, SILVA, Jesús, *Los indeseados como enemigos*, p. 10.

⁴⁷⁶ La responsabilidad sólo es posible en un sistema social, razón por la que presupone la existencia de sujetos a quienes puedan ser reprochados sus actos, GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 260. Ver, asimismo, TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 123.

normas y la posibilidad de conformarse a ellas. Se alude a la llamada *capacity responsibility*, esto es, a las condiciones que constituyen presupuesto del juicio de responsabilidad y, podríamos decir, de la propia noción de sujeto responsable⁴⁷⁷.

Los ordenamientos jurídicos exigen constatar determinados antecedentes externos que permiten conformar una unidad de sentido en el sujeto. En el hombre, se exigirán determinadas capacidades físicas, cuya concurrencia permite mantener en pie la concepción antropológica que sobre el mismo prima en los sistemas sociales⁴⁷⁸. En la persona jurídica, una estructura u organización conforme a determinadas reglas cuya aplicación permita concebir y atribuir el hecho a la entidad con independencia de los sujetos individuales que por ella han podido actuar en el caso concreto.

2.1.8 Una concepción antropológica del hombre. Del hombre como unidad de sentido y agente

Todas las instituciones sociales, así como las interpretaciones y significados que se atribuyen a los comportamientos humanos se sustentan en una determinada concepción de la naturaleza humana. El propio lenguaje que se desarrolla en la comunidad y con el que se construye el mundo social la presupone⁴⁷⁹. Esa concepción, en la medida en que es compartida por la generalidad, se convierte en una realidad social que sirve de

⁴⁷⁷ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 212- 228; HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 47; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 35- 36; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 107.

⁴⁷⁸ Para FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, p. 13 el demente es el sujeto que no se concibe capaz de discurso, lo que podría entenderse como incapaz de penetrar en el ámbito secular de lo común. Los resultados de la ciencia moderna, para algunos, parecen ampliar el contenido de ese sustrato material de la responsabilidad, PINKER, Steven, *La tabla rasa*, p. 263- 270. Un grupo de las excusas que se admiten en relación con los sentimientos reactivos de otros derivan, precisamente, de supuestos en que se destruye la propia noción de sujeto responsable, STRAWSON, Peter, *Freedom and Resentment*, p. 51-52. Para HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and Retribution*, p. 218, estos requisitos se valorarían en dos momentos: en el primero, que denomina imputabilidad, conforme si a la persona responsable, al momento del crimen, tuvo la capacidad de comprender qué era lo prohibido o exigido por la ley, de manera de deliberar y decidir qué hacer en esa situación y controlar su conducta a la luz de esa decisión, capacidad que se atribuye generalmente a los adultos normales. Y, en un segundo estadio, el derecho admitiría que personas con capacidad normal en ocasiones en que falta en ellos la intención u otro elemento constitutivo del *mens rea*.

⁴⁷⁹ PINKER, Steven, *La tabla rasa*, p. 23.

sustento a los contactos sociales⁴⁸⁰ y a las propias normas que regulan el ámbito intersubjetivo.

En las sociedades occidentales heredadas de la Ilustración impera una concepción antropológica del hombre que lo define como *hombre responsable*⁴⁸¹. En ellas se concibe a éste como individuo, unidad básica de sentido, completitud tendente a sus fines o como un verdadero *agente moral*⁴⁸²: un sujeto que puede ser motivado por las normas y capaz de dirigirse por ellas, que es dueño de sus actos, y que puede ser llamado a dar cuenta de ellos frente a los demás. Es esta concepción del hombre la que explica por qué siempre que éste interviene se presupone su obrar con sentido y la que

⁴⁸⁰ SEARLE, John, Actos de habla, p. 59- 61; SEARLE, John, La construcción de la realidad social, p. 63- 64; SEARLE, John, Mente, lenguaje y sociedad, p. 111; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 225- 226; PINKER, Steven, La tabla rasa, p. 109.

⁴⁸¹ COING, Helmut, Fundamentos de la filosofía del derecho, p. 63- 64. Según CRUZ, Manuel, *Los filósofos y la responsabilidad moral*, p. 21, existen tres concepciones antropológicas del ser humano, las que redundarían en una determinada ética: el ser humano como hacedor, al que corresponde una ética teleológica y consecuencialista; el ser humano como ciudadano, al que correspondería una ética deontológica; y el ser humano como respondedor, al que correspondería una ética que llama *ecológica*. Ver, asimismo, BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 21; ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 55. En cuanto a las influencias que los nuevos descubrimientos en el ámbito de la biología aportan en las posibles alteraciones acerca de la naturaleza humana, ver PINKER, Steven, *La tabla rasa, passim*. Parece necesario constatar que esa concepción de ser humano responsable no siempre se advierte de manera pura en los sistemas de responsabilidad. Parangonando los comentarios de KAUFMANN, Hilde, *Concepciones del hombre en el derecho penal y en la criminología, passim*, pero extendiéndolos exclusivamente a la ciencia jurídica, parece de interés preguntarse si en el sistema penal coexiste una visión contrapuesta que corrige o atenúa las consecuencias de la noción pura de hombre responsable y si se lo concibe también en parte sometido a la naturaleza. Y, en todo caso, si esa concepción de hombre coexiste con otras diversas que explican y fundan otros medios de realización del derecho. Ver también HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 163- 164.

⁴⁸² KANT, Immanuel, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, p. 114- 115; INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 62; KAUFMANN, Hilde, *Concepciones del hombre en el derecho penal y la criminología*, p. 23; DEL VECCHIO, Giorgio, Supuestos, concepto y principio del derecho, p. 247 y ss.; COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 144; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 15; MELLEMA, Gregory, Individuals, groups and shared moral responsibility, p. 1; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 227- 228; LEWIS, Haywel, *Collective responsibility*, p. 23- 24; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 183; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 164; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 15- 18. En un sentido similar, HOYOS, Ilva, El concepto jurídico de persona, p. 459: “La persona humana en tanto que es dueña de su ser y de su obrar responde de los actos que realiza; actos mediante los cuales se revela como persona. En este sentido, es sujeto imputable, esto es, ser a quien se atribuye la autoría de un hecho, sin cuya realización el hecho no se ejecutaría. Pero también es sujeto responsable, merecedora de la sanción, castigo o recompensa por el acto ejecutado. Según las precedentes consideraciones la noción jurídica de persona no puede comprenderse en su radicalidad sin referirse a la persona en sentido ontológico y a la persona en sentido moral; es ella en su realidad una, única e irrepetible la que está obligada, la que tiene cosas y la que está orientada a unos fines”.

justifica que sea destinatario de reproche o de alabanza según ajuste su comportamiento o no a lo debido.

La raigambre profunda de esa concepción de ser humano queda de manifiesto en muchas de las instituciones que definen el mundo occidental del presente. Así, para el cristianismo, el hombre es llamado a dar cuenta y reconvenido por Dios frente al pecado: el individuo que se enfrenta a Dios es precisamente un hombre que tiene la entidad y la vocación de responder de sus actos⁴⁸³. Por otra parte, el contrato social como alegoría fundacional de la comunidad, se concibe como el acuerdo de los individuos que voluntariamente abandonan el estado de naturaleza y se someten a un orden: en esta construcción la responsabilidad del ser humano aparece como una de las finalidades de la organización y el destino de quienes abandonan el mundo asocial⁴⁸⁴. Finalmente, la democracia puede ser entendida como la forma de organización política en que todos los ciudadanos son responsables⁴⁸⁵.

En los sistemas normativos, y particularmente en el derecho, sólo el *sujeto responsable* da sentido a la función de motivación y dirección que se atribuye a las normas⁴⁸⁶. Las expectativas sociales se construyen con referencia a él. La igualdad jurídica que los individuos se atribuyen en las sociedades actuales se construye bajo esta premisa: es una de las reglas del juego social que todo individuo es responsable⁴⁸⁷ y ese reconocimiento

⁴⁸³ GINER, Salvador, Historia del pensamiento social, p. 111- 112. El tránsito de la idea de culpabilidad colectiva que atiende al nosotros hacia la culpabilidad individual en RICOEUR, Paul, Finitud y culpabilidad, p. 257 y ss.

⁴⁸⁴ ROUSSEAU, Jean- Jacques, El contrato social o principios de derecho político, p. 8; ROUSSEAU, Jean- Jacques, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, p. 120 y 190- 191; LOCKE, John, Segundo tratado sobre el gobierno civil, p. 45- 135; GINER, Salvador, Historia del pensamiento social, p. 293 y ss.; VILLEY, Michel, *Essai historique sur le mot responsable, passim*; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana*, p. 17 y ss.; JAKOBS, Günther/ CANCIO, Manuel, Derecho penal del enemigo, p. 35- 36.

⁴⁸⁵ POPPER, Karl, La responsabilidad de vivir, p. 147: “No, no escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”, y agrega más tarde, a modo de crítica a la dictadura, p. 206: “Exime al hombre de la responsabilidad humana, sin la que es sólo medio hombre, una centésima parte de ser humano. Hace de cada intento de cargar con su responsabilidad humana un intento de suicidio”.

⁴⁸⁶ DE AQUINO, Santo Tomás, Suma teológica, III (2º), Q. 83, 1, p. 359; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 108; SCHÜNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad*, p. 157.

⁴⁸⁷ De ahí que resulte tan preocupante y perturbadora la tendencia a la ampliación de la *responsabilidad* que viene de la mano de la concepción de la irresponsabilidad propia, ver VALDECANTOS, Antonio,

previo justifica que personas muy diversas adquieran frente al colectivo una entidad valorativamente idéntica. Las propias acciones, como manifestaciones concretas del ser humano y como objeto de las prescripciones jurídicas, no se comprenden si no pueden atribuirse a un sujeto responsable⁴⁸⁸.

En un sistema social así conformado, el ser humano se concibe a sí mismo capaz de dotar de sentido sus actuaciones y de cargar con sus consecuencias, de modo que no sólo se somete a la responsabilidad como una carga, sino que la reclama para sí⁴⁸⁹. Ello en atención a que la plenitud de su dignidad y de su condición social -así como las funciones y nuevos poderes que ella lleva consigo- las adquiere precisamente cuando se le reconoce responsable⁴⁹⁰.

La responsabilidad parece, así, ínsita a nuestra particular concepción del ser humano como persona o, si se quiere, un presupuesto para su comprensión⁴⁹¹. Ello explica que la

Teodicea, nicotina y virtud, p. 85. Las reglas del juego, como destaca SEARLE, John, La construcción de la realidad social, p. 45- 46 y en Lenguaje y poder, p. 100, son reglas constitutivas, toda vez que no se limitan a regular formas de comportamiento preexistentes, sino a crear la posibilidad de nuevas formas de actuación. El que la responsabilidad de los agentes sea una regla del juego determina que dé origen a una función o un status de los agentes sociales que crea nuevas posibilidades de comportamiento en los sistemas sociales, y una función que viene determinada esencialmente por ese estatuto.

⁴⁸⁸ Es lo que VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 61 y ss. denomina *sentido holístico de la responsabilidad*, que se construye sobre la base de la íntima relación y recíproca configuración de las nociones de sujeto-individuo y acción.

⁴⁸⁹ HEGEL, Georg, Filosofía del derecho, p. 60; SCHOPENHAUER, Arthur, Sobre la libertad de la voluntad, p. 151-152; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 38; CRUZ, Manuel, Las malas pasadas del pasado, p. 52; BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 44; HONORÉ, Tony, Responsibility and fault, p. 132.

⁴⁹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur, Sobre la libertad de la voluntad, p. 111- 112; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2297; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 44; LESCH, Heiko, La función de la pena, p. 31. Ese parece el sentido de las palabras de MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 15, cuando menciona en relación con la responsabilidad que "(...) alude a algo tan básico como la posición del ser humano como *agente* en el mundo que le rodea, que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones". Aunque defendiendo un concepto más amplio de responsabilidad que el que aquí se postula, HONORÉ, Tony, Responsibility and fault, p. 127- 128: "That we should think of ourselves as responsible agents, as taking on responsibility for other people and things, and as having it thrust on us, is what makes possible a shared sense of one's identity and character and of the others. It makes possible a life in common in which people relate to one another as individuals, each with distinctive traits, virtues and shortcomings, and with a history that is largely made up of what they have done, of their achievements and failures".

⁴⁹¹ De este modo es posible afirmar que ser individuo es ser responsable, KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, IV, p. 30; KANT, Immanuel, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, p. 158- 159 quien formula ese principio en relación con la libertad; BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 25; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2298- 2303.

responsabilidad de los hombres se presume⁴⁹² y que una afirmación contraria no exija sólo alegación sino prueba.

Tradicionalmente se ha querido encontrar el fundamento de esa concepción del hombre en la libertad de su voluntad⁴⁹³. El prolongado debate que se ha suscitado en torno a esta cuestión y que se ha condensado en la discusión acerca de si el sujeto concreto *podría haber obrado de otro modo* busca un fundamento en el plano material a la libertad del ser humano, en la que centra, por lo demás, el sentido y justificación de la responsabilidad⁴⁹⁴. Una de las formas de solucionar ese conflicto, también a nivel material, es sustentar la separación de alma y cuerpo, como formulara DESCARTES⁴⁹⁵, o afirmar la filiación del sujeto a dos mundos, como hiciera KANT⁴⁹⁶, posiciones con las que se deja un ámbito de la realidad -y precisamente aquél en que se fundaría la responsabilidad- al margen de la causalidad y la necesidad⁴⁹⁷.

Esa solución, sin embargo, no parece posible⁴⁹⁸. En nuestra concepción del mundo, la noción de individualidad de los diversos sujetos y de su capacidad de actuación

⁴⁹² Escéptico frente a una afirmación de la libertad desde el argumento jurídico de la carga de la prueba, ENGISCH, Karl, La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, p. 93- 94.

⁴⁹³ SEARLE, John, Libertad y neurobiología, p. 27- 29; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 71 y ss.; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 17 y ss.

⁴⁹⁴ AYER, Alfred, Ensayos filosóficos, p. 245- 246; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 112.

⁴⁹⁵ DESCARTES, René, Discurso del método, p. 108; DESCARTES, René, Meditaciones metafísicas, p. 65- 66; DESCARTES, René, *Principios de filosofía*, p. 46- 49. Ver, asimismo, ROUSSEAU, Jean-Jacques, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos, p. 132. La importancia de la mencionada posición en la construcción de la noción de hombre propia de la Ilustración y los sistemas sociales posteriores, así como en las instituciones centrales que las conforman se advierte en el cuestionamiento que sufren muchas de ellas en los sistemas contemporáneos de la mano del materialismo, y que cuestionan esa separación entre mente y cuerpo, o entre mente y biología. Ver, al respecto, PINKER, Steven, La tabla rasa, *passim*; SEARLE, John, Libertad y neurobiología, *passim*.

⁴⁹⁶ KANT, Immanuel, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, p. 125- 156; KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, B, p. 48- 49; KANT, Immanuel, Antropología práctica, p. 30- 33.

⁴⁹⁷ Otras posiciones similares, que encuentran la solución en el nivel ontológico, INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 63 y ss.

⁴⁹⁸ SEARLE, John, Libertad y neurobiología, p. 29- 30; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 146- 147; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 18 y ss. y 152 y ss.; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 68. La propia noción de responsabilidad supone un agente que no es completamente libre, PINKER, Steven, La tabla rasa, p. 265.

presuponen una realidad sujeta a reglas⁴⁹⁹. Por lo demás, tampoco parece necesaria. Para que tenga sentido la afirmación de responsabilidad no necesita fundarse en la ausencia de determinación del hombre en un mundo determinado –en la no pertenencia del hombre al mundo real- ni en la libertad de la voluntad, entendidos ambos conceptos en un sentido material. Ello, en atención a que la responsabilidad, como cualificación del ser humano, existe en un plano diverso del fáctico, lo que sucede también con la libertad que es relevante para la formulación del juicio que lleva a su establecimiento⁵⁰⁰.

En efecto, cuando hablamos de sujeto responsable, nos referimos siempre a una construcción social⁵⁰¹. Es la intencionalidad colectiva la que asigna a un determinado sujeto la función y el consiguiente poder de comunicarse e interactuar en el mundo social con sentido y como ser único e independiente. Es a consecuencia de ese acuerdo que surge una realidad nueva, que reviste al ser humano de nuevos poderes positivos – un ámbito de libertad o de autoorganización normativamente configurado- y de determinados deberes negativos –la obligación de responder por sus actos en ese ámbito concreto de actuación-. Es en base a esa nueva realidad, socialmente conformada, que el agente se percibe a sí mismo como dotado de un espacio de libre actuación, y sobre la que estructura sus relaciones sociales⁵⁰², así como los presupuestos en base a los que se comunica con los demás agentes⁵⁰³.

⁴⁹⁹ La idea de una libertad incondicionada como presupuesto de la responsabilidad, llevada hasta sus últimas consecuencias, determina la imposibilidad absoluta de que la misma sea establecida, BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 111 y ss.

⁵⁰⁰ En lo que sigue se usa la terminología acuñada por SEARLE, sin perjuicio de que la resolución acerca de este problema no es abordada en los términos que aquí se expresan por dicho autor. Ver, SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 68 y ss., p. 112 y ss.; SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 137- 139. Así sucede con muchos de los conceptos jurídicos: productos imaginarios de la mente humana independientes del mundo sensible, pero no opuestos a él, KELSEN, Hans, *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas*, p. 53: “Precisamente en la categoría del deber ser está creada una forma en la cual la imaginación puede desarrollarse sin contradicción con la realidad del ser. Por otra parte, el mundo del deber ser debe considerarse como un objeto de conocimiento (ético y jurídico) por cierto distinto de la realidad de la naturaleza, pero en pie de igualdad con ella, con un tipo específico de realidad, si es que existen aquí verdaderas ficciones”.

⁵⁰¹ BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 13.

⁵⁰² SEARLE, John, *Libertad y neurobiología*, p. 31- 32; MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 211; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 141 y p. 158 y ss. Insisten en el valor de las prácticas sociales de responsabilidad, aunque como modo de restar importancia a la pregunta acerca de la libertad de la voluntad, BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, p. 34; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 4.

⁵⁰³ STRAWSON, Peter, *Freedom and resentment*, p. 49-50.

Antes de atribuirle esa función, el ser humano se desenvolvía en el mundo fáctico efectuando movimientos y pudiendo alterar la conformación de la realidad; sin embargo, sólo tras ella se le considera agente y se lo trata como dueño de sus actos⁵⁰⁴. En otras palabras, esa asignación de responsabilidad presupone hechos materiales previos, aunque no se identifica ni puede confundirse con ellos.

Esa dotación de una capacidad de acción y de determinados deberes en relación con los demás sujetos sociales crea un nuevo plano de actuación del ser humano. Un espacio en que se le permite expresarse con sentido, pero en el que se le exige que su actuación quede sujeta a deliberaciones de segundo orden, que no se limitan a sus inclinaciones naturales, sino que se extienden a los deberes que tiene en relación con los otros. Se origina un nuevo espacio de poder convencional en el que se le exige selección y distinción⁵⁰⁵ como contrapartida del reconocimiento de su individualidad y su plena capacidad de actuación.

En ese entendido, la libertad no es el presupuesto de la responsabilidad, sino la consecuencia de concebir al hombre como responsable⁵⁰⁶. La libertad, en ese contexto, no puede ser definida como ausencia de causalidad o de determinación o, si se quiere, de necesidad, sino como una capacidad normativa de acción⁵⁰⁷. Se trata, pues, de una libertad que se construye en el mismo nivel en que surgen como hechos sociales agente y responsabilidad y que es una consecuencia de la función que colectivamente se le atribuye al primero.

⁵⁰⁴ Desde una fundamentación diversa, aunque similar en sus conclusiones, MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 167- 168. La circunstancia queda revelada por el propio lenguaje, que impide, como carentes de sentido, construcciones causales de una acción humana, PINKER, Steven, El mundo de las palabras, p. 103- 104.

⁵⁰⁵ FRANKFURT, Harry, *La libertad de la voluntad y el concepto de persona*, p. 40- 41.

⁵⁰⁶ En sentido diferente, HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 111; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 211 para quien el indeterminismo –junto con la causalidad- constituyen presupuestos para la formulación de ER [enunciados de responsabilidad]. Para SEARLE, John, Libertad y neurobiología, *passim*, la discusión se mantiene en el nivel ontológico.

⁵⁰⁷ AYER, Alfred, Ensayos filosóficos, p. 251- 255; “Y todo lo que el postulado del determinismo exige es que mis acciones puedan ser explicadas”; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 36- 38.

Este parece, por lo demás, el sentido ordinario con el que en los sistemas sociales se habla de libertad, y a la que se atiende para efectos de construir la imputación⁵⁰⁸. Así se concluye, por lo demás, si se analizan los supuestos excepcionales en que se excluye la responsabilidad del ser humano⁵⁰⁹.

De este modo, es posible afirmar que la libertad relevante para el juicio de responsabilidad no se construye en el nivel objetivo material –ausencia o separación del individuo de las leyes causales y de la necesidad-⁵¹⁰, sino en un nivel diferente: el de los hechos sociales⁵¹¹. Lo mismo sucede con la responsabilidad⁵¹².

Parece lícito que nos preguntemos acerca de los límites de esa construcción social. ¿Es que podemos construir esa libertad incluso si el sustrato humano se muestra evidentemente determinado? La respuesta a esa interrogante parece, por lo demás, urgente si se consideran algunas de las críticas planteadas por el materialismo, las que ponen en cuestionamiento que exista en el ser humano algún ámbito ajeno a la necesidad y la determinación. Y creemos que la respuesta no puede ser definitiva, sino que ha de quedar abierta: mientras los nuevos descubrimientos no hagan desaparecer la convención social que ha creado las instituciones de responsabilidad y de libertad, ellas podrán seguir subsistiendo con el sentido que les es propio en nuestros sistemas sociales. Si, por el contrario, a consecuencia de esos nuevos conocimientos, o por cualquier otra razón, la intencionalidad tras esa institución decae, decaerán también las nociones de libertad y de responsabilidad; y el colectivo habrá de dar origen a nuevas construcciones por medio de las cuales responda –quizá de modo enteramente diferente– al daño. En parte esa transformación ya se ha dado, y es uno de los motivos que explican esta investigación, en la medida en que la institución de la responsabilidad

⁵⁰⁸ MERKEL, Adolf, *Enciclopedia Jurídica*, p. 133.

⁵⁰⁹ HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 111. El solo hecho que los mencionados motivos o condicionamientos deban ser invocados nos demuestra que el presupuesto del que se parte es, precisamente, el de la responsabilidad del sujeto. SCHÜNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad*, p. 157; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 39

⁵¹⁰ En un sentido distinto, SEARLE, John, *Libertad y neurobiología*, p. 38.

⁵¹¹ Ésta es, precisamente, una de las características de los hechos institucionales, en razón de los cuales la intencionalidad colectiva puede atribuir funciones que no descansan en la propia estructura ontológica del objeto o del sujeto a quien ellas son atribuidas, SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 115- 116.

⁵¹² CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 4.

convive y es reemplazada en muchos ámbitos como instrumento de intervención estatal por otras instituciones que no exigen libertad, ni que presuponen un *sujeto responsable*.

Decir que la libertad es una construcción social no importa afirmar una presunción de derecho de libertad o crear una ficción que carece de todo correlato ontológico: La libertad es una realidad social⁵¹³, tan verdadera como muchos otros hechos que crea el colectivo y conforme con la cual dirige su comportamiento, se crean expectativas sociales, se comunican los sujetos entre sí, y se comprende y explica tanto el merecimiento como el reproche. Esa ontología dependiente de los sujetos queda en evidencia en el propio uso del lenguaje⁵¹⁴.

Todo lo antes señalado pone de manifiesto que la noción de hombre relevante para el juicio de responsabilidad, el hombre responsable, se constituye atributivamente y que más que por ser cómo es, el ser humano es responsable por ser *Quién*, esto es, por ser agente⁵¹⁵. No por encontrarse liberado de condicionamientos externos o por gozar de libre albedrío⁵¹⁶, sino por ostentar, en el sistema social, la posición de Uno⁵¹⁷.

⁵¹³ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 148- 149. Lo que crea una experiencia de libertad en primera persona, SEARLE, John, Libertad y neurobiología, p. 55- 56, aunque para este autor no se analice en el plano de los hechos sociales; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 20. La concibe como una ficción, aunque en sentido ontológico, KELSEN, Hans, *Reflexiones en torno a la teoría de las ficciones jurídicas*, p. 47.

⁵¹⁴ SEARLE, John, Libertad y neurobiología, p. 49- 50.

⁵¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur, Sobre la libertad de la voluntad, p. 152; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 39- 40; ENGISCH, Karl, La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, p. 109- 111; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 4; FOUCAULT, Michel, El orden del discurso, p. 24: el "(...) autor como principio de agrupación del discurso, como unidad y origen de sus significaciones, como foco de su coherencia".

⁵¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad*, p. 154- 155.

⁵¹⁷ BRUCKNER, Pascal, La tentación de la inocencia, p. 28 y p. 42; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico- penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 82- 83.

2.2 El Otro

La responsabilidad siempre exige *Otro*. De ahí que la responsabilidad sólo tenga un ámbito en el que expresarse: el espacio común en que el hombre se manifiesta frente a los demás⁵¹⁸. El *Otro* de la responsabilidad alude al que se encuentra frente al sujeto responsable y que recibe una consecuencia dañosa de su actuación, sea sujeto determinado o indeterminado, individual o plural; esto es, se trate o no de la víctima en un sentido restringido⁵¹⁹.

Sólo se responde de aquello que afecta a *Otro*. En la medida en que las consecuencias de un determinado acto se mantengan en el ámbito de lo privado –esto es, el espacio de autoorganización y disposición que el ordenamiento jurídico confiere a un sujeto determinado- y no alcancen el espacio intersubjetivo, no es posible afirmar ni perseguir responsabilidad alguna.

La afirmación antes expresada puede plantear cuestionamientos sobre ese ámbito de autoorganización que el ordenamiento confiere a los sujetos normativamente configurados habilitándolos para disponer libremente de sus propios bienes y, en su caso, cuál es el límite de ello. Sin perjuicio de que este tema será tratado con más detalle a propósito de la noción de daño, valga señalar que la determinación de cuáles sean los espacios de autoorganización de un sujeto –y, en definitiva, la definición de cuál sea su ámbito privado, y cuál el ámbito de *Otro*- es una cuestión que delinea concretamente el conjunto de reglas que rigen en un ordenamiento jurídico en cierto momento histórico. De este modo, no parece posible argumentar *ex ante* y sin referencia a éstas sobre la legitimidad de la sanción de determinadas conductas en las que precisamente se

⁵¹⁸ Elemento que parece propio de la alteridad del derecho aunque desde una perspectiva diversa a la que aquí se defiende, HOYOS, Ilva, El concepto jurídico de persona, p. 502: “(...) la alteridad es la raíz de la exterioridad del derecho. Los bienes susceptibles de ser derecho –hemos reiterado- son las cosas que tienen la cualidad de *res exteriors*. Las cosas externas caen en el campo del objeto material de la justicia por el uso que se hace de ellas en las relaciones con los demás, por eso la justicia considera no tanto las cosas en sí mismas cuanto el uso que de ellas se haga en la actividad externa que origina y desarrolla las relaciones de los hombres entre sí. Por esta razón, la justicia requiere diversidad de sujetos: existe de un hombre a otro. Se refiere a otro, precisamente, en aquellas cosas que le corresponden como suyas, esto significa que los sujetos se ordenan en razón de los bienes”.

⁵¹⁹ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 118.

plantean de manera más clara estos extremos, como sucede con el suicidio asistido y, para algunos, también en los supuestos de aborto.

Lo que sí es posible señalar a modo de consideración general es que la institución de la responsabilidad –tal como se concibe en los sistemas sociales, y del modo en que ha sido descrita en el presente trabajo- exige como presupuesto necesario un espacio de autoorganización del sujeto, en que se encuentre excluido del llamado de la norma, y en el que pueda disponer autónomamente. Un espacio, como se dirá más adelante, en el que no podamos hablar de daño si es que existe una disposición libre por parte del agente. Sin un ámbito de autoorganización como el expresado faltaría uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad: la configuración social y normativa del sujeto, que le atribuyen funciones y competencia, y que por esa vía lo invisten de una potestad que es precisamente aquélla que se presupone en los contactos sociales que se traducen en el ámbito de la responsabilidad. Sin perjuicio de lo expresado, cuál sea la extensión de ese espacio de poder del sujeto forma parte de una decisión política, que trasunta la posición que el Estado ocupa en el sistema social, y el modo concreto en que éste ha decidido su intervención.

2.3 Todos

La propia etimología del término responsabilidad da cuenta de un enfrentamiento: un sujeto es preguntado y otro le interroga⁵²⁰. Parece de la esencia de la responsabilidad que sólo se responde frente a otros; sólo figuradamente puede decirse que una persona responde frente a sí misma, figuración que, por lo demás, supone una escisión en el sujeto y, de este modo, la concurrencia de la dualidad que resulta definitoria del término⁵²¹.

Ese otro, no obstante, no es cualquiera. Es un sujeto que se encuentra en una posición jurídica distinta de aquél que ha cometido el hecho -está investido de poder para exigirle cuentas- y, en seguida, es distinto del directamente afectado y en ese sentido, un tercero ajeno al conflicto que se ha suscitado en razón de hecho y daño⁵²². Ese tercero representa –conjuntamente con la norma infringida- la voluntad general que interviene en supuestos de conflicto intersubjetivo⁵²³.

En una relación que se desarrolla exclusivamente entre dos sujetos no puede hablarse de responsabilidad, toda vez que en dicho ámbito un tercero nada tiene que decir. A lo más nos encontraremos frente a un duelo, en el que no se decide una posición jurídica, sino

⁵²⁰ HART, Herbert, *Postscript: responsibility and retribution*, note p. 212 y p. 264- 265; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 1 y p. 56; LUCAS, John, *Responsibility*, p. 5; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 56- 57; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, p. 1330- 1332; CRUZ, Manuel, *Los filósofos y la responsabilidad moral*, p. 17: “La responsabilidad no puede plantearse en términos de una hermenéutica privada, no es un negocio que el sujeto despache a solas con la norma. La responsabilidad, como nos recuerda la etimología del término, es estructuralmente intersubjetiva. Sin un ante quien responder, esto es, sin alguien que exija respuesta, que nos interpele con su reclamación, no hay responsabilidad posible”; BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 16: “Die Vergegenwärtigung dieser sprachgeschichtlichen Wurzel gibt einen Hinweis auf zwei wichtige Bedeutungselemente des Begriffs. Erstens: Antwort geben kann man nur auf eine Frage: es ist ein reaktives Verhalten, das immer auf die Initiative eines anderen zurückgeht. In diesem Sinne bleib es ungenau, kann sogar irreführend warten, wenn davon gesprochen wird, dass jemand verantwortlich sei, wenn dabei nicht die relative und relationale Natur dieses ‘Seins’ mitgedacht wird. Verantwortlichkeit kann man nicht sein, sondern wird man (von anderen) gemacht”. En el mismo sentido VAN DER VEN, Joseph, *Verantwortung und Verantwortlichkeit*, p. 33- 36.

⁵²¹ ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 34; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, p. 63- 64; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 62.

⁵²² LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, p. 102- 105; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 62.

⁵²³ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, capítulo 13, p. 109; ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 37; FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 4- 5.

una relación de poder⁵²⁴. Se requiere, por tanto, un tercero -encargado o investido por el respectivo sistema normativo- para que analice la actuación de un determinado sujeto y la compare con lo debido; establezca si concurre responsabilidad y determine si en ese caso particular el agente ha de responder frente a otros y, en su caso, de qué modo⁵²⁵.

Este tercero sólo podrá decir algo en la medida en que lo que suceda en esa relación dual alcance al sistema social, lo que tiene lugar en razón de la infracción de la norma. En la medida en que el daño acaecido pueda ser interpretado como un hecho infractor, adquiere relevancia social, sea que obligue o no a una actuación oficiosa del tercero, o dé origen sólo a una concreta potencialidad de intervención de éste que se concreta por impulso de la víctima⁵²⁶.

La intervención del tercero otorga transcendencia y sentido social al conflicto, razón por la cual la pregunta por la responsabilidad remite siempre al ámbito de lo colectivo⁵²⁷, aunque enfrente a dos sujetos concretos. Ese tercero es necesario para la comprensión del hecho y su significado, toda vez que el significado de la acción no se revela a quien la ejecuta ni tampoco a quien la soporta. No al menos mientras uno y otro se encuentran entre ella, unidos o vinculados por la misma. Sólo un tercero puede decir qué sentido ha tenido ésta y qué en concreto ha manifestado. La acción sólo aparece completa una vez concluida y frente a quien es capaz de preguntar por ella, relatarla e insertarla en el sistema social conforme con las reglas que en él rigen⁵²⁸.

El juicio, en la medida en que se lo conciba como el espacio institucionalizado en el que se desentraña el sentido de las acciones, sólo puede emprenderlo un tercero⁵²⁹. Nada podemos decir de nosotros mismos ni de nuestros actos, ni calificar su justicia o

⁵²⁴ ROUSSEAU, Jean- Jacques, El contrato social o principios de derecho político, p. 31- 32.

⁵²⁵ MAZEAUD, Henri y León/TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, p. 3; DURKHEIM, Emilio, La división del trabajo social, p. 85- 86.

⁵²⁶ BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 13- 15.

⁵²⁷ CRUZ, Manuel, Hacerse cargo, p. 52.

⁵²⁸ ARENDT, Hannah, La condición humana, p. 215; DEL VECCHIO, Giorgio, Filosofía del derecho, p. 335; JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal, p. 36; DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, p. 1333.

⁵²⁹ TODOROV, Tzvetan, La vida en común, p. 40.

injusticia sino en referencia a ese espacio de lo común⁵³⁰. De la misma manera, sólo puede sancionar –en sentido jurídico- un tercero⁵³¹. Por eso mismo, es únicamente éste el que puede recomponer la existencia de la víctima violentada por el hecho infractor y reconstruir la identidad del sujeto responsable⁵³².

⁵³⁰ ROUSSEAU, Jean- Jacques, El contrato social o principios de derecho político, p. 37- 38; TODOROV, Tzvetan, La vida en común, p. 39.

⁵³¹ FLETCHER, George, Conceptos básicos de derecho penal, 68- 69.

⁵³² TODOROV, Tzvetan, La vida en común, p. 105.

2.4 Un sistema jurídico de referencia

Los enunciados de responsabilidad sólo tienen sentido en relación con un determinado sistema normativo. Afirmar la responsabilidad supone una aplicación concreta de las reglas que lo conforman⁵³³. De este modo, el contenido específico que podemos atribuir a esta institución deriva del sistema que le sirva de referencia⁵³⁴. No de otro modo se comprenden los diversos matices que adquiere esta institución cuando se la analiza en el ámbito de la política, la moral o el derecho y, dentro de este último, en sus diversas ramas, en los diversos ordenamientos jurídicos⁵³⁵ y en cada uno de los momentos de su evolución en el tiempo.

La relevancia del sistema normativo como presupuesto de la responsabilidad no se encuentra únicamente en que fija los hechos relevantes y los requisitos necesarios para que pueda afirmarse la pertenencia de los mismos a un sujeto determinado; sino primordialmente, en cuanto concreta la concepción antropológica y social que le sirve de antecedente y, en general, en cuanto configura al sujeto responsable⁵³⁶. En efecto, las normas jurídicas, entendidas como mensajes que se dirigen a otro, no tienen sentido si no se reconoce la existencia de un potencial destinatario de las mismas. Si la norma está llamada a comunicar, presume un contexto de comunicación y, dentro del mismo, al menos un destinatario. En ese sentido, la existencia de ese destinatario es anterior al sistema normativo, aunque no lo es cualquiera. El mensaje que la norma dirige sólo puede comprenderse por un sujeto definido: aquél que puede *hacerse cargo* de sí frente a otros⁵³⁷. En ese entendido, y concebida como capacidad de imputación o cualidad del sujeto, la responsabilidad es previa a la norma y a la libertad que éstas crean⁵³⁸. No es,

⁵³³ FAUCONNET, Paul, *La Responsabilité*, p. 3; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 45- 46; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 61- 62; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 91; LARRAÑAGA, Pablo, *Responsabilidad de rol y directrices*, p. 569- 570. Según GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 260, es el marco normativo el que valora un determinado estado de cosas y determina si es o no relevante para efectos de construir un enunciado de responsabilidad.

⁵³⁴ MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 202- 203.

⁵³⁵ PETERSON, Ingrid, *Four theories of responsibility*, p. 68- 68.

⁵³⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 41.

⁵³⁷ CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, p. 164.

⁵³⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 88; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 67, al pie; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 36; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 49; FEINBERG,

en ese sentido, la libertad la que se presupone en los sistemas sociales o en el sistema jurídico⁵³⁹, sino la responsabilidad de los sujetos que los conforman. La libertad, antes bien, es aquello que las reglas confieren, que surge en el espacio intersubjetivo y que se construye sobre la responsabilidad⁵⁴⁰.

Sin embargo, esa aptitud de responder que es presupuesto de todo sistema normativo no adquiere concreción sino producto de las normas jurídicas. Son éstas las que confieren espacios de libertad y de competencia en los que el sujeto puede manifestar su unicidad o expresarse con sentido⁵⁴¹. De este modo, ese sujeto responsable no sólo precede a la norma sino que, asimismo, es un producto de la misma.

Vistas desde un punto de vista estático, las normas confieren un determinado espacio de libertad al sujeto⁵⁴². No de libertad intrínseca –que atiende al individuo en su esencia o al estadio previo al pacto social- sino de aquélla que es producto del sistema normativo y que nace en el espacio intersubjetivo: la libertad relacional o empírica⁵⁴³. No se trata, pues, de una libertad real o material, sino de aquélla que surge como un producto de la regulación. En ese sentido no hay contradicción, sino una relación lógica entre libertad y norma⁵⁴⁴.

Joel, Harm to others, p. 9; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 284; AGUILERA, Antonio, *Responsabilidad negativa*, p. 126-127.

⁵³⁹ SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 49; FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 9; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 284.

⁵⁴⁰ Comprende la libertad en un sentido negativo, HOBBS, Thomas, *Leviatán*, capítulo 14, p. 110; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 97- 99; MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción colectiva*, p. 211; ARENDT, Hannah, *La condición humana*, 44-45; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 63. La responsabilidad sería, pues, el sinalagma de la libertad de organización, ver SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 7. Dice BAYERZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 12: “Wir sehen es daraus dass ‘Freiheit’ kein rein empirisches, sondern ein normatives Prädikat ist”.

⁵⁴¹ INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 63; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 58- 59.

⁵⁴² BRENNAN, Geoffrey/ BUCHANAN, James, *La razón de las normas*, p. 42; CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, p. 162-163; DURKHEIM, Emilio, *La división del trabajo social*, p. 8- 9; FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 8, aunque refiriéndose sólo al derecho penal.

⁵⁴³ ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social*, p. 4- 33; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 87- 88.

⁵⁴⁴ DURKHEIM, Emilio, *La división del trabajo social*, p. 8-9; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 23; JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 37- 38.

El conjunto de normas, conjuntamente con crear la libertad o, si se quiere, las condiciones de su ejercicio, dan origen a la competencia y, por consiguiente, a los ámbitos de responsabilidad. Al crear espacios de libertad y de competencia, la norma da concreción a ese sujeto responsable que la precede. Al señalar sus derechos y deberes, afirma su individualidad y dignidad⁵⁴⁵ y define el espacio de su actuación con sentido y el modo concreto en que podrá expresarse frente a otros. Esa libertad que las normas crean confiere, de este modo, nombre y contornos al *sujeto responsable* y lo transforma no sólo en *Uno* sino en *Único*⁵⁴⁶. Sólo en este segundo sentido puede hablarse de la libertad como sinalagma de la responsabilidad: sólo puede organizarse libremente quien asume su calidad de sujeto responsable⁵⁴⁷.

Vistas ahora desde un punto de vista dinámico, las normas jurídicas crean y fijan las reglas de ese ámbito común en el que la unicidad de los sujetos responsables será valorada⁵⁴⁸.

Por último, el conjunto de reglas pone de manifiesto las valoraciones jurídicas vigentes en un determinado sistema. En las conductas que sanciona quedan en evidencia los bienes que en esa sociedad y en ese momento histórico determinado son relevantes. El modo concreto en que los mismos son protegidos, trasluce la postura filosófica, política y social que en ella se comparte acerca del sujeto y del mundo que le rodea.

⁵⁴⁵ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 147- 181.

⁵⁴⁶ ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 55; AGUILERA, Antonio, *Responsabilidad negativa*, p. 126.

⁵⁴⁷ AGUILERA, Antonio, *Responsabilidad negativa*, p. 126-127; SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 7; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 55.

⁵⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 37- 38.

2.5 Una determinada racionalidad en la comprensión del mundo

La pregunta por la responsabilidad supone una interrogación acerca del *porqué* de una determinada acción o transformación del mundo real. La misma pregunta presupone determinadas reglas conforme con las cuales es posible *explicar* lo sucedido, y hacerlo en un sentido relevante para la responsabilidad, esto es, como imputación a un sujeto. Esa racionalidad o forma de comprensión se asienta fundamentalmente en la constatación de la existencia de determinadas reglas que explican el devenir del mundo real y que permiten al hombre comprender lo que sucede⁵⁴⁹ y dirigir su conducta para el logro de determinados fines. Esa concepción subyace a los contactos sociales y a la propia conformación normativa. Así se manifiesta en el uso de las palabras en el lenguaje ordinario y tiene aplicación en el ámbito jurídico⁵⁵⁰.

Si no asumiéramos esa conformación del mundo real sería imposible y, en todo caso, carente de sentido pretender reconstruir -en un proceso dialéctico como el que se desarrolla en el juicio de responsabilidad- una explicación de lo sucedido. Es esa presuposición, por lo demás, la que permite atribuir los hechos que tienen lugar en el mundo real a un determinado agente, y estimar que los mismos constituyen una manifestación concreta y diferenciada de éste⁵⁵¹. Finalmente, es esta concepción del mundo la que agrega cierto grado de predictibilidad a los contactos humanos y sociales, y la que permite explicar y comprender, así como planificar y actuar.

⁵⁴⁹ RUSSELL, Bertrand, El conocimiento humano, p. 21; JAKOBS, Günther, *La imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 78- 79. Como categorías de determinación que aparecen en la ontología de la ciencia moderna, BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 37- 49; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 17- 18.

⁵⁵⁰ BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 155- 156. Como una parte del trasfondo que es común a toda intencionalidad, entendida como aquella característica de la mente mediante la cual los estados mentales se dirigen a, o tratan de, o se refieren a, o apuntan a estados de cosas en el mundo, SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 66 – 101; PINKER, Steven, *El mundo de las palabras*, p. 218 y ss.

⁵⁵¹ BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 152- 158.

2.6 El poder del sujeto

Para que podamos hablar de responsabilidad en el ámbito de lo jurídico, debemos presuponer el poder del sujeto. Debe ser posible- de acuerdo con la concepción racional del mundo que se comparte en un momento histórico determinado- que éste altere efectivamente, con su actuación, un estado de cosas dado⁵⁵². En el ámbito de la responsabilidad *querer no es poder*⁵⁵³, de manera que “la impotencia nos absuelve de toda responsabilidad”, como afirma ARAMAYO⁵⁵⁴.

La relevancia de este presupuesto resulta manifiesta si se considera el escaso sentido que tiene la responsabilidad cuando se concibe la realidad sujeta a fuerzas inmutables, y al hombre enteramente determinado por las mismas⁵⁵⁵. Si el sujeto no dispone de un ámbito para alterar lo dado, ninguna responsabilidad puede ser establecida⁵⁵⁶.

La afirmación antes realizada plantea una vez más la pregunta relativa al sentido de la responsabilidad en una naturaleza causalmente determinada ¿En qué sentido hablamos de poder en un mundo así configurado? Lo hacemos en un sentido estrechamente vinculado a la noción de acción: como capacidad de intervención y de dirección. En el mundo material, ese poder lo confiere la propia asunción del determinismo, y el conocimiento, al menos instrumental, de las reglas conforme con las cuales se desenvuelve la realidad en un ámbito determinado. Ese poder, en el mundo social, deriva de la pertenencia a un sistema de reglas determinado y del reconocimiento del agente como sujeto, lo que le inviste de una serie de funciones y, consiguientemente, de

⁵⁵² GARZON, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 206- 211; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 36- 56; RIVERA, Eduardo, *Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción*, p. 280; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico- penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 78- 80, pues sólo de ese modo puede actuarse en un mundo posible; HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 103- 104; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 163. En la terminología de GONZÁLEZ, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones*, p. 173 debe tratarse de cambios que se encuentren al menos parcialmente dentro del control del agente.

⁵⁵³ ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 31. En sentido distinto, KANT, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, p. 44.

⁵⁵⁴ ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 30.

⁵⁵⁵ COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 59; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 204.

⁵⁵⁶ ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 27 y ss.

un conjunto de poderes de expresión. Así comprendido, es posible afirmar que la misma extensión de los sistemas de responsabilidad depende del ámbito en que al sujeto se le atribuya ese poder⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 278.

2.7 Una determinada posición del sujeto en relación con el Estado

Finalmente, la responsabilidad, tal como la concebimos: responsabilidad individual por el hecho propio y subjetiva, aparece vinculada a una determinada posición del sujeto en relación con el Estado y la organización política⁵⁵⁸. Esa posición política no sólo restringe lo que puede ser protegido sino que fija, asimismo, los límites en los que esa tutela ha de tener lugar⁵⁵⁹. Conforme con ella se asume que el Estado reacciona frente a los sujetos sociales reconociendo ámbitos en los que no puede intervenir, y limitando exclusivamente su intervención a aquellos en que tiene lugar un daño en la esfera intersubjetiva que pueda calificarse como infracción de una regla y atribuirse como manifestación del agente⁵⁶⁰. Además, exige que la reacción que impone al agente -la coacción con la que le priva de determinados bienes o derechos de participación social- tiene su límite en el hecho cometido y que puede serle imputado.

Esa posición política que sustenta las reglas de responsabilidad se encuentra esencialmente vinculada a la Ilustración y al liberalismo y a varios de sus principios fundantes: el reconocimiento de la entidad moral y la igualdad de los individuos frente al Estado y la concepción de éste como una institución creada e instrumental, al servicio de los hombres que existen previa e independientemente del mismo⁵⁶¹. Pese a su origen, esa concepción se mantiene como uno de los logros irrenunciables y propios del Estado

⁵⁵⁸ En relación con el Derecho penal y vinculado, eso sí, con la labor de la dogmática, MIR, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 30.

⁵⁵⁹ ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 30- 32; LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, p. 136- 137; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 54. En relación con la pena, MIR, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 45. En relación con la responsabilidad civil, PENA, José, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, p. 29- 30.

⁵⁶⁰ Sin perjuicio de que puedan encontrarse medidas de justificación en otros principios, FEINBERG, Joel, *Harm to others*, *passim*; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 41- 42.

⁵⁶¹ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, §9, p. 70; LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* p. 36 y ss.; CORTINA, Adela, *Estudio preliminar*, p. XLIV; DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, p. 19. Igualdad que surge de una construcción normativa que permite superar las diferencias o desigualdades naturales en el campo de la acción socialmente relevante, ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social*, p. 32- 33; ROUSSEAU, Jean- Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, p. 117- 118.

de Derecho, pese a algunas correcciones que se han formulado al modelo de la mano del Estado social⁵⁶² y, más tarde, del Estado social y democrático de Derecho.

⁵⁶² DÍAZ, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, p. 30; GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 18 y ss.

3. Elementos de la responsabilidad⁵⁶³

La responsabilidad jurídica, en el sentido restringido que se postula en el presente trabajo, importa la atribución de un hecho o resultado desvalorado a un determinado sujeto y la afirmación fuerte de que el mismo le pertenece. Todo establecimiento de responsabilidad supone, en primer lugar, un ejercicio de selección. La selección de un aspecto concreto de la realidad que requiere ser explicado conforme con determinados criterios de relevancia⁵⁶⁴. Esa explicación que acontece en el mundo de la responsabilidad, por lo demás, no tiene lugar de una manera meramente descriptiva; sino interpretativamente y de acuerdo con cierta valoración.

En seguida, la valoración del mencionado hecho conforme con un conjunto de criterios normativos que permitan vincular un determinado hecho o resultado a un sujeto y afirmar con sentido, en el sistema social concreto, que el mismo le pertenece de manera tal que puede ser llamado a dar cuenta de él y soportar las consecuencias que de él derivan. Afirmar la responsabilidad supone responder ante una serie de otras interrogantes. Quién es responsable, de qué, ante quien y en nombre de qué⁵⁶⁵, lo que

⁵⁶³ Una interesante sistematización de los elementos o requisitos de la responsabilidad concebida en forma estricta se contiene en VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 61, a saber: que el individuo al que se le declara responsable sea el mismo que obró o dejó de obrar, que la acción u omisión aconteciera antes de la atribución de la responsabilidad, que esa acción u omisión no pueda describirse inteligentemente sin atribuir eficacia causal a aquel a quien se le imputa, que la acción u omisión fuere dañosa para otros o pudiera haberlo sido de manera verosímil, que el individuo a quien se atribuye responsabilidad obrara intencionalmente al hacer o dejar de hacer lo que es materia de atribución, que dicho individuo mostrara en su acción coherencia con lo que se sabe que son por regla general sus creencias, deseos y emociones, y que pueda sostenerse, en fin, que ese individuo ha de dar resarcimiento por la acción u omisión que llevó a cabo. Ver, asimismo, MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 40; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 177. Un instrumento útil para determinar cuáles son esos elementos y el contenido concreto de la responsabilidad lo ofrece AUSTIN, John, *A plea for excuses, passim*, quien a partir de la noción de justificaciones y excusas y el contenido concreto de las mismas, permite encontrar el sentido de la responsabilidad. Aplicando las conclusiones de su investigación, en la medida en que la responsabilidad puede ser descargada en razón de justificaciones – que importan afirmar la corrección de la acción ejecutada o su conformidad a las reglas que la rigen- o de excusas- que importan afirmar en algún sentido que el hecho no puede ser atribuido al sujeto como propio- dos elementos centrales emergen en la noción de responsabilidad: la contrariedad de la conducta ejecutada al conjunto de reglas que rigen y la posibilidad de que ésta sea atribuida concretamente, y como obra suya, a un determinado sujeto.

⁵⁶⁴ Nuevamente se hace hincapié en que la noción de responsabilidad que aquí se sigue excluye los hechos o resultados meritorios o socialmente valiosos.

⁵⁶⁵ CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 51.

nos habla del conjunto de operaciones lógicas y de valoración que se encuentran inmersas en el juicio de responsabilidad y que revelan los elementos necesarios para su establecimiento⁵⁶⁶.

3.1 La acción⁵⁶⁷

La responsabilidad no surge exclusivamente como un vínculo de Uno y Otro frente a Todos, sino que dice relación con algo. La responsabilidad no exige sólo resolver quién o ante quién, sino *de qué* se responde⁵⁶⁸. Ese *algo* trasciende al Uno. Se trata, pues, de un determinado acontecimiento que tiene lugar en el mundo social⁵⁶⁹. En la medida en que sale al espacio intersubjetivo, la acción altera el decurso de la realidad y puede ser interpretada como un cambio de lo ordinario que reclama interpretación o comprensión⁵⁷⁰. La acción, por lo demás, constituye una manifestación de un agente en concreto⁵⁷¹. La acción supone una manifestación del yo del sujeto. Un modo de expresarlo en el contexto social que específicamente interesa al derecho. Toda vez que la acción, así comprendida, siempre es expresión o manifestación del yo, la acción siempre pertenece a alguien. El sentido propio de la responsabilidad es la búsqueda y el establecimiento de esa pertenencia⁵⁷².

⁵⁶⁶ MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 20- 21 habla de cuatro niveles sucesivos de imputación en la responsabilidad penal.

⁵⁶⁷ Existen determinadas posiciones que integran el daño al hecho, ver LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 177, al pie.

⁵⁶⁸ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 34.

⁵⁶⁹ LUCAS, John, Responsibility, p. 33.

⁵⁷⁰ VON WRIGHT, George Norma y acción, p. 17 y p. 53; MOSTERÍN, Jesús, Racionalidad y acción humana, p. 165- 166; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 140, para quien sólo nos preguntamos acerca de las causas cuando ha habido una alteración en la configuración del mundo; FLETCHER, George, Conceptos básicos de derecho penal, p. 114; PINKER, Steven, El mundo de las palabras, p. 279- 280; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 340.

⁵⁷¹ KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, IV, p. 29- 30; VON WRIGHT, Georg, Norma y acción, p. 55: “La noción de agente es esencial para la distinción entre actos y sucesos”; MOSTERÍN, Jesús, Racionalidad y acción humana, p. 142; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 25- 26; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 63 y p. 141- 142.

⁵⁷² JAKOBS, Günther, El concepto jurídico penal de acción, p. 31: “(...) actuar significa, por tanto, lo siguiente: convertirse, de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado, rigiéndose la calificación de ‘determinante’ por un esquema social de interpretación”.

3.1.1 La realización de la acción

La acción, para ser concebida como tal, ha de expresarse. Surgir al espacio intersubjetivo⁵⁷³. No basta con los deseos del agente si es que ellos no encuentran un correlato en el mundo real; ni tampoco los meros actos mentales de éste que no llegan a comunicarse⁵⁷⁴. Ha de suceder, pues, una transformación en el mundo -sea éste fáctico o ideal, de la realidad material o la realidad convencional- que sea perceptible y que exija una explicación que pueda ser requerida al sujeto responsable⁵⁷⁵. Según se ha visto, la explicación que se pide al sujeto en sede de responsabilidad, no es una cualquiera: se le interroga acerca de la pertenencia del hecho, de modo que su respuesta conduce – concurriendo los elementos que la dotan de sentido- a la adscripción de éste como una manifestación con sentido. La explicación que se exige al sujeto responsable alcanza no sólo a las acciones, concebidas como movimientos corporales transformadores de la realidad, sino también a los supuestos de omisión, vale decir, a aquellas faltas de la acción debida en los supuestos en que formaba parte de su competencia el obrar.

Con la realización de la acción se pone de manifiesto *Quién* es el sujeto. Ésta constituye el modo concreto en que el agente llega al campo del nosotros⁵⁷⁶. Es la realización de la

⁵⁷³ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, capítulo 27, p. 235; ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 55; ATIENZA, Manuel, *Para una teoría general de la acción penal*, p. 6- 7.

⁵⁷⁴ ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 56; FAUCONNET, Paul, *La Responsabilité*, p. 93; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 60- 61; RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 55- 56; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 347- 348; DEL VECCHIO, Giorgio, *Supuestos, concepto y principio del derecho*, p. 124 y ss: “No hay acción sin fenómeno, porque acción no es otra cosa que actitud, y por lo tanto, supone algo objetivo y concreto; pero un fenómeno no es acción si no tiene además un carácter subjetivo, esto es, si no representa una dirección de la voluntad. De ahí que no tenga un fundamento intrínseco, o por lo menos no tiene un valor absoluto, la distinción que suele hacerse entre acciones externas y acciones internas. Cada acción por sí misma es externa e interna al mismo tiempo; no puede existir una actividad puramente externa, porque si a un fenómeno le faltara todo contenido psíquico, no podría ser atribuible a un sujeto, y por lo tanto, no sería en modo alguno una acción; ni puede darse una actividad puramente interna porque obrar significa exteriorizarse a sí mismo, y nada, ni aún en el orden psíquico, puede de hecho existir sin correspondencia o correlación con el mundo externo”.

⁵⁷⁵ MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 143- 144: “En general ocurre (o sucede o se produce) un *evento* cuando se da un *cambio de estado* (dentro de la misma dimensión) en un sistema”; CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, p. 153- 154; ATIENZA, Manuel, *Para una teoría general de la acción penal*, p. 11- 12; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 184.

⁵⁷⁶ ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 210 y ss.

acción la que hace posible la comunicación y da inicio al sentido⁵⁷⁷. Por lo demás, es el momento de ésta el que fija los términos en que el agente podrá ser llamado a rendir cuentas⁵⁷⁸.

3.1.2 Del objeto de las acciones

La mayor parte de las acciones dicen relación con un determinado objeto material, con una entidad real que se encuentra entre sujetos. De ahí que, junto con surgir al espacio intersubjetivo y al contexto de significado, la acción generalmente se traduce en un resultado fáctico externo⁵⁷⁹. Muchas de las expresiones de las que nos valemos para describir las acciones llevan consigo una referencia a esa consecuencia material, que puede ser separada idealmente de la conducta externa⁵⁸⁰. Algunas de ellas, por lo demás, son descritas o prescritas precisamente a partir de sus consecuencias⁵⁸¹.

La relación de la acción con el objeto o, lo que es lo mismo, que ésta *se refiera* a un objeto, determina que normalmente, junto con la expresión del autor que se da cuenta a través de la acción, nos encontremos con un determinado resultado separado de la conducta que podemos afirmar como perteneciente al sujeto. Labor del juicio de responsabilidad será también determinar la pertenencia de dicho resultado a un determinado sujeto y establecer la conexión entre éste y la actuación que se atribuye al agente.

El resultado, por sí solo, nada nos dice para efectos de la responsabilidad; ni ningún significado puede atribuírsele sin que esté referido a un *quién*. Este sólo adquiere sentido como una manifestación de la acción, y en la medida en que pueda considerarse una expresión *de quién la ha ejecutado*.

⁵⁷⁷ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, p. 16- 17; CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, p. 171.

⁵⁷⁸ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 51-52

⁵⁷⁹ ARENDT, Hannah, La condición humana, p. 206.

⁵⁸⁰ LUCAS, John, Responsibility, p. 8.

⁵⁸¹ GONZÁLEZ, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones*, p. 164 y ss.

3.1.3 De la permanencia e irreversibilidad del hecho

Las acciones surgen al espacio intersubjetivo como manifestaciones del yo y expresiones de sentido. Sin embargo, tienen la aptitud de trascender en tiempo y lugar al propio agente. En sus efectos son duraderas y más o menos permanentes y, en todo caso, son irreversibles⁵⁸². Lo que ellas crean en el mundo, tanto material como de significado, no puede ser borrado. A lo más, algunos de sus efectos pueden ser reparados o contrarrestado su sentido, pero no eliminado. Ese carácter de las acciones hace posible que el sistema jurídico reaccione frente a ellas con el juicio de responsabilidad y con la sanción.

3.1.4 De los actos como acciones

El hombre elabora leyes con las que explica el devenir del mundo y asienta su propia posición en él. En esa comprensión concibe los distintos factores a modo de potencias, fuerzas que alteran el estado de cosas dado. Producto de ellas separa el devenir del mundo en busca de una regularidad de antecedentes y consecuentes. Pretendiendo aislar o enervar la potencia del sinnúmero de condicionamientos que concurren en un determinado fenómeno, busca aquél que con regularidad y cercanía espacial y temporal lo antecede. Constatada esa relación, construye la regla de la causalidad, concibiendo al antecedente como la potencia capaz de explicar la transformación del mundo seleccionada como resultado.

Del mismo modo en que comprende la naturaleza, el hombre concibe al agente: como fuerza o potencia que transforma el mundo material, como causa de una alteración de lo dado. La forma ordinaria en que comprende su acción es bajo esa misma regla: a modo de movimiento corporal que conduce a una transformación de lo perceptible.

⁵⁸² ARENDT, Hannah, *Labor, trabajo y acción*, p. 106-107.

Ello explica por qué la respuesta ordinaria a la responsabilidad es que se responde por lo que se hace⁵⁸³. Se trata, sin más, de una concepción que valora al sujeto conforme con las mismas reglas de la naturaleza⁵⁸⁴. La acción aparece aquí como una intervención que transforma o altera el estado de cosas o el devenir anterior a la realización de la acción⁵⁸⁵. Sin embargo, la realización externa de una conducta cualquiera no puede concebirse acción desde un punto de vista que interesa al derecho salvo en la medida en que pueda concebirse como una infracción de norma. El concepto de acción sólo como movimiento corporal o mera causación no satisface el sentido que exige el derecho. De ahí que para construirla siempre sea necesaria una referencia al deber⁵⁸⁶.

3.1.5 De los actos como omisiones

Una elaboración que trasciende el ámbito de lo material permite considerar también las omisiones como manifestaciones de un agente y como formas de lesión de un derecho⁵⁸⁷. Ello supone que al sujeto no se lo considere sólo como potencia que transforma el mundo y causa de éstas, sino como agente normativamente configurado. Más que de sus movimientos, el sujeto responde en el sistema jurídico por el cumplimiento de sus deberes. La infracción de la norma como criterio relevante permite que el análisis trascienda el campo de lo material⁵⁸⁸ y se asiente de lleno en el deber, bajo cuyo espectro pueden valorarse como manifestaciones relevantes a efectos de la responsabilidad no sólo los movimientos positivos atribuibles al sujeto y sensorialmente perceptibles, sino asimismo, sus omisiones⁵⁸⁹. De este modo la acción como

⁵⁸³ CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 52.

⁵⁸⁴ ATIENZA, Manuel, *Prólogo*, p. 16.

⁵⁸⁵ MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 165, para quien esas alteraciones que importa la acción pueden consistir en producir un cambio en el sistema que, sin la intervención, hubiera permanecido en el mismo estado en que se encontraba; preservar un estado del sistema impidiendo un cambio que sin esa intervención se habría realizado; producir un determinado cambio en el sistema y evitar que se produjera un cambio distinto de aquel que tuvo lugar.

⁵⁸⁶ ATIENZA, Manuel, *Para una teoría general de la acción penal*, p. 7.

⁵⁸⁷ MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 168; CHIRONI, Gianpietro, *La culpa en el derecho civil moderno. La culpa extracontractual*, p. 32- 33.

⁵⁸⁸ FEINBERG, Joel, *Harm to others*, p. 129; CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, p. 55; HUERTA, Susana, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, p. 231.

⁵⁸⁹ BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 34; VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 243; JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, p. 31 y ss.

manifestación humana relevante al derecho pierde su connotación esencialmente fáctica y queda vinculada esencialmente a la interpretación y el lenguaje⁵⁹⁰.

3.1.6 El sentido de la acción

Sin embargo, no basta con que el sujeto ejecute una determinada conducta –sea activa u omisiva- para que podamos hablar de acción de un modo que resulte relevante para los juicios de responsabilidad⁵⁹¹. Para que la mencionada conducta pueda ser considerada acción debe estar dotada de un determinado sentido, el que viene dado por algún grado de intencionalidad⁵⁹². En el propio lenguaje ordinario sólo se consideran acciones aquellas expresiones que surgen al espacio intersubjetivo que puedan referirse de algún modo a la voluntad del agente⁵⁹³, lo que pone de manifiesto hasta qué punto se encuentran implicadas en nuestro pensamiento las nociones de acción y voluntad⁵⁹⁴. Basta un análisis de los verbos que se utilizan para describir las conductas generadoras de responsabilidad para arribar a esa conclusión⁵⁹⁵.

La evolución de la responsabilidad desde sus manifestaciones más primitivas deriva del reconocimiento de este elemento. En los primeros estadios de evolución la responsabilidad se construye sólo en relación con el daño, con el efecto material de la

⁵⁹⁰ HUERTA, Susana, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, p. 236. Y, por consiguiente, a las reglas, ver VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 208 y ss.

⁵⁹¹ La evolución histórica que lleva a exigir este elemento en VON JHERING, Rudolf, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, p. 9 y ss.

⁵⁹² HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, p. 135; MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 147- 148; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 45: “Por el contrario, un hacer sin voluntad es un hacer sin autoría y sin sentido y, por tanto, no es un hacer”; LUCAS, John, *Responsibility*, p. 8; DEL VECCHIO, Giorgio, *Supuestos, concepto y principio del derecho*, p. 124: “Un fenómeno sólo puede juzgarse conforme o contrario al derecho, en cuanto se refiere a la voluntad de un sujeto o se considere como expresión de ella”.

⁵⁹³ AUSTIN, John, *A plea for excuses, passim*; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 30. Lo que ya se demuestra en el propio lenguaje que utilizamos cuando nos referimos a ella y el modo en que construimos la imputación, LUCAS, John, *Responsibility*, p. 8.

⁵⁹⁴ LUCAS, John, *Responsibility*, p. 9.

⁵⁹⁵ Es así posible constatar cómo la mayor parte de los verbos rectores de los tipos penales llevan consigo una determinada exigencia de intencionalidad, sin la cual el propio uso de la expresión resultaría incomprensible en el lenguaje ordinario, LUCAS, John, *Responsibility*, p. 8; AUSTIN, John, *A plea for excuses, passim*.

conducta⁵⁹⁶. Sin embargo, la propia distinción entre azar y responsabilidad, entre actuar y padecer, y la propia definición creciente de sujeto y responsabilidad parecen centrarse, en el curso histórico, en la consolidación de ese elemento. En las sociedades actuales no comprendemos el concepto de acción, ni consideramos posible actuar si no podemos vincular esa manifestación externa de una manera más o menos acentuada con una dirección de la voluntad del agente en el mundo real⁵⁹⁷. Es ese componente voluntario el que completa el sentido social de las acciones⁵⁹⁸. Las acciones, así entendidas, se convierten en el modo concreto en que los agentes se comunican en el sistema social⁵⁹⁹.

3.1.7 De la normalidad de condiciones en las que actúa el sujeto

Para que una acción tenga un determinado sentido en el ordenamiento jurídico debe responder coherentemente a un sujeto, al modo en que por regla general y bajo niveles normales de motivación éste es⁶⁰⁰. Si el hecho no diera razón del sujeto, o no fuese un reflejo de su propia configuración carecería de sentido la noción de culpabilidad y la misma sanción del hecho fundada en ésta⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ CHIRONI, Gianpiero, La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual, p. 36- 38.

⁵⁹⁷ PINCIONE, Guido, *Responsabilidad*, p. 349- 352; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 29- 35. VIVES ANTÓN, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 219- 220: “Si ello es así, la acción intencional no puede caracterizarse, al modo en que ha venido haciéndose tradicionalmente, como un movimiento corporal al que precede un determinado contenido psicológico, pues ni los movimientos corporales son, por sí mismos, acciones, con independencia de las reglas que los interpretan como tales, ni cabe hablar de la intención antes de que esa interpretación tenga lugar: la intención, cuando se da, se halla inscrita en la acción (en la conducta interpretada) y no tiene la virtualidad de determinar el sentido de acción de un comportamiento. En otras palabras: los movimientos corporales no se transforman en acciones que podamos identificar como tales por el hecho de que sean ‘causados’ por la intención o conforme a la intención (...) El correlato de la intención es, pues, un verbo de acción en primera persona, de lo que cabe inferir que los movimientos corporales no son interpretados como acciones a causa de la presencia previa o coetánea de intenciones, sino que, porque hablamos de acción, podemos también preguntar por esa intención o dicho de otro modo, porque hay un seguimiento de reglas, podemos hablar de sentido, y ver en la acción la realización de una intención”.

⁵⁹⁸ Creemos que el requisito de intencionalidad –y que es el elemento en que puede encontrarse el sentido de la acción- es propio de toda especie de responsabilidad. Diferimos, a este respecto, de aquellos autores que consideran que tal característica es propia de la responsabilidad moral, en oposición a la responsabilidad jurídica, que se encontraría más centrada en las consecuencias del acto. En esta posición ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 56 y ss.

⁵⁹⁹ LUCAS, John, *Responsibility*, p. 8- 9; POPPER, Karl, La responsabilidad de vivir, p. 207- 208

⁶⁰⁰ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 18- 19.

⁶⁰¹ Ya lo diría HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, p. 135. Ver, asimismo, ENGISCH, Karl, La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, p. 119- 120.

De ahí se explica que las situaciones completamente anormales en las que se expresa intersubjetivamente un agente le liberen de responder de su acto, por mucho que se cumplan las demás condiciones que permiten la atribución. Cuando el sujeto actúa en condiciones excepcionales no puede concebirse sino como naturaleza, de manera que sus manifestaciones externas pierden la entidad suficiente para expresarlo de manera individual en el contexto de comunicación⁶⁰². No es específicamente Uno quien se encuentra vinculado indisolublemente a la necesidad y, de ese modo, expresa su comunión con el mundo perceptible. Lo que ejecuta en condiciones excepcionales poco o nada dice de sí mismo que no pueda sostenerse respecto de todos los demás⁶⁰³ e incluso de aquéllos que no son considerados agentes⁶⁰⁴. En los supuestos de condiciones extremas, como se ve, el propio presupuesto del sujeto responsable se destruye⁶⁰⁵.

Somos lo que actuamos, dirá SCHOPENHAUER, pero debemos agregar, que sólo somos aquello en lo que hemos actuado coherentemente, sujetos a circunstancias y motivaciones normales, o somos lo que actuamos únicamente en la medida en que se conciban como actos aquellos hechos que efectivamente puedan expresar al agente⁶⁰⁶. Bajo anormalidad extrema, los actos pierden el carácter de tales y dejan de tener la aptitud de manifestar quiénes somos. Las transformaciones dañosas que, en esos supuestos, puedan ser vinculadas al agente podrán generar consecuencias jurídicas para éste o terceros, pero sólo fundadas en criterios distintos de la responsabilidad⁶⁰⁷.

⁶⁰² MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 59- 60.

⁶⁰³ MIR, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 85- 86.

⁶⁰⁴ ARENDT, Hannah, La condición humana, p. 100. Recibimos esa herencia de la antigüedad, quienes concebían la esclavitud como una forma de ausencia de humanidad, derivada del sometimiento del sujeto por entero a la necesidad. Quien se mantiene en esa condición nada hace más allá de lo necesario para sustentar la vida.

⁶⁰⁵ VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p, 278.

⁶⁰⁶ TODOROV, Tzvetan, La vida en común, p. 83.

⁶⁰⁷ Así, por ejemplo, si han generado un enriquecimiento indebido, podrán dar lugar a un deber de restitución; o si han ocasionado un daño cuya repetición se teme, una medida de seguridad para el individuo peligroso.

3.2. Relevancia del hecho. Antijuridicidad y daño

Para que haya lugar a la responsabilidad jurídica no es menester sólo que el agente haya realizado un determinado hecho, sino que el mismo tenga relevancia jurídica. El hecho adquiere connotación jurídica cuando puede ser interpretado como una infracción de la norma, lo que da origen a un daño que constituye el específico fenómeno frente al que reacciona la responsabilidad⁶⁰⁸. Según aquí se postula, toda responsabilidad exige daño, de manera tal que no es posible atender a este criterio para fundamentar la tradicional distinción entre responsabilidad punitiva y resarcitoria.

3.2.1 De la infracción de la norma o deber

No cualquier conducta, por mucho que se emprenda con un determinado grado de voluntariedad y que se ejecute en normalidad de condiciones, puede conducir al establecimiento de la responsabilidad⁶⁰⁹. Antes bien, es menester que la mencionada conducta pueda ser desvalorada por su oposición al deber⁶¹⁰. La responsabilidad surge, pues, en el ámbito de infracción de un deber⁶¹¹, se trate de un deber genérico, negativo, de no ocasionar daño a otro o de deberes específicos positivos impuestos especialmente al sujeto en consideración a la posición de éste en el entramado social y en relación con uno o más sujetos concretos; se trate de deberes singulares que exigen una única prestación en tiempo, o plurales; y más o menos permanentes⁶¹².

De este modo se comprende que no existe una categoría particular de acciones de las que, *a priori*, pueda surgir la responsabilidad. Será su vinculación con el deber la que

⁶⁰⁸ FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 340; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 29- 30.

⁶⁰⁹ Sin embargo, las mencionadas condiciones sí son relevantes para que pueda hablarse propiamente de infracción, MERKEL, Adolf, *Enciclopedia jurídica*, p.150.

⁶¹⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 17; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 38- 39; SESSANO, Javier, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 3; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 135- 136; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 33- 34. La idea de infracción presupone la de acción, FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 92.

⁶¹¹ ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 10- 11. Y, por consiguiente, en un plano diverso al de la naturaleza, KELSEN, Hans, *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas*, p. 53.

⁶¹² SESSANO Javier, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p.3.

determinará qué concretos comportamientos y de qué modo específico le pueden dar origen. Si la conducta no infringe deber alguno debe considerarse neutra y carente de significado en el ámbito de la responsabilidad; toda vez que es esa precisa cualidad la que justifica el llamado de cuentas que el tercero efectúa en relación con el agente y el contenido del reproche que le formula en el juicio al que ésta da lugar⁶¹³.

Es distintivo que en materia jurídica se hable de responsabilidad en un sentido contrario al ordinario. Es responsable, en un sentido común, quien se hace cargo de la expectativa que pesa sobre sí, con más o menos mérito; quien cumple con el deber impuesto en la situación concreta. Por el contrario, se dirá que es responsable, en un sentido jurídico, no el sujeto que ha adecuado su conducta a la expectativa, sino, precisamente, quien no lo ha hecho y merece una reacción negativa del sistema. Es responsable penal o administrativamente el merecedor de la pena o sanción; es responsable civilmente el que debe indemnizar perjuicios a otro. Esto es, quien ha incurrido en una falta, quien no ha satisfecho lo debido, quien ha defraudado la expectativa contenida en la norma y debe soportar la reacción del ordenamiento jurídico por razón de ese incumplimiento⁶¹⁴.

Vista la responsabilidad como una institución vinculada necesariamente a la infracción de un deber, es lógico considerar fuera de su ámbito de aplicación los casos que la doctrina llama de *responsabilidad objetiva*⁶¹⁵. Según se ha visto, en esos supuestos no nos encontramos frente a una situación o hipótesis de responsabilidad, sino frente a una carga u obligación legal de indemnizar los daños que genera una determinada actuación permitida pero cuyo ejercicio es riesgoso para intereses de terceros⁶¹⁶. Cuando se indemniza en casos de *responsabilidad objetiva* no se está cumpliendo por sustitución la obligación o el deber primario violado, sino en especie la obligación que directamente es impuesta por el orden jurídico al sujeto. En estos supuestos, la imposición del deber de responder no está llamada a reforzar ningún deber de conducta vulnerado, sino

⁶¹³ ZULETA, Hugo, *Ilícito*, p. 333, que considera el acto ilícito o acto antijurídico como uno de los conceptos fundamentales en el ámbito del derecho. Refiriéndose al concepto de daño en el sentido relevante al derecho, FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 105.

⁶¹⁴ Lo que no se advierte en otros sistemas normativos, TURNBULL, Colin, *The individual, community and society: rights and responsibilities from an anthropological perspective*, p. 84.

⁶¹⁵ VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 99.

⁶¹⁶ LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 80 y p. 202- 203.

únicamente a redistribuir los efectos no deseados de una determinada actividad que, pese al riesgo que entraña, se considera socialmente valiosa. La responsabilidad, desde este punto de vista, supone un deber de segunda generación, que para el sujeto concreto –a quien el deber de primer grado era exigible- se traduce en soportar la sanción que le será impuesta por el incumplimiento del deber primario.

Concebida la ilicitud como contrariedad a la norma no existe posibilidad de distinguir entre ilicitud civil y penal⁶¹⁷. Sí es posible advertir una diferencia en la amplitud del deber que puede ser infringido; pues mientras en los sistemas de responsabilidad penal rige el principio de tipicidad, con el que el legislador define *a priori* los ámbitos en los que puede generarse la pregunta por la responsabilidad, en materia civil rige el principio genérico de no causar daño a otro, de manera tal que cualquier daño que tenga lugar en el ámbito intersubjetivo puede al menos potencialmente interesar para quien interroga acerca de la responsabilidad. La falta de definición de las conductas y resultados desvalorados que podrían dar lugar a la responsabilidad, determina que en materia civil los criterios de imputación objetiva cumplan una función de definición primaria del injusto. Tales criterios, en consecuencia, junto con limitar la atribución del tipo penal al sujeto responsable – contribuyendo de este modo a perfeccionar los resultados que derivan de la aplicación del criterio de la causalidad- cumplen la función central de definir aquellas conductas que concretamente se encuentran prohibidas dentro del sistema jurídico. Pese a que ellos sólo son postulados por un sector minoritario de la doctrina⁶¹⁸, lo cierto es que los criterios que ellos recogen sistemáticamente se obtienen, al menos parcialmente, de la denominada *causalidad jurídica* y, fundamentalmente, de la causa adecuada.

Desde un punto de vista material, tampoco parece posible la distinción entre ilicitud penal y civil, dado que todas las hipótesis de ilícitos, ya sean civiles o penales, tienen un objetivo común: asegurar los espacios de intangibilidad de los agentes sociales o, si se

⁶¹⁷ KELSEN, Hans, *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas*, p. 53. En contra de esta posición, PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 401- 402.

⁶¹⁸ Ver, LAREZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, p. 564 y ss.; PANTALEÓN, Fernando, *Del concepto de daño*, p. 39. 49; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, p. 1981 y ss.; SALVADOR, Pablo/ FERNÁNDEZ, Antonio, *Causalidad y responsabilidad*, p. 7 y ss.

quiere, evitar el daño. Todos los deberes, positivos o negativos, más o menos generales y/o determinados, que se imponen en el ordenamiento jurídico y cuyo incumplimiento se encuentra conminado con una sanción, se comprenden en uno solo: el tradicional *neminem laedere*⁶¹⁹, el que se protege no sólo frente a los actos con los que el agente altera una posición de que ya dispone otro en el sistema social sino, asimismo, frente a la omisión de aquellas contribuciones que le son exigidas para crearla o conservarla. En ambos casos surge el daño como la afectación de la expectativa, como la alteración del ámbito de libre disposición de otro, que se construye no sólo con lo ya dado, sino con aquello a lo que tiene derecho, lo que legítimamente puede esperar de otro, o lo que le es debido.

3.2.2 Las causas de justificación

La aparente contradicción con la norma desaparece cuando concurren determinados supuestos en los que, en razón de la prelación de determinados intereses y otros criterios, la conducta dañosa se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico⁶²⁰. Reconociendo las posibles antinomias que, en un caso concreto, pueden generarse entre los deberes impuestos a los sujetos que entran en relación o a las facultades y permisiones que el ordenamiento les reconoce, éste admite determinadas afectaciones al espacio de libre intangibilidad de otro; las que, no obstante, no interpreta como tales, en tanto ocurren en un contexto de justificación.

⁶¹⁹ En contra, en una posición que fija radicales diferencias entre deberes positivos y negativos, SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 14.

⁶²⁰ En materia civil, VON THUR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, p. 269 y ss.; HEDEMANN, Justus, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 250 y ss.; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, p. 731- 732; DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 298 y ss.; PUIG, José, *Fundamentos de derecho civil* p. 84 y ss.; SANTOS, Jaime, *Derecho de daños*, p. 77 y ss.; DE ÁNGEL, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 263 y ss.; PANTALEÓN, Fernando, *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, p. 1995, MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 38; PENA, José, *La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños*, p. 24; BUSTO, José, *Antijuridicidad*, p. 66 y ss; HONORÉ, Tony, *Responsibility and fault*, p. 78. En el ámbito penal, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, p. 116 y ss.; MAURACH, Reinhard, *Tratado de derecho penal*, p. 347 y ss.; MIR, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, p. 415 y ss.; JESCHECK, Hans- Heinrich/ WIEGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 344 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, p. 554 y ss.; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 417 y ss.; BALDÓ, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 18 y ss. y p. 33 y ss. Como supuestos en que en el caso concreto no concurre daño, ROBINSON, Paul, *A theory of justification: harm as a prerequisite for criminal liability*, p. 271 y ss.

En supuestos en que la aparente afectación del espacio de libre actuación se encuentra justificada, no hay responsabilidad posible del agente. Cuestión distinta es si, en base a otros criterios distintos de la responsabilidad, el ordenamiento jurídico determina la procedencia de que ciertos efectos que se han generado en esa situación concreta sean compensados o eliminados⁶²¹. Así se explica, a modo ejemplar, la obligación de restituir el provecho que sin causa haya podido obtenerse en la situación justificada.

3.2.3 La consecuencia de la infracción: el daño

La responsabilidad constituye un fenómeno de reacción frente al daño. Sólo cuando éste ha tenido lugar se pregunta sobre la concurrencia de los demás elementos que permiten que un determinado agente sea llamado a dar cuenta. Es, pues, el resultado dañoso el que nos hace ir tras el responsable⁶²².

El concepto de daño es ambiguo. Muchas nociones de daño coexisten en el lenguaje ordinario y en el ámbito de lo jurídico. De ahí que, antes de ahondar en la argumentación, sea preciso delimitar el preciso sentido de este concepto que interesa para el juicio de responsabilidad.

⁶²¹ DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 93: “La antijuridicidad, repetimos, es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto. Pero, añadimos ahora, puede suceder también que el derecho considere a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose, por otro lado, de establecer consecuencias dirigidas a *compensar* al titular del interés sacrificado. Tiene lugar entonces, concretamente, esta situación: El daño que afecta al interés sacrificado por el derecho no es antijurídico, y la reacción que a él corresponde, no es una sanción, por la mera razón de que con ella el derecho pretende no garantizar tan solo la prevalencia de un interés, sino, más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado”.

⁶²² MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, Elementos de la responsabilidad civil, p. 12. En cuanto a la justificación de la regulación normativa en el principio de no daño, FEINBERG, Joel, Harm to others, *passim*.

3.2.3.1 El concepto de daño

La noción de daño es utilizada de manera general en el lenguaje ordinario⁶²³. También se encuentra, con más o menos relevancia, en los diversos ámbitos del derecho⁶²⁴. No resulta posible, sin embargo, encontrar un único sentido para ese término; de ahí que muchas de las confusiones que se plantean en su análisis deriven precisamente de las diferencias conceptuales con las que es tratado.

El daño puede entenderse desde un punto de vista naturalístico como toda lesión o afectación material de un bien, de un estado o de una situación⁶²⁵. El sentido de la expresión lleva envuelta una comparación temporal –un antes y un después-⁶²⁶, y un resultado de pérdida: la transformación que se ha sucedido ha alterado en un sentido desventajoso el estado, las condiciones o la posición de un determinado sujeto u objeto. Una afirmación en este sentido deriva de una constatación fáctica y de una operación valorativa conforme con determinadas leyes de la experiencia: en aplicación de las mismas es posible determinar que ha sucedido una transformación de lo real que constituye destrucción, disminución o mengua de lo dado. Si el daño se comprende con este contenido parece posible construir una noción más o menos objetiva del mismo, toda vez que la materialidad admite comparaciones y mediciones en las que ésta puede sustentarse.

Sin embargo, una noción puramente material de daño no resulta posible, toda vez que éste es siempre referencial: la pérdida que se constata siempre la padece alguien⁶²⁷. La mencionada precisión da cuenta de que los bienes no son protegidos en sí mismos sino en la utilidad o en la función que cumplen o desempeñan para un determinado sujeto⁶²⁸. De este modo, y aunque el daño se refiera a un determinado objeto, alude siempre a

⁶²³ Conforme con el diccionario de la Real Academia Española, daño es “efecto de dañar”, entendiéndose que éste concurre en dos supuestos diferentes: “1. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; y 2.- Maltratar o echar a perder algo”.

⁶²⁴ ROCCO, Arturo, El objeto del delito y de la tutela jurídico penal, p. 283- 284; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 151

⁶²⁵ DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 81; NAVEIRA, Maite, *El evento dañoso*, p. 41.

⁶²⁶ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 54.

⁶²⁷ En ese sentido, GROCCIO, Hugo, Del derecho de la guerra y de la paz, III, 8; FEIBERG, Joel, Harm to others, p. 32; DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 107 y ss.

⁶²⁸ SEARLE, John, La construcción de la realidad social, p. 110.

quien tiene interés en él⁶²⁹. El daño aparece por lo tanto como la afectación del interés o la utilidad que un determinado sujeto tiene en relación con un cierto y específico bien⁶³⁰. La referencia a la utilidad o al interés de un determinado sujeto obliga a trascender el ámbito de lo material para definirlo y recurrir a otras consideraciones externas que completen esa definición. En ese entendido, el daño no aparece como un concepto inmutable, sino contextual. Dependerá de cada momento histórico y de cada sociedad qué es lo que ésta valora como interés o utilidad susceptibles de ser afectadas. Si, además, se admite una construcción subjetiva de éste o aquélla, habrá que aceptar un concepto de daño múltiple: dependerá de la situación del sujeto si concurre o no un daño, así como la cuantía o extensión de éste.

En un segundo sentido, que limita el primero, el daño se concibe como el detrimento o menoscabo de cierto objeto material en que tiene interés un agente pero cuyos contornos específicos se delimitan conforme con criterios normativos⁶³¹. En ese entendido, se dirá que no toda pérdida o afectación de bienes que disminuya la utilidad de un agente es un daño, sino sólo aquél que se refiere a los bienes que se consideran socialmente valiosos⁶³²; que no cualquier transformación en dichos objetos tiene la entidad suficiente para ser calificada de daño, sino únicamente la que pueda dotarse de una determinada relevancia social⁶³³; que sólo cuando la pérdida o alteración de lo dado puede atribuirse a una determinada conducta humana se estima concurrente daño⁶³⁴, entre otros criterios. Cuando se alude al daño en este segundo sentido, la afirmación descriptiva o material de transformación de lo dado se tiñe de significado con su

⁶²⁹ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 33.

⁶³⁰ ROCCO, Arturo, El objeto del delito y de la tutela jurídico penal, p. 287- 288; VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*, p. 41- 42; BAYLES, Michael, Principles of law, p. 209: "A person is harmed or suffers a loss if something occurs that is contrary to or set back that person's interests, that is, makes the person less capable than before of fulfilling his or her self-regarding wants". Así se comprende la definición que se ofrece, por ejemplo, desde la economía cuando se entiende dañar como "hacer disminuir la utilidad del individuo dañado", ver GÓMEZ, Fernando, *Daño moral, passim*.

⁶³¹ En ese sentido, VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el principio de daño*, p. 41- 43.

⁶³² FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 50; GARZÓN, Ernesto, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, p. 171.

⁶³³ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 12. Así sucede, por ejemplo, con los daños que socialmente se aceptan y que no dan lugar a pretensión alguna en el ámbito de la responsabilidad, como sucede con los límites permitidos de afectación del medio ambiente, BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, p. 72- 73; SANTOS, María, *Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas*, p. 3028.

⁶³⁴ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 33- 34; DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 129 y ss.; VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el 'principio de daño'*, p. 46.

referencia a determinadas reglas de conducta y de valoración; criterios que resultan fundamentales para efectos de determinar su efectiva concurrencia y apreciar, asimismo, su extensión y cuantía.

Finalmente, el daño puede concebirse en un sentido intelectual, y radicarse enteramente en el ámbito del significado. Así, podemos hablar de daño cuando se trata injustamente a otro o cuando se ha cuestionado la vigencia de determinadas reglas, sin que en esa formulación resulte relevante atender a si han sucedido transformaciones materiales en uno o más objetos concretos⁶³⁵. El daño aquí se conforma también como una alteración en perjuicio; sin embargo, ni esa alteración ni el perjuicio tienen lugar en relación con uno o más objetos concretos, sino en la configuración ideal de un determinado espacio normativo. Un daño con el referido contenido concurre no sólo cuando se priva al sujeto de algo sobre lo que tenía derecho sino, asimismo, cuando no se le concede lo debido.

3.2.3.2 Noción de daño relevante para efectos de la responsabilidad

No toda transformación material de lo dado puede considerarse dañosa en un sentido relevante al derecho, ni aun cuando se considere que ésta ha menguado la utilidad o interés de un determinado agente⁶³⁶. El concepto de daño fáctico tiene contornos demasiado extensos y difusos para aquello que interesa a la responsabilidad⁶³⁷. Cuando hablamos de daño en este ámbito, suponemos necesariamente que nos encontramos frente a un menoscabo que tiene lugar en un estado o situación en que el derecho ampara al sujeto, y que éste no se encontraba obligado a soportar, razón por la cual debe

⁶³⁵ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 34- 35.

⁶³⁶ VON JHERING, Rudolf, Il momento della colpa nel diritto privato romano, p. 9- 10; FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 47. En el concepto de daño se advierte, asimismo, una evolución histórica; JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, p. 45 y ss. .

⁶³⁷ DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 83: “Determinar bajo qué condiciones el daño produce efectos jurídicos es indudablemente una de las más graves tareas del legislador. Lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante *cualquier* daño. De manera constante puede advertirse la exigencia de establecer un criterio de discriminación, adecuado para distinguir el daño, como hecho jurídico, del daño como simple fenómeno del orden físico, aunque aquél siempre se haya configurado como una especie de éste”. Ver, asimismo, NAVEIRA, Maite, *El evento dañoso*, p. 41- 42.

ser trasladado a otro. Se trata, por consiguiente, de un daño a una situación o estado jurídico, y que deriva de una infracción de norma⁶³⁸.

La antinormatividad del daño o la contrariedad a derecho del mismo –y que se manifiesta en la forzada distribución *a posteriori* del mismo- aparece, en consecuencia, como otro elemento común a la noción de responsabilidad. Sólo se *responde* frente a los daños que han surgido de una violación de la expectativa⁶³⁹. La consideración del daño como un concepto normativo⁶⁴⁰ parece uno de los importantes aportes de JAKOBS⁶⁴¹ a la discusión moderna del bien jurídico en materia penal⁶⁴². Sin embargo, buena parte de las consideraciones que efectúa a propósito de esta cuestión pueden ser extrapoladas sin conflicto a las demás ramas del derecho en las que la responsabilidad se aplica.

La responsabilidad se construye como el juicio dialéctico en que un determinado agente es llamado a dar cuenta por una determinada acción que infringe el derecho. Constituye, en los sistemas jurídicos, el modo concreto de realizar las sanciones con las que las normas han conminado de manera abstracta e indeterminada a todos los sujetos que se encuentran sometidos a las mismas.

⁶³⁸ En la dogmática del derecho civil este elemento es tratado con claridad por SANTOS, Jaime, La Responsabilidad civil, p. 28 y ss. De ahí que los perjuicios que sufre un sujeto de manera conforme con una norma no se consideran daños en un sentido jurídico, DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 81- 82.

⁶³⁹ CHIRONI, Gianpietro, La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual, p. 17; DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 92: “El daño antijurídico se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina en contra de él. La reacción asume, ciertamente, la fisonomía más definida, de *sanción*. La sanción es precisamente aquella consecuencia por medio de la que el derecho pretende garantizar la prevalencia de un cierto interés contra los actos lesivos realizados por los que su interés ha quedado subordinado”. En el mismo sentido, MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 49- 50; JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, p. 45- 47.

⁶⁴⁰ Esta cuestión no ha sido suficientemente desarrollada en la doctrina civil moderna, en la que las dos grandes teorías que han intentado ofrecer una explicación a la noción de daño son teorías que lo consideran desde un punto de vista naturalístico. Así sucede con la llamada *teoría de la diferencia*, que lo define como la diferencia patrimonial entre daño y no daño; y la *teoría real o concreta del daño* que considera a éste como el “quebranto mismo, aquél que el sujeto de derecho ha sufrido en forma de privación o deterioro de un elemento integrante de su patrimonio o también en forma de una lesión a su persona”, ver PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, p. 20 y ss.

⁶⁴¹ JAKOBS, Günther, ¿Qué protege el derecho penal los bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, *passim*. Hay, sin embargo, antecedentes previos de importancia también en el ámbito civil, ver DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 87 y ss.

⁶⁴² Pese a ello, encontramos importantes críticas en autores precedentes. Ver, a modo de ejemplo, CARNELUTTI, Francesco, Il danno e il reato, p. 12 y siguientes, quien demuestra, con relevantes ejemplos, que la mayor parte de las veces lo que ha venido en llamarse daño, antes que la abolición o la disminución de la cosa misma, es una alteración de la situación en la que el sujeto se encontraba respecto del bien; lo que demostraría que el daño no se produce en el bien mismo, en el bien jurídico, sino en la relación del sujeto con dicho objeto.

Si las acciones por las que se exige responsabilidad son aquellas que infringen el derecho, es evidente que el daño directo que las mismas generan deriva precisamente de esa infracción. El daño frente al que el sistema jurídico reacciona con la institución de la responsabilidad es aquél que deriva de la infracción de las normas, de la violación de la expectativa que las mismas han creado⁶⁴³. Dado que las normas conforman espacios de intangibilidad para los sujetos sociales, también podemos referirnos a ese daño directo como aquél que consiste en la afectación de esos espacios de libre actuación⁶⁴⁴. En la medida en que las acciones se valoran en los sistemas jurídicos esencialmente en razón de su significado, se comprende por qué el daño directo frente al que reacciona el derecho en sede de responsabilidad tiene esencialmente ese mismo componente⁶⁴⁵. Sin embargo, y dado que la acción se refiere normalmente a un objeto, normalmente el daño tiene, asimismo, un correlato material o físico⁶⁴⁶.

3.2.3.3 El daño relevante para efectos de la responsabilidad sólo puede tener lugar en la esfera intersubjetiva

El liberalismo postula que al Estado sólo corresponde una intervención fragmentaria en la vida y en el ámbito de libertad de cada individuo, constituyendo límite de esa intervención el principio de daño a otro⁶⁴⁷. Así lo postula, entre otros, MILL⁶⁴⁸. Teniendo como sustento esta posición, no resulta admisible la intervención estatal en el ámbito que concierne al individuo, en el que debe estimarse que es únicamente él mismo quien se encuentra en condiciones de determinar aquello que resulta conforme con sus intereses⁶⁴⁹. En ese entendido, y conforme con esta posición, no hay

⁶⁴³ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 109- 140.

⁶⁴⁴ Como expresiones de lo que debe suceder, con independencia de si tiene o no lugar, KELSEN, Hans, Compendio de teoría general del Estado, p. 117; FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 52- 65.

⁶⁴⁵ JAKOBS, Günther, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, p. 18.

⁶⁴⁶ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 36; OLIVECRONA, Karl, Lenguaje jurídico y realidad, p. 49-55.

⁶⁴⁷ En cuanto a la creciente imposibilidad de que la libertad se siga fundando en ese principio, RUSSELL, Bertrand, La perspectiva científica, p. 178- 179.

⁶⁴⁸ MILL, John Stuart, Sobre la libertad, p. 152 y ss; FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 11 y ss.

⁶⁴⁹ MILL, John, Sobre la libertad, 2003, p. 154.

responsabilidad posible en relación con aquello que el sujeto realiza y que sólo a él afecta⁶⁵⁰.

Pese a que la mencionada posición parte de la consideración de un daño de naturaleza material⁶⁵¹ y se postula en base a consideraciones políticas específicas que no pueden identificarse, sin más, con las imperantes en el momento actual, sus consideraciones dan cuenta de un elemento que resulta fundamental en la responsabilidad jurídica, cual es que el daño frente al que ésta reacciona es únicamente el que tiene lugar en el espacio intersubjetivo: en el espacio que crea la norma. Visto desde otra perspectiva, ellas ponen de manifiesto que la responsabilidad exige como presupuesto el reconocimiento de un espacio de autoorganización para cada sujeto: en un sentido impropio, la “autorresponsabilidad”.

Las normas están llamadas a definir, en un contexto de interacción, los ámbitos de competencia y de libre actuación de cada sujeto. Si bien ellas crean externamente, en relación con los otros, un límite de actuación cuya infracción se conmina con la responsabilidad; crean internamente, a vez, un ámbito de competencia, un espacio en que la norma reconoce la misma libertad que externamente garantizan sus reglas.

La responsabilidad constituye el proceso dialéctico que tiende a resolver el conflicto que la infracción de la norma ha generado y que ha llevado consigo una alteración de esas esferas de competencia que se han asignado normativamente o del ámbito de intangibilidad de *Otro*. De este modo, el daño que da origen a la responsabilidad es aquél que alcanza a un sujeto diverso del dañador⁶⁵²; toda vez que sólo una alteración en perjuicio que excede el ámbito de la propia competencia exige una interpelación de la norma. Lo expresado da cuenta de la razón por la que uno de los fundamentos tradicionales en los que se funda la potestad sancionatoria del Estado –y, bajo cualquier respecto, el único que sustenta la responsabilidad- es el de daño a *Otro*. Como ya se señaló en otro lugar, cuál sea el ámbito de competencia que el ordenamiento jurídico

⁶⁵⁰ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, capítulo 15, p. 126; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 41.

⁶⁵¹ MILL, John, *Sobre la libertad*, p. 153.

⁶⁵² MILL, John, *Sobre la libertad*, p.178- 179.

confiere a un determinado sujeto, dependerá históricamente del modo en que éste se comprende en relación con el Estado y sus semejantes. De ahí que lo que se entienda por propio y ajeno, *Uno* y *Otro*, no pueda definirse sino en relación con el conjunto de reglas que dan cuenta del modo de ser de una determinada sociedad.

Cuando el sujeto dispone voluntariamente de sus bienes y medios, y ajustándose a las reglas que fijan su competencia, obra dentro del ámbito de libertad que normativamente se le ha conferido, y de una manera acorde con el derecho. Si a consecuencia de esa disposición se alteran en perjuicio uno o más de sus intereses, lo cierto es que no podemos hablar propiamente de daño. Tampoco hay responsabilidad posible en el ámbito en que el Uno ejercita su libertad, ni dentro de éste hay daño posible en el sentido concreto que aquí se postula.

Si es cierto que el daño jurídico debe generarse como consecuencia de la infracción de una norma jurídica que crea un espacio de autodeterminación del sujeto, debieran quedar al margen de la responsabilidad una serie de actuaciones o efectos que tradicionalmente se incluyen –aunque no sin confusión– en ese sistema. Tal es el caso de todos aquellos menoscabos o afectaciones que el sujeto se inflige en sus propios bienes o derechos; o si se quiere, en su propio ámbito de libertad o en la intangibilidad de sus bienes⁶⁵³. Se trataría de menoscabos que no se generan en un contexto relacional, que no se exteriorizan –al menos de la forma que interesa a la responsabilidad, esto es, en relación a otro de una manera perceptible y definida⁶⁵⁴-. Si se quiere, se trata de efectos no heterónomos, que no suponen un vínculo entre sujetos, que se generan únicamente en el ámbito de un individuo. Esos menoscabos o efectos no son daños jurídicamente

⁶⁵³ Más allá que nosotros MILL, John, *Sobre la libertad*, p. 157- 158, estima que las cuestiones que dicen relación con el bien del mismo sujeto y que no atañen a otro quedan fuera de la jurisdicción de la sociedad y del ámbito del derecho.

⁶⁵⁴ A este respecto no puede dejar de reconocerse que es posible y probable que cualquiera actuación del sujeto que sea perjudicial a sí mismo pueda ocasionar menoscabo a aquellas personas directamente relacionadas con él o que se encuentran sujetas a su dependencia y que no resulta, por lo tanto, fácilmente determinable cuál sería el ámbito en que el daño propio no se convierte, asimismo, en un daño ajeno. A este respecto, MILL, John, *Sobre la libertad*, p. 160-161.

hablando, pues falta en ellos precisamente la esencia de éste, cual es, la afectación del ámbito de actuación de otro⁶⁵⁵.

No constituyen ni pueden constituir daño jurídico, por lo tanto, las decisiones que voluntariamente adopta el sujeto respecto de sí mismo, y que no importan afectación del ámbito de intangibilidad o de disposición de otro. En ese ámbito no hay comunicación posible, a menos que se parta de la premisa de que un mismo sujeto pueda comunicar a sí mismo un determinado mensaje. Ello no es posible sino figuradamente, o partiendo de una dualidad en el sujeto que resulta difícil de fundamentar. Pero, aun en el caso de que lograra construirse una afirmación en ese sentido, el único mensaje que comunicaría una actuación como esa sería, precisamente, la responsabilidad del individuo como sujeto del sistema normativo en cuestión.

Un sujeto no puede ser responsable de algo que él mismo se ocasiona⁶⁵⁶. La responsabilidad es heterónoma y presupone precisamente la capacidad de responsabilidad, que podríamos hacer sinónima o sinalagma de su libertad. Al hombre se le considera libre, pues se presupone responsable de sus propios actos y, antes que nada, responsable de sí mismo, esto es, autónomo en su decisión y en su voluntad. La primera manifestación de esa libertad (o si se quiere, de una figurada “auto-responsabilidad” aunque reconozcamos la impropiedad del término) es precisamente la posibilidad de disposición de sus propios bienes o de su propio ámbito de libertad o de intangibilidad⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ NINO, Carlos, Los límites de la responsabilidad penal, p. 272- 273. Cuando hablamos de ámbito de actuación del sujeto nos referimos a la posición en que se encuentra un determinado sujeto respecto de bienes o de derechos, posición que, como es evidente, se conforma desde un punto de vista normativo. El daño importaría, por consiguiente, la alteración o mutación de la posición del sujeto respecto de un determinado bien.

⁶⁵⁶ La afirmación se restringe a lo que ha venido en llamarse paternalismo directo, o paternalismo en *single-party cases*, entendiéndose por tales “the class of persons whose freedom is restricted by the threat of punishment is identical with the class of persons whose benefits is intended to be promoted by such reactions”, FEINBERG, Joel, Harm to self, p. 9 y ss. En cuanto a las dificultades de separar el paternalismo indirecto y el principio de daño, *Ibidem*.

⁶⁵⁷ A este respecto parece relevante diferenciar las formas de disposición, como sucede, de manera ejemplar, entre las hipótesis en las que el sujeto organiza sus bienes propios y aquellas en que consiente en la intervención de otro en esa organización. En el segundo de estos casos se genera un contexto de comunicación en que es posible y quizá necesaria la intervención de la norma.

Las afirmaciones anteriores deben ser matizadas, no obstante, en dos sentidos diversos. En el primero de ellos, en la medida en que se determine que el espacio de intangibilidad que la norma reconoce a uno o más sujetos alcanza o comprende uno o más aspectos del espacio de otro⁶⁵⁸ podría hablarse, incluso en esos supuestos, de un daño y reaccionarse, frente al mismo, con la institución de la responsabilidad. En el segundo, es posible que determinadas conductas que no ocasionan daño a otro en el sentido restringido antes mencionada puedan ser consideradas como fundamento de una obligación de responder distinta de la responsabilidad⁶⁵⁹.

Lo que aquí se postula, en definitiva, es que el Estado no actúa fundado en el estatuto de responsabilidad cuando reacciona frente a una disposición libre de bienes propios que efectúa un sujeto –porque en esos supuestos no existe propiamente un daño injusto-⁶⁶⁰, sin perjuicio de lo cual puede estimarse legitimada su intervención en institutos y en principios diversos de los de la responsabilidad⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Esas son las argumentaciones que parecen encontrarse tras los principios de responsabilidad distintos del daño. Ver FEINBERG, Joel, *Harm to others*, p. 14- 15 y p. 70 y ss. para quien hay dos maneras en las cuales una persona puede tener un interés en el *well being of another*: según la primera fórmula A depende de B en el desarrollo de su propio interés, de manera tal que lo que promueve el interés de B, también lo hace del suyo propio; en el segundo caso, deriva de la permanencia y seriedad de los deseos de bienestar en relación con otro. Ver, asimismo, VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*, p. 47 y ss.; GARZÓN, Ernesto, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, *passim*. O encontrarse esa justificación en el mal social que éste ocasiona, como se advierte de las reacciones frente al suicidio a lo largo de la historia y que se encuentra en DURKHEIM, Emilio, *El suicidio*, p. 359 y ss.

⁶⁵⁹ Podrían estimarse manifestaciones de esa posición las de quienes defienden una especie de moralismo legal, conforme con el cual es legítimo que el derecho penal reaccione frente a conductas que se estiman moralmente reprochables, con independencia que las mismas hayan ocasionado daño a otro, ver FEINBERG, Joel, *El argumento de la graduación moral de los castigos*, *passim*. También es posible sustentar la mencionada reacción en una posición más o menos acentuada de paternalismo, entendido éste como trata FEINBERG, Joel, en *Harm to self*, *passim*.

⁶⁶⁰ Sobre los diversos conceptos de daño que se encuentran tras ambas regulaciones, FEINBERG, Joel, *Harm to self*, p. 11: “Whereas the harm principle is understood to employ the word ‘harm’ in the sense of ‘wrongful injury’ (so that ‘to harm’ means in part ‘to wrong’), legal paternalism, as defined in section 1 of this chapter, employs the word ‘harm’ in the sense of simple setback of interests whether ‘wrongful’ or not. It follows that the harm principle is mediated by in its application by the *volenti* maxim whereas legal paternalism is not (...) Clarity requires that the two principles be plainly distinguishable. Therefore, ‘harm’ will mean ‘*wrongly* setback of interests’ in the formulation of the harm principle, and simply to inflict damage in the principle of legal paternalism”.

⁶⁶¹ Intervención que aparece justificada también en el paternalismo, en la medida en que se entienda éste como “the theory or principle that recognizes the need to prevent self- inflicted harm as a legitimatizing reason for coercitive legislation”, FEINBERG, Joel, *Harm to self*, p. 8.

3.2.3.4 El daño jurídico

La responsabilidad constituye siempre una forma de reacción frente al daño que lleva consigo la infracción de la norma⁶⁶². Las normas constituyen prescripciones llamadas a dirigir la conducta de los sujetos con la finalidad de definir y crear para éstos espacios de intangibilidad o libre actuación. En esa medida, éstas tienden a conservar cierta distribución de competencias entre los diversos sujetos sociales. Esos espacios contribuyen a conformar y definir al sujeto, en tanto afirman su pertenencia al sistema; lo reconocen como unidad de sentido y agente; y lo dotan de la aptitud de expresarse con plenitud de efectos en él. Lo que protege la responsabilidad es la expectativa que tiene el sujeto de organizarse de un determinado modo o de configurarse socialmente de manera concreta.

El derecho no tutela los objetos materiales en sí mismos, sino la función que colectivamente se les ha asignado a éstos en el sistema social y que se encuentra normativamente configurada en su esencia⁶⁶³. Si bien el sujeto tiene acceso, a su disposición, determinados bienes concretos en los que la mencionada libertad o disposición se manifiesta externamente o se ejerce, no son tales bienes en sí mismos los que configuran su derecho⁶⁶⁴. Toda vez que el plano desde el que les confiere valor el sistema jurídico no es el de la realidad fáctica, tampoco puede ser a ésta a la que se atiende a efectos de determinar aquellos atentados que resulten dañosos y den lugar a la responsabilidad.

En la medida en que, por un acto que pueda estimarse propio, un agente infringe una determinada norma, altera en perjuicio el espacio de libre actuación de otro tal como se encuentra normativamente configurado; y de este modo, no sólo daña a la víctima concreta sino a la sociedad que así las distribuye. De esa infracción del deber surge el elemento que permite que sea concebido como daño y atribuido al agente⁶⁶⁵. Así pues,

⁶⁶² MERKEL, Adolf, Derecho penal. Parte general, p. 13.

⁶⁶³ BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, I, p. 338 y ss.; KAUFMANN, Armin, Teoría de las normas, p. 14; SEARLE, John, La construcción de la realidad social, p. 106- 107.

⁶⁶⁴ Ya lo diría OLIVECRONA, Karl, Lenguaje jurídico y realidad, p. 15, refiriéndose a las teorías realistas y positivistas.

⁶⁶⁵ KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, IV, p. 35- 36.

es nuestro entender que la noción de daño no sólo se construye normativamente, sino que tiene un contenido esencialmente normativo.

En la medida en que el daño se conciba del modo señalado, y se lo identifique con la afectación de espacio de intangibilidad de otro, deberá reconocerse que concurre en cualquier especie de responsabilidad.

3.2.3.5 El daño material

Dado que las acciones en las que se expresa el agente, en general, dicen relación con un objeto material o inciden en él, las infracciones de una norma generan también, la mayor parte de las veces, transformaciones materiales en el mundo que pueden ser sensorialmente percibidas⁶⁶⁶. Es de esta forma cómo la acción, en tanto expresión de un determinado agente y constituida por un componente ideal o de sentido, adquiere un correlato fáctico, que muchas veces es valorado también en cuanto agrega relevancia al actuar humano o lo pone de manifiesto de manera inequívoca⁶⁶⁷.

Ese daño puede alcanzar directamente a uno o más bienes pertenecientes a sujetos determinados o a bienes institucionales o colectivos⁶⁶⁸. Cuando sucede en relación con estos últimos, atendida la propia entidad del bien, el daño material pareciera exigir una afectación que más bien deriva de la acumulación⁶⁶⁹. Ese resultado importa una alteración, un cambio en el estado de cosas precedente, que no se traduce

⁶⁶⁶ KAUFMANN, Armin, Teoría de las normas, p. 14- 15. Se trata de hechos brutos que se advierten en el sistema social, y a partir de los cuales se construyen los hechos institucionales, SEARLE, John, La construcción de la realidad social, p. 197.

⁶⁶⁷ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 177, al pie; FEINBERG, Joel, *El argumento de la graduación moral de los castigos*, p. 356- 357; GONZALEZ, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin)*, p.163 -164; MIR, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 61 y ss., quien partiendo de la fundamentación preventiva de la pena y de una comprensión funcionalista de la teoría de la pena, al amparo de la comprensión del Estado social y democrático de derecho, postula que el resultado integra el contenido de lo antijurídico, cumple funciones político criminales como prueba de la peligrosidad de una determinada conducta y como antecedente que puede considerarse en la fijación de la necesidad de pena.

⁶⁶⁸ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 63; ALCÁCER, Rafael, *Protección del futuro y daños cumulativos*, p. 11; HEFENDEHL, Roland, *¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?* p. 3.

⁶⁶⁹ HEFENDEHL, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de los riesgos futuros?*, p. 4- 5; ALCÁCER, Rafael, *Protección del futuro y daños cumulativos*, p. 12.

necesariamente en la destrucción de determinados objetos o bienes, sino que puede estar dada por la afectación de la forma o condiciones de goce de los mismos⁶⁷⁰. Ese daño puede ser, así, actual o presente, esto es, efectivo o estar configurado sólo por un peligro, un daño potencial que importa un cuestionamiento de la posibilidad de goce de uno o más de dichos bienes⁶⁷¹.

Sin embargo, no es el daño material por sí solo –como tampoco lo es la conducta en sí misma– el que permite atribuir responsabilidad, sino el desvalor que en él se manifiesta⁶⁷² y que deriva de la infracción de la norma. Los bienes que se encuentran a disposición de un agente –incluso aquellos sobre los que el ordenamiento jurídico reconoce un determinado interés legítimo– perecen por razones que no son relevantes en el ámbito de la responsabilidad⁶⁷³. El que ello tenga lugar, nos da la pista a seguir. No es pues, en sí misma la afectación del bien la que configura la noción de daño jurídicamente relevante; sino la afectación de la relación del sujeto con un determinado bien; en otras palabras, la de la facultad legítima que tiene éste de disponer sobre su propia actuación en relación con dichos bienes.

Es la libertad del sujeto de configurarse, de expresarse, de definirse o realizarse⁶⁷⁴ a través de determinados bienes o derechos, pero no éstos en sí mismos, lo que en definitiva es protegido normativamente. El daño que se ocasiona, pues, y que motiva la responsabilidad, es la afectación de la esfera de organización de un sujeto y que no se encuentra integrada únicamente por aquello de lo que ya dispone sino por aquello que puede esperar legítimamente que le sea dado⁶⁷⁵. Es así posible concebir el daño como

⁶⁷⁰ ROCCO, Arturo, El objeto del delito y de la tutela jurídico penal, p. 329- 330; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 182.

⁶⁷¹ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 11 y 106; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 65.

⁶⁷² INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 21-22; FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 121.

⁶⁷³ Consideraciones similares en sede de responsabilidad civil, y para efectos de considerar cuándo se origina la obligación indemnizatoria, HEDEMANN, Justus, Tratado de derecho civil, p. 111; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 10. Ver, asimismo, MIR, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 58; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 49- 50.

⁶⁷⁴ FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 62; HEFENDEHL, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?*, p. 8.

⁶⁷⁵ De modo que los delitos que la protejan sólo puedan concebirse a partir de un deber negativo con la cosa, como un simple no afectar, no intervenir; vale decir, de no incumbencia. De ahí, pues, que también puedan comprenderse dentro de la organización, y dentro de los delitos que la resguardan, aquellos que

una forma de arrogarse la organización de otro⁶⁷⁶, suceda ello en relación o no con determinados bienes concretos; y sin perjuicio de constatar que en la mayor parte de los eventos, de manera más o menos evidente, daños materiales o fácticos tienen lugar.

No debiera ofrecer reparos esta dualidad del daño, si se considera el ámbito en que dicha noción tiene aplicación, esto es, el de la responsabilidad. Ésta, si bien se construye como un juicio de reproche al sujeto por el acto desarrollado, persigue una determinada consecuencia, que se desarrolla en el mismo ámbito material que el daño, configurado por los actos de descarga de la responsabilidad. El que la descarga de la responsabilidad importe determinadas consecuencias fácticas para el sujeto pone en evidencia que aquello frente a lo que se reacciona no se agota en el ámbito ideal, sino que tiene, asimismo, un componente fáctico de relevancia⁶⁷⁷.

3.2.3.6 Daño relevante en la responsabilidad punitiva

Continúa siendo posición dominante en la doctrina penal que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, los que concibe como bienes u objetos de relevancia en la conformación individual y colectiva de los sujetos y que merecen una valoración positiva en el ordenamiento jurídico⁶⁷⁸. La noción de bien jurídico surge como criterio de limitación de la intervención punitiva del Estado y como medio de legitimación de ésta⁶⁷⁹. La alusión a los bienes jurídicos como criterio de legitimación

JAKOBS concibe como delitos institucionales. Máxime si se considera que el *otro* es un sujeto particular, concreto, cuyo ámbito de organización se encuentra configurado, asimismo, con aquello que puede esperar que los demás aporten a su configuración originaria

⁶⁷⁶ SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 24.

⁶⁷⁷ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 101. Aunque advirtiendo una dualidad insalvable, JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 24- 26.

⁶⁷⁸ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, p. 51; MIR, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 37; MIR, Santiago, Derecho Penal. Parte General (7°), p. 128- 130; MIR, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 37. Para GIMBERNAT, Enrique, *Prólogo* p. 15- 19, se incluyen, asimismo, sentimientos, en la medida en que ellos puedan ser calificados de legítimos; KAHLO, Michael, *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*, p. 55- 56.

⁶⁷⁹ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, p. 52- 53, permitiendo justificar restricciones esenciales a la intervención punitiva del Estado como la exclusión de las meras inmoralidades y de las contravenciones del Derecho penal. En el mismo sentido, MIR, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 159; MIR, Santiago, Derecho Penal. Parte General (7°), p. 128 y ss.;

del derecho penal demuestra la relevancia de la noción de daño también en sede de responsabilidad punitiva.

Conforme con la posición dominante, el derecho penal reaccionaría frente al daño –y frente a aquéllos de mayor entidad o gravedad- a determinados bienes considerados socialmente valiosos⁶⁸⁰. Tanto la noción de bien como la de daño tras la teoría de los bienes jurídicos presenta, no obstante, un contenido naturalista⁶⁸¹ que poco explica la forma y modo concreto en el derecho actúa a través del sistema de responsabilidad.

En efecto, las normas no impiden la ejecución de conductas que lleven consigo la destrucción o pérdida de los bienes jurídicos, sino que se dirigen a los destinatarios de las mismas pretendiendo orientar sus conductas y conminando con sanciones los supuestos de incumplimiento. Si pudiéramos hablar de protección de bienes jurídicos a través de las normas de responsabilidad penal, tendríamos que reconocer que ésta no tiene lugar siempre y bajo cualquier respecto sino únicamente en relación con ciertos y determinados comportamientos⁶⁸²; que sólo tiene lugar a posteriori –cuando ha tenido lugar el comportamiento infractor y la lesión o peligro en relación con el bien-; y por medio de un instrumento que carece de aptitud para restituir la posición o el estado del bien afectado. Parece así excesivamente artificial y contrario a la propia forma de configuración social de la institución encontrar en la protección de bienes jurídicos el objeto de los sistemas de responsabilidad punitivos.

Es evidente que el derecho penal, al igual que todo sistema de responsabilidad, reacciona frente a un daño⁶⁸³. Pero no al daño considerado desde un punto de vista naturalístico, no frente a toda y cualquier lesión, sino frente al daño delimitado y conceptualizado desde un punto de vista normativo. Los sistemas de responsabilidad

VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el principio de 'no daño'*, p. 37; KAHLO, Michael, *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal*, p. 53.

⁶⁸⁰ En cuanto a la afectación del mencionado principio en los sistemas penales bajo el signo de la *expansión*, ver GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 127- 145.

⁶⁸¹ KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante la protección del derecho*, p. 51.

⁶⁸² JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, p. 14.

⁶⁸³ KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante la protección del derecho*, p. 50.

reaccionan frente a la violación de la norma, de manera que tienen por función asegurar o mantener la vigencia de la misma⁶⁸⁴. Normas que crean determinados espacios de libre actuación de los sujetos, determinados espacios de intangibilidad en relación con ciertos o determinados bienes⁶⁸⁵. Así, lo que protege el derecho penal no son bienes jurídicos, sino ámbitos de actuación definidos normativamente⁶⁸⁶ y en los que legítimamente le es permitido obrar a cada sujeto.

Como se ha defendido a lo largo de esta exposición, la función del derecho de la responsabilidad es la protección. No la protección de los bienes, estimados como objetos tangibles, concretos; sino del ámbito de libertad que se reconoce normativamente a los sujetos y que se puede referir o ejercer sobre uno o más de dichos bienes. Protege, por lo tanto, un espacio jurídico que, si bien se encuentra indisolublemente relacionado con uno o más objetos, no se identifica ni puede confundirse con éstos. Si lo que protege el derecho es la intangibilidad en la disponibilidad de los bienes, es correcto sostener que lo que en definitiva ampara es la vigencia de la norma que establece o reconoce esa disponibilidad.

Así las cosas, si bien se protege la relación que tiene el sujeto con determinados bienes, lo cierto es que, éstos, de manera selectiva y limitada, resultan también indirectamente tutelados. De este modo se comprende que el solo reconocimiento de que el daño propio del delito es el intelectual no supone un abandono de la teoría de los bienes jurídicos, aunque sí obliga a que se otorgue a ésta un sentido y una función distintas de las asignadas por la doctrina mayoritaria⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 95- 96.

⁶⁸⁵ En sentido similar, VON HIRSCH, Andrew, *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*, p. 44.

⁶⁸⁶ JAKOBS, Günther, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, *passim*.

⁶⁸⁷ SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 90.

3.2.3.7 Daño relevante en la responsabilidad resarcitoria

La responsabilidad civil, como paradigma de la responsabilidad resarcitoria, se define tradicionalmente como el instrumento social de reparación del daño. Éste aparece en el centro del sistema justificando la reacción frente a los demás remedios sociales y limitando la cuantía de la indemnización.

El daño que la responsabilidad civil estaría llamada a resarcir, según afirma la doctrina tradicional, se define desde un punto de vista material. Así resulta de la clasificación que del mismo se hace entre daño material y daño moral, o entre daño patrimonial y extrapatrimonial. Se concibe el primero como aquél que alcanza determinados bienes u objetos que integran un determinado patrimonio; y el segundo, como el que afecta los sentimientos, la persona o los bienes personalísimos de un sujeto. En ambos casos nos encontramos frente a daños efectivos y tangibles, y la diferencia entre ellos estriba en la aptitud que tiene el dinero para proceder a su reparación⁶⁸⁸. Así, se dice que el daño material es susceptible de ser resarcido y el sujeto que lo padece restituido en la misma situación en que se encontraba antes de que tuviera lugar. En cambio, el daño moral sólo puede ser compensado, proporcionándose un remedio indirecto que resarza las molestias o dolores padecidos y que se construye bajo la consigna de que “las penas con pan son menos”⁶⁸⁹.

Sin embargo, concebir el daño relevante para efectos de la responsabilidad civil como de naturaleza material tampoco da cuenta de la forma concreta en que ésta actúa en el sistema social. Según se ha mencionado, y centrando el análisis en los sistemas de responsabilidad por culpa –únicos que pueden concebirse propiamente como tales- se advierte que la indemnización de perjuicios constituye una sanción que se impone a consecuencia de la infracción de la norma. Sólo en los casos en que la mengua en el interés de un determinado sujeto es la consecuencia de un ilícito cometido por otro, tendrá aplicación esta institución y la consecuencia patrimonial que la misma conlleva.

⁶⁸⁸ Para efectos del estudio de la evolución de la noción de daño a partir del año 1855, ver PANTALEÓN, Fernando, Del concepto de daño, *passim*; GÓMEZ, Fernando, *Daño Moral, passim*.

⁶⁸⁹ GÓMEZ, Fernando, *Daño moral, passim*.

No resulta correcto afirmar, en consecuencia, que la responsabilidad civil tiene como antecedente el daño entendido como daño material. Ello, en atención a que en muchos supuestos en que ese daño material es concurrente –en todos aquellos en que el mismo no puede ser atribuido a una conducta humana, a título de dolo o culpa, y estimarse ilícito- carece de toda relevancia para el sistema de responsabilidad civil. Pretender restar ese componente significativo en el antecedente del juicio de responsabilidad, por lo demás, le resta su carácter esencial de sanción, e impide que se la perciba como un instrumento social que tiende, conjuntamente con la sanción penal, a reaccionar frente al comportamiento desviado, y por esta vía, a reafirmar la vigencia de las normas que rigen en un determinado sistema social.

De este modo, sólo el daño jurídico, esto es, aquél que surge de la infracción de norma genera la reacción del ordenamiento jurídico que se traduce en la indemnización. Así, como se argumentó latamente en sede penal, también en el ámbito de la responsabilidad civil una noción de daño material parece completamente inadecuada para la comprensión de la regulación concreta que brinda el derecho.

3.2.3.8 Posibles críticas a una noción de daño de esta especie

Si se concibe el daño como aquí se propone –como una lesión o afectación de un ámbito de intangibilidad, o como la lesión de una expectativa del sujeto en orden a cómo conformar o configurar su mundo- se advierte que este concepto tiene, antes que nada, un componente ideal, distinto de uno meramente material o fáctico. Eso no se opone, según se ha visto, a que el daño ideal tenga un correlato físico, y que importe un menoscabo material para un sujeto concreto –sea individual o plural- en uno o más de sus bienes, derechos, o beneficios; objetos todos en los cuales puede expresarse su libertad de actuación protegida normativamente y que pueda servir de antecedente en la determinación de la medida o la cuantía de la reacción material o fáctica de que se trate.

A una noción de daño como la que aquí se defiende se le criticará, tanto en sede de responsabilidad resarcitoria como de responsabilidad punitiva, por sus consecuencias.

Cuando se concibe la responsabilidad como una forma de reacción frente a un determinado daño intelectual y no se alude a ningún componente material necesario en la antijuridicidad, queda en manos del legislador fijar el ámbito de las sanciones, y valerse de los instrumentos de control social; lo que parece extremadamente peligroso, sobre todo en tiempos caracterizados bajo el signo de la expansión⁶⁹⁰.

También se le criticará en razón de sus límites. En la medida en que el daño frente al que reacciona el sistema de responsabilidad es un daño intelectual, puede considerarse que no hay límite alguno para la reacción que dirige el ordenamiento jurídico en relación con el sujeto concreto. Es así como podría pensarse que es admisible que el ordenamiento jurídico penal reaccione sin que ningún elemento material sirva como criterio de proporcionalidad de la pena impuesta; o que la indemnización de perjuicios se conceda en supuestos en los que no concurre daño material alguno, o se extienda más allá del mismo.

No obstante, el que el daño frente al que reaccionan los sistemas de responsabilidad sea directamente el daño inmaterial que surge de la infracción de norma no se opone a que en los sistemas jurídicos surjan y se desarrollen determinados criterios que permitan limitar el contenido de la sanción. Los sistemas de responsabilidad, al igual que todos los restantes mecanismos de intervención del Estado están sujetos a los criterios de justificación y legitimación imperantes en una determinada sociedad y que definen un sistema político: el valor y la dignidad que se confiere a los individuos, el sentido y justificación del Estado y de sus medios en relación con los mismos, la definición del contenido y finalidad con que éste interviene. El que esos límites no vengán dados por el daño directo frente al que la responsabilidad reacciona no importa decir que los mismos no deben concurrir, ni que aquellos que se han construido carezcan de justificación y sustento.

⁶⁹⁰ La peligrosidad de una determinada posición no resta legitimidad a la teoría, ni “que una opinión sea falsa porque tenga consecuencias peligrosas”, HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, p. 133. A este respecto, ver SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal*, *passim*; CANCIO, Manuel, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, p. 17 y ss.

Es decir, no es necesario ni fundamental que sea el mismo criterio que fundamente la reacción el que ofrezca el límite a la intervención del Estado. Es así posible admitir que la culpabilidad, pese a no constituir el fundamento de la reacción penal, la limite; o que el daño material que tiene lugar en la realidad –en los eventos en que el mismo tenga lugar, o pueda ser cuantificado- restrinja la indemnización debida a la víctima. En otras palabras, el que una posición como la que aquí se defiende no ofrezca limitaciones automáticas derivadas de su propia fundamentación no importa rechazar que las mismas concurren y deban concurrir en el caso concreto. Por lo demás, y como se verá, esos límites se encuentran en el propio sentido ordinario de la responsabilidad como retribución.

3.2.3.9 El daño como elemento central de toda responsabilidad

No existe responsabilidad sin daño. De este modo, no podemos concebir esta institución, en el sentido preciso que interesa al derecho, sino en relación al mencionado elemento. El daño se concibe en el sentido jurídico expresado: como aquella afectación del ámbito de intangibilidad que el sistema de normas confiere a los sujetos sociales y, al mismo tiempo, como un cuestionamiento de las reglas que deciden esa construcción y configuración de competencias. Ese daño que se plantea en el ámbito del significado generalmente es seguido por una o más transformaciones externas en perjuicio de otro, que constituyen una expresión externa del mismo.

El daño así entendido es un producto de la infracción de la norma; de manera tal que es posible afirmar que constituye antecedente de la imposición de cualquier sanción y, del mismo modo, de todo y cualquier sistema de responsabilidad. Se trata, por lo demás, de un mismo daño, sea que el sistema de responsabilidad que se construye para reaccionar frente al mismo sea punitivo o resarcitorio: es ese daño intelectual que no alcanza únicamente a la víctima concreta, sino a la colectividad toda. En ese punto, parece necesario abandonar todas aquellas posiciones que encuentran la distinción entre la responsabilidad civil y penal en la exigencia de un daño –pues es elemento indispensable en toda responsabilidad-. Igualmente deben ser abandonadas aquellas que

advierten un daño de diversa naturaleza frente al que reaccionan, pues siempre se trata de un daño de naturaleza simbólica o intelectual-. Cosa distinta es la gravedad del mismo, o a la extensión de sus consecuencias, caracteres a propósito de los cuales sí es posible encontrar diferencias más o menos acentuadas.

3.3 Pertenencia del hecho

El juicio de responsabilidad se construye a través de un enunciado relacional, conforme con el cual se atribuye a un sujeto un determinado resultado como propio. El reproche que a consecuencia de éste se dirige al sujeto y que tiene como antecedente la infracción de la norma sólo tiene sentido cuando se formula en relación con un hecho que puede afirmarse que le pertenece⁶⁹¹. Toda responsabilidad supone, por lo tanto, la concurrencia de uno o más elementos que sirven de nexo entre el hecho –el sujeto- y el daño⁶⁹² y que constituyen los criterios de adscripción y valoración vigentes en un determinado sistema normativo⁶⁹³ conforme con los cuales se atribuye el hecho, así como el daño, ideal y material, que éste ha generado.

Es de justicia y de lógica en un juicio de responsabilidad –atendido el contenido y el significado que presenta en el sistema social- que no cualquier resultado, indeterminada o ilimitadamente, pueda ser puesto de cargo de un agente⁶⁹⁴. Así, la afirmación de la pertenencia del hecho se desarrolla en un proceso que jurídicamente se conoce como imputación. Ésta puede definirse, conforme con su sentido natural, como la atribución de una cosa –un hecho, un resultado- a un sujeto⁶⁹⁵; que se desarrolla por medio del lenguaje en operaciones de selección y valoración⁶⁹⁶ y se traduce en la determinación de

⁶⁹¹ LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 74; BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 4 habla del problema que resuelve la responsabilidad como el referido a la imputación.

⁶⁹² HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 160; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 20- 22.

⁶⁹³ LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 138; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 159- 163; GONZALEZ, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones*, p. 168; FEINBERG, Joel, *Harm to others*, p. 124; VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 84.

⁶⁹⁴ Ello, en razón de que una misma secuencia de movimientos corporales puede dar lugar a una serie más o menos larga de cambios en el mundo, y la interpretación que de la misma hagamos dependerá de cuál o cuáles de los mencionados efectos sean tenidos en consideración. Nuestra noción de acción, en consecuencia, se configura no sólo por los movimientos corporales efectivos, sino por la interpretación que de los mismos hagamos en función de el o los efectos que tomemos en consideración, GONZALEZ, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin)*, p. 165.

⁶⁹⁵ KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del estado*, p. 126; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 27- 30; RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 44- 45.

⁶⁹⁶ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, p. 253 y ss.; KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del estado*, p. 127- 128; VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 83. Ese componente de selección se advierte en el propio sentido etimológico del término, MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 27- 28. En cuanto a las formas de imputación ordinaria y extraordinaria de la acción, HRUSCHKA, Joachim, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, p. 18- 19.

si el hecho concreto es relevante para el juicio de responsabilidad, o debe ser considerado un mero infortunio⁶⁹⁷.

Se ha diferenciado tradicionalmente entre *imputatio physica*, aquella que permite la atribución al sujeto como causa material de un acontecimiento e *imputatio moralis*, conforme con la que se afirma al sujeto como causa libre de un hecho, y que constituyen los dos niveles en los que, de acuerdo con nuestra concepción de la institución responsabilidad, se construye esa atribución⁶⁹⁸.

3.3.1 De la pertenencia material del hecho. La causalidad

El conocimiento humano tiene uno de sus pilares en el determinismo, esto es, en la constatación de una determinada regularidad y ordenación en lo real⁶⁹⁹. Éste permite al hombre -en base a la observación de las relaciones constantes y permanentes y haciendo un ejercicio de selección y de abstracción- construir hipótesis que sirven a la explicación del ser y el devenir y de proyección de lo futuro⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ JAKOBS, Günther, La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, p. 8; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 260.

⁶⁹⁸ HRUSCHKA, Joachim, La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf, p. 19; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 29 y ss. Para MERKEL, Adolf, Derecho Penal. Parte general, p. 68, el juicio de imputación es doble: un juicio causal y un juicio distributivo en el que se devela el significado del mismo. Ver, asimismo, SÁNCHEZ, Pablo, Imputación y teoría del delito, p. 26-28.

⁶⁹⁹ VON JHERING, Rudolf, El fin en el derecho, p. 7. Destaca que se trata de un modo de pensar de origen también histórico, por lo que lo considera el modelo clásico de responsabilidad, BAYERTZ; Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 6. En cuanto a si la causalidad constituye una categoría puramente gnoseológica o una categoría ontológica, ver LOCKE, John, Ensayo sobre el entendimiento humano, p. 476- 478; BUNGE, Mario, La Causalidad, p. 18 y ss.

⁷⁰⁰ BUNGE, Mario, La Causalidad, p. 62- 64. Es la búsqueda de la invariabilidad la pretensión de la ciencia, MONOD, Jacques, El azar y la necesidad, p. 114- 115; WITTGENSTEIN, Ludwig, Tractatus logico- philosophicus, p. 193- 194; WITTGENSTEIN, Ludwig, Los cuadernos azul y marrón, p. 42; HUME, David, Investigación sobre el conocimiento humano, p. 117- 118; KANT, Immanuel, Antropología en sentido pragmático, p. 96; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 35. Ello, en la constatación que la generación de un determinado resultado no depende únicamente de un solo condicionante, sino de muchos otros, varios de los cuales no dependen del sujeto que actúa y que, normalmente, escapan además de su capacidad de análisis o ponderación. Ver, GONZALEZ, Daniel, *Cómo hacer cosas con acciones*, p. 168- 169.

Con independencia de si la realidad ontológicamente se encuentra configurada causalmente o si la causalidad constituye un presupuesto del conocimiento⁷⁰¹, lo cierto es que podemos afirmar que nuestra manera de comprender el mundo se relaciona y conforma con base en la causalidad⁷⁰². Nos insertamos en la realidad, analizamos la naturaleza, actuamos, nos relacionamos con ésta y los demás seres humanos; en fin, nos comprendemos y proyectamos en el tiempo y en el espacio teniendo como base ese criterio. Nuestro lenguaje denota la profunda raigambre de esa forma de comprender y de interpretar los fenómenos del mundo; no sólo los de la naturaleza sino, asimismo, los humanos⁷⁰³.

La idea tradicional de causalidad se sustenta en dos nociones: necesidad y eficacia⁷⁰⁴. Entendemos la causalidad como una determinación constante e inmutable, como un orden temporal entre fenómenos que es inalterable, e interpretamos la relación que entre éstos tiene lugar en el tiempo con un sentido agentivo o eficiente: así afirmamos que ciertos antecedentes han generado o producido determinadas consecuencias en el mundo real. Esta última característica explica por qué la causa relevante para las ciencias es la causa eficiente⁷⁰⁵.

La causa eficiente sirve de explicación de lo real en supuestos de transformación o de cambio. Cuando se constata ese cambio en la realidad, la aplicación de las reglas causales permite radicar en la intervención de un agente externo la explicación del origen o génesis del mismo⁷⁰⁶. Así se advierte que el concepto de causa, tal como la concebimos en la explicación de los fenómenos, no está envuelta en lo dado sino en lo

⁷⁰¹ En cuanto a los diversos sentidos del término causalidad, ver HART, Herbert/HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, p. xxxiii y ss.; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 35; WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, p. 186- 188; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 16.

⁷⁰² RUSSELL, Bertrand, *El conocimiento humano*, p. 319- 320; SEARLE, John, *Libertad y neurobiología*, p. 35- 36; PINKER, Steven, *El mundo de las palabras*, p. 212. Para algunos estrechamente vinculada a la noción de acción y a la percepción del ser humano como agente, VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 298 y ss.

⁷⁰³ HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, p. 124- 125. Éste constituye, por lo demás, un rasgo de la ciencia moderna, BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 319- 320.

⁷⁰⁴ HART, Herbert / HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, p. 14- 15.

⁷⁰⁵ Para una exposición de la cuestión, BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 56 y ss. quien distingue diversos estadios en la evolución de dicha noción; MONOD, Jacques, *El azar y la necesidad*, p. 31- 32.

⁷⁰⁶ BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 58 - 74, y p. 248- 249.

que sufre alteración; y encuentra su explicación, no en la propia conformación del fenómeno o del objeto, sino en aquellos elementos externos que puedan considerarse agentes transformadores⁷⁰⁷.

Si el hombre comprende el mundo y se inserta en él con la causalidad, es evidente que ésta constituye el primero de los criterios de los que se vale y que exige para atribuir un hecho o un resultado, a un determinado agente⁷⁰⁸. Si se analizan los propios verbos que describen las conductas que generan daños relevantes para los sistemas sociales se advierte que muchos de ellos se definen por sus resultados o consecuencias, lo que presupone un vínculo causal en su propia construcción⁷⁰⁹.

En muchos contextos la responsabilidad es identificada con la causación. Se alude al “responsable” como al sujeto u objeto que ha ocasionado un determinado resultado o estado de cosas⁷¹⁰. Cuando ello se afirma nos encontramos frente a un enunciado retrospectivo, que mira al pasado y que, formulado sin pretensión ulterior, busca una explicación de lo sucedido⁷¹¹. Los enunciados de “responsabilidad como causación” no se encuentran necesariamente vinculados con una conducta humana y en ellos no se

⁷⁰⁷ Esa visión del mundo es más bien estática, pone su acento en los agentes externos y prescinde de los condicionantes internos, BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 255- 278

⁷⁰⁸ GIMBERNAT, Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, p. 19; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 168- 169; FLETCHER, George, Conceptos básicos del derecho penal, p. 99-100; RUDOLPHI, Hans, Causalidad e imputación objetiva, p. 15- 16; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 113 y ss.; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 25- 26. Destaca éste como el primer estadio de la idea de responsabilidad, BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortlichkeit*, p. 5- 7.

⁷⁰⁹ AUSTIN, John, Cómo decir cosas con palabras, p. 158.

⁷¹⁰ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 214; HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 348; HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 47; FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 538; NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 185- 186; BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 5 y ss.

⁷¹¹ CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 36; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 17 y ss. y que darían cuenta de una relación que denomina *genética o explicativa*, afirmando que “en este primer sentido, cuando preguntamos quién o qué es responsable de un hecho, queremos identificar otros hechos antecedentes que de alguna forma expliquen la existencia de aquél”. Para BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 117 y ss. y FRENCH, Peter, A spectrum of responsibility, p. 113 los enunciados de responsabilidad como causalidad tienen también un componente prospectivo, referido a los daños que se pueden prevenir o a las medidas de precaución que se pueden adoptar, incluso cuando se afirma en relación con elementos no humanos.

afirma -o al menos no de manera consciente- el mérito o demérito del hecho antecedente⁷¹².

Cuando hablamos de causalidad como primer criterio para afirmar la pertenencia buscamos una explicación del hecho en el pasado según los principios que imperan en nuestra comprensión de la naturaleza⁷¹³. Sin embargo, hacemos uso de ellos en un sentido diverso del de las ciencias naturales⁷¹⁴, pues lo que pretendemos con dicha operación no es sólo responder a la pregunta *¿por qué?*, en relación con un determinado acontecimiento, sino en razón de la intervención *de quién* puede explicarse lo sucedido en un caso específico y concreto; lo que efectuamos con una finalidad práctica, que

⁷¹² HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 214- 215, HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 349; BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 119; HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 47; FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 538. Para HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and Retribution*, p. 214 y HART, Herbert, *Varieties of responsibility*, p. 349, cuando se habla de responsabilidad como causalidad en relación con agentes humanos el sentido se acerca al de sancionabilidad. NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, p. 186: “Como se refiere también a cosas, es posible pensar que este sentido de ‘responsabilidad’ no contiene ningún reproche moral, designando únicamente el hecho de que algo sea condición causal de un resultado. Sin embargo, el hecho de que casi siempre se emplee el término ‘responsabilidad’ con este significado cuando se produce un evento disvalioso, hace pensar en que hay un resabio de reproche inconsciente en su uso (estando vinculado por ello al cuarto sentido que veremos), aun cuando racionalmente se rechace tal reproche cuando se advierte que el factor causal no fue un acto humano voluntario, sino el movimiento de una cosa, de un animal o de un hombre que actuó en ciertas condiciones que excluyen la voluntariedad”.

⁷¹³ LESCH, Heiko, *La función de la pena*, p. 74; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 167; PINKER, Steven, *El mundo de las palabras*, p. 13. Insuficiente también para la comprensión de ésta, DEL VECCHIO, Giorgio, *Supuestos, concepto y principio de derecho*, p. 220- 221: “El criterio causal permite, pues, una noción de la realidad como serie, pero no da ni el principio ni el fin de esta serie. No da el principio, porque considerando bajo aquel criterio, esto es, como momento en el orden de la sucesión fenoménica, un principio sería un efecto sin causa y no da el fin porque, bajo idéntica consideración, un último dato significaría una causa desprovista de efecto. Por lo tanto, la explicación causal del mundo es necesariamente incompleta; y su radical deficiencia se demuestra también por lo siguiente. La ley de la causalidad no tiene sentido, sino con respecto a los modos de ser, o sea, a las modificaciones que acontecen en la realidad; supone, pues una realidad existente, que es como decir un substrato y una sustancia que soporte o produzca las variaciones. Pero de esta sustancia –que en el primer aspecto llamamos materia y en el segundo fuerza o energía-, la ley de la causalidad es incapaz de dar una idea cualquiera, como también es incapaz de explicar su origen; porque precisamente sólo sirve para explicar el tránsito de un estado a otro modo de ser, no el tránsito del no al ser, de la nada al algo”.

⁷¹⁴ Cuando la causalidad es utilizada en el ámbito de las ciencias humanas y se hace uso del mismo como criterio de imputación, se incorpora al análisis un componente de intencionalidad que parece encontrarse ausente en la constatación de la causalidad cuando ésta se efectúa en el ámbito de las ciencias naturales. La búsqueda del agente, y no de un simple antecedente, condiciona el contenido de la atribución, incluso aquella fundada en las leyes de la naturaleza. Por lo demás, los enunciados de causalidad en el ámbito de la imputación se formulan en relación con un supuesto concreto, de manera que carecen de la pretensión de universalidad con que son formuladas las leyes causales en las ciencias. Ver MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 103- 104.

entraña necesariamente una valoración del fenómeno conforme con determinados criterios normativos⁷¹⁵.

Tradicionalmente se afirma que los enunciados de causalidad son meramente descriptivos, en la medida en que en ellos el observador se limitaría a expresar un hecho tal como se manifiesta externamente. Sin embargo, la formulación de un enunciado causal no sólo importa constatar, por medio de los sentidos, una relación de antecedente- consecuente que tiene lugar en la realidad espacial y temporal, sino seleccionar determinados factores; abstraer, prescindiendo de sucesos o estadios intermedios; valorar, entre los elementos seleccionados, un vínculo eficiente; labores todas que no surgen de la pura realidad material, sino que efectúa el intérprete guiado con una finalidad práctica específica⁷¹⁶. Ello determina que la verdad de los enunciados de causalidad no pueda resolverse en mérito a su correspondencia con la realidad –en una dirección enunciado- mundo, como afirmarían SEARLE-, sino que en su valoración deba atenderse al contexto y ámbito concreto en el que se ha formulado⁷¹⁷. En atención a lo anterior, parece legítimo preguntarse si tales enunciados son susceptibles de calificarse propiamente como verdaderos o falsos, o si no resulta más apropiado que se los pondere conforme con criterios de justicia, razonabilidad y mérito.

Pese a la relevancia de la causalidad en la afirmación de la pertenencia del hecho⁷¹⁸, se advierte que no siempre resulta necesaria. Por lo demás, aparece como demasiado

⁷¹⁵ HART, Herbert/ HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, p. 9- 10; BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 395. En cuanto a la imposibilidad de esas valoraciones en relación con el examen de la naturaleza, ver DEL VECCHIO, Giorgio, *Supuestos, concepto y principio del derecho*, p. 222 y ss.

⁷¹⁶ SEARLE, John, *Intencionalidad*, p. 22- 23; BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 187- 188; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 165- 167; AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 191. Esta no parece una construcción propiamente jurídica, sino que ya se advierte en el propio lenguaje causativo, PINKER, Steven, *El mundo de las palabras*, p. 101- 102. Siempre cuando se habla de causa el sujeto de algún modo selecciona el conjunto de antecedentes que advierte en la realidad, selección que deriva consciente o inconscientemente de su limitada capacidad de percibir, comprender y explicar y les proporciona una dirección que no necesariamente deriva de su conformación interna. Sin perjuicio que no se puede soslayar que, al afirmar la mencionada pertenencia, el observador de algún modo, ‘anime’ ese objeto de la realidad.

⁷¹⁷ AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 196.

⁷¹⁸ Y que no desaparece pese a las transformaciones que han tenido lugar en la ciencia, BUNGE, Mario, *La Causalidad*, p. 488- 491; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 108- 109.

amplia y, en cualquier caso, insuficiente como único criterio de atribución en el juicio de responsabilidad⁷¹⁹.

3.3.2 De la pertenencia normativa del hecho. La imputación objetiva

En los sistemas jurídicos constituye una posición asentada que no todo resultado que se pueda vincular a modo de condición con una determinada acción puede ser atribuido a un sujeto en el sentido que interesa al derecho y, concretamente, al juicio de responsabilidad⁷²⁰. El poder del sujeto para actuar es ilimitado, al igual que los efectos de sus actos: muchos de ellos quedan sujetos al azar⁷²¹ o son enteramente imprevisibles. Gran parte de las condiciones que anteceden un determinado hecho carecen, por lo demás, de relevancia en el ámbito del derecho y no sirven como criterios relevantes para decidir la pertenencia de un determinado acontecimiento a un agente. Asimismo, en determinados supuestos, si bien no concurre un vínculo causal, el hecho y la infracción igualmente pueden atribuirse al sujeto y considerarse como infracciones de normas que justifican que sea llamado a responder.

Se asume, de este modo, que la pertenencia objetiva del hecho debe ser decidida, no descubierta⁷²², lo que exige determinados criterios valorativos en mérito a los cuales pueda afirmarse la concurrencia de una infracción en supuestos en que el daño ha tenido lugar y, en cualquier caso, sustentarse su atribución a un determinado agente.

Las reglas que se aplican en este segundo estadio de atribución cumplen la función de delimitar el ámbito de lo prohibido en aquellos supuestos en que ha sucedido un determinado resultado que socialmente se desvalora. Ellas impiden que cualquier resultado que tiene lugar en el mundo real sea suficiente para dar inicio a un juicio de

⁷¹⁹ Muchas veces, por lo demás, no logra ser establecida, RUDOLPHI, Hans, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 15; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma*, p. 84- 85; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad (versión actualizada)*, *passim*; ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: el efecto boomerang de las acciones individuales*, p. 54.

⁷²⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 17- 18.

⁷²¹ ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 36.

⁷²² FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 341- 342.

responsabilidad o, desde otro punto de vista, que se afirme la identidad entre infracción de norma y daño material ocasionado⁷²³.

Conforme con ellas es posible afirmar que no cualquier daño que tiene lugar en el mundo real es relevante. En aplicación de las mismas podemos concluir que, para que tenga lugar la responsabilidad, el hecho debe reunir determinadas condiciones que permitan afirmar que ha importado una infracción de norma por parte de un agente concreto o, lo que es lo mismo, por un sujeto normativamente configurado.

Así, no se consideran jurídicamente relevantes, ni pueden ser interpretadas como infracciones de normas, aquellos hechos que ocasionan resultados generalmente aceptados. No pueden atribuirse como propios aquellos resultados que no son adecuados, que son imprevisibles o que derivan de antecedentes que carecen de relevancia en su configuración concreta. Tampoco lo son aquellos que suceden fuera del rol o del ámbito de competencia del sujeto⁷²⁴.

Esos criterios normativos conducen a una superación de la causalidad y permiten que se afirme con sentido que dentro del ámbito de competencia no sólo son relevantes para efectos de la responsabilidad aquellos actos que el sujeto directamente ejecuta, sino también aquellos que lleva a efecto valiéndose de objetos u otros sujetos; así como también aquellos que se encuentra obligado a ejecutar en consideración a determinadas normas jurídicas y que no realiza. De ahí que el ámbito en que se decide la responsabilidad no sólo se encuentre dado por aquellas conductas que ejecuta el sujeto y que alteran el ámbito de libre actuación del otro, sino por aquellas que deja de hacer o efectúa de manera deficiente en aquellos casos en los que se encuentra obligado a intervenir. Al sujeto pertenece, pues, no sólo aquello que efectivamente realiza cuando no debe –cuando actúa debiendo abstenerse de ello- sino aquello que deja de hacer cuando ha debido hacerlo –cuando omite debiendo actuar-.

⁷²³ RUDOLPHI, Hans, Causalidad e imputación objetiva, p. 30- 31.

⁷²⁴ POPPER, Karl, La responsabilidad de vivir, p. 221; RUDOLPHI, Hans, Causalidad e imputación objetiva, p. 26- 30. En relación con la suerte en las consecuencias y su incidencia para efectos de la responsabilidad, ver RIVERA, Eduardo, *Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción, passim*.

La mera causación de un determinado resultado ha de reemplazarse, limitarse o completarse con aquellos criterios conforme con los cuales puede afirmarse la concurrencia de una concreta infracción de norma. La exigencia de ellos permite delimitar de manera concreta y específica el ámbito de lo prohibido o de lo exigido por el ordenamiento jurídico al sujeto que se encuentra en la posición específica del agente⁷²⁵.

3.3.3 De la pertenencia moral del hecho. La voluntariedad

Para afirmar que el sujeto ha obrado en un sentido relevante para el juicio de responsabilidad es menester que haya querido el resultado que ha ocasionado o que, al menos, el mismo pueda ser atribuido a algún componente o disposición de su voluntad⁷²⁶. La sola causalidad carece, pues, de la entidad para diferenciar acciones y meros acontecimientos⁷²⁷.

Constituye, por lo demás, el componente que hace posible la valoración y el reproche personal del comportamiento; proporciona sentido al hecho exterior y permite que sea considerado acción: manifestación, en el espacio intersubjetivo, del agente⁷²⁸. En este

⁷²⁵ JAKOBS, Günther, El concepto jurídico penal de acción, p. 30: "(...) sin ese factor normativo, considerando solo el proceso bio-psicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaleza, y ésta como tal carece de relevancia jurídica. Sólo si la acción se entiende no como elemento natural en el ámbito de la imputación, sino como concepto que, a su vez, se halla determinado por la imputación, la acción se convertirá en lo que debe ser: una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante".

⁷²⁶ BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 63. Es el gran logro del derecho romano clásico, VON JHERING, Rudolf, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, p. 38.

⁷²⁷ FRANKFURT, Harry, *El problema de la acción*, p. 106- 108; MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, p. 509- 510; D'ORS, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, p. 267- 268. Fuentes previas en el derecho griego, ver CHIRONI, Gianpietro, *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual*, p. 21 y ss. La describe como un segundo estado de evolución de la idea de responsabilidad, BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 8- 13.

⁷²⁸ ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, p. 226 dirá que la justicia o injusticia no se predicán de los meros accidentes. Ver, asimismo, BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, p. 244; HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 105- 106; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 181; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 183; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 134- 135; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 19- 31. VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 229: "Lo que caracteriza a los movimientos voluntarios es la ausencia de asombro. Y no cabe preguntarse por qué no nos asombramos, pues no hay respuesta. La

sentido, se habla de la voluntad como causa moral de un determinado hecho o resultado, como una causa independiente de la naturaleza⁷²⁹ cuya concurrencia permite vincular de manera más estrecha el resultado con el concreto y específico agente de que se trate. Como dice INGARDEN “sólo si una acción es su *propia* acción, el agente es responsable de la acción realizada por él y de su resultado; y podrá ser considerada propia en dos sentidos distintos, aunque llegado el caso no merezcan la misma valoración. En uno más fuerte, en la medida en que el sujeto emprenda conscientemente la actuación, y domine su curso durante toda su ejecución; o, en un sentido más débil, de *pasividad activa*, en la medida en que se encuentra en el poder del sujeto la interrupción del acontecer”⁷³⁰.

La voluntariedad de la acción no constituye una constatación material ni deriva de una descripción de la conducta del agente, sino que surge de una labor de atribución que tiene en cuenta la noción del sujeto responsable, su sometimiento a reglas, y las condiciones en las que se ha expresado en la realidad⁷³¹.

3.3.3.1 De la voluntad como dolo

La forma más directa en que la voluntad de un sujeto puede manifestarse en relación con un determinado acontecer es el dolo. El sujeto actúa con dolo cuando emprende una

ausencia de asombro ante nuestros movimientos voluntarios se halla relacionada con el hecho de que los enunciados psicológicos en primera persona no se verificables por observación. Por eso no podemos adoptar la actitud del observador (de la que nace el asombro) ante nuestros movimientos voluntarios”.

⁷²⁹ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 77; AUSTIN, John, Lectures on jurisprudence, p. 204; SEARLE, John, La construcción de la realidad social, p. 149- 150; BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 111; BUNGE, Mario, La Causalidad, p. 259- 261; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 35- 36.

⁷³⁰ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 30-31.

⁷³¹ VIVES, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 233: “De este modo, la intención, inasequible como proceso psicológico, se muestra en una doble dimension normativa. En primer término, en las reglas que la identifican y la hacen posible y cognoscible; y, en segundo lugar, en la relación entre el autor y la acción: a través del significado de sus actos, de las competencias que cabe atribuirle y del entramado de los estados intencionales que se plasman en su vida, imputamos –o no- una determinada intención al autor”, para agregar más tarde, p. 244: “Ni qué decir tiene que, al tenor de lo expuesto, ni el dolo ni la imprudencia, unificados como juicios normativos, desempeñan necesariamente una función conceptual o definitoria de la acción: en principio, y salvo que el significado objetivo (social) de la acción los integre como momentos constitutivos del concepto de acción de que se trate, dolo e imprudencia representan instancias de imputación de la antinormatividad de una acción o de una omisión previamente entendidas como tales”.

actividad conociendo que la misma llevará consigo un determinado resultado que el ordenamiento jurídico desvalora, el que busca deliberadamente o acepta⁷³².

El dolo puede concebirse como el conocimiento de la acción y de sus consecuencias⁷³³, el que se da a conocer por la dirección con que dicha acción se emprende y con la que se manifiesta⁷³⁴. Si bien es cierto que tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal se lo ha pretendido caracterizar por sus componentes de naturaleza psicológica –quizá fundamentalmente por razones de aparente legitimación- lo cierto es que la aplicación práctica de la referida institución pone de manifiesto que nos encontramos también frente a un hecho institucional. La afirmación de que el dolo constituye, pues, una intención positiva de ocasionar daño, como se define a propósito de la responsabilidad civil, o que concurre cuando el sujeto ha llevado a cabo el comportamiento objetivamente típico con el conocimiento de la realización del mismo, surge de la valoración efectuada en el proceso de acuerdo con criterios sociales vigentes, y de la declaración que es producto del mismo.

De este modo, y si bien es cierto que la afirmación de la concurrencia del dolo parte de elementos descriptivos⁷³⁵, constituye esencialmente una adscripción: los hechos que se dan en el mundo real han de ser interpretados a la luz de las valoraciones sociales y establecido, conforme con las mismas, si concurren los elementos de los que socialmente obtiene esa intencionalidad⁷³⁶.

⁷³² AUSTIN, John, Lectures on jurisprudence, p. 203- 206; HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 107- 108.

⁷³³ JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, p. 316.

⁷³⁴ Un análisis de los criterios que socialmente se utilizan para efectuar la atribución de dolo en los sistemas vigentes en RAGUÉS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, p. 355 y ss.

⁷³⁵ GEACH, Peter, *Ascriptivism*, p. 221- 224.

⁷³⁶ GEACH, Peter, *Ascriptivism*, p. 221; RAGUÉS, Ramon, El dolo y su prueba en el proceso penal, *passim*; CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 46- 48; VIVES, Tomás, Fundamentos del sistema penal, p. 238.

3.3.3.2 De la voluntad como negligencia

Asimismo, la concurrencia de esa voluntariedad en la acción se afirma cuando al sujeto puede atribuirse una falta de cuidado, la omisión en el cumplimiento de las reglas que rigen en el ámbito concreto en el que actúa; sea de aquella específica que impone a un sujeto una vinculación previa, como sucede en la culpa contractual, o de la general que se exige en los contactos anónimos que se desarrollan en el sistema social⁷³⁷. El derecho no sólo exige al agente que no infrinja de manera consciente y deliberada sus deberes; sino que los cumpla con cierto grado de diligencia.

En los supuestos de negligencia la voluntad del sujeto no se dirige a ocasionar el daño concreto que le es reprochado, el que no conoce directamente, sino a otros objetivos; sin embargo, en la consecución de los mismos desatiende deberes y comete descuidos que ocasionan daño a terceros. De este modo, también en razón de la negligencia puede afirmarse en un sentido subjetivo que un determinado hecho pertenece al agente; no como una manifestación de un vínculo psicológico fuerte, sino como una disposición concreta del sujeto en su comportamiento respecto de otros⁷³⁸.

La infracción negligente del deber puede comprenderse ya en un sentido individual, ya en uno generalizador. En el primero, a modo de culpa subjetiva, si el sujeto concreto se encontraba en condiciones de prever o evitar el resultado que socialmente se desvalora, esto es, como evitabilidad individual, supuesto en el que resulta relevante atender a los conocimientos y capacidades especiales del autor. O en un sentido generalizador, atendiendo a un baremo de evitación objetivo y determinado conforme a si una figura ideal como el hombre medio se encontraba en condiciones o no de evitar o prever el resultado⁷³⁹. La responsabilidad por culpa exige tres requisitos comunes en los sistemas de responsabilidad: la existencia de un deber de cuidado; la infracción del mismo deber,

⁷³⁷ CHIRONI, Gianpietro, La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, p. 1-2; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, tomo I, p. 276- 277 y tomo II, p. 95- 96; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 80- 81.

⁷³⁸ En contra KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 77- 78.

⁷³⁹ Ver exposición en JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, p. 384 y ss; ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, p. 1015; VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 277, MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, Elementos de responsabilidad civil, p. 115 y ss.

y la generación de un daño material a consecuencia de la infracción de ese deber⁷⁴⁰. Criterios normativos como la previsibilidad o la evitabilidad limitan la atribución de este último⁷⁴¹.

La culpa, al igual que el dolo, importa una forma de adscripción, que surge de la declaración que efectúa el juzgador en la sentencia, sin perjuicio de que la misma se encuentre fundada en cuestiones de hecho que deben ser establecidas en el curso del juicio por medio de la prueba⁷⁴².

Puede plantearse la discusión acerca de si existe un concepto de culpa diverso en el ámbito de la responsabilidad civil y en la penal⁷⁴³. Superadas en ambos ámbitos las nociones de culpa como vínculo psicológico con el resultado, la normativización ha conducido a establecer en ambas sedes que la culpa se determina tras la comparación de la conducta concreta desplegada por el agente, y aquella que resulta exigible. Sin embargo, en materia civil la responsabilidad por culpa es más amplia que en materia penal⁷⁴⁴, en razón de dos criterios: el primero, la ausencia de la tipicidad y la vigencia del principio genérico de no ocasionar daño a otro que da origen a una exigencia general de cuidado en los contactos anónimos indeterminados⁷⁴⁵; y el segundo, la circunstancia de que en el ámbito civil –al menos en lo que dice relación con el ámbito extracontractual– siga siendo posición general la que sostiene que se responde por cualquier especie de culpa que ocasione daño, sin que se tome en consideración la extensión o la gravedad de la misma. A ello debe agregarse la tendencia a presumir la culpa o a alterar la carga de la prueba de su acreditación que se advierte en el desarrollo

⁷⁴⁰ VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, tomo I, p. 276- 277; ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, Accidents, compensation and the law, p. 34- 35; MIR, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 63- 64.

⁷⁴¹ CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 79; JAKOBS; Günther, Derecho Penal. Parte General, p. 384.

⁷⁴² ATIYAH, Parick / CANE, Peter, Accidents, compensation and the law, p. 35- 37.

⁷⁴³ Excluimos de este análisis, tal como lo hicimos antes, la responsabilidad por riesgo, en la que la exigencia de culpa falta absolutamente.

⁷⁴⁴ Sea que la imprudencia se acepte como cláusula general, aplicable a todo y cualquier delito, o sólo a aquellos supuestos en que expresamente se encuentra consagrada, ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, p. 996.

⁷⁴⁵ En la tipicidad se encontraría la distinción entre culpa penal y culpa civil, ver QUINTANO, Antonio, *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, p. 1046 y ss.

de la jurisprudencia, y que extiende aún más el campo de aplicación de esta forma de pertenencia en el ámbito civil.

3.4 Juicio de responsabilidad

Cuando hablamos de responsabilidad no estamos aludiendo a ninguna realidad material perceptible externamente, a ningún aspecto o componente del mundo físico que pueda ser nombrado o descrito⁷⁴⁶. Por mucho que lleve consigo determinados efectos materiales, la responsabilidad no puede ser identificada con ellos. Se trata, más bien, de una construcción que se efectúa con referencia a determinadas reglas que se realiza en un proceso judicial de imputación, en un juicio institucionalizado en que un tercero valora el comportamiento y afirma su pertenencia a un determinado agente⁷⁴⁷.

3.4.1 El objeto del juicio de responsabilidad

El juicio de responsabilidad tiene por objeto resolver el conflicto de intereses que se ha suscitado en el sistema social a consecuencia de una infracción de norma que ha generado una consecuencia dañosa que socialmente se desvalora⁷⁴⁸. Es el hecho ya sucedido, en consecuencia, el que da origen a la pregunta por la responsabilidad y motiva el desarrollo del juicio que tiende a su dilucidación y establecimiento⁷⁴⁹.

Esa resolución del conflicto social la efectúa el sistema jurídico de una manera específica y concreta: con la determinación de si el hecho dañoso puede estimarse antijurídico, de si puede ser atribuido como propio a alguno de los sujetos que han resultado involucrados en él y, en consecuencia, si procede que soporte la sanción con la que la infracción de la regla ha conminado de manera general.

⁷⁴⁶ FAUCONNET, Paul, La responsabilité, p. 1; COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 58.

⁷⁴⁷ KANT, Immanuel, La metafísica de las costumbres, IV, p. 35. En relación con la posición de Kant en materia de imputación, RICOEUR, Paul, *Le concept de responsabilité*, p. 47. Reglas que, como se ha visto, son de valoración e imputación. En contra, FAUCONNET, Paul, La Responsabilité, p. 17- 18. Ver, asimismo, COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 58; LARRAÑAGA, Pablo, Responsabilidad de rol y directrices, p. 569- 570.

⁷⁴⁸ CALABRESI, Guido/ MELAMED, Douglas, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, p. 1090- 1092.

⁷⁴⁹ Entendiendo que se trata del sentido propio del término, responsabilidad en atención a las consecuencias que el sujeto debe soportar por haber actuado, DE ÁNGEL, Ricardo, Sobre las palabras ‘responder’, ‘responsable’ y ‘responsabilidad’, p. 1348.

Ese juicio se desarrolla entre la pregunta que formula el juzgador a quien considera responsable y se desenvuelve de manera diversa dependiendo de la actitud que éste asuma frente a esa interrogación⁷⁵⁰. La idea de pregunta por la responsabilidad de un cierto hecho sugiere la posibilidad de respuesta y, con ello, de defensa. En el juicio de responsabilidad se asume que el sujeto que es interpelado pueda argumentar la falta de alguno de los presupuestos de la responsabilidad o de los elementos de ésta, y que impiden que se construya, con sentido, la afirmación de atribución de un hecho como propio, la valoración del mismo como contrario al ordenamiento jurídico y que se le reproche en el caso concreto⁷⁵¹.

3.4.2 Producto del juicio de responsabilidad. El reproche al sujeto

La responsabilidad se resuelve en un juicio normativo de reproche, de desvaloración del sujeto que infringe la norma en relación con el comportamiento concreto que ha llevado a cabo⁷⁵². Dado que la norma violada contiene no sólo una determinada prescripción de conducta sino, asimismo, una valoración convencional positiva de los comportamientos que ordena o negativa de aquellos que prohíbe⁷⁵³, el establecimiento de esa infracción en el juicio de responsabilidad lleva consigo una carga de desaprobación que se

⁷⁵⁰ LUCAS, John, *Responsibility*, p. 5- 6; BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, p. 121

⁷⁵¹ Para LUCAS, John, *Responsibility*, p. 6-8, las defensas que puede plantear el sujeto están dadas por una incorrecta dirección de la pregunta acerca de la responsabilidad, la falta de acción y errores en la descripción de la acción.

⁷⁵² FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 2; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 63; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 48 y ss. Aquí el concepto de reproche se utiliza en un sentido netamente jurídico, referido a la desvaloración que surge concretamente en el sistema social en relación con el comportamiento del sujeto que se opone a las valoraciones sociales de las que da cuenta la norma infringida, de manera que quedan fuera de ésta connotaciones morales que, no obstante, deben reconocerse presentes en la propio sentido ordinario de dicha noción. Ver FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, p. 538: “We also say that an individual is ‘responsible’ or ‘bears responsibility’ in the sense of being blameworthy or culpable. To say a person is responsible in this sense is to say that the person is deserving for blame. This sense of ‘responsible’ seems to imply fault. That is, when we say people are responsible in this sense we are evaluating their behavior relative to some principle or standards”.

⁷⁵³ Así sucede con todas las reglas de responsabilidad, sean ellas civiles o penales conforme con FAUCONNET, Paul, *La Responsabilité*, p. 7- 9; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 19; ATIENZA, Manuel/ RUIZ, Juan, *Las piezas del derecho*, p. 131; MENDONÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, p. 84.

comunica al sujeto en el proceso, y que fundamenta las sanciones que le son impuestas a modo de consecuencia⁷⁵⁴.

La responsabilidad tiene, pues, una naturaleza esencialmente comunicativa. En el juicio de responsabilidad, Todos – por medio del tercero que se encuentra entre Uno y Otro – expresan su desvaloración por la actuación del primero y le otorgan su preciso significado social: sólo a consecuencia de ese juicio el agente comprende el sentido negativo de su acción en el espacio colectivo⁷⁵⁵. La desvaloración alcanza no sólo al resultado causado y al acto mismo, sino también al sujeto, en cuanto agente a quien se ha reconocido como perteneciente y capaz de expresión en el sistema social y que ha manifestado su existencia a través del hecho⁷⁵⁶.

La responsabilidad, por lo tanto, no constituye una institución neutra o carente de significado social. Imputar responsabilidad supone dirigir una valoración negativa al sujeto en relación con su comportamiento.

3.4.3 Fundamento y contenido del reproche: La culpabilidad

Si la responsabilidad se concibe como el juicio de reproche por el comportamiento contrario a la norma, parece necesario indagar cuáles son los fundamentos del mencionado reproche y cuál su contenido, cuestiones que tradicionalmente, en el ámbito del derecho, han sido analizadas bajo el concepto de culpabilidad. Como se ha visto, la

⁷⁵⁴ FAUCONNET, Paul, *La Responsabilité*, p. 2- 3; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 10- 11; VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, p. 35- 37. Esta reacción por medio de la reprobación es, asimismo, propia de aquellas normas que no se encuentran sancionadas coactivamente, sino por la simple convención, WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, p. 27- 28. Ver, asimismo, BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 70; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 33- 34.

⁷⁵⁵ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, p. 258; VIVES, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, p. 205: “(...) los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es, significan); los hechos pueden ser descritos; las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc; las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales”.

⁷⁵⁶ INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 39. De ahí que no pueda hablarse, propiamente, de responsabilidad del *enemigo*, porque sólo puede ser responsable quien pertenece y a quien se reconoce como perteneciente.

responsabilidad se vincula estrechamente a la idea de culpabilidad⁷⁵⁷, concepto que en general la identifica ya con uno de los momentos o estadios de atribución de un determinado hecho a un agente que exige el juicio de responsabilidad, bien con el contenido mismo de reproche que se formula a éste en ese proceso⁷⁵⁸, o parcialmente con ambos contenidos.

Sea como fuere, la culpabilidad no constituye una noción propia del derecho, sino que hunde sus raíces en la propia comprensión del individuo y la sociedad occidental. Eso la llena de intencionalidad y de connotaciones que se agregan al lenguaje jurídico cuando se hace uso de ella, y que no parece posible soslayar a la hora de preguntarnos por su específico contenido en este ámbito. La pertenencia de este concepto a las ciencias humanas obliga a consideraciones ajenas al derecho, útiles para desentrañar el componente simbólico de la mencionada institución en el sistema social⁷⁵⁹.

3.4.3.1 La noción de culpabilidad

En el lenguaje ordinario el término culpabilidad puede ser usado en dos sentidos diferentes, dependiendo de si se encuentra referido a personas u objetos inanimados. Cuando nos valemos de él en el segundo de estos contextos, identificamos culpabilidad y causalidad⁷⁶⁰.

En las ciencias humanas, cuando hablamos de culpabilidad, lo hacemos para referirnos a la carga que el sujeto soporta por haber cometido una falta⁷⁶¹. En este sentido amplio se comprende no sólo la culpabilidad que surge de la valoración que efectúan sujetos

⁷⁵⁷ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 59; MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 32.

⁷⁵⁸ JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, p. 567, refiriéndose a las distintas teorías de la culpabilidad; MERKEL, Adolf, Derecho Penal. Parte General, p. 71- 72; FRENCH, Peter, A spectrum of responsibility, p. 187.

⁷⁵⁹ PINKER, Steven, El mundo de las palabras, p. 36- 37; RICOEUR, Paul, Finitud y culpabilidad, p. 257 y ss.

⁷⁶⁰ KENNER, Lionel, *On blaming*, p. 189; DE CUPIS, Adriano, El daño, p. 185.

⁷⁶¹ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 61; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 13- 14; CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 61; DREVER, James, Diccionario de Psicología, p. 70; SILLAMY, Norbert, Diccionario de la psicología, p. 83- 84; DE LA BROSSE, Olivier/ HENRY, Antonin- Marie/ ROULLARD, Philippe et. al., Diccionario del Cristianismo, p. 212.

diversos del agente, sino la que surge del juicio interno que tiene lugar en éste y que se refleja en el sentimiento de culpa⁷⁶². Para FREUD el sentimiento de culpabilidad tiene un origen mitológico-ontológico que arranca del parricidio originario del padre⁷⁶³, razón por la que constituye un contenido primigenio en la conformación psicológica de todo hombre⁷⁶⁴, que no puede ser identificado con una determinada cultura. Para otras posiciones antropológicas, la culpabilidad constituye un producto de la cultura occidental que presenta una raigambre religiosa y que tiene antecedentes directos en el cristianismo⁷⁶⁵. El llamado que Dios efectúa a cada sujeto, la rendición de cuentas personales frente a Quien se define esencialmente como juzgador, la promesa de salvación y la condena personal por el pecado, hablan al hombre como sujeto independiente y lo invisten de una entidad y dignidad propias⁷⁶⁶. La idea de pecado como falta, infidelidad de cada hombre concreto frente a Dios, como manifestación del mal que éste hace suyo, nos hablan de un sujeto único dotado de una conciencia moral con la que trasciende la naturaleza y cuyo uso en la dirección de la acción lo hace merecedor de reproche y castigo personal⁷⁶⁷. La idea de juicio como cuestionamiento del status personal del sujeto llamado a fines superiores y el castigo como una forma de superación, por el sufrimiento, de la mancilla y pecado, una restitución de la calidad moral del sujeto y de la relación con la divinidad violentada por la falta, refieren todas a

⁷⁶² ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 13.

⁷⁶³ PEWZNER, Evelyn, El hombre culpable, p. 398-399.

⁷⁶⁴ Ver las críticas a su pretensión de universalizar la visión del mundo occidental, en PEWZNER, Evelyn, El hombre culpable, Capítulo VII Lo universal en el psicoanálisis: Un riesgo dogmático, págs. 364 y ss.

⁷⁶⁵ PEWZNER, Evelyn, El hombre culpable, p. 10- 26. Se trataría de un segundo momento en la evolución del cristianismo, desde que en el Antiguo Testamento primaría la responsabilidad colectiva, ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 21.

⁷⁶⁶ KIERKEGAAARD, Sören, Tratado de la desesperación, p. 169; DE LA BROSSE, Olivier/ HENRY, Antonin- Marie/ ROULLIARD, Philippe, Diccionario del cristianismo, p. 674.

⁷⁶⁷ KIERKEGAAARD, Sören, Tratado de la desesperación, p. 105; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 19. La culpabilidad designa el momento subjetivo de la culpa, RICOEUR, Paul, Finitud y culpabilidad, p. 258- 259. BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política*, p. 145: “La culpa (...) siempre singulariza, es, pues, estrictamente individual; se refiere a un acto y no a las intenciones o a las potencialidades. Para tener culpa hay que haber hecho algo, por acción u omisión. Como es sabido, donde todos somos culpables, nadie lo es. Al atribuir una acción a alguien lo hacemos culpable y al mismo tiempo lo estamos reconociendo como agente, como persona (dejamos de considerarlo como una de las pequeñas ruedecitas de un inmenso mecanismo), de modo que paradójicamente la culpa sería una forma de singularizarse”.

la idea de falta, carga y castigo individual y, consecuentemente, a la exigencia de una descarga de esa falta por un hecho externo⁷⁶⁸.

El sentido de la expresión culpabilidad en las ciencias humanas resulta relevante para el derecho no sólo en cuanto motor de las acciones humanas, sino en la medida en que pone de manifiesto aquellas ideas centrales que, aunque secularizadas, subsisten en esta institución en el ámbito de lo jurídico. Resulta así manifiesta la vinculación entre culpabilidad e infracción (falta, pecado), entre culpabilidad y sanción (castigo), entre sanción (castigo) como una forma de descarga o de superación externa de la infracción (falta)⁷⁶⁹, y entre culpabilidad y sujeto individual.

Asimismo, queda de manifiesto que la culpabilidad, tal como la concebimos, sólo puede operar o generar consecuencias en el contexto de un determinado ordenamiento normativo⁷⁷⁰. Sólo es culpable aquél a quien se ha atribuido una infracción de norma sin perjuicio de que pueda sentirse culpable si comparte, asimismo, la valoración que ella contiene.

3.4.3.2 Consecuencias antropológicas de la culpabilidad

Estudios antropológicos demuestran que la culpabilidad –al menos en su noción personal- no tiene símil en sistemas de un trasfondo cultural distinto, lo que nos da a entender que se trata de una noción aprendida, social, que no se encuentra ínsita en la configuración de todo ser humano y que constituye un producto de nuestra particular

⁷⁶⁸ CAMUS, Albert, El mito de Sísifo, p. 83; DE LA BROSSE, Olivier/ HENRY, Antonin- Marie/ ROULLIARD, Philippe, Diccionario del cristianismo, p. 568. KIERKEGAARD, Sören, Tratado de la desesperación, p. 172 señala: “¡Un juicio! ¡Ah sí! Bien sabemos, por saber de experiencia, que en un motín de soldados o de marinos, son tantos los culpables que no se puede pensar en el castigo (...) Porque la idea de juicio no corresponde más que al individuo; no se juzga a las masas; es posible masacrarlas, dispersarlas con chorros de agua, halagarlas, en pocas palabras, tratar de cien diversas maneras a la muchedumbre como a un animal, pero juzgar a las gentes como a bestias es imposible, pues no se juzga a bestias, cualquiera que sea el número que se juzgue, un juicio que no juzga a las gentes, una por una individualmente, no es más que farsa y mentira”.

⁷⁶⁹ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 21; TODOROV, Tzvetan, La vida en común, p. 41.

⁷⁷⁰ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 15- 17.

visión del mundo⁷⁷¹. Frente a las culturas en las que impera la culpabilidad subsisten otras en que ese lugar lo ocupan otras formas de socialización, como sucede con la vergüenza⁷⁷².

Culpabilidad y vergüenza constituyen medios de control diferentes, cuya aplicación da cuenta de configuraciones sociales específicas en las que difieren tanto esquemas normativos como formas de sometimiento. Un somero análisis comparativo de ambas instituciones ilustra sobre el significado antropológico de la primera y la forma en que contribuye a la conformación del sujeto responsable. Las culturas que se fundan en la vergüenza como instrumento socializador presentan gran cohesión social⁷⁷³. En ellas, el hombre es valorado como parte de un todo y se define a sí mismo y en relación con los demás por su posición⁷⁷⁴, así como por los deberes y obligaciones que emanan de la misma⁷⁷⁵. Esa noción de pertenencia encuentra arraigo en el culto a los antepasados. En estas sociedades, los sujetos cargan con fuertes expectativas sobre su comportamiento y luchan por conservar el lugar que les es propio⁷⁷⁶. Las reglas que regulan su comportamiento se encuentran sustentadas psicológicamente en el temor al desarraigo o al rechazo, dado que el conocimiento de la ruptura de lo esperado conlleva la deshonra y

⁷⁷¹ PEWZNER, Evelyn, *El hombre culpable*, p. 26: “Un enfoque comparado muestra claramente que la culpabilidad occidental no puede comprenderse más que a la luz de una concepción original de la persona, que resulta de lo religioso, caracterizado en el cristianismo por el deseo ardiente de una relación de fusión con lo divino, deseo sin cesar comprometido, obstaculizado por la distancia irremediable entre el hombre y Dios, que introduce en el imaginario, más allá de la creación y de la finitud, la noción central y decisiva del pecado original”. Sobre los diversos conceptos, y la evolución que la idea de culpabilidad ha tenido hasta la de carácter individual, en OELMÜLLER, Wili, *Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff*, p. 17 y ss.

⁷⁷² BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, p. 218: “En los estudios antropológicos de diferentes culturas es importante hacer una distinción entre aquellas que se basan en el temor a la vergüenza y las que se basan en el miedo a la culpabilidad. Una sociedad que inculca normas absolutas de moralidad y confía en el desarrollo de la conciencia en el hombre es por definición una cultura basada en el miedo a sentir culpa (...) Las verdaderas culturas ‘de la vergüenza’ se apoyan en sanciones externas para el buen comportamiento, no sobre una convicción interna de pecado, como en las verdaderas ‘culturas de culpabilidad’. La vergüenza es una reacción ante las críticas de los demás. Un hombre se avergüenza cuando es abiertamente ridiculizado, o cuando él mismo se imagina que le han puesto en ridículo. En cualquier caso, es una poderosa sanción. Pero requiere un público, o por lo menos un público imaginario”.

⁷⁷³ BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, p. 219.

⁷⁷⁴ El temor obliga a determinadas formas rígidas de comportamiento, BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, Capítulo VII: La devolución más difícil de soportar, *passim*.

⁷⁷⁵ BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, p. 100.

⁷⁷⁶ Revelando su particular concepción del honor del soldado BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, p. 48 y p. 52 y ss.

la destrucción del propio yo, cuyo valor se asienta precisamente en la valoración colectiva⁷⁷⁷.

En la medida en que el sujeto se define por la pertenencia, la comparación entre la conducta debida y la esperada siempre es externa. En esa concepción no es central la idea de libertad de los sujetos ni ésta es constitutiva de la noción de ser humano. Tampoco la afirmación de su unicidad, toda vez que el valor y la dignidad de éste no nacen ni se miden por aquello en que demuestra su individualidad, sino por lo que da fe de su pertenencia⁷⁷⁸.

Frente a la vergüenza, la culpabilidad presenta una configuración distinta. Se refiere a un sujeto que se define esencialmente como uno y distinto, y que se caracteriza por su individualidad. Su pertenencia a un determinado colectivo de individuos sólo lo vincula en determinados aspectos; sin embargo, dicho sujeto, en su ser propio, no desaparece; y si bien se encuentra configurado por sus roles no se encuentra enteramente definido por los mismos. Éstos fijan más bien límites sobre lo que la sociedad puede exigirle externamente, pero no dicen concreta ni completamente quién es ni dónde se asienta esencialmente su valor.

Culpabilidad y vergüenza se insertan en sistemas en los que la opinión del otro es esencial o, lo que es lo mismo, en que la imagen de uno mismo entra en relación con otro, que juzga. Ambas suponen la existencia social del individuo, y la valoración del mismo en relación con criterios externos, que están más allá de él mismo; aunque ellos hayan sido incorporados al propio sujeto, y conformado, dentro de sí, la voz del otro o la conciencia.

⁷⁷⁷ BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, p. 164- 218. Es ese mismo concepto del propio honor o dignidad el que obliga al sujeto a vengarse, o puede llevarle a la decisión de suicidarse. La venganza o el suicidio son actuaciones valoradas positivamente y pueden constituir lo correcto para salvar ese honor. Ver, asimismo, ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 24- 25; TUGENDHAT, Ernst, *Ser, verdad, acción*, p. 202, que fija como el sentimiento característico de la primera persona frente a la infracción de reglas (refiriéndose a las reglas morales), la vergüenza, la que surge “ante cualquier forma de pérdida de valor personal frente a los demás”.

⁷⁷⁸ BENEDICT, Ruth, *El crisantemo y la espada*, p. 203- 204.

Sin embargo, en uno y otro sistema el Otro, aquél frente al que es expuesto el infractor, es distinto, así como también es distinta la dirección del juicio. La culpabilidad se refiere siempre a una relación de poder: a un sujeto que se encuentra facultado para exigir un determinado comportamiento y que resulta defraudado en su expectativa con la infracción que se atribuye al agente. Apela, pues, a una carga que se asienta en el sujeto individual a consecuencia del juicio que un sujeto específico lleva a efecto. La dirección de la valoración la emprende quien pregunta, y a consecuencia de esa pregunta y la ausencia de respuesta o la inadmisibilidad de la misma surge la carga que el sujeto ha de soportar. La culpabilidad se refiere siempre a una relación definida entre dos sujetos ubicados en posiciones normativas diferentes. Por el contrario, en los supuestos de vergüenza el agente se enfrenta a sí mismo, valorando sus actuaciones a la luz de la apreciación real o potencial del colectivo. No con quienes tienen un poder investido para juzgarle, sino con quienes, en tanto conforman el mundo al que el sujeto pertenece y le dan el arraigo en el que encuentra su valor social, gozan de un poder difuso y no institucionalizado sobre él.

Ambos sistemas se diferencian también en la forma central de reconocimiento que en ellos persiguen los sujetos. O aspiramos a ser reconocidos en nuestra propia configuración; o a ser reconocidos por nuestra pertenencia. En la culpabilidad pareciera primar el primer criterio: es propia de sociedades en que el sujeto aspira a diferenciarse; mientras que la vergüenza parece más propia de aquellas en que el sujeto lucha más por pertenecer, lo que habla de un sentimiento de grupo y de lo común que es más profundo y estrecho⁷⁷⁹.

Podría aventurarse que la estructura de las sociedades en las que los sujetos se encuentran integrados también explica la preeminencia de una de esas manifestaciones. Sociedades más jerarquizadas, en que cada uno tiene un lugar predefinido y el reconocimiento surge por mantener ese lugar parecen más ligadas y tienden a la lógica de la vergüenza; sociedades más igualitarias o democráticas, en que al menos en teoría esos lugares definidos no existen y la aspiración está dada por la distinción y el

⁷⁷⁹ TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 121- 122.

reconocimiento en la individualidad de los sujetos⁷⁸⁰, tienden a la culpabilidad como mecanismo de control social.

Del análisis efectuado podemos concluir que la culpabilidad constituye una institución que co-conforma la noción del hombre occidental. Éste, tal como lo concebimos en sus contornos relevantes en el sistema social, es el hombre susceptible de culpabilidad, esto es, el *hombre culpable*. El hombre que es uno y único; que, aunque afincado en la naturaleza, se encuentra en parte más allá de la necesidad; un agente consciente de sí mismo, capaz de discernir conforme con criterios y adoptar decisiones que lo demuestran como ser y que pueden serle atribuidas; y cuyas cualificaciones le confieren una entidad que lo levanta sobre las demás criaturas pero que, al mismo momento, lo hace susceptible de crítica, de reproche y sanción⁷⁸¹.

La culpabilidad surge de la individuación, de la diferenciación. En una primera noción, más lata, culpable es quien deja de ser parte del todo y puede ser identificado como uno, como un ser distinto, separado. En un sentido más concreto, culpable es quien se sale de lo establecido, de la parte en la que, pese a la individualidad, se somete e identifica con el todo. Ser culpable es ser uno. Individuo. Capaz de concebirse como una entidad separada, distinta del otro. Como una entidad autónoma, funcional o materialmente distinta y completa⁷⁸².

⁷⁸⁰ A este respecto, ver TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 128 y ss.

⁷⁸¹ Mientras el hombre se encuentra sujeto a la necesidad, o a la ley de la naturaleza, carece de la entidad de individuo. El hombre se considera como miembro de la especie, y en tanto tal, como un sujeto indiferenciado y sustituible, SCHOPENHAUER, Arthur, *El amor, las mujeres y la muerte*, p. 39; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 145; RICOEUR, Paul, *Finitud y culpabilidad*, p. 261-264; KENNER, Lionel, *On blaming*, p. 193.

⁷⁸² KENNER, Lionel, *On blaming*, p. 193; RICOEUR, Paul, *Finitud y culpabilidad*, p. 261- 264: “Por una parte, la culpabilidad implica lo que podemos denominar juicio de imputación personal del mal; esta individualización de la culpabilidad rompe con el ‘nosotros’ de la confesión de los pecados. Los profetas judíos del exilio son testigos de esta inflexión del pecado comunitario a la culpabilidad individual. Esta inversión corresponde a una situación histórica concreta. La predicación del pecado representa un modo de interpelación profética en la que se hacía que todo el pueblo recordase la historia de una liberación colectiva, la del Éxodo, y se volviese hacia el temor de una amenaza colectiva, la del ‘Día de Yahvé’; pero ahora que la desgracia ha ocurrido, que el Estado nacional está destruido, que el pueblo es deportado, la misma predicación, que pudo apelar a un enderezamiento colectivo, se ha tornado desesperante; ha perdido toda su fuerza interpelativa y ha adquirido un valor nihilista. Desde el momento en que la predicación del pecado comunitario ya no significa que se ha abierto una elección, sino que se ha cerrado un destino sobre todo un pueblo, la predicación del pecado individual, de la culpabilidad personal, es la que cobra valor de esperanza; pues, si el pecado es individual, la salvación también puede serlo (..) Así, la tensión entre el ‘realismo’ del pecado y el ‘fenomenismo’ de la culpabilidad tiene como

3.4.3.3 Acerca del concepto de culpabilidad en el derecho

Según se ha visto, la noción de culpabilidad tiene un fundamento antropológico y simbólico que trasciende el derecho, y que da a conocer una determinada visión acerca de la naturaleza del hombre y su posición en relación con la sociedad y la naturaleza. Sin embargo, la raigambre profunda de la citada institución determina que muchos de sus correlatos simbólicos y de significado alcancen también al derecho. Y es así cómo cuando se habla de culpabilidad también en este ámbito siguen teniendo resonancia la noción de sujeto que ella sustenta; la de infracción o falta y la de reproche. Cuando se habla de culpabilidad en el derecho naturalmente se permean las consideraciones morales; de modo que uno de los sentidos ordinarios en los que se la comprende aluden al reproche moral que corresponde formular al sujeto por el hecho cometido, y que anuda con la exigencia del libre arbitrio⁷⁸³.

3.4.3.4 Culpabilidad en la responsabilidad penal

La noción de culpabilidad ha sido extensamente tratada en el ámbito penal. Concebida la pena como la reacción secular institucionalizada a la infracción de derecho y constatada la profunda afectación de la esfera individual del ser humano que conlleva, la intervención punitiva del Estado exige una legitimación frente a la sociedad y el penado que ha venido dada de la mano de la noción de culpabilidad⁷⁸⁴. A la culpabilidad se la

primer corolario la individualización de la imputación: se suscita de esta forma una nueva oposición dentro de la conciencia de culpa: según el esquema del pecado, el mal es una situación ‘en la que’ la humanidad entendida como un colectivo singular, según el esquema de la culpabilidad, el mal es un acto que cada individuo ‘comienza’. Esta pulverización de la culpa en múltiples culpabilidades subjetivas vuelve a poner en cuestión el ‘nosotros’ de la confesión de los pecados y pone de manifiesto la soledad de la conciencia culpable”.

⁷⁸³ Las múltiples experiencias de culpabilidad son destacadas por OELMÜLLER, Willi, *Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff. Einige philosophische Überlegungen*, p. 12. Ver, asimismo, KENNER, Lionel, *On blaming, passim*.

⁷⁸⁴ HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 116.

ha tratado como fundamento de la pena, como criterio de imputación de la responsabilidad y como principio limitador de la intervención punitiva⁷⁸⁵.

Para algunas posiciones, la culpabilidad constituye fundamento de imputación y se la identifica con uno de los estadios que permiten la atribución personal del hecho a un determinado sujeto y, en concreto, con un estadio en que se consideran todos o algunos de los elementos que permiten la atribución personal del hecho a su autor⁷⁸⁶. Así se advierte, por ejemplo, para la teoría psicológica de la culpabilidad, conforme con la cual culpabilidad constituye el nexo de “conexión causal subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva”⁷⁸⁷, que limita internamente la atribución del mismo y que puede adquirir la forma concreta de dolo o culpa. Para otros, como quienes sustentan la teoría normativa de la culpabilidad, ésta se define como el contenido del juicio de responsabilidad: reprochabilidad de la conducta, vale decir, aquel juicio de valor negativo que se dirige a un determinado sujeto concreto en razón de su obrar contrario a derecho y que se justifica en la atribución personalísima del hecho, y que se identifica concretamente con el *poder obrar de otro modo*⁷⁸⁸. Dicho sustento de la culpabilidad ha sido criticado en razón de que es imposible de demostrar que el sujeto concreto, puesto en la misma posición previa a la comisión del hecho ilícito, haya podido efectivamente comportarse de un modo diferente de aquél en que concretamente lo hizo⁷⁸⁹. Sólo es admisible una formulación que abstrae del sujeto concreto, del hecho y que se asoma al carácter del agente⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ Para HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 101 y ss., el principio de culpabilidad ha sufrido erosiones en cuanto fundamento de la pena; en cuanto presupuesto de la misma, con la sustitución del criterio del poder individual para actuar de otro modo por el del poder general para hacerlo, y en cuanto principio limitador de la intervención punitiva. En cuanto a la diversa relevancia de ésta en los distintos momentos de evolución del derecho penal, SCHÜNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad*, p. 149 y ss.; ZACZYK, Rainer, *Schuld als Rechtsbegriff*, p. 103- 104.

⁷⁸⁶ HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 103- 104; ACHENBACH, Hans, *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, p. 136- 137.

⁷⁸⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo, *La función de la teoría normativa de la culpabilidad*, p. 14.

⁷⁸⁸ FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 25: importa una “limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna”; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte general*, p. 197. En cuanto a la innecesariedad de mantener el contenido de reproche de la culpabilidad, HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 117.

⁷⁸⁹ ENGISCH, Karl, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, p. 76- 77; MIR, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 81- 82.

⁷⁹⁰ ENGISCH, Karl, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, p. 73- 113; HASSEMER, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 101 y ss.;

Para quienes defienden posiciones funcionalistas de la culpabilidad, ésta alude bien al sustrato material en el sujeto actuante que justifica el reproche de culpabilidad, bien al contenido del juicio de responsabilidad: la falta de fidelidad al derecho en contextos en que es posible la atribución de sentido y en relación con aquello que puede ser exigido por la norma⁷⁹¹. De ahí que esta noción, con el específico contenido enunciado, aluda siempre al sujeto normativamente configurado⁷⁹².

3.4.3.5 Culpabilidad en otras ramas del derecho

La noción de culpabilidad no es ajena a los sistemas de responsabilidad desarrollados en otras ramas del derecho distintas del derecho penal.

En éstas, y esencialmente en el ámbito administrativo y civil, la culpabilidad se identifica con un estadio de imputación al agente y, en concreto, con el que comprende los elementos subjetivos –dolo o culpa– que permiten atribuirle personalmente el hecho⁷⁹³.

A diferencia de lo que sucede en materia penal, en las otras ramas del derecho que conocen regímenes de responsabilidad, la culpabilidad aún no se ha desarrollado como un momento normativo de desvaloración del agente manifestado en la acción, y

MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 122- 123; GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 196.

⁷⁹¹ MIR, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 85- 86; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 566- 567; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 42- 45; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 123 y ss.

⁷⁹² JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 47- 48.

⁷⁹³ Así sucede en el ámbito del derecho civil, por ejemplo, cuando se identifica la culpabilidad con los elementos de dolo y culpa, ver a modo referencial CHIRONI, Gianpietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, p. 1- 2; CHIRONI, Gianpietro, *La culpa en el derecho civil moderno: culpa extracontractual*, p. 38- 39; LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, p. 569; HEDEMANN, Justus, *Tratado de las obligaciones*, p. 116 y 514; PEÑA, Fernando, *El criterio de imputación (II. La culpabilidad)*, p. 110. En el derecho administrativo, GARBERÍ, José/ BUITRÓN, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, p. 103 y ss.; NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 371 y ss.; DE PALMA, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, p. 52 y ss.; COBO, Tomás, *El procedimiento administrativo sancionador*, p. 31 y ss.

continúa confundida con los criterios que permiten afirmar que el hecho le pertenece. Sin perjuicio de lo anterior, pareciera estimarse que es precisamente en el dolo o culpa en la que se encuentra la referencia al sujeto, de ahí que se pretenda cifrar en éste el fundamento de la responsabilidad y su preciso significado social.

3.4.3.6 Contenido de la culpabilidad relevante en el juicio de responsabilidad

En el esquema del presente trabajo de investigación, la culpabilidad se define como el contenido concreto del juicio de responsabilidad, y se identifica con el reproche que el ordenamiento jurídico –representado por el tercero imparcial ante el que se desarrolla el proceso- dirige al agente concreto. La razón es que éste no ha ajustado su comportamiento a lo debido, concurriendo en él los presupuestos necesarios para que se lo considere sujeto responsable, y los demás requisitos para que la acción manifestada externamente pueda ser considerada como propia.

a) Qué se reprocha

En el juicio de responsabilidad el orden institucionalizado reprocha al agente concreto no haber ajustado su comportamiento a lo exigido por la norma. Las normas, como directivos, exigen un ajuste del comportamiento humano a lo que ellas prescriben y, cuando son infringidas, se reacciona con una desvaloración del comportamiento⁷⁹⁴.

Ese reproche se encuentra referido al hecho concreto surgido al espacio intersubjetivo. Sin embargo, y como el hecho se identifica con el agente o, si se quiere, manifiesta

⁷⁹⁴ Es lo que sucede con los directivos que tienen una dirección de ajuste mundo a palabra, SEARLE, John, Intencionalidad, p. 22- 23.

socialmente a éste, el reproche alcanza también al agente, en tanto modo de ser manifestado⁷⁹⁵.

b) Fundamento del reproche

El ordenamiento jurídico se encuentra en condiciones de formular el reproche que el juicio de responsabilidad conlleva tras constatar la pertenencia del hecho al agente conforme con los diversos criterios de atribución vigentes en esa sociedad determinada y una vez que no surgen dudas sobre la concurrencia de las condiciones mínimas que en éste se exigen para que pueda ser considerado sujeto responsable. Tal como se ha visto, la idea de responsabilidad parece ínsita a la propia definición del hombre conforme con nuestra concepción del mundo, y sólo desaparece cuando se constatan ciertos hechos excepcionales que destruyen los presupuestos sobre los que se asienta la concepción antropológica de *hombre responsable*.

Descartada la concurrencia de los mencionados hechos excepcionales, resulta posible mantener la construcción de persona y las consecuencias que de ella derivan en el sistema social. Tiene sentido concebir al hombre en una nueva posición o estatus; reconocer a éste nuevas funciones y como contrapartida, nuevos derechos y nuevos deberes. Y tiene sentido y justificación tratarlo también como un sujeto nuevo, revestido de esa competencia, y en un plano nuevo: el del sentido, al que accede producto de la construcción social.

En seguida, tiene sentido interpelar al *hombre responsable* en ese nuevo ámbito, y exigirle cuentas en el evento que, revestido de esos nuevos poderes, no se ajusta a aquello que es debido. Es así posible afirmar que el juicio de responsabilidad y el reproche que éste lleva consigo tienen como fundamento el reconocimiento del sujeto responsable, y que no son más que una consecuencia de las nuevas funciones, deberes y ámbitos de competencia que se confieren a éste; en fin, que son contrapartida del

⁷⁹⁵ ENGISCH, Karl, La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, p. 100. Se trata, pues, de una afirmación que cualifica al agente, HAYDON, Graham, *On being responsible*, p. 46 y ss.

reconocimiento de la facultad del sujeto de actuar con sentido y de expresarse en el mundo social.

Así, el reproche surge de un juicio de valoración que se funda en la defraudación de la expectativa, que construye la norma y de algún contenido mínimo ontológico y que se dirige y tiene por fundamento al hombre normativamente configurado⁷⁹⁶.

En los supuestos en que el juicio de reproche se dirige a una persona jurídica, éste también tiene por fundamento su calidad de persona en el sistema social y el consecuente poder y deber que ello le confiere en el mundo colectivo. A propósito de estos agentes, no obstante, surgen menos conflictos para formular el reproche, dado que el único plano en el que actúan es aquél que surge del sentido, que es producto del lenguaje y de reglas constitutivas sancionadas colectivamente.

3.4.4 La construcción de la responsabilidad

La responsabilidad constituye una institución relacional y dialéctica que se construye en un procedimiento comunicativo, en que el Estado, como sujeto activo, exige al agente que dé cuenta de sus actos y en el que determina si los resultados desvalorados que se constatan como presupuesto pueden ser atribuidos a éste y serle reprochados⁷⁹⁷.

Ese discurso refleja, en los hechos, una concreta forma de comprender el mundo⁷⁹⁸ y determinadas decisiones sobre la forma de resolver los conflictos que se plantean entre los sujetos que se encuentran y relacionan en los sistemas sociales⁷⁹⁹. La responsabilidad puede concebirse como el proceso de juego, vigencia y aplicación de

⁷⁹⁶ GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 200; PINKER, Steven, *La tabla rasa*, p. 269-270.

⁷⁹⁷ El punto de partida del juicio de responsabilidad es el daño ocasionado y el hecho, los que son aislados por el juez para efectos de su valoración. Ese aislamiento de la realidad, para efectos de realizar el juicio de imputación, es la manera en que puede garantizarse la imparcialidad, COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 62.

⁷⁹⁸ GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 171.

⁷⁹⁹ FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 342- 343.

las que HRUSCHKA ha llamado reglas de comportamiento y reglas de imputación⁸⁰⁰. Cuando hablamos de responsabilidad, sea ésta de orden civil o penal, hablamos de la aplicación de reglas de imputación de segundo nivel, esto es, reglas que cumplen funciones retrospectivas y que permiten formular un “juicio sobre el merecimiento del hecho – en el más amplio sentido de la palabra “merecimiento”, esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos”⁸⁰¹. Esa imputación de segundo nivel supone reglas de imputación de primer nivel, según las cuales se define y establece la relevancia del hecho y se decide su atribución a un determinado agente⁸⁰². De manera evidente, la aplicación de reglas de atribución presupone normas de comportamiento que poseen una función prospectiva de configuración, que son capaces de influir en la conformación del comportamiento del sujeto al que se dirigen y que son las mismas que *ex post* cumplen una función de baremo, en cuanto permiten al juzgador determinar si la conducta del sujeto en cuestión es susceptible de ser considerada acorde o contraria a esa regla de conducta y, por lo tanto, antijurídica.

⁸⁰⁰ HRUSCHKA, Joachim, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 343 y ss.

⁸⁰¹ HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 350.

⁸⁰² HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 347, lo que supone “que al juzgador imputante no le parece que el proceso sea un simple acontecimiento físico, una simple causa intermedia en el mundo newtoniano, o que la inactividad sea una mera ausencia de una tal causa intermedia, el mero no acaecer de un acontecimiento físico, sino que quiere decir que el juzgador toma, bien el proceso, bien la inactividad, como un hecho (comisivo u omisivo), como un factum en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha hecho un sujeto agente”.

3.5 Relación dialéctica que lleva al establecimiento de la responsabilidad. Argumentación y prueba

La propia etimología del término responsabilidad sugiere un proceso relacional, un vínculo que se plantea entre quien pregunta y aquél que es interpelado. En el contexto de la pregunta parecen posibles respuestas diferentes, un diálogo, que devela la estrecha relación entre éste y las ideas de proceso, argumentación y defensa⁸⁰³. La selección y aplicación de los criterios que justifican la imputación, en el caso concreto⁸⁰⁴, así como la propia construcción de la responsabilidad pueden concebirse como productos de un proceso dialéctico que se desarrolla ante el juzgador. La responsabilidad no se realiza sino en el proceso; y en un determinado lapso de tiempo⁸⁰⁵. Dado que la imputación permite sacar la consecuencia natural de un hecho del ámbito de un sujeto y trasladarla, en razón de su significado, a otro, envuelve una labor lógica que ha de fundarse en argumentación y en prueba. No es posible hablar de responsabilidad cuando ya sabemos, de antemano, quién habrá de soportarla⁸⁰⁶.

En el proceso de argumentación, el juzgador deberá determinar la procedencia de justificaciones y excusas, que constituyen las defensas que pueden plantearse en el juicio de responsabilidad y por medio de las que se niegan o cuestionan, en ese caso concreto, los presupuestos y elementos exigidos para su establecimiento⁸⁰⁷.

⁸⁰³ HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 212 y p. 264- 265; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 36; LUCAS, John, Responsibility, p. 5- 6; INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 17- 18, en relación con lo que concretamente denomina *ser hecho responsable de algo*; LEWIS, Heywel, *Collective responsibility*, p. 22- 23; AUSTIN, John, *A plea for excuses, passim*; BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 16.

⁸⁰⁴ CANE, Peter, Responsibility in law and morality, p. 22.

⁸⁰⁵ Con el límite de ese volver atrás que viene dado por la prescripción. Una vision crítica de esta institución en RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, p. 601.

⁸⁰⁶ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 17- 18; VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, p. 86; LÓPEZ, José Javier, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2311- 2312.

⁸⁰⁷ En lo referido a la diferenciación entre justificación y excusa, HART, Herbert, *Prolegomenon to the principles of punishment*, p. 13 y ss.; AUSTIN, John, *A plea for excuses*, p. 1- 2; ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 34- 35; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 3- 4; COLEMAN, Jules, *Moral theories of torts: their scope and limits: Part I*, p. 377; LUCAS, John, Responsibility, p. 5-6; ROBINSON, Paul, *A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability*, p. 274- 275.

La prueba, por su parte, constituye el modo de traer al presente los hechos que han sucedido en el pasado⁸⁰⁸ con el objeto de proceder a su reconstrucción y valoración para el preciso objeto de la responsabilidad. Argumentación y prueba se transforman en los presupuestos materiales de la decisión acerca de la responsabilidad del agente, y en ellos se encuentran los criterios conforme con los cuales podrá ponderarse lo decidido⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ AYER, Alfred, El problema del conocimiento, p. 212: “Al ocuparnos de los enunciados acerca del pasado, advertimos que el hecho de que sean formulados en momentos en los cuales ya no es posible observar los eventos a los que se refieren, no afecta su análisis. No se interpretaba que el requisito de que deben ser verificables implicase que cualquier persona, su autor u otro, fuera efectivamente capaz de verificarlos. Si alguien pretende tener alguna razón para creer en ellos, debe disponer de algún elemento de prueba a su favor; pero éste puede ser también indirecto. No se exige que efectuemos la proeza imposible de volver al pasado”. Ver, asimismo, INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 96- 99; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 162, de manera tal que “La imputación ya no es entonces, siempre y por encima de todo, ‘correcta’, sino ajustada a procesos culturales y jurídicoculturales, es decir, a sucesos empíricos”.

⁸⁰⁹ BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 219.

3.6 Declaración de la responsabilidad

Para que surja la responsabilidad, ésta debe ser declarada⁸¹⁰. Declarada por un tercero que, representando la posición de Todos y afirmando la vigencia de la norma violentada por la conducta del agente, dota de sentido -como actos y consecuencias que repudia el derecho- a la acción previamente atribuida a éste, así como al resultado que se ha constatado en la realidad y al contexto en el que ésta se ha desarrollado⁸¹¹.

Se habla de declaración de responsabilidad por medio de una sentencia, toda vez que es esencialmente el tercero el llamado a decir el significado de las acciones que tienen lugar en el espacio intersubjetivo y a imponer sus consecuencias sociales. La responsabilidad se construye con el lenguaje contenido en la sentencia y por medio de las formas de discurso propiamente jurídicas⁸¹², pero que recogen, en gran medida, los conceptos o contenidos propios del lenguaje ordinario. Se trata, por consiguiente, de un producto netamente jurídico, de una construcción social que tiene una existencia real en el ámbito del lenguaje, las convenciones y los significados sociales y que presenta los límites que derivan de su naturaleza discursiva⁸¹³.

⁸¹⁰ BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 216. En cuanto a la importancia de los actos de habla performativos, dentro de los que se encuentra la declaración de responsabilidad, ver FLETCHER, George, *Law*, p. 85, quien los define del modo que sigue: "These verbal expressions are performatives in the sense that the very act of reciting the words brings about a change in legal relationships (...) Games are like legal systems in the sense that they rest on accepted rules that express a common understanding about the practical consequences of reciting words in certain circumstances".

⁸¹¹ FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 341- 342; FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 3. Sobre los rendimientos que ofrece el análisis de ese razonamiento jurídico como "X cuenta como Y en C" en los terminos ofrecidos por Searle, ver FLETCHER, George, *Law*, p. 85 y ss. Destacando que la responsabilidad es una construcción, BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, p. 20- 24; y que es como tal un producto netamente humano, KAUFMANN, Franz- Xaver, *Risiko, Verantwortung und Gesellschaftliche Komplexität*, p. 80: "Gemeinsam ist zunächst allen Bedeutungen, dass sie sich irgendeiner Weise auf den Menschen als Träger von Verantwortung beziehen, und zwar auf den Menschen nicht im Sinne eines natürlichen, sondern eines moralisches, d. h. an Normen und Werten gebundenen Wesens. Die Natur trägt keine Verantwortung; sie entwickelt sich 'blind' oder nach immanenten Gesetzen und Regelmäßigkeiten, sie 'kann nichts dafür'. Als verantwortlich definiert der Mensch sich selbst, und zwar erst im Zuge seiner kulturellen Entwicklung".

⁸¹² Que son enunciados de derecho o expresiones realizativas, AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 48- 49. Ver, asimismo, ECHEVERRIA, Rafael, *Ontología del lenguaje*, p. 110-111; KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, p. 258- 259; FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, p. 33- 34.

⁸¹³ En contra ROSS, Alf, *Tû a tû*, para quien estos productos jurídicos no importan realidad alguna, sino que constituyen sólo conceptos sistemáticos, vacíos de contenido propio, p. 29- 30. Muchas veces son los

A consecuencia de la declaración de responsabilidad surge un relato de los hechos que revela una determinada valoración jurídica, y de ella un nuevo status para el sujeto a quien es impuesta⁸¹⁴. En otras palabras, la declaración de responsabilidad crea en el sistema social un hecho institucional nuevo, que será el origen y la justificación de los poderes negativos, y de la privación y exclusión a la que será sometido el agente a consecuencia de la realización del hecho infractor⁸¹⁵.

Los enunciados de responsabilidad no comportan una mera descripción de la realidad, sino que son siempre realizativos: ellos crean una realidad que no existía antes de ser declarada⁸¹⁶. Esa cualidad impide que puedan ser calificados de verdaderos o de falsos – conforme con criterios que atienden a la verdad como correspondencia con la realidad– sino sólo de correctos o incorrectos, adecuados o no, justos o injustos, y que supone su valoración conforme con criterios normativos que atienden a la justificación o al sentido⁸¹⁷.

La declaración de responsabilidad, como acto realizativo, exige no sólo el pronunciamiento de la sentencia, sino un conjunto de otros condicionantes convencionales que permiten que a esa declaración se le atribuya el efecto de crear un nuevo hecho en la realidad social⁸¹⁸.

límites del lenguaje y los de discurso los que no hacen posible la responsabilidad, ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 16- 17.

⁸¹⁴ TURNBULL, Colin, *The individual, community and society: rights and responsibilities from an anthropological perspective*, p. 83. Sobre el papel que ofrece la verdad –y el propio concepto de verdad– en la determinación de tales hechos, ver FLETCHER, George, *Law*, p. 96 y ss.

⁸¹⁵ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 127- 128. Se trataría de un status que surge iterado a partir de anteriores hechos institucionales, y a consecuencia de la aplicación de reglas estrictas, no sólo referidas a aquél de quien emana el acto de habla que los crea sino, asimismo, en cuanto al procedimiento y los requisitos que llevan a su establecimiento; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 217- 218. Si faltara esa declaración previa la coacción que importa la imposición de una pena o el deber de indemnizar carecerían del significado y de la justificación que, en cada caso, socialmente se les atribuye, AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 90- 91.

⁸¹⁶ SEARLE, John, *Making the social world*, p. 12: “They change the world by declaring that a state of affairs exists and thus bringing that state of affairs into existence”.

⁸¹⁷ AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 45 y ss.; SEARLE, John, *Intencionalidad*, p. 22- 23; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 216- 217. Con una terminología distinta, aunque coincidente en el contenido, ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, p. 63- 64.

⁸¹⁸ AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 53: “Se trata de lo siguiente: expresar las palabras es, sin duda, por lo común el episodio principal, si no *el* episodio principal, en la realización del acto (de apostar o de lo que sea), cuya realización es también la finalidad que persigue la expresión. Pero dista de

3.7 Efectos del juicio de responsabilidad

La declaración de responsabilidad no se agota en sí misma, sino que genera determinados efectos tanto en el ámbito material como en el ámbito del significado.

En el material, constituye el antecedente que justifica la imposición de una sanción, de la coacción institucionalizada con la que reacciona el Estado ante la infracción de las reglas que definen la estructura social y con la que ha conminado indeterminadamente a cualquier potencial infractor.

En el ámbito de significado, la declaración de responsabilidad, junto con comportar un reconocimiento al agente, lo reconfigura como sujeto social a partir de la interpretación y valoración de su hecho.

3.7.1 La imposición y aplicación de la sanción

La responsabilidad constituye un proceso que se desarrolla en el tiempo. A consecuencia de un hecho pasado un sujeto es declarado responsable en el presente y ha de sufrir consecuencias en el futuro.

Toda ponderación de responsabilidad tiene una consecuencia fáctica posterior, positiva o negativa. La responsabilidad de una persona se establece con una finalidad subsecuente, que no se agota en su sola declaración y que trasciende o se expresa en una consecuencia externa. Así, no se salva en la sola determinación de si el sujeto ha obrado o no conforme con una determinada norma –cumplido la obligación impuesta por la

ser comúnmente, si lo es alguna vez, la única cosa necesaria para considerar que el acto se ha llevado a cabo. Hablando en términos generales, siempre es necesario que las *circunstancias* en que las palabras se expresan sean *apropiadas*, de alguna manera o maneras. Además, de ordinario, es menester que el que habla, o bien otras personas, deban *también* llevar a cabo *otras* acciones determinadas, ‘físicas’ o ‘mentales’, o aun actos que consisten en expresar otras palabras. Así, para bautizar el barco, es esencial que yo sea la persona designada para esos fines; para asumir el cargo, es esencial que yo reúna los requisitos correspondientes, etc.; para que tenga lugar una apuesta, es generalmente necesario que haya sido aceptada por otro (el que tiene que haber hecho algo, por ejemplo, haber dicho ‘Aceptado’) y difícilmente hay un obsequio si te *digo* ‘Te doy esto’ pero jamás entrego el objeto”. Las mencionadas condiciones esquemáticas son enunciadas por AUSTIN, John, *Ibíd.*, p. 59 y ss.

misma u omitido aquello que ésta le prohibía- sino que avanza a una etapa posterior, al establecimiento y a la imposición de una reacción acorde con ella. Un premio, una recompensa, el reconocimiento o la aprobación o, en el caso contrario, una sanción, una pena, la reprobación o el reproche. En ese sentido, recompensa y sanción aparecen en el centro de todo sistema de responsabilidad⁸¹⁹.

La responsabilidad no se agota ni en el hecho pasado ni en su declaración; sino que a éste sigue un efecto en el futuro: la imposición y el cumplimiento de la sanción⁸²⁰. La responsabilidad jurídica tiene como contenido y mira la imposición de una determinada consecuencia. Esto es, la sujeción a la reacción prevista por el ordenamiento jurídico y que el agente responsable ha de soportar sobre sí⁸²¹.

Al juicio de responsabilidad sigue, pues, un efecto jurídico que supone un juego y estabilización de pretensiones contrapuestas⁸²². La declaración de la responsabilidad crea para el mismo sujeto responsable un deber, lo carga con una deuda que ha de satisfacer al futuro: cumplir con la sanción⁸²³. Ser responsable, en este sentido, es cargar con las consecuencias jurídicas, en el ámbito fáctico y de sentido, que importa el hecho. La ejecución efectiva de la sanción, como concreción externa del reproche formulado en

⁸¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 20- 21, llama la atención de que en los sistemas normativos es más frecuente la relevancia del castigo entendido en un sentido amplio que el de la recompensa. En lo que sigue se mantiene la referencia, en exclusivo, a las sanciones concebidas en un sentido negativo. La responsabilidad como sancionabilidad, por lo demás, es uno de los sentidos principales en los que es usada la expresión en el derecho, MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 23; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 37- 38.

⁸²⁰ CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 44.

⁸²¹ FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 341; ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 43; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 23- 25; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 33: “cuando alguien es responsable de una acción, pesa sobre él el deber de asumir la responsabilidad de ella”.

⁸²² DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 59.- 60

⁸²³ GARZÓN, Ernesto, *El enunciado de responsabilidad*, p. 185; HART, Herbert, *Postscript: Responsibility and retribution*, p. 215- 217: “When legal rules requires men to act or abstain from action, one who breaks the law is usually liable, according to other legal rules, to punishment for his misdeeds, or to make compensation to persons injured thereby, an very often he is liable to both punishment and enforced compensation. He is thus liable to be ‘made to pay’ for what he has done in either or in both of the senses in which the expression ‘He’ll pay for it’ may bear in ordinary language”; INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad*, p. 16 y p. 51: “No se agota, pues, su sentido en el mero establecimiento. Una responsabilidad que existiera tan sólo en el momento de la ejecución de la acción carecería por completo de sentido: no podría ejercer entonces la función esencial a ella de ser origen y fundamento de una reparación que realizar a futuro”; BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, p. 62- 63.

el juicio de responsabilidad, conlleva el modo material de proceder a su descarga⁸²⁴ por parte el sujeto.

Pese a que el juicio de responsabilidad se desarrolla en un plano ideal, relacional o comunicacional –como afirmación y atribución de la pertenecía de una acción- explica y da sentido a un hecho de la realidad y genera una consecuencia, asimismo, material, una efectiva privación de derechos del agente. Así vemos cómo la responsabilidad se desenvuelve en dos planos, en el fáctico y el normativo o ideal, igual que lo hace el hecho dañoso que da lugar a su establecimiento⁸²⁵. En razón del juicio de responsabilidad el daño que sucede en el ámbito de lo material se espiritualiza y es dotado de un sentido concreto: manifestación de un sujeto responsable; una vez atribuido idealmente al sujeto, el poder del Estado se manifiesta en el plano material o fáctico: la sanción⁸²⁶.

Podría decirse que la responsabilidad se fundamenta y se resuelve, en definitiva, en un hecho material, sensible, aún cuando el proceso que tiende a su establecimiento espiritualiza o idealiza el daño y atribuye a éste, en el plano ideal y comunicacional, su significado social.

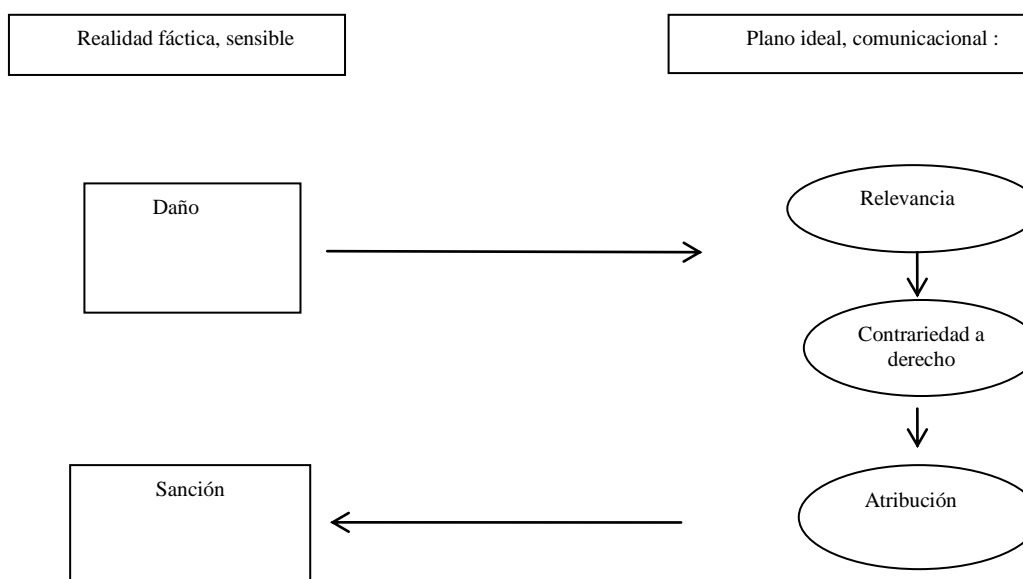
Ese proceso podría representarse bajo el siguiente esquema:

⁸²⁴ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, p. 51; FEINBERG, Joel, *The expression function of punishment*, p. 636- 637: “It would be more accurate in many cases to say that the unpleasant treatment itself expresses the condemnation, and that this expressive aspect of his incarceration is precisely the element by reason of which it is properly characterized as punishment and not mere penalty (...) To say that the very physical treatment itself express condemnation is to say simply that certain forms of hard treatment have become the conventional symbols of public reprobation”. Pese a que se predica en relación con las sanciones penales, creemos que puede extenderse también a las civiles, aunque con un grado de intensidad menor. El carácter inequívoco de los símbolos penales en el sistema social, sin duda, refuerza su contenido de reprobación social.

⁸²⁵ En el mismo sentido, SILVA, Jesús, *Del derecho abstracto al derecho real, passim*. Se trata del juego de la realidad ontológicamente objetiva de los hechos brutos y la ontológicamente subjetiva de los hechos institucionales, SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 197.

⁸²⁶ En cuanto a la necesidad de fundamentación de la efectiva imposición y ejecución de la sanction, ver SILVA, Jesús, *Prevención del delito y reducción de la violencia*, p. 3.

JUICIO DE RESPONSABILIDAD



3.7.1.1 Contenido de la sanción

La sanción se concibe, en general, con los elementos con los que HART define la pena: en cuanto a su contenido, importa para el ofensor un dolor u otras consecuencias normalmente consideradas indeseadas; en cuanto a su causa, se aplica por una ofensa o infracción de normas; en cuanto a quién se dirige, se aplica en contra de un actual o supuesto ofensor, en razón de su ofensa; en cuanto a quien la aplica, debe ser impuesta de manera intencionada por otro sujeto distinto del ofensor y, en cuanto al procedimiento, debe ser administrada por una autoridad constituida por el sistema legal en contra del cual fue cometida la ofensa o infracción⁸²⁷. A estos elementos debemos

⁸²⁷ HART, Herbert, *Prolegomenon to the principles of punishment*, p. 4; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 70 y ss.; AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 217; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana*, p. 28; LESCH, Heiko, *La función de la pena*, p. 13-14; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, p. 169- 170; FEINBERG, Joel, *The expressive function of punishment*, p. 636; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 358; VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción*, p. 27; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 39- 40; CANE, Peter, *Responsibility in law and morality*, p. 6-7; ZULETA, Hugo, *Ilícito*, p. 337; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, p. 86- 87; DEL

agregar el significado de la sanción en el sistema social, como reproche por la conducta contraria a la norma del sujeto a quien se impone⁸²⁸; y el significado de la privación de bienes o derechos que ésta lleva consigo y que no es otro que la exclusión, como se tratará en el apartado siguiente.

Las sanciones que suponen el establecimiento de la responsabilidad del sujeto pueden ser clasificadas en dos: sanciones que afectan a la persona del ofensor o a derechos que se identifican o confunden con su personalidad; y sanciones que afectan otros derechos del sujeto que no se identifican necesariamente con su persona o que tienen una existencia independiente de ésta.

La evolución de nuestros sistemas jurídicos ha hecho desaparecer las sanciones que afectan a la persona física del responsable. Se ha generalizado que las penas deben afectar los derechos de la persona, entendiéndose por tales aquellas facultades o atributos que el mismo ordenamiento jurídico les reconoce y a través de cuyo ejercicio el sujeto puede desarrollarse y satisfacer sus necesidades. La sanción restringe, por lo tanto, los ámbitos de libre actuación del sujeto o las posibilidades de desarrollo de éste⁸²⁹.

VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, p. 337; ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, p. 28- 29: “La responsabilidad no parece, por tanto, algo que pueda “heredarse” sin más (...) ni tampoco parece algo de lo que pueda “contagiarse” por el simple hecho de pertenecer a un determinado colectivo y antes de que sus miembros decidan asumir individualmente las acciones alentadas o suscritas por esa colectividad”; BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 308, quien refiere que el mal del castigo puede tanto consistir en la atribución de una desventaja como en la privación de una ventaja, de manera que las sanciones pueden ser calificadas de atributivas o privativas”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, p. 39, quien justifica el sufrimiento que importa el castigo en la función preventiva del derecho penal.

⁸²⁸ ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, p. 68- 69; VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar, passim*; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 80 y p. 202- 203; FEINBERG, Joel, *The expressive function of punishment*, p. 636.

⁸²⁹ BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 388 y ss., considera que el mal del castigo puede ser material, inmaterial o mixto, o bien puede consistir en un mal económico (multa), social (marginación), moral (deshonor), jurídico (pérdida de la capacidad de testar) o físico.

3.7.1.2 La sanción como exclusión

Las sanciones que se aplican en el juicio de responsabilidad tienen un ser real, empírico: constituyen hechos sociales que acontecen en el tiempo y en el espacio, y que son perceptibles por los sentidos. En su contenido, las sanciones pueden definirse como formas de exclusión, como medios de privación de los espacios o de los instrumentos a través de los cuales el sujeto se inserta y participa en el sistema social⁸³⁰. Se trata, no obstante, de exclusiones que no son completas ni definitivas⁸³¹.

La exclusión parece la reacción instintiva frente al peligro⁸³². Es ésta la que evita la posible imitación de la conducta infractora⁸³³, y la mantención de la vigencia de la regla pese a ésta. Sin embargo, la exclusión, en el concreto ámbito de las sanciones jurídicas, se caracteriza por dos criterios distintivos: porque se impone de manera deliberada por el Estado⁸³⁴; y porque constituye una reacción institucionalizada frente a un hecho diferente definido, al menos genéricamente, en sus contornos y convencionalmente disvalioso: la infracción de la regla.

No obstante, el ser de la sanción no nos dice qué debe ser ésta⁸³⁵ o, en otras palabras, la realidad de la misma no alumbrá sobre las finalidades que debe cumplir en el conglomerado social, en la medida en que la finalidad se enmarca en el plano valorativo.

Se habla de exclusión como contenido de las sanciones, mas no como significado de las mismas toda vez que, como se ha afirmado, el establecimiento de la responsabilidad y la propia imposición de las sanciones importa un reconocimiento de la calidad de sujeto

⁸³⁰ Contrario en relación con las consecuencias jurídicas que se imponen en el ámbito civil, SALVADOR, Pablo/CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 140.

⁸³¹ En el sentido que la exclusión absoluta importaría el negar la condición de persona en el sujeto excluido, SILVA, Jesús, *Los indeseados como enemigos*, p. 3.

⁸³² De ahí que la exaltación de las diferencias pueda ser un mecanismo utilizado para excluir y afirmar la desigualdad, CRUZ, Manuel, Hacerse cargo, p. 22.

⁸³³ Tendencia a la imitación que se explica conforme con la propia estructura de la vida social, PINKER, Steven, La tabla rasa, p. 106- 110.

⁸³⁴ JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en derecho penal*, p. 52.

⁸³⁵ HUME, David, Investigación sobre el conocimiento humano, *passim*.

del actor y de su aptitud para manifestarse como agente, con plenitud de sentido⁸³⁶. Según se advierte, es la intencionalidad colectiva, el conjunto de normas vigentes en una determinada sociedad las que permiten transformar el ser de la sanción –el hecho fáctico de la separación o exclusión que ésta lleva consigo- en una manifestación de reconocimiento y afirmación de pertenencia del sujeto a un determinado sistema social.⁸³⁷

3.7.1.3 Los límites de la sanción

Las medidas que se adoptan en un juicio de responsabilidad son siempre retributivas, esto es, se imponen como reacciones a la infracción de un deber⁸³⁸ y están llamadas a reconocer la vigencia del derecho o de la norma violada. Para que hablemos de responsabilidad se exige una cierta igualdad o correspondencia entre el daño ocasionado y que puede ser atribuido al sujeto⁸³⁹ -entre lo que éste ha hecho y se puede afirmar que

⁸³⁶ En un sentido distinto y desde la lógica de sistemas, JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en derecho penal*, p. 52: “Una exclusión existe cuando *el propio Derecho* no deja que el individuo avance hasta ser persona en Derecho (...)”. La idea de sanción como exclusión también en un sentido normativo, ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 34- 35: “Además, todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar las leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación el Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su resistencia, debe ser separado de aquél mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público, porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido”. Sobre la diferencia entre los dos niveles de reconocimiento; entre reconocimiento propiamente tal y confirmación, ver TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 91 y ss., 119- 124; SILVA, Jesús, *Los indeseados como enemigos, passim*, a propósito de los que se han tratado como enemigos por la doctrina. Sobre los límites a ese reconocimiento, ver JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 36- 37

⁸³⁷ ROUSSEAU, Jean- Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 34- 35; JAKOBS, Günther/ CANCIO, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, p. 29- 34; JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en derecho penal*, p. 56,

⁸³⁸ DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 80- 81; HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 49; BOBBIO, Norberto, *Las sanciones positivas*, p. 388; ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad Civil*, p. 15-16.

⁸³⁹ COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 126; SCHÜNEMANN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad*, p. 149- 150 y p. 173; FEINBERG, Joel, *Problematic responsibility in law and morals*, p. 340.

le pertenece- y la reacción o sanción que corresponde aplicarle⁸⁴⁰. Esa correspondencia se funda en las exigencias de la justicia retributiva que uniforman la comprensión de la responsabilidad⁸⁴¹.

De este modo, en nuestra propia concepción de la responsabilidad como instrumento de control social se exige la concurrencia de un límite en la sanción que viene dado, precisamente, por el hecho de que puede serle atribuido al agente y por el que se le reprocha conforme con las reglas vigentes.

3.7.2 Sobre la declaración y creación del derecho

La sentencia dictada por el tribunal que se pronuncia sobre la responsabilidad cumple una función configurativa⁸⁴² y, en tanto tal, crea una norma jurídica, una directiva que confirma, en el caso concreto, la norma violada⁸⁴³. La función inicial de toda sentencia es declarar el derecho, determinar si la afectación del ámbito de intangibilidad del otro se encontraba permitida en el ordenamiento jurídico y, en caso contrario, si la misma puede ser puesta de cargo de un determinado sujeto.

⁸⁴⁰ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 125; DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 81.

⁸⁴¹ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 61.

⁸⁴² SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 134- 135.

⁸⁴³ Propiedad de los actos judicativos, AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 200- 201: “Los judicativos consisten en emitir un juicio, oficial o extraoficial, sobre la base de pruebas o de razones, respecto de valores o de hechos, en la medida en que se puede distinguir entre éstos. Un judicativo es un acto de tipo judicial, como cosa distinta de los actos legislativos o ejecutivos, que son ambos ejercitativos (...) En cuanto actos oficiales, la determinación de un juez crea derecho; lo que establece un jurado hace de un hombre un condenado; el dictamen de un árbitro que declara a un jugador fuera de juego hace que éste esté fuera de juego. El acto se lleva a cabo así por virtud de una posición oficial: pero con todo es susceptible de ser considerado, sobre la base de los hechos, correcto o incorrecto, acertado o equivocado, justificable o injustificable”; KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del estado*, p. 200: “Esta función en ningún modo tiene un carácter meramente declarativo –según parece dar a entender la palabra ‘jurisdicción’ y según supone la teoría corriente- como si el Derecho estuviera ya concluso en la ley, es decir, en la norma general, y sólo debiera ser expresado o hallado en el acto del tribunal; no es así, más bien la función llamada jurisdicción, es *absolutamente constitutiva* de Derecho, es productora de Derecho en el propio sentido de la palabra”; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, p. 212; VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción*, p. 22- 23; ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, p. 59; OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 43.

Frente a la víctima y al sistema social, la declaración de responsabilidad de los sujetos obligados los confirma en la vigencia del derecho violado. Con la fuerza de su investidura pública, el juez declara a quién pertenece el derecho, por qué y en qué medida éste ha sido injustamente vulnerado y de ese modo, reafirma el contenido y los límites de la relación intersubjetiva. Sin embargo, la declaración del derecho no se agota en su fuerza expresiva, sino que crea nuevos derechos u obligaciones en el sistema social: surge el deber de los condenados de sujetarse a determinadas restricciones de bienes a consecuencia de la pena o la indemnización de perjuicios; el deber o la carga de los órganos públicos de hacerlas cumplir o velar por su cumplimiento; y de los restantes miembros del sistema social de ajustarse a esa decisión⁸⁴⁴.

Es así como la sentencia no se limita a resolver el conflicto de intereses de una manera netamente declarativa, sino que su función es, asimismo, constituyente de deberes y de obligaciones que no sólo alcanzan al sujeto sino, asimismo, a los órganos públicos y a los demás miembros del sistema social.

3.7.3 Sobre la reconstrucción del sujeto

Son las conductas y resultados externos los que construyen el sujeto social y son ellos mismos los que sirven para dar cuenta de quién es éste⁸⁴⁵. La acción ejecutada crea la condición para el recuerdo, para la historia y el discurso sobre la misma –que se construye a través del juicio de responsabilidad- reconstruye al sujeto y reconforma su identidad social⁸⁴⁶.

De este modo, la declaración de responsabilidad no sólo presupone al hombre responsable, sino que lo re-conforma también como sujeto en el sistema social. A consecuencia del juicio de responsabilidad, y en aplicación de las normas concretas que

⁸⁴⁴ AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 201- 202.

⁸⁴⁵ CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado*, p. 79.

⁸⁴⁶ ARENDT, Hannah, *La condición humana*, p. 22; ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*, p. 83.

lo reglamentan, se crea un nuevo status para éste que importa una renovada definición del mismo en el sistema social.

La responsabilidad reconstruye al sujeto, no sólo en cuanto a su historia, sino en su concreta configuración social⁸⁴⁷. En ese sentido, no parece erróneo afirmar que la noción de persona se construye o deconstruye conforme a ese juicio colectivo⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 67.

⁸⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 16.

4. Los límites de la responsabilidad

Determinados los presupuestos y elementos necesarios para el establecimiento de la responsabilidad, así como sus consecuencias, queda por precisar cuáles son los límites de dicha institución, fundamentalmente en relación con los agentes. Quién responde y, en seguida, ante quién se responde.

4.1 ¿Quién responde? Los sujetos de la responsabilidad

La responsabilidad constituye una cualificación que deriva de la intencionalidad colectiva: se trata de una función que se asigna a (y como contrapartida de) la calidad de agente, de sujeto a quien pueden atribuirse de manera individual y consistentemente determinados hechos como propios⁸⁴⁹.

En relación con los seres humanos puede afirmarse que existe un determinado sustrato material que explica y justifica que se les considere agentes y se los trate como unidades de sentido. Sin embargo, lo cierto es que la calidad de sujeto responsable constituye un hecho social y tiene un origen histórico contingente, aunque de larga data. Así resulta del análisis de quienes se han concebido como responsables a lo largo del tiempo. Históricamente, no únicamente el ser humano ha sido considerado responsable, ni tampoco todo ser humano ha sido siempre concebido y tratado como tal.

Esa circunstancia pone de manifiesto que no es el modo en que el hombre es, sino la manera en que se lo comprende socialmente lo que ha determinado que, en las diversas épocas y en los distintos colectivos, se le considere o no responsable⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ SEARLE, John, Lenguaje y poder, p.101- 102.

⁸⁵⁰ COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 58: “Los fundamentos de la conceptualización jurídica no son precisamente concepciones naturales; la conceptualización jurídica no se propone describir correctamente la realidad, sino *valorar* intereses y acciones según la regla fundamental de la justicia: se trata de valorar igual casos iguales, y diversamente casos diversos. Por eso el jurista tiene que recurrir y separar entidades según puntos de vista axiológicos”. Ver, asimismo, LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 158, al pie.

Según se ha argumentado antes, la responsabilidad surge como contrapartida de la facultad del sujeto de ser agente y de actuar con sentido en el sistema social; y por medio de ella se cuestiona o reprocha el modo en que éste pone de manifiesto, en el espacio intersubjetivo, su ser social.

Concebida como contrapartida de la capacidad de acción y como cuestionamiento del modo de actuación social, la responsabilidad parece posible no sólo respecto de los seres humanos como tales sino, asimismo, respecto de las personas jurídicas, en la medida en que se considere a estas últimas agentes y unidades de sentido suficientes para sustentar la atribución de un determinado hecho, más allá de los sujetos individuales que las conforman⁸⁵¹.

En los casos en que se acepte que la imputación se efectúe a una entidad ideal, la normatividad de la imputación se acrecienta y se desarrolla, al menos, en dos niveles. En el primero, como sucede con el hombre, debe recurrirse a normas para determinar cuándo un determinado acto es susceptible de ser considerado propio de un determinado sujeto. En un segundo nivel, propio de estas entidades, se requiere nuevamente acudir a reglas para determinar cuándo un acto, ejecutado materialmente por uno o más individuos, puede considerarse perteneciente a esa entidad ideal⁸⁵². Se advierte de ese modo que, en el caso de las personas jurídicas, la cualidad de sujeto responsable surge exclusivamente en razón del acuerdo colectivo⁸⁵³.

Si la sanción aparece como una fórmula de privación de las condiciones de autorregulación o de autodisposición del sujeto, tampoco sería equivocado sostener que

⁸⁵¹ RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 172; PASTOR, Nuria, *¿Organizaciones culpables?*, p. 9. Fundamentos materiales de lo anterior en HUBIG, Christoph, *Verantwortung und Hochtechnologie*, p. 110 y ss.; LENK, Hans/ MARING, Matthias, *Wer soll verantwortung tragen?*, p. 241 y ss. RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 173- 175. Esa exigencia deriva de la imposibilidad de acciones básicas por parte de colectivos, MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 163- 164.

⁸⁵² Para este segundo orden de atribución, KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, p. 127. En esos supuestos, la responsabilidad de las personas jurídicas como presupuesto de atribución, importaría una forma más compleja de construcción de hechos institucionales, SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 93 y ss.; SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 117- 119.

⁸⁵³ Dentro de los hechos intencionales sociales de asignación de función agentiva, SEARLE distingue entre los que crean funciones causales agentivas y funciones de status, *La construcción de la realidad social*, p. 134- 135. En relación con el Estado y la sociedad, concebidos como entidades normativas, KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, p. 118- 130.

las personas jurídicas sufren también, en sí mismas, sanciones; ello, desde el momento en que, a través de las mismas, se limita la posibilidad de que se organicen o regulen a sí mismas; y de que se manifiesten en los sistemas sociales.

El que las sanciones alcancen bienes tales como la libertad, y en los casos más extremos, la vida del sujeto concreto tiene sus equivalentes funcionales en la persona jurídica, en la que la privación de la posibilidad de actuación de éstas en un ámbito de actividad es el modo preciso en que se priva de libertad a un ente que no es sino una construcción para uno o más objetos específicos; y el cierre de la empresa o la disolución de la persona jurídica pueden ser concebidas como el modo definitivo de restar identidad a la persona que ésta constituye.

El que las sanciones impuestas a las personas jurídicas comprometan de manera refleja los bienes o derechos de terceros diversos del agente no resulta distinto de lo que tiene lugar, en general, con las sanciones. Se trata de un fenómeno que deriva de la interrelación y dependencia recíproca de los sujetos en un determinado sistema social. De este modo, no es la responsabilidad, como institución, la que ofrece límites a las personas jurídicas: entendida la responsabilidad como un hecho social, las personas jurídicas pueden ser también sujetos dotados de ella, en la medida en que se las conciba y se las trate de ese modo. Todo sujeto de responsabilidad, incluso el ser humano, se construye normativamente⁸⁵⁴.

Se advierte así que la discusión acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas, más que nada, es una discusión acerca de si es necesario o no un sustrato ontológico que sirva como antecedente a esa construcción social⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ RECASENS, Luis, *Estudio preliminar*, p. 74; RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del derecho*, p. 169-171.

⁸⁵⁵ Así se advierte en las teorías de la realidad acerca de la naturaleza de las personas jurídicas y actualmente con las posiciones que buscan en la teoría de los sistemas autopoieticos el sustrato material equivalente a la personalidad natural.

4.2 ¿Ante quién se responde?

La responsabilidad jurídica supone siempre una exigencia de cuentas que el ordenamiento jurídico pide a un sujeto concreto, en quien ha estimado que concurren los presupuestos suficientes para afirmar que puede ser tratado como sujeto responsable, y tras constatar la presencia de los elementos que permiten afirmar que el hecho que ha lesionado el ámbito de intangibilidad de otro, le pertenece.

Siempre se responde, en el presente, en relación con un conjunto de normas determinado que establece las reglas conforme con las cuales se define a cargo de quién son las consecuencias indeseadas y quién debe cargar con ellas. En ese sentido y, con independencia de quién sea el sujeto que provoque el proceso que se traduce en el establecimiento de la responsabilidad o de quién sea el sujeto directa o indirectamente beneficiado por las consecuencias del juicio de responsabilidad, lo cierto es que siempre se responde frente al Estado, frente al Todos organizado y constituido. La responsabilidad, incluso en aquellos supuestos en que concurre un enfrentamiento entre sujetos determinados -por causa de una relación que en principio a ellos interesa y sólo a éstos habrá de afectar- importa siempre un enfrentamiento con el derecho⁸⁵⁶. Siempre que se lesiona el ámbito de intangibilidad de un determinado sujeto, se afectan las reglas impuestas y que rigen los contactos sociales; se lesionan las expectativas que esas mismas reglas están llamadas a definir y a organizar; en suma, se pone en cuestionamiento la conformación determinada y concreta de una determinada sociedad.

Es posible argumentar que esa lesión del derecho admite grados, que no sólo es posible afirmar una conjunción cerrada -el derecho se lesiona o no- frente a un determinado comportamiento, sino que es posible lesionar con más o menos intensidad el sistema jurídico, en razón de la relevancia de determinadas normas para el mantenimiento de la estructura de una concreta sociedad. Aun cuando esa afirmación parece correcta, ello no impide reconocer que toda norma, con más o menos relevancia, define ámbitos de

⁸⁵⁶ En contra, HEGEL, Georg, *Filosofía del derecho*, p. 100- 104. Acordes con esta posición, BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, p. 237 y ss; MERKEL, Adolf, *Enciclopedia jurídica*, p. 155; VON JHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, p. 346; AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence*, p. 195-197; QUINTANO, Antonio, *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, p. 1046.

libertad y de competencia que no interesan únicamente a los sujetos directos a quienes las mismas se encuentran referidas, sino a la sociedad toda. En ese entendido, es posible afirmar que la distinción entre responsabilidad civil y penal que se sustenta en el interés lesionado desconoce la afectación del interés general que también tiene lugar en los supuestos de responsabilidad civil.

Cada vez que ocurre un hecho ilícito se cuestiona el derecho; de ahí que el Estado, a través de los órganos especialmente llamados a ello, deba determinar la concurrencia del mismo y atribuirlo a un determinado sujeto; declarar que el interés lesionado lo ha sido injustamente, de manera que la víctima no se encontraba obligada a soportarlo; y que las consecuencias que ha padecido, la lesión de su ámbito de libertad y la consecuente afectación de determinados medios para el ejercicio o el desarrollo de ella, han sido contrarios a lo debido. La declaración de toda responsabilidad, y la sanción que ésta lleva como consecuencia, tienen por objeto recomponer, material y simbólicamente, la situación del afectado y del sistema mismo.

Lo que se advierte entre los sistemas de responsabilidad civil y penal no es una diferencia estructural, sino de grados. En supuestos de responsabilidad siempre hay un daño, y ese daño no pertenece sólo al sujeto concreto que ha resultado lesionado, sino también al colectivo, al sistema social jurídicamente organizado. Siempre que hay un daño que acaece en el ámbito de disposición o de libre actuación de un determinado sujeto y que éste no se encuentra jurídicamente obligado a soportar concurre, pues, un interés que trasciende al sujeto concreto lesionado y que incumbe a la sociedad toda.

5. Significado de la responsabilidad

La atribución de responsabilidad a un determinado individuo permite que se le reconozca como sujeto en el sistema social, y que a sus actos y decisiones se les atribuya el poder de obligarlo, de sujetarlo y de limitar su libertad de actuación⁸⁵⁷. De ahí la importancia que reviste la noción de responsabilidad en todo el sistema social.

Desde el momento en que ella se afirma en relación con un determinado sujeto éste surge con nuevos poderes a la vida social: se transforma en un comunicador de mensajes, destinatario y fuente de determinadas expectativas sociales; en fin, como sujeto y, en un sentido amplio, como persona. La persona es la máscara por medio de la cual el sujeto se comunica con los demás en el teatro social y surge del reconocimiento o constituye una creación del derecho⁸⁵⁸: podrán actuar en el sistema social como sujetos o personajes a quienes se reconozca la mencionada calidad. Ese reconocimiento

⁸⁵⁷ HEGEL, Georg, *Filosofía del derecho*, p. 109; MORRIS, Herbert, p. 67 y ss.; JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en derecho penal*, p. 56.

⁸⁵⁸ MAUSS, Marcel, *Sobre una categoría del espíritu humano: la noción de persona y la noción del 'yo'*, en *sociología y antropología*, p. 323; FERRATER, José, *Diccionario de Filosofía*, p. 724. Para un estudio etimológico del término persona, ver HOYOS, Ilva, *El concepto jurídico de persona*, p. 346 y ss, quien resalta el a la vez carácter social e individual que conlleva la idea de máscara: “Las máscaras no tienen un carácter individual, sino que representan un tipo genérico en el que se destaca o la edad, la condición social, el estado del alma, el papel o la función que representan los personajes en la sociedad. En esta forma, la máscara simbolizará las costumbres, los caracteres, el papel o la función que tiene que representar el hombre en el teatro de la vida. Lo que se resalta, en definitiva, es la pertenencia del hombre a una comunidad, su carácter de parte en relación con el todo social (...) el verbo latino *personare* –dice agudamente D’Ors- ha adquirido en español la forma reflexiva, ‘personarse’, el sentido de aparecer como sujeto con voz, es decir, como ser racional. Esa ‘voz’ no presupone necesariamente una actividad parlante, pues puede referirse a una presencia silenciosa, sino que la voz esencial está ya, y puede solo estar ahí, en la atribución de un nombre personal. En efecto, quien se persona, aunque nada diga, se presenta ya como un sujeto con nombre. Esa voz radical es precisamente el nombre de cada persona. La presencia personal de personarse no es pues, un puro acto físico, sino un acto moral, de aparecer como persona, es decir, como portador de un nombre’. La persona, por tanto, es el sujeto individualizado que se identifica por algo que le pertenece, le es suyo: el nombre (...) En su origen el término persona apunta a una realidad animada: la máscara que se porta, la voz que resuena, el ser que se apersona (...) La máscara como exterioridad revela una intimidad, una interioridad que sólo es predicable del ser concreto que vive. A su vez, sólo se presenta ante los demás quien es ante sí mismo, quien es consciente de que representa un papel que lo hace ser ante el público espectador, otro. En este sentido, enmascararse se convierte, en definitiva, en un acto de radical desenmascaramiento, en el que el sí mismo se define en relación con el otro. El doble juego de alteridad- identidad y exterioridad- intimidad refleja la riqueza y el misterio que subyace en el ser que se dice singularmente persona. Por todo ello, no puede sostenerse que la noción de persona, sea una noción ‘de evidente des-humanidad’ que encubre, envuelve o enmascara una realidad”.

en el sistema social y, en concreto, en el sistema jurídico, viene dado por la atribución de responsabilidad y se reafirma con la declaración de la misma⁸⁵⁹.

Con la declaración de la responsabilidad se crea un hecho nuevo en el sistema social. A consecuencia de ella, la acción y el resultado dañoso que han tenido lugar, adquieren un sentido preciso, como manifestación social de un agente concreto⁸⁶⁰. La responsabilidad tiene el significado social de reafirmar al sujeto destinatario y fuente de diversas expectativas en el ordenamiento jurídico. Con la atribución de ella se reconfigura, en un sentido social, el ser persona, agente⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ LÓPEZ, José, *La responsabilidad entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2306.

⁸⁶⁰ CRUZ, Manuel, *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, p. 15.

⁸⁶¹ FRENCH, Peter, *A world without responsibility*, p. 13; VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, p. 37- 38; TODOROV, Tzvetan, *La vida en común*, p. 42.

6. Función de la responsabilidad

La función de la responsabilidad supone abordar la pregunta del para qué sirve esta institución en los sistemas jurídicos y, en general, en los sistemas sociales⁸⁶². La asignación de funciones supone atender a una determinada intencionalidad en los agentes, de modo que no es posible encontrarla en los solos hechos o fenómenos sociales; y de acuerdo con un determinado sistema de normas⁸⁶³.

La función de la responsabilidad en los sistemas jurídicos no es otra que el aseguramiento o el mantenimiento de la vigencia de las normas que definen una determinada estructura social. Las normas crean determinados espacios de libre actuación o de intangibilidad para agentes, sin embargo, esos espacios surgen en razón de las reglas, de consensos sociales que se han plasmado en las mismas⁸⁶⁴. Las sanciones que se imponen en el juicio de responsabilidad no tutelan bienes de la naturaleza, hechos materiales, sino hechos institucionales⁸⁶⁵, aquéllos que han surgido producto de reglas. Si bien esos hechos se encuentran referidos o relacionados, de modo más o menos directo, con hechos materiales y concretos, surgen del acuerdo que se cristaliza en la norma, y sólo subsisten en la medida en que dicho consenso se mantenga, esto es, en la medida en que la regla que los define se mantenga vigente.

La sanción impuesta y la declaración de responsabilidad del sujeto infractor conlleva una forma solemne de declaración de que el consenso que ha dado lugar a los hechos institucionales que conforman una determinada sociedad se mantiene pese a la

⁸⁶² FAUCONNET, Paul, *La responsabilidad*, p. 282; MIR, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, p. 90.

⁸⁶³ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 33 – 34; SEARLE, John, *Making the social world*, p. 59: “The clue that there is a normative component to the notion of function is that once we described something in terms of function we can introduce a normative vocabulary (...) a function is a cause that serves a purpose. And the purposes have to come from somewhere; in this case, they come from human beings. In this sense, functions are intentionality- relative and therefore mind dependent”.

⁸⁶⁴ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 63- 64. Con una terminología distinta, que alude a estructuras transaccionales establecidas en una determinada sociedad, KLEVOREVICK, Alvin, *Legal theory and the economic analysis of torts and crimes*, p. 907- 908. En otro sentido, JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico- penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 78- 19; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 18- 19.

⁸⁶⁵ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, p. 68 -128; SEARLE, John, *Lenguaje, mente y sociedad*, p. 104; SEARLE, John, *Making the social world*, p. 7 y ss.

actuación contraria y a la violación del sujeto infractor. De este modo, tienden al mantenimiento de la forma concreta en que ésta se encuentra configurada⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ Cumplen la función tradicional que se asigna a las sanciones, HART, Herbert, *El concepto de derecho*, p. 49; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 307- 309; MENDONÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, p. 89; BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, p. 355. Y pese a que la norma, en sí misma, no pierde vigencia a consecuencia de la infracción, KELSEN, Hans, *Compendio de la teoría general del Estado*, p. 117. El conflicto se soluciona con la atribución del comportamiento incorrecto al autor, LESCH, Heiko, *La función de la pena*, p. 75; JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico- penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 75- 79. En relación con esta cuestión, DURKHEIM, Emilio, *La división del trabajo social*, p. 91: “Efectivamente, los sentimientos en juego sacan toda su fuerza del hecho de ser comunes a todo el mundo, son enérgicos porque son indiscutidos. Lo que determina el respeto particular del que son objeto, es el hecho de ser universalmente respetados. Ahora bien, el crimen sólo es posible si ese respeto no es verdaderamente universal; por consiguiente, implica que no son universalmente colectivos y empañan esa unanimidad, fuente de su autoridad. Si cuando se produce, las conciencias que él hiere no se unieran para demostrarse unas a otras que continúan en comunión, que ese caso particular es una anomalía, a la larga podrían ser quebrantadas. Pero no es necesario que se reconforten asegurándose mutuamente que laten siempre al unísono, para lograrlo, el único medio es que reaccionen en común. En una palabra, dado que es la conciencia común quien es atacada, es necesario también que sea ella quien resista y, en consecuencia, que la resistencia sea colectiva”. Ver, asimismo, BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 384; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, p. 17.

7. Pérdida de funciones de la responsabilidad

En los sistemas sociales se han sucedido una serie de transformaciones que han alterado o erosionado la tradicional construcción de la responsabilidad tal como se la comprende ordinariamente, y conforme se ha expuesto en las consideraciones anteriores. Las crecientes funciones que el Estado cumple en el sistema social y las pretensiones que se le dirigen para el efectivo amparo y protección de determinados bienes han dado origen a instituciones y reglamentaciones que, insertas o confundidas con los sistemas de responsabilidad, desdibujan, al menos parcialmente, sus contornos. Sin pretensión de exhaustividad se presentan a continuación algunas de las manifestaciones que dan cuenta de esa pérdida de funciones de la responsabilidad:

7.1 Cuando la responsabilidad se transforma en el deber de responder del heredero. ¿Responsabilidad del heredero?

Una de las manifestaciones de erosión de la función que cumplen los sistemas de responsabilidad se encuentra en aquellas normas que disponen que las sanciones patrimoniales que son impuestas en un juicio de responsabilidad al causante, gravan también a sus herederos⁸⁶⁷.

Estas disposiciones alteran la estrecha vinculación que en la responsabilidad personal se plantea entre sanción, acción e infracción; y conforme con la cual sólo resulta y puede resultar afectado por las consecuencias indeseadas que lleva consigo la sanción aquel sujeto que ha obrado e infringido el deber. En estos supuestos, por el contrario, se admite que los herederos, en su calidad de continuadores de la persona responsable, soporten las consecuencias perjudiciales de su acción en sus propios patrimonios, conformados desde la muerte del causante también con los bienes de éste⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ Así sucede con las indemnizaciones de perjuicios a que haya sido condenado el causante; o incluso con penas pecuniarias impuestas por sentencia ejecutoriada antes del fallecimiento del infractor como prescribe el artículo 93 N°1 del Código Penal chileno.

⁸⁶⁸ Se podría afirmar que responde el patrimonio del causante, ya gravado con la sanción, y que el heredero sólo satisface una deuda que se le transmite sólo como delegado del responsable. Esa afirmación, no obstante, parece imposible en los supuestos en que el heredero paga con su propio

Se advierte cómo, en los mencionados supuestos, el legislador trata a las sanciones como simples obligaciones pecuniarias, sin atender a la especial entidad que ellas presentan en los sistemas sociales y al significado y función concretas que cumplen en él. Atendiendo a la patrimonialidad del contenido de la sanción y en aplicación de las reglas generales de las obligaciones así como a las que fijan la fuerza de cosa juzgada⁸⁶⁹, el sistema jurídico identifica las sanciones pecuniarias con sus consecuencias, y las trata como simples *deberes de responder*. Así, determina que las mismas pasen a los herederos como cualquier otra obligación del causante, y con independencia de su fuente.

Sólo en un sentido impropio podemos hablar del heredero como *responsable* y únicamente como sinónimo de aquél que se encuentra obligado a cargar con cualquier consecuencia gravosa que le impone el Estado.

patrimonio porque ha aceptado sin beneficio de inventario y los bienes en los que sucede son insuficientes para la satisfacción de la deuda. En cualquier caso, e incluso sin pronunciarnos sobre la corrección de una afirmación como la señalada, lo cierto es que con ella la responsabilidad se identifica con la deuda, lo que conlleva restar el significado y la función que cumple en los sistemas sociales.

⁸⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco, Estudios de Derecho Procesal Civil, volumen II, p. 349- 361.

7.2 Cuando la responsabilidad se transforma en el deber de responder de un tercero ajeno. Los seguros de responsabilidad

Una situación más compleja se plantea en los sistemas de responsabilidad civiles de la mano de los denominados *seguros de responsabilidad*. Atendida la importancia de éstos y de su profusión –en algunos ámbitos se han convertido en obligatorios- se han sucedido importantes transformaciones en el régimen de responsabilidad.

Los llamados *seguros de responsabilidad civil*⁸⁷⁰ garantizan la satisfacción de una indemnización a un tercero en el evento en que suceda alguno de los hechos que se definen como siniestros en la póliza, y que podrían ser atribuidos al asegurado⁸⁷¹. En los supuestos en que operan, es la compañía aseguradora la que asume la obligación de pagar a la víctima los daños que ha sufrido por la ocurrencia del siniestro. La mayor parte de ellos considera como riesgos cubiertos por la póliza y que dan origen al deber de responder del asegurador, uno o más de los hechos perjudiciales para terceros de los que es causa el asegurado, puedan ser ellos atribuidos o no a la responsabilidad –entendida en un sentido estricto- de éste. En consecuencia, ellos no aseguran necesariamente las obligaciones de indemnizar que pesarían sobre el asegurado a causa del establecimiento de su responsabilidad por un determinado hecho. Sin embargo, existe la posibilidad de que efectivamente el seguro satisfaga la obligación de indemnizar que habría sido impuesta al asegurado luego de determinarse su responsabilidad por un ilícito. En ese evento, lo que garantiza el seguro es que el patrimonio del asegurado quede incólume respecto de aquellas obligaciones de contenido patrimonial que habrían derivado del establecimiento de su responsabilidad. Así, no garantiza la responsabilidad civil propiamente tal, sino la obligación pecuniaria que podría haber resultado de ésta⁸⁷².

⁸⁷⁰ Restringimos el análisis que sigue exclusivamente a los seguros de responsabilidad civil en que asegurado y beneficiario son sujetos distintos, que son los únicos que plantean conflictos al insertarlos en los sistemas de responsabilidad.

⁸⁷¹ DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 987.

⁸⁷² DE ÁNGEL, Ricardo, *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, p. 1336-1337.

En esos supuestos, sin embargo, se advierte una ruptura del sinalagma acción- sanción que caracteriza los sistemas de responsabilidad. A consecuencia del seguro de responsabilidad se admite que soporte las consecuencias gravosas de un determinado hecho ilícito, al menos parcialmente⁸⁷³, un sujeto distinto de quien ha obrado y a quien puede atribuirse la infracción de un deber. Para algunos, se trata de un supuesto de responsabilidad vicaria o indirecta⁸⁷⁴, porque la sanción es soportada por un sujeto diverso de aquél que actúa y, en todo caso, se trataría de una responsabilidad objetiva, dado que la compañía de seguros debe soportar la carga de la indemnización sin que se le exija ningún elemento subjetivo que vincule su deber de responder con el hecho ajeno.

Pese a que los seguros de responsabilidad civil han sido aceptados, sin más, dentro del régimen de la responsabilidad civil, lo cierto es no se fundan en la lógica de esta institución, sino en la de otros remedios de los que se vale el Estado para reaccionar frente a las consecuencias que socialmente desvalora y, concretamente, con los que aquí han venido en denominarse deberes fundados en la solidaridad⁸⁷⁵.

Así se advierte en el propio origen de la figura. Ésta surge, en primer lugar, como un mecanismo para garantizar la satisfacción de la víctima de daños materiales que surgen en el contexto o a consecuencia de actividades que se permiten y se consideran socialmente valiosas⁸⁷⁶. En segundo lugar, el seguro también sirve de garantía del que emprende la actividad arriesgada, en la medida en que le permite fraccionar en el tiempo y limitar en su cuantía las obligaciones que le podría corresponder satisfacer.

Por medio de sus disposiciones, lejos de perseguir la determinación de a quién pertenece el hecho y de reafirmar al sujeto agente, el ordenamiento jurídico busca fraccionar en el

⁸⁷³ Porque el asegurado habría asumido, preventivamente, esa carga al obligarse voluntariamente el pago de la prima, MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 38-39.

⁸⁷⁴ Así, por ejemplo, FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 675.

⁸⁷⁵ CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes, p. 244- 245; EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault*, p. 1447 y ss.; DÍEZ, Gema/ ARANA, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños, p. 20 y ss. Un análisis interesante y que ve el fundamento del seguro en la evitación de que los demandados sean expuestos a pérdidas desproporcionadamente graves en base a los principios de distribución y retribución, en HONORÉ, Tony, Responsibility and fault, p. 86- 87.

⁸⁷⁶ LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 78, al pie.

tiempo y entre diversos sujetos los costes de los eventos dañosos. Es posible afirmar que en los supuestos en que operan seguros en este ámbito, el Estado renuncia a establecer la responsabilidad de uno o más agentes y resuelve el conflicto que se suscita en la sociedad valiéndose de un instrumento fundado en la solidaridad. Sin embargo, el que quede en manos del asegurado la selección del sistema de reacción frente al daño erosiona el propio contenido de la responsabilidad y de sus presupuestos, tal como tradicionalmente se la comprende⁸⁷⁷.

Dado que obedece a una lógica distinta, la posibilidad de que se aseguren *deberes de responder* derivados de la responsabilidad ha ejercido poderosa influencia en la propia conformación y operación de esta institución⁸⁷⁸ y constituye una de las principales razones de que se la confunda con otros instrumentos utilizados para evitar o distribuir el coste de los accidentes⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ DÍEZ, Gema/ ARANA, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños, p. 20: “Lo cierto es que, cuando existe seguro, la genuina figura del responsable tiende a diluirse, porque ya no es el responsable, entendido como deudor de la reparación, sino simplemente el suministrador del verdadero deudor de la reparación por la vía del seguro. El problema es parecido en lo que se refiere a la Seguridad Social, que es a quien compete en la actualidad la obligación de facilitar las prestaciones en caso de muerte o de daño corporal que entraña incapacidad para el trabajo”. MOLINA, Fernando, Responsabilidad jurídica y libertad, p. 38- 40 que ve en los supuestos del seguros de responsabilidad un régimen de autodistribución interna de medidas lesivas, en la medida en que se cambia una probable responsabilidad civil grave por el gasto seguro de una prima; DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, p. 188; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 987; VINEY, Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, p. 11 y ss.

⁸⁷⁸ ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, Accidents, compensation and the law, p. 5- 7.

⁸⁷⁹ ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, Accidents, compensation and the law, p. 8; DE ÁNGEL, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, p. 1031- 1032; LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 42- 44; LÓPEZ, José, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, p. 2314.

7.3 De la sustitución de la responsabilidad por la seguridad. El *derecho penal del enemigo*

Se ha afirmado que los sistemas de responsabilidad pueden transformarse en meros expedientes fundados en la seguridad cuando el sujeto no ofrece la mínima seguridad cognitiva que sirve de sustento a las normas de conducta. En los supuestos en que éste opera, se afirma, nos encontramos frente a un derecho distinto, un derecho que se ejerce como mera coacción⁸⁸⁰. Analizadas las manifestaciones que se comprenden generalmente bajo el signo de este fenómeno, podemos afirmar que más que ante un derecho distinto, nos encontramos frente a un remedio que tiene como fuente y contenido no ya la responsabilidad, sino la seguridad. O, si se quiere, frente a un modelo de imputación que anuda y relaciona presupuestos y consecuencias diversas de los que operan y sirven de sustento a ésta.

En ellos se advierte de manera acentuada una diversa concepción del sujeto frente al que reacciona el sistema jurídico. De ahí que uno de sus caracteres relevantes sea el de la despersonalización, no en el sentido de una alteración del segmento de agentes que interesan al ordenamiento jurídico, sino de la propia idea de sujeto que sirve, como se ha visto, de presupuesto a la responsabilidad⁸⁸¹. De ello se derivan muchas de las consecuencias que confieren un cariz completamente distinto a esta institución. La seguridad obliga a despreciar o restar relevancia o definición a los conceptos de hecho y pertenencia; a romper la estrecha vinculación entre acto y sanción y a aceptar que la reacción coactiva no cumpla más que la función que emana de su propia naturaleza: la exclusión.

⁸⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 27- 55; JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en derecho penal*, p. 66- 67; JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en derecho?*, p. 66- 75; GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 121. Antecedentes en LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, p. 41- 47. Para CANCIO, Manuel, *Otra vez: ¿'Derecho penal' del enemigo?*, 128 y ss. éste no constituye derecho penal en razón de dos consideraciones: porque no estabiliza normas sino que excluye a determinados grupos de infractores, y porque no es un derecho penal del hecho, sino del autor.

⁸⁸¹ PIÑA, Juan Ignacio, *La construcción del 'enemigo' y la reconfiguración de la 'persona'*, p. 588- 590; VAN WEEZEL, Alex, *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*, p. 1068- 1069.

7.4 De las salidas alternativas al proceso. Los acuerdos

También constituyen manifestaciones de una pérdida de la función de la responsabilidad los mecanismos contemplados en los sistemas civil y penal y que habilitan para una salida alternativa al proceso en razón del acuerdo de las partes intervinientes. Por medio de ellos, se sustituye la sentencia y la declaración de responsabilidad a que conduce, así como sus efectos –y en muchos casos todo o parte del proceso que tiende a su establecimiento- por un acuerdo entre quienes actúan en el procedimiento, y que el Tribunal se limita a aprobar tras constatar la concurrencia de determinadas exigencias formales, y que dicen relación, fundamentalmente, con la capacidad de quienes lo celebran y la tutela del orden público.

Razones de economía, de relevancia, de protección de la víctima y de falta de necesidad de sanción explican la decisión del legislador de permitir en determinados supuestos que los intervinientes alcancen una solución alternativa al conflicto que ha generado la infracción de derecho. Esa posibilidad, siempre abierta en materia civil, en la medida en que se entienden siempre disponibles los intereses patrimoniales de quienes intervienen en el proceso, tiene en materia penal un ámbito más restringido, limitado a las conductas en las que se admite una disposición de bienes por parte del ofendido, y un reducido interés de la sociedad en perseverar en la pretensión punitiva.

8. Consecuencias y algunos rendimientos de una visión unitaria de la responsabilidad

De acuerdo con las consideraciones anteriores, resulta posible construir un sistema unitario de responsabilidad. La pretensión de este esfuerzo, como ha quedado de manifiesto, no ha sido desconocer las particularidades de los diversos paradigmas de responsabilidad o hacer una vuelta atrás en la diferenciación que caracteriza a los mismos sino, por el contrario, encontrar sus elementos comunes, las consecuencias que derivan de la filiación de ambos al sistema general de sanciones y cifrar sus particularidades más en los matices que en su esencia.

La decisión de encontrar los elementos comunes a toda responsabilidad parece relevante no sólo por un afán teórico sino también desde un punto de vista práctico, no sólo por las incidencias en el proceso, en que las reglas de una y otra tienen aplicación, sino desde un punto de vista de política legislativa.

8.1 Rescate del símbolo de la pena

La pena tiene en los sistemas sociales un carácter simbólico. Sea porque se encuentra ligada históricamente con los hechos más graves, sea por su origen, la pena se relaciona estrechamente con las reglas más básicas que definen el modo de organizarse de una determinada colectividad⁸⁸². La gravedad de la reacción se explica, al menos en lo que dice relación con la regulación nuclear, frente a la gravedad de la afrenta que significa el delito; de manera que el contenido de ésta no se agota en la sola privación de derechos sino que expresa una grave desvaloración que la sociedad dirige al agente⁸⁸³. Ese

⁸⁸² GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, Libro Segundo, Capítulo XX, VIII.1; DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 84 y p. 123; FAUCONNET, Paul, *La responsabilité*, p. 15; FREUD, Sigmund, *Tótem y tabú*, p. 29- 30; ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, p. 88; VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 49; ROBINSON, Paul, *The criminal civil distinction and the utility of desert*, p. 208 y ss.

⁸⁸³ DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, p. 88- 89; HASSEMER, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, p. 35; FEINBERG, Joel, *The expressive function of punishment*, p. 636- 642; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal*. Introducción, p. 97- 98.

carácter determina que la pena siempre cumpla, en los sistemas sociales, una función simbólica⁸⁸⁴. Sin embargo, y como todo símbolo social, la pena parece necesitada de resguardo. Ello, en atención a que el mencionado carácter constituye componente esencial no sólo de su significado social, sino, asimismo, de su eficacia⁸⁸⁵.

Una de las alternativas para resguardar el símbolo de la pena, distinta de las que se han propuesto hasta esta fecha, se encuentra en recuperar el sentido sancionatorio de otros sistemas de responsabilidad, como sucede con el de responsabilidad civil⁸⁸⁶. Si la responsabilidad civil se considera como un mecanismo para expresar, aunque de manera menos acentuada, desaprobación social por conductas que lesionan las reglas vigentes, podrá servir como alternativa a la pena en relación con algunas conductas menos graves pero frente a las que, no obstante, no debe reaccionarse con un mero remedio pecuniario valorativamente neutro.

Rescatar la filiación común de la pena y la indemnización de perjuicios a los sistemas de responsabilidad permitirá, en consecuencia, una más racional y adecuada decisión en materia de política social, lo que parece particularmente urgente en los ámbitos del comercio y de la empresa, en el ámbito de propiedad intelectual o industrial⁸⁸⁷, o en relación con los delitos de daños.

⁸⁸⁴ Cosa distinta es que el derecho penal sólo cumpla una función simbólica, o primariamente simbólica, ver CANCIO, Manuel, *De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?*, p. 93 y ss. Exposición crítica de este fenómeno en GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 149- 150.

⁸⁸⁵ Las soluciones para el rescate del símbolo de la pena en los sistemas en que se constata una inflación penal han venido de la mano de proponer sanciones intermedias, que no cumplen con todos los requisitos y exigencias de la pena tradicional (derecho de la intervención frente al derecho penal), HASSEMER, Winfried, *Viejo y nuevo derecho penal*, p. 71- 72; o un sistema de diversas velocidades, ver SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal*, p. 149 y ss. En el sistema anglosajón se ha propuesto el desarrollo y fomento de las llamadas *civil punitive sanctions*, reconociendo su naturaleza penal, pero atendida su menor gravedad, admitiendo que sean impuestas en procedimientos en que no se cumplen con todas las garantías de los sistemas criminales, MANN, Kenneth, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law*, p. 1863 y ss. Por último GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, p. 27- 28 propone recurrir a la pena privada en supuestos de delitos de bagatela. Ver, asimismo, HASSEMER, Winfried, *Viejo y nuevo derecho penal*, p. 51; ROBINSON, Paul, *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, p. 212- 213, SCHÜNEMANN, Bernd, *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik*, p. 21 y ss.

⁸⁸⁶ Aunque con un contenido diferente, pronuncian la misma preocupación, SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 13. Ver algunos criterios para formular esta distinción en SILVA, Jesús, *Prevención del delito y reducción de la violencia*, p. 2.

⁸⁸⁷ A modo ejemplar, CASTIÑEIRA, María, *El denominado toro de Osborne, passim*.

8.2 Responsabilidad civil en el juicio penal y cosa juzgada penal en el juicio civil

Otro de los rendimientos prácticos que ofrece un sistema unitario de responsabilidad es el que deriva de otorgar un fundamento material a la regulación procesal de la acción civil en el juicio penal, así como a los propios efectos que generan las sentencias dictadas en una jurisdicción, en relación con la otra.

Tradicionalmente se ha argumentado que el único fundamento de que pueda intentarse la acción civil en el juicio penal es de índole práctica, y deriva de la intención del legislador de facilitar a la víctima la persecución de sus pretensiones indemnizatorias en el proceso penal. Sin embargo, la mencionada explicación no da razón de la justificación de esa decisión legislativa, sobre todo si se asume -como lo hace la mayor parte de la doctrina- que responsabilidad civil y penal son completamente diferentes. ¿Basta una mera consideración práctica para que se justifique que en un ordenamiento jurídico un mismo tribunal conozca, paralelamente, sobre la procedencia de dos reacciones completamente diferentes?

Creemos que no es así y que esa regulación práctica tiene, asimismo, un fundamento material⁸⁸⁸. En primer lugar, la unidad en los hechos fácticos que dan origen a las diversas reacciones –aunque éstos puedan ser analizados de modo diferente o, si se quiere, desde distintos prismas-⁸⁸⁹ y, en segundo lugar, el mismo sentido, contenido,

⁸⁸⁸ La que parece también más acorde con las posiciones que encuentran el fundamento de la cosa juzgada en la prohibición de reiteración de juicios, y que atienden, para efectos de determinar su concurrencia, sobre el contenido de lo que se ha juzgado, sin necesidad de ajustarse a los rígidos límites impuestos por las tradicionales identidades exigidas para la configuración de la institución, ver NIEVA, Jordi, *La cosa juzgada, passim*.

⁸⁸⁹ GÓMEZ, Emilio, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, p. 369: “A despecho de la heterogeneidad de sanciones (pena y resarcimiento), que exigiría en principio que la competencia se distribuyera entre los Tribunales del orden penal y del civil (así en los derechos que no conocen el proceso adhesivo, como el anglosajón y antes el alemán), el sistema se justifica por razones de conveniencia. Acción penal y acción civil son acciones jurídicamente heterogéneas, pero están por de pronto unidas entre sí por una relación de conexión. No, como a menudo se afirma, por un nexo de prejudicialidad. Ya hemos insistido lo bastante en que, así como el delito no es delito porque produzca un daño resarcible, el delito no es fuente de la obligación reparatoria por ser delito. Consiguientemente, actúese la pretensión civil en el mismo juicio o independientemente en el proceso civil, el efecto penal no es *causa* de la condena civil. Pero la causa de ésta es *parcialmente* la misma de la pena; esto es, el *mismo hecho*, que contemplado en una determinada perspectiva, resulte ser delito, y contemplado desde otra,

presupuestos y, en general, elementos de ambos sistemas de reacción, por mucho que concurran en cada uno de ellos especificidades que no puede dejar de reconocer y aplicar el juzgador.

Por otra parte, el reconocimiento de esa construcción común permite dar un fundamento, también material, a los efectos que produce la sentencia penal en el juicio civil. En efecto, parte de la doctrina admite que la sentencia condenatoria dictada en juicio criminal produce cosa juzgada en materia civil y no lo genera la absolutoria⁸⁹⁰. Se afirma que los efectos recíprocos que se generan entre la sentencia dictada en un procedimiento y en otro tienen un exclusivo fundamento procesal y derivan de los efectos que se le atribuyen a la cosa juzgada⁸⁹¹. Sin embargo, y como se verá, los propios requisitos que exige la cosa juzgada para ser establecida hablan de criterios materiales que revelan la común raigambre de los sistemas de responsabilidad.

Para quienes aceptan que la sentencia condenatoria penal produce cosa juzgada en materia civil, ello supone afirmar que concurre una triple identidad entre la acción penal y la acción civil, vale decir, identidad de parte, de objeto pedido y de causa de pedir. Esto es, que coinciden los sujetos de la pretensión procesal en ambas acciones (el Estado como sujeto activo de la acción penal y la víctima como sujeto activo de la acción civil); el objeto pedido (la pena del delincuente y la indemnización reclamada) y la causa de pedir (el ilícito penal y el ilícito civil). Afirmar que puede concurrir cosa juzgada entre el proceso penal y el proceso civil habla, bien del abandono de los requisitos de cosa juzgada; del reconocimiento de que nos encontramos frente a un mismo objeto que es juzgado en ambas sedes o de cuestiones que no pueden ser vueltas

acto ilícito civil. A esta conexión material *objetiva* va generalmente –no necesariamente– unida una conexión material *subjetiva*”.

⁸⁹⁰ VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, p. 280- 281. Cuestión que no será tratada aquí, aunque parece de especial interés, es la de los efectos de la sentencia ejecutoriada dictada en juicio civil en materia penal, sobre la que no se pronuncian los Códigos penales y en relación con la cual, en general, la doctrina se decanta por la negativa. Pareciera de interés determinar en esos casos cuáles son los efectos de la cosa juzgada, no sólo los directos sino, asimismo, los reflejos, entre uno y otro proceso. Ver, a modo de referencia, QUINTANO, Antonio, *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, p. 1039 y ss.

⁸⁹¹ Que tiene su fundamento en la oportunidad, CHIOVENDA, Guisepppe, Ensayos de derecho procesal civil, p. 194.

a juzgar porque en ellas se apoya el juzgamiento previo⁸⁹², ya de una institución *sui generis* con caracteres y requisitos diversos de ésta⁸⁹³; o bien del abandono, por el legislador, de la absoluta independencia que se postula entre ambos sistemas de responsabilidad.

⁸⁹² NIEVA, JORDI, La cosa juzgada, p. 14 y ss.; NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada y las desorientaciones jurisprudenciales*, p. 60- 61.

⁸⁹³ Se habla de preclusión, ver GÓMEZ, Emilio, Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, p. 702-703; FONT, Eduardo, La acción civil en el proceso penal, p. 132- 133.

CAPÍTULO III. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LOS DEBERES DE RESPONDER FUNDADOS EN OTROS SISTEMAS DE IMPUTACIÓN

Tal como se trató al inicio, la tesis de esta monografía es que la responsabilidad no puede ser identificada con el deber de soportar determinadas consecuencias desvaloradas, sino que es menester diferenciar éstas en razón de los sistemas de reglas que las explican y fundamentan o, si se quiere, de acuerdo con los sistemas de imputación en que las misma se sustentan⁸⁹⁴.

Se han ensayado tres criterios distintos, el primero de los cuales ha sido tratado en los acápites precedentes. De acuerdo con lo allí expresado se ha concluido que los sistemas de imputación fundados en la responsabilidad, sean civiles o penales, presuponen un determinado concepto de sujeto, *el sujeto responsable*, y en ellos el Estado persigue resolver un conflicto social determinado: el que surge por la infracción de norma, de una manera concreta y específica: determinar si el hecho dañoso puede atribuirse, como propio, a un agente en concreto, lo que establece y decide en un proceso dialéctico en que es posible defensa, y a consecuencia del cual se impone una sanción y se declara el derecho, reafirmando tanto en el ámbito material como en el de sentido la vigencia de las convenciones sociales que se traducen en las mencionadas reglas.

Como se verá a continuación de manera somera, los deberes fundados en la distribución y en la seguridad presentan una estructura diferente a la de la responsabilidad, que se traduce en presupuestos, elementos, significados y funciones completamente diferenciados. En las mencionadas medidas o instrumentos trasciende una intencionalidad colectiva diferente y sólo dentro del contexto de las mismas pueden ser explicadas y, en su caso, justificadas⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ En lo que sigue se usa el término imputación en un sentido más amplio, identificándolo con las reglas que permiten cargar a un sujeto con una determinada consecuencia jurídica y no exclusivamente con aquellas que determinan la pertenencia del hecho en el sentido que interesa al juicio de responsabilidad.

⁸⁹⁵ SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, p. 110- 111; FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, p. 33- 34; MOSTERÍN, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p. 205- 206.

1. Deberes de responder fundados en la solidaridad⁸⁹⁶

1.1 El concepto de solidaridad

El nombre *solidaridad* surge a modo de substantiación del adjetivo *solidario* con el que se alude a la adhesión a la totalidad, al todo; y con la que se designan, en el ámbito jurídico, aquellas relaciones obligacionales con objeto único que tienen una pluralidad de sujetos⁸⁹⁷. Desde su mismo origen, vinculado al derecho, la solidaridad revela su carácter activo –constituye una fuerza positiva- y da cuenta de su dirección al ámbito de lo común.

Del ámbito jurídico la mencionada expresión se traslada a las ciencias sociales, y fundamentalmente a la sociología, en la que se la concibe como aquella fuerza que vincula las partes con el todo y que, en general, sirve al mantenimiento y evolución de los grupos sociales⁸⁹⁸. Para DURKHEIM, la solidaridad social deriva de la incompletitud esencial del ser humano⁸⁹⁹. Como hecho social o fenómeno moral, la solidaridad se manifiesta esencialmente en el derecho. Dos son sus formas centrales: la solidaridad mecánica o fundada en la semejanza y que se manifiesta esencialmente en el derecho represivo, con cuyas normas se tiende a asegurar y mantener ese mínimo común en que se funda la cohesión social; y la solidaridad orgánica, aquella que surge de las reglas sociales que contemplan sanciones restitutorias –salvo aquellas que tienen un contenido

⁸⁹⁶ En cuanto al sentido restrictivo en que se utiliza este término en el texto, ver apartado 1.2

⁸⁹⁷ Así consta de los dos significados con que es utilizada en el lenguaje ordinario, conforme con la versión 22º del Diccionario de la Real Academia: “Solidaridad: 1. f. Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros. 2. Der. Modo de derecho u obligación in solidum”. Ese es el sentido etimológico del término, DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, p. 13- 14.

⁸⁹⁸ En cuanto al uso del mencionado término en las ciencias sociales y fundamentalmente en la sociología, DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, p. 14 y ss.

⁸⁹⁹ En ella encuentra su fundamento la división del trabajo, DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 54-55. En un sentido similar, haciéndola derivar del instinto, RUSSELL, Bertrand, Autoridad e individuo, p. 10- 17.

meramente negativo- y que se funda en la división del trabajo. Ambas fuerzas tienden a la integración de los miembros sociales, aunque de modos opuestos⁹⁰⁰.

Entre ambas, DURKHEIM reconoce algunas diferencias relevantes. En primer lugar, la diversa posición del sujeto y la sociedad que entran en relación: en la solidaridad mecánica, el sujeto se vincula directamente con la sociedad, mientras que en la orgánica lo hace a través de otros sujetos. En segundo lugar, la forma en que se comprende la sociedad en cada supuesto: como un tipo colectivo, un conjunto más o menos organizado de creencias y sentimientos comunes en la solidaridad mecánica y un sistema de funciones diferentes unido por relaciones definidas en la solidaridad orgánica. Y tercero, la forma en que se decanta en una y otra la oposición entre individuo- colectividad: con una preferencia por lo común en la solidaridad mecánica y por la individualidad y la diferencia en la solidaridad orgánica⁹⁰¹.

La solidaridad se concibe como un principio ético, como una virtud complementaria a la justicia, en la medida en que quiebra la propensión a la satisfacción del interés individual y da cuenta del ámbito en que el hombre depende positivamente de otros para la conformación de su propio mundo. En ese sentido ético, habla del ámbito del nosotros⁹⁰².

Como virtud práctica que se predica del individuo o de los colectivos, la solidaridad da origen a deberes en relación con otros cuyo incumplimiento puede sujetarse al régimen de responsabilidad; y puede servir directamente como criterio de atribución o distribución de cargas y obligaciones de responder por parte del Estado⁹⁰³. Los

⁹⁰⁰ DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 61- 111; DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, p. 16- 17.

⁹⁰¹ DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 112- 115.

⁹⁰² DURKHEIM, Emilio, De la división del trabajo social, p. 41-42; DE SEBASTIÁN, Luis, La Solidaridad, p. 23- 88. En sentido contrario, DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, p. 20- 29, p. 77; JASPERS, Karl, El problema de la culpa, p. 54. En este sentido también es usada en la política, de ahí que sea considerada una 'virtud sospechosa' como dice CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 36.

⁹⁰³ Ver exposición en DE SEBASTIÁN, Luis, La Solidaridad, p. 16- 63; DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, p. 22- 23. En relación con el delito de omisión de socorro, FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 126 y ss.; RATCLIFFE, James, The good samaritan and the law, *passim*; RAGUÉS, Ramón, *Proceso al buen samaritano. Acciones de salvamento y responsabilidad por daños*, *passim*. Para FEINBERG, Joel, Harm to others, p. 126- 129 y p. 141, el fundamento de este delito se encuentra también en el principio de no daño. En relación con el papel del seguro en las sociedades postindustriales,

instrumentos fundados en la solidaridad –se conciba ésta como fuente de deberes o como criterio de distribución de cargas- han encontrado un renovado lugar en los sistemas jurídicos desde que al Estado se lo define como social y se concibe como misión de éste conseguir el bienestar en un sentido democrático. El Estado liberal, como aquel Estado abstencionista llamado a regular de manera subsidiaria el funcionamiento de un mercado que se desarrolla libremente, adquiere una función social directa cuando se le atribuye el deber de corregir los defectos del funcionamiento del sistema liberal, primero; y cuando, más tarde, y de manera más o menos permanente, se le asigna la de crear y mantener determinadas condiciones de desarrollo y de distribuir y redistribuir bienes⁹⁰⁴.

En las sociedades postindustriales dichas funciones adquieren una importancia creciente, en la medida en que las pretensiones de seguridad jurídica de los agentes sociales mudan en pretensiones de seguridad material⁹⁰⁵.

1.2 Restricción del ámbito de análisis. Solidaridad como fundamento de distribución de cargas y deberes

Acorde con las pretensiones de la presente investigación, a continuación nos limitaremos a analizar la solidaridad desde el segundo de los contenidos anotado, esto es, como fundamento de *deberes de responder* y de cargas. En concreto, nos referiremos a aquellas cargas o deberes que impone el Estado, por medio de las que persigue contribuir o cooperar al bienestar de sujetos distintos del obligado y que ésta soporta en

SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 35, al pie. Ver, asimismo, SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 107.

⁹⁰⁴ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 261; GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, 18- 29; MIR, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, p. 31 y ss. y MIR, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, p. 120, como los medios de superación de la contradicción entre Estado y sociedad; DÍAZ, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, p. 39- 93; DE SEBASTIÁN, Luis, La Solidaridad, p. 117; PEÑA, José, *La responsabilidad civil extracontractual*, p. 28- 29.

⁹⁰⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 26; SILVA, Jesús, La expansión del derecho penal, p. 35, al pie.

razón de su relación o pertenencia a un determinado conglomerado⁹⁰⁶; y no a la solidaridad en cuanto fuente de deberes cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad.

1.3 Presupuestos de los *deberes de responder* fundados en la solidaridad

Los deberes fundados en la solidaridad exigen como presupuestos elementos al menos parcialmente diversos de aquellos que tienen lugar en sede de responsabilidad⁹⁰⁷:

1.3.1. El Colectivo

El elemento en que se fundan los *deberes de responder* de los que hablamos es el colectivo. Debemos encontrarnos, pues, con un conglomerado de sujetos, más o menos organizado, en el que se desenvuelvan un conjunto de relaciones, de las que deriven riesgos, costos o daños materiales que son estimados indeseados, injustos o indebidamente asignados. Según se ha visto, la propia idea de solidaridad, tanto en su sentido ordinario como en el jurídico, alude precisamente a ese ámbito del común, del nosotros, que constituye no sólo el objeto al que se dirige el comportamiento del agente, sino el fundamento de él.

Es ese colectivo el elemento central de análisis, y en su consideración y valoración desaparece el sentido de los sujetos individuales que lo conforman. Éstos no se conciben con relevancia en sí mismos sino en la medida en que pertenecen a ese determinado grupo⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 105; DE SEBASTIÁN, Luis, La solidaridad, p. 13- 16; CAMPS, Victoria, Virtudes públicas, p. 52.

⁹⁰⁷ Pese a que muchas veces no se los distinga. Ver, JIMENEZ, Emilio, *La ejecución de la sentencia de la colza I, passim*; JIMENEZ, Emilio, *La ejecución de la sentencia de la colza II, passim*; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad, passim*.

⁹⁰⁸ DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, p. 17.

1.3.2 La pertenencia

En seguida, los deberes fundados en la solidaridad exigen como presupuesto la pertenencia. El sujeto a quien los mismos se imponen ha de formar parte del colectivo en cuestión y es en precisa razón de ello que se le exige soportar parte de las consecuencias, costos o daños que se generan en el ámbito común⁹⁰⁹. Ese deber de cargar con los costes de la vida colectiva parece la contrapartida de los beneficios o logros que ésta confiere a quienes lo integran.

Este elemento puede concebirse en un sentido amplio, como la pertenencia a la especie o la condición humana⁹¹⁰, o en un sentido más restringido, como la pertenencia a un determinado grupo más o menos determinado de sujetos⁹¹¹.

1.3.3 La norma que crea el deber

Los deberes fundados en la solidaridad tienen como presupuesto una norma general que asigna determinadas cargas, sea de manera preventiva o retrospectiva, conforme con criterios fundados en la denominada justicia distributiva⁹¹². Es, pues, una decisión externa y de poder la que determina qué males deben ser redistribuidos y de qué manera –o conforme qué criterios de asignación- concretos⁹¹³.

⁹⁰⁹ Fundándose en el colectivo de la humanidad como fundamento de la que llama culpa metafísica, JASPERS, Karl, *El problema de la culpa*, p. 54. En un sentido similar, MAY, Larry, *Metaphysical guilt and moral taint*, p. 239 y ss.; ARENDT, Hannah, *Organized guilt and universal responsibility*, p. 273 y ss. Crítico con la extensión de la responsabilidad a colectivos indeterminados de personas, MELLEMA, Gregory, *Individuals, groups and shared moral responsibility*, p. 27- 28.

⁹¹⁰ DE SEBASTIÁN, Luis, *La Solidaridad*, p. 18.

⁹¹¹ Para FEINBERG, Joel, *Collective responsibility*, p. 677 y ss. la pertenencia a cualquier colectivo no es apta para fundar una ‘responsabilidad’ colectiva, sino que es necesario que en el mismo concorra, de manera previa, una determinada solidaridad, que ésta vendría a reforzar.

⁹¹² CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, p. 25- 39; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 61- 64, en que alude a supuestos en que los *deberes de responder* de fundan en la equidad, que clasifica en tres criterios diferentes: la distribución natural del daño; desplazar el mal a terceros, o la redistribución general del daño entre todos los miembros del grupo social; LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 479; SALVADOR, Pablo/ CASTINEIRA, María, *Prevenir y castigar*, p. 107; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 191.

⁹¹³ Constituye una decisión política determinar qué bienes deben ser preservados socialmente y a qué coste, CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, p. 38- 40; GÓMEZ, Fernando/ PASTOR, Fernando, *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, p. 509 y

Esas cargas se satisfacen normalmente con un deber positivo, vale decir, con una prestación que tiende a configurar o contribuir a la configuración o reconfiguración de un bien, o con un aporte que contribuye a la mejora de la situación de otras personas o instituciones sociales; sin embargo, también es posible imaginar deberes fundados en la solidaridad que importen deberes de tolerancia, como por ejemplo, el de soportar determinados efectos o abstenerse de ejercer determinadas pretensiones, por ejemplo, con el objeto de trasladar los efectos perjudiciales de una determinada actuación o comportamiento⁹¹⁴.

Los criterios de justicia distributiva en razón de los cuales el sistema jurídico asigna costes o cargas que se generan en el espacio intersubjetivo en razón de la convivencia pueden ser muy variados. La creación de un determinado riesgo por parte del sujeto que ha de soportar la carga, aunque permitido e incluso valorado; la posición en que éste se encuentra en el sistema social y que hace más factible que soporte determinados costes o cargas; la posibilidad de control de determinados riesgos; la necesidad de incentivar o desincentivar determinadas actividades, entre otros⁹¹⁵.

1.4 Elementos de los deberes fundados en la solidaridad

Asimismo, para determinar la procedencia de los deberes fundados en la solidaridad es menester la concurrencia de los siguientes elementos:

ss.; o, en otros términos, en supuestos de conflictos los intereses de qué parte deben prevalecer y de qué manera concreta, CALABRESI, Guido/ MELAMED, Douglas, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, p. 1090- 1092; CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 74.

⁹¹⁴ SESSANO, Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, p. 8, en relación con la responsabilidad por infracción de deber.

⁹¹⁵ ARISTÓTELES, Moral a Nicómaco, p. 212, pues lo que postula esta forma de igualdad es “la repartición se verificase precisamente en la relación misma en que estén las partes con que cada uno haya contribuido”; LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, p. 39 y 42- 43. De acuerdo COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 200; MOLINA, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 63; HONORÉ, Tony, *Responsibility and fault*, p. 79- 80; COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, p. 198, para quien la justicia distributiva –o justicia social- aspira a la igualdad, y “la igualdad prohíbe la existencia de ventajas especiales o especiales perjuicios para individuos de la comunidad”; CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes*, p. 38- 40; CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, p. 499.

1.4.1 La posición del sujeto

Los deberes fundados en la solidaridad tienen como único elemento fundamentador una determinada posición del sujeto. La sola noción de rol⁹¹⁶ sustenta la imposición de la carga o deber de responder. En éstos, en general, no se exige conducta alguna, al menos en el sentido restringido que se ha asumido a propósito de la responsabilidad.

Es la posición del sujeto la que determina que sea procedente, respecto del mismo, la aplicación de la regla legal que pone de su cargo determinados costes, sean ellos originarios –es decir, no soportados antes por ningún agente- o sean derivados –cargas soportadas originariamente por un sujeto y que luego, en aplicación de la mencionada regla, son trasladados en definitiva a quien ha de soportarlos.

Los *deberes de responder* que encuentran su fundamento en la solidaridad, en consecuencia, no consideran la acción del sujeto⁹¹⁷ ni exigen la concurrencia de los criterios de pertenencia propios de la responsabilidad. Con ellos no se trata de atribuir nada como propio de un sujeto, sino distribuir lo común en razón de determinados criterios considerados socialmente adecuados.

1.4.2 El daño

En los supuestos en que las medidas fundadas en la solidaridad tienen por objeto la traslación de determinados efectos que ya ha padecido un tercero, constituye elemento necesario para su establecimiento la constatación del daño. El daño se concibe en estos

⁹¹⁶ Que ya, por sí solo, supone un grado de abstracción del sujeto concreto, CHINOY, Ely, Introducción a la sociología, p. 56.

⁹¹⁷ Por ello se admite, por ejemplo, en supuestos en que el daño no puede ser propiamente atribuido a ningún sujeto, supuestos en que el accidente es de alguna manera anónimo, como diría LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, p. 40.

sistemas en un sentido naturalístico, como menoscabo que ha de soportar o que ha padecido un determinado sujeto, y que se estima socialmente indeseado⁹¹⁸.

1.4.3 La causalidad u otro criterio de asignación definido por la ley

Finalmente, en algunos de los *deberes de responder* fundados en la solidaridad se exige como criterio de atribución la causalidad, esto es, que el sujeto a quien se le exige soportar de manera derivada determinadas cargas haya contribuido en el desarrollo u ocasionado el estado de cosas que se estima socialmente desvalorado. Así sucede, por ejemplo, en los supuestos de la llamada *responsabilidad objetiva*⁹¹⁹.

Sin embargo, es posible concebir la concurrencia de otros criterios de asignación, distintos de la causalidad, que justifiquen la imposición de las denominadas cargas⁹²⁰ o que se exijan, llegado el caso, conjuntamente con ésta.

La falta de concurrencia, en el caso concreto, del o los criterios de distribución o asignación definidos por la ley impedirá que se cumpla el supuesto de hecho previsto por la norma que fija el deber y que no proceda, en consecuencia, aplicar el mecanismo que permite la redistribución o reasignación de los males que han tenido lugar. A consecuencia de ello, el daño que ha tenido lugar –en el evento de que trate de una medida impuesta *ex post*- deberá seguir siendo soportado, y de manera definitiva, por el sujeto en quien originariamente ha recaído. En este sentido, se podrá hablar que ha tenido lugar un caso fortuito, entendida esta expresión, no obstante, en un sentido completamente diverso del ordinario, y con una connotación netamente objetiva.

⁹¹⁸ Pese a que la actividad que lo genera es socialmente valorada, LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 78.

⁹¹⁹ HEDEMANN, Justus, *Tratado de las obligaciones*, p. 514- 515, destacando cómo el principio de causación tiende a ser más social que el principio de la culpa, y tiene más en cuenta el interés del perjudicado; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31. Defienden que también tienen aplicación criterios de imputación objetiva en ámbitos regidos por la responsabilidad objetiva, SALVADOR, Pablo/ GAROUPA, Nuno/ GÓMEZ, Carlos, *El círculo de los responsables, passim*.

⁹²⁰ MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, p. 123; SALVADOR, Pablo, *Causalidad y responsabilidad*, p. 14; EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, p. 160 y ss.

1.5 Imposición de deberes fundados en la solidaridad

Según se ha visto, los deberes fundados en la solidaridad son impuestos en razón de una determinada norma general. Es el legislador quien, en aplicación de determinados principios y conforme con una determinada visión de aquello que debe ser adecuado, justo o proporcional, pone de cargo de sujetos específicos, o de grupos de sujetos, un determinado deber. Los deberes fundados en la solidaridad tienen, pues, su fuente en la ley y no en la sentencia. En el evento en que ellos se reclamen en un proceso judicial, la sentencia cumple una función más declarativa que constitutiva, toda vez que se limita a constatar, en el caso concreto, la concurrencia de los elementos que, conforme con la ley, han sido relevantes para que se proceda a la distribución de cargas. La limitada función judicial habla también de una limitada argumentación y una limitada defensa, la que se halla restringida al cuestionamiento y determinación de los presupuestos que sirven para la asignación del deber.

1.6 Significado de los deberes fundados en la solidaridad

Los deberes fundados en la solidaridad llevan consigo también la imposición de determinadas obligaciones o cargas para un determinado sujeto que se traducen en una afectación o limitación, más o menos intensa, de sus bienes y derechos. Vistos desde sus consecuencias, los *deberes de responder* fundados en la solidaridad pueden no diferir de las demás sanciones impuestas por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo cierto es que los mismos tienen un significado y un sentido distinto.

Tales *deberes de responder* no pueden concebirse propiamente como sanciones, en tanto no tienen como antecedente una infracción de norma⁹²¹. Se trata de cargas impuestas por el Estado a los sujetos sin consideración a su propia actuación y en los que se tiene únicamente en cuenta la pertenencia de éstos a un determinado

⁹²¹ Resultan plenamente aplicables a este respecto las consideraciones que HART, Herbert., El concepto de derecho, p. 43- 50, efectúa en relación con la posibilidad de incluir a la nulidad como una sanción; BOBBIO, Norberto, Contributi ad un dizionario giuridico, p. 314; ZULETA, Hugo, *Ilícito*, p. 337; SALVADOR, Pablo/ CASTIÑEIRA, María, Prevenir y castigar, p. 148; LARRAÑAGA, Pablo, El concepto de responsabilidad, p. 77; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31.

conglomerado, así como la concurrencia de razones de distribución que justifican que soporten determinadas consecuencias gravosas⁹²². Para la imposición de los deberes fundados en la distribución, resulta indiferente la persona del destinatario del deber, siempre que se encuentre en el supuesto de hecho que da lugar al nacimiento de la obligación. Poco interesa de qué sujeto concreto se trata; cuál ha sido su comportamiento en el caso concreto; cuál su voluntad; cuál su intención. Se produce, a propósito de las normas que imponen deberes de solidaridad, una absoluta intercambiabilidad de los sujetos activos concretos⁹²³. En ellos falta, asimismo, el contenido de desaprobación y de rechazo que fundan y sustentan los deberes fundados en la responsabilidad⁹²⁴.

Resumiendo, podemos sostener que mientras la responsabilidad se impone en consideración al sujeto, los deberes de solidaridad se imponen en consideración al objeto de la obligación. En ellos, se defiende una posición difusa o atenuada del individuo; o una posición del mismo que pone el acento no en su individualidad sino en su pertenencia. El centro de referencia de la solidaridad es la comunidad y no el sujeto o el individuo o –si se quiere- es el del sujeto o el individuo en la comunidad y, en concreto, en el lugar que éste ocupa en aquélla.

1.7 Función de los deberes fundados en la solidaridad

Según se ha argumentado con precedencia, la función que cumplen los deberes fundados en la solidaridad es distribuir los costes derivados de la vida en común conforme con determinados principios o reglas que se estiman adecuados en el sistema social de que se trate. A través de la imposición de los mismos el Estado no pretende desalentar determinadas actividades –en la medida en que ellas se originan en contextos en que no puede hablarse propiamente de acciones ni menos valorarse éstas como contrarias a derecho- ni reafirmar la vigencia de norma alguna. Estas normas operan

⁹²² COING, Helmut, Fundamentos de filosofía del derecho, p. 191; SANZ, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, p. 31- 37.

⁹²³ CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, p. 73.

⁹²⁴ LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, p. 80 y p. 202- 203.

más bien en un plano material: lo que ellas persiguen es garantizar el goce de ciertas condiciones o bienes por determinados sujetos o, en general, por todos aquellos que forman parte del colectivo.

En otro sentido, los mencionados deberes no reconocen al sujeto o sujetos a quienes se aplican como individuos, unidades de sentido, o agentes, como sucede con la responsabilidad, sino que reafirman su calidad de integrantes de un determinado sistema, y sujetos a las consecuencias de esa pertenencia.

2. *Deberes de responder fundados en la seguridad- regulación*

2.1 **El concepto de seguridad**

Cuando hablamos de seguridad, aludimos siempre a una determinada condición, a un estado. Sin embargo, no a un estado cualquiera, sino a un estado cualificado por la certeza o la confianza, si hablamos en el plano inmaterial; o por la ausencia de peligro o riesgo en el plano fáctico⁹²⁵. La seguridad es uno de los principios o valores centrales que justifican la organización de la comunidad y el propio derecho, y uno de los principales objetivos sociales⁹²⁶. Se acuerda que un mínimo de seguridad es siempre necesario para la conformación social y para la vigencia del conjunto de reglas que imperan en él⁹²⁷.

Cuando se habla de seguridad se alude a protección, resguardo, mantenimiento. Con esa expresión, más que al mecanismo, se atiende al resultado; y ella pone su acento no en los sujetos que actúan o los medios que se utilizan, sino en el bien u objeto concreto que es resguardado. Más que en la relación que tienen uno o más sujetos con determinados bienes, la seguridad se encuentra referida a los bienes u objetos en sí mismos. De ahí que la forma paradigmática de consecución del objetivo de la seguridad sean las medidas de prevención, es decir, aquellas medidas que el Estado adopta antes de que tenga lugar el comportamiento o la lesión de objetos protegidos. Esas medidas preventivas pueden tener un contenido físico, y limitar de manera más o menos intensa la actuación de potenciales o concretos agentes; o un contenido psicológico, y por medio de la motivación y de la disuasión, crear mecanismos tendientes a la evitación del

⁹²⁵ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, 22^o edición: “Seguridad: Cualidad de seguro/ f. Certeza (// conocimiento seguro y claro en algo)/ f. Fianza u obligación de indemnidad a favor de alguien, regularmente en materia de intereses” y seguro “Adj. Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo/ adj. Cierto, indubitable y en cierta manera infalible/ f. Firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse/ adj. No sospechoso/ m. Seguridad, certeza, confianza/ m. Lugar o sitio libre de todo peligro (...)”.

⁹²⁶ Escéptico con los resultados de la seguridad en la felicidad del sujeto y los sistemas sociales, RUSSELL, Bertrand, *Autoridad e individuo*, p. 20 y ss.

⁹²⁷ JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en derecho?*, p. 63- 65.

mismo⁹²⁸. Sin embargo, una vez ocurrido el hecho y la lesión del bien protegido, también es posible concebir que se adopten determinadas medidas fundadas en la seguridad, no ya con la finalidad de evitar el daño ya sucedido, sino aquél que se advierte como cierto o probable a futuro⁹²⁹; o incluso para compensar el daño que ha sufrido aquél ya lesionado.

Estas medidas fundadas en la seguridad aparecen con un renovado interés en los Estados sociales e intervencionistas y adquieren un cariz completamente nuevo cuando lo que persiguen los sujetos sociales y el propio Estado no es el mantenimiento de los espacios de libre actuación de los agentes, sino la garantía del goce de ciertos bienes y la satisfacción de determinadas necesidades⁹³⁰.

2.2 Restricción del ámbito de análisis

En lo que sigue, y acorde con los objetivos planteados en la presente investigación, ésta se centrará en el análisis de aquellos *deberes de responder* que se fundan en la seguridad, pero que se imponen *a posteriori* por el ordenamiento jurídico, una vez constatada la concurrencia de un resultado que socialmente se desvalora en cuanto ha importado una ruptura de la forma concreta en que se distribuyen bienes y que ha alterado, en relación con uno o más sujetos concretos, las condiciones con las que regularmente participa en el colectivo. Se trata, pues, de aquellos deberes que se

⁹²⁸ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 261; BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 311- 312, que diferencia la vigilancia de la disuasión o intimidación que tiene lugar sólo a través de medios psicológicos, y que no se ejercen en relación con el comportamiento exterior del sujeto sino en relación con su comportamiento interno o disposición mental, siendo típica la representación de las consecuencias agradables o desagradables de la observancia o inobservancia. Distingue dos mecanismos: la disuasión y la intimidación. La disuasión en atención a prescripciones reforzadas con la representación del mal que causa su incumplimiento –recomendaciones, advertencias-; e intimidación en atención a prescripciones reforzadas con la representación del mal que se habrá de imputar- mandatos, órdenes, preceptos-.

⁹²⁹ Así sucede con las medidas de seguridad que se tratan en el ámbito penal, MIR, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, p. 120- 121.

⁹³⁰ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 261; MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, p. 300- 301, BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad*, p. 141- 142; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 26- 28; PÉREZ, Antonio, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, p. 335- 336.

imponen con el objeto de neutralizar a futuro una determinada situación que se estima peligrosa para ese goce y distribución material de bienes.

2.3 Presupuestos de los deberes fundados en la seguridad

Los *deberes de responder* que se fundan en la seguridad presentan presupuestos diferenciados de aquellos que se fundan en la responsabilidad y en la solidaridad:

2.3.1 Un sistema jurídico

Los deberes fundados en la seguridad exigen un determinado sistema jurídico, conforme con cuyos criterios los individuos se encuentren sometidos a determinadas reglas que confieren valor a bienes o intereses pertenecientes a ellos mismos, a la colectividad o a sus instituciones; que prescriben medidas tendientes a su preservación o cuidado; según el cual se establece un poder central facultado para hacer uso de la coacción en relación con sus miembros y adoptar otras medidas tendientes a evitar o reaccionar frente a las lesiones o la puesta en peligro de los mismos.

2.3.2 Una comprensión racional del mundo

Para que puedan admitirse medidas fundadas en la seguridad, es menester que se comparta en ese sistema jurídico una determinada comprensión acerca del mundo, así como cierta racionalidad y percepción de regularidad en sus reglas. Sin ellas, sería imposible comprender ni considerar peligrosa una determinada actividad; ni menos adoptar una o más medidas destinadas a prevenir o evitar el riesgo a futuro.

2.3.3 Poder de lesión del 'agente'

En los supuestos en los que las medidas fundadas en la seguridad se imponen sobre un determinado sujeto, es presupuesto de las mismas que éste goce de una entidad material que pueda justificar que se le conciba con el poder suficiente para lesionar o afectar determinados bienes de la realidad. Será esa entidad material, esa potencia, la que servirá de sustento para afirmar la concurrencia del primer elemento que conforma los mencionados deberes, a saber, el peligro⁹³¹.

2.4 Elementos de los *deberes de responder* fundados en la seguridad

Para que los deberes fundados en la seguridad puedan ser impuestos por el Estado, han de concurrir en concreto un conjunto de elementos específicos:

2.4.1 El peligro

El presupuesto para aquellos deberes o medidas que se fundan en la seguridad es el peligro. Es necesaria la concurrencia de una determinada actividad o de una específica situación que genere un riesgo de afectación de uno o más bienes valorados⁹³². La noción de peligro da cuenta de un fenómeno que sucede en el ámbito intersubjetivo y que tiene, en sí mismo, una potencialidad expansiva la que, en todo caso, viene definida por el legislador⁹³³.

⁹³¹ Sin que resulten completamente definidos, aquellos que hablan del poder del sujeto como criterio en que puede fundarse el responder de alguna manera justifican más deberes fundados en la seguridad que en la responsabilidad. Ver ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*, p. 106; BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, p. 33.

⁹³² MIR, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 51. En relación con las medidas de seguridad, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, p. 43; JORGE, Agustín, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, p. 197 y ss. habla de dos requisitos para la imposición de medidas de seguridad: la constatación de la concurrencia de un estado peligroso y la apreciación de una peligrosidad social.

⁹³³ JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en derecho?*, p. 69- 71; CANCIO, Manuel, *Otra vez: ¿'Derecho penal' del enemigo?*, p. 123. Refiriéndose a los bienes jurídicos universales, HASSEMER, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'*, p. 89.

Cuál sea la fuente del mencionado peligro no parece relevante, en atención a que los remedios se adoptan tanto en razón de fenómenos naturales como de hechos que pueden atribuirse a personas, aunque en este último supuesto no se conciben dichas expresiones como acciones en un sentido estricto, esto es, como manifestaciones propias del agente. Si en la generación del peligro concurren agentes, lo cierto es que no son considerados como tales⁹³⁴.

De este modo se comprende que no interese la disposición subjetiva del sujeto, ni la normalidad de las condiciones en que actúa, ni aún la constatación de un sustrato material mínimo que justifique la aplicación de la medida. Si concurre un sujeto en la ejecución de la misma no es valorado sino como fuente potencial o concreta de un determinado peligro y considerado únicamente en tanto tal.

A diferencia de la responsabilidad, las medidas que se fundan en la seguridad no exigen acciones de parte de los sujetos a quienes son impuestas, sino únicamente la constatación de que constituyen determinadas fuentes de peligro para determinados bienes⁹³⁵. En los supuestos en que el mencionado riesgo es de origen humano, el sujeto ha de encontrarse en una determinada situación o en una posición en que se permita construir una prognosis de daño.

2.4.2 La afectación de un determinado bien socialmente valioso

En los supuestos en los que las medidas de responder que se fundan en la seguridad se adopten *a posteriori*, tras la generación de una determinada consecuencia desvalorada,

⁹³⁴ BIERI, Peter, El oficio de ser libre, p. 137- 138; JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 43: “Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por el otro lado, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se lo combate por su peligrosidad”.

⁹³⁵ En relación con el derecho penal del enemigo, GRACIA, Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, p. 124. Rescatando su componente simbólico, CANCIO, Manuel, *Otra vez: ¿'Derecho penal del enemigo'?*, p. 120- 122, p. 134- 135 y p. 140- 141.

las mismas exigen la concurrencia de ese determinado resultado⁹³⁶. Ese resultado sirve como prueba de la peligrosidad o de la potencia de afectación que tiene una determinada actividad o un determinado sujeto⁹³⁷; de manera tal que sirve de justificación para las mismas y para las privaciones o afectaciones de derecho que ellas pueden importar. En estos supuestos no hablamos propiamente de daño como presupuesto de dichos deberes, toda vez que advertimos que el mismo es visto desde un plano esencialmente material.

Los bienes que se protegen por medio de estos deberes fundados en la seguridad pueden ser ya bienes materiales, efectivamente existentes, pertenecientes a uno o más sujetos concretos o a la colectividad toda. Sin embargo, los deberes fundados en la seguridad también pueden imponerse sin necesidad de que tenga lugar la concreta afectación de bienes o derechos⁹³⁸.

2.4.3 La relación de causalidad

En aquellos supuestos en que se exige un resultado para la fundamentación de la medida fundada en la seguridad, se exige la constatación de la causalidad, como ese vínculo entre el peligro y el resultado que socialmente se desvalora. En los casos en que no se exige el mencionado resultado, normalmente la constatación de la potencial relación de causalidad entre el presupuesto y el riesgo que se pretende evitar también es exigida.

Sin embargo, en uno y en otro supuesto este elemento se construye de una manera diferente. En el primero de los casos, en base a la constatación de determinados antecedentes fácticos, efectivamente acaecidos y que se interpretan a la luz de los conocimientos racionales de los que se dispone en el sistema social; en el segundo de ellos, en atención a la proyección de esos mismos conocimientos por medio de la experiencia a una situación que aún no ha tenido lugar.

⁹³⁶ FEINBERG, Joel, *The expressive function of punishment*, p. 641.

⁹³⁷ MIR, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 52.

⁹³⁸ HASSEMER, Winfried, *Viejo y nuevo derecho penal*, p. 56.

2.5 Imposición de los deberes fundados en la seguridad

Los deberes fundados en la seguridad se imponen a los sujetos obligados en virtud de una disposición concreta que aplica una previsión general contenida en una determinada ley. Su función es esencialmente la prevención⁹³⁹. La labor de quien aplica las mencionadas medidas es administrativa: no hay un enfrentamiento que deriva de una infracción de norma⁹⁴⁰, sino una relación entre la autoridad y aquel que es fuente de peligro.

Muchas veces, la imposición de la misma no se realiza ante al tercero, sino ante quien representa derechamente esa autoridad; y en los supuestos en que interviene un órgano jurisdiccional, no dialoga con sujetos que se enfrentan en el proceso con plenitud de derechos, y en muchos supuestos no se admite argumentación ni prueba. Bajo cualquier respecto, esa autoridad únicamente ha de constatar la concurrencia del peligro definido por la ley que sirve de antecedente a la imposición de la medida y si admite prueba, se restringirá exclusivamente a ésta. En los supuestos en que el Estado se abstiene de aplicar la mencionada medida, lo hará en razón de su potestad.

2.6 Significado de los deberes fundados en la seguridad

Los deberes fundados en la seguridad importan, para el sujeto que los soporta, una privación de bienes o derechos; por medio de las mismas se limitan medios de actuación futura con los que se estima podrá lesionar o afectar el objeto o bien protegido. Aquellas medidas que se extienden en el tiempo se justifican en la mantención de ese estado de hecho peligroso⁹⁴¹.

Vistos desde sus consecuencias, los remedios fundados en la seguridad se confunden con los derivados en la responsabilidad y en la solidaridad. Sin embargo, tienen una estructura y caracteres que los diferencian esencialmente de éstos. El fundamento y el

⁹³⁹ En relación con las medidas de seguridad, MIR, Santiago, Derecho Penal. Parte General, p. 51; JORGE, Agustín, Las medidas de seguridad en el derecho español, p. 87.

⁹⁴⁰ MIR, Santiago, Derecho penal. Parte general, p. 77.

⁹⁴¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, p. 42.

significado de dichas medidas, por lo demás, es completamente diverso, con independencia de cuáles sean los bienes jurídicos que, a consecuencia de la imposición de los deberes en una y otra, resulten afectados para el obligado⁹⁴².

En efecto, en los *deberes de responder* que exigen la concurrencia de un determinado daño, no puede estimarse que el resultado dañoso pertenece al sujeto concreto al que se impone el deber de responder ni, en sentido estricto, que concurre una infracción de norma. A este respecto, no interesa si el sujeto ha o no infringido el deber –por lo demás, sólo puede hablarse propiamente de infracción cuando se reconoce a un sujeto y éste ha actuado con sentido- sino si su comportamiento se ha ajustado o no a las reglas de protección de bienes que rigen en un determinado ordenamiento jurídico.

Tampoco es posible afirmar, en relación con éstos, que la carga en la que se traducen la soporta el individuo como consecuencia de un acto que haya emprendido entendido en un sentido estricto, esto es, como una manifestación específica y concreta de sí mismo en el sistema social.

La propia idea de sujeto que subyace a las medidas de seguridad es uno distinto del que se advierte en los sistemas de responsabilidad⁹⁴³: el sujeto como causa de un determinado resultado, valorado como fuente de peligros o riesgos y afirmada su potencialidad como tal, en el solo plano de los hechos materiales o físicos. No es considerado como agente, sino como potencia; y valorado no como un sujeto capaz de crear sentido, sino como una fuente de consecuencias que socialmente se desvaloran.

Esta objetivación de la infracción, y la imposición automática o inmediata del deber resta sentido simbólico no sólo a la fuente, sino asimismo al deber que se impone teniéndola como antecedente. En éstos, en consecuencia, no se interpela al sujeto, ni se

⁹⁴² MIR, Santiago, Derecho Penal. Parte general, p. 52.

⁹⁴³ MIR, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, p. 121. En relación con el llamado derecho penal del enemigo, JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 26; CANCIO, Manuel, *Otra vez: ¿'Derecho penal' del enemigo?*, p. 139. Ello queda demostrado ya por la actitud objetiva que asumen quienes actúan en el sistema social frente a las conductas sujetas a medidas de seguridad, STRAWSON, Peter, *Freedom and resentment*, p. 52.

le reprocha o cuestiona en su situación concreta, o en su entidad o integridad personal ni social⁹⁴⁴.

2.7 Función de los deberes fundados en la seguridad

Los deberes fundados en la seguridad cumplen la función de garantizar, de mantener o conservar el estado de distribución de bienes entre los diversos sujetos sociales frente a determinados peligros o riesgos⁹⁴⁵. Lo que ellos persiguen, en definitiva, es conservar un estado material definido en la conformación de una determinada sociedad.

⁹⁴⁴ ROSS, Alf, Colpa, responsabilità e pena, p. 69- 71; MORRIS, Herbert, *Persons and punishment*, p. 67 y ss., quien explica la manera en que se contraponen como formas de reacción social la pena y el tratamiento.

⁹⁴⁵ En relación con las medidas de seguridad, MIR, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, p. 116.

CONCLUSIONES

1. El análisis de las palabras en acción arroja luces sobre el conjunto de elementos necesarios para que tengan sentido en los contextos sociales concretos en que son proferidas. Ese examen en relación con instituciones que surgen precisamente al mundo social en razón de las palabras, como sucede con aquellas propias del derecho, no parece irrelevante sino, muy por el contrario, sustancial e imprescindible.
2. En el examen que hemos efectuado con anterioridad, es posible encontrar un núcleo común a la idea de responsabilidad que da cuenta de una precisa y determinada intencionalidad colectiva; y en cuya correcta descripción y caracterización es posible prescindir de la dicotomía entre el ámbito civil y penal con la que tradicionalmente se aborda en los sistemas jurídicos. La responsabilidad da cuenta de una institución que interpela a un específico y determinado sujeto: el agente responsable, quien se concibe como uno social e históricamente, y que se construye normativamente, en base a la posición en que se encuentra en el sistema social, y a las expectativas que surgen a partir de las reglas que se le aplican. Esa concepción de sujeto responsable, en relación con el hombre, constituye una construcción histórica y antropológica, que cristaliza un conjunto de influencias históricas, políticas y religiosas. Ella se construye en base a la pregunta que se formula en un contexto de alteridad, y en la inmersión en el todo que un Estado que reconoce al sujeto y le atribuye espacios de libertad y ámbitos de libre competencia y organización; y presupone una racionalidad en la percepción del mundo, así como la constatación del poder del sujeto para intervenir en la transformación externa de lo dado. La responsabilidad se construye en base a la acción del sujeto responsable, entendiendo como tal la manifestación de éste en el contexto social, y que sólo es posible conformar en la medida en que ella se exprese en el ámbito objetivo, transformando de una manera perceptible la realidad; y siempre y cuando, junto con importar una infracción de las reglas que regulan los comportamientos sociales, ocasiona un

daño. El concepto de antijuridicidad resulta esencial para la idea de responsabilidad, en la medida en que este instrumento puede ser definido como el medio específico a través del cual el sistema social reacciona frente a las conductas que ponen en riesgo su configuración, y ponen en cuestionamiento las reglas que la definen. Adicionalmente, para que tenga lugar la responsabilidad, es menester que la conducta antijurídica y el daño que ella haya ocasionado puedan considerarse como propios del sujeto responsable, pertenencia que se construye en base a los criterios de causalidad, de imputación objetiva y de voluntariedad, en un sentido más o menos fuerte.

3. La responsabilidad es el producto de un juicio, de ahí que tenga un componente esencialmente comunicativo. La consecuencia de ese juicio es el reproche al sujeto que se ha manifestado en la acción que contraría el orden vigente, y que socialmente se desvalora. Esa construcción se desarrolla en un proceso dialéctico, en el que quien es llamado a responder es interpelado y en el que puede defenderse, alegando y probando justificaciones o excusas. En ese mismo proceso, producto de la prueba, habrá de traerse al presente, conforme con las reglas que rigen en el sistema jurídico de que se trate, los hechos que han tenido lugar en el sistema social y que han motivado esa reacción.
4. La declaración de la responsabilidad, que tiene lugar en el ámbito del significado, está llamada a producir consecuencias prácticas y, en concreto, a justificar y fundar la imposición y aplicación de la sanción con la que la norma ha conminado abstractamente a cualquier infractor. La aplicación de la sanción aparece, pues, como la consecuencia en el plano material, del daño que ha importado también en dicho ámbito, la conducta infractora, y que se ha valorado como manifestación de un sujeto concreto, y con relevancia social en el específico sistema jurídico de que se trata. La declaración de responsabilidad en la medida en que otorga significado a los actos del sujeto responsable –que constituye precisamente el modo a través del cual el mismo se expresa en el contexto social- reconfiguran o reconstruyen a ese sujeto. De este modo, si bien la responsabilidad se presupone en los sistemas jurídicos, como una aptitud del

sujeto para dar cuenta de sus actos, lo cierto es que va adquiriendo contornos específicos y definidos producto de las transformaciones que va experimentando el sujeto social.

5. Según es posible constatar, cuando hablamos de responsabilidad aludimos a un proceso que se desarrolla en el tiempo, que tiene un antecedente en el pasado, en el hecho, pero con el que se tiende a futuro, y que se traduce en el presente en una determinada consecuencia externa. Que alude a hechos del mundo material, pero que se desarrolla también, y esencialmente, en el plano del significado, de las construcciones sociales y de los hechos institucionales.
6. Un análisis como el realizado nos otorga una perspectiva que nos permite no sólo comprender su sentido social, sino resolver o superar muchos de los conflictos y discusiones que se generan cuando se la analiza fuera de su contexto explicativo, más allá de sus presupuestos y fundamentos. Cuando atendemos a las palabras, advertimos que no es posible utilizarlas de cualquier modo, y que los peligros que se siguen de ese método se expresan en no pocas confusiones y perplejidades. Restringiendo el sentido de la expresión a su núcleo, resulta posible distinguir otros instrumentos sociales distintos de la responsabilidad, y de los que se vale también el Estado para el cumplimiento de los fines que socialmente se le atribuyen. Distintos en cuanto a su destinatario y distintos en el propio mensaje que comunican no sólo a éste, sino al colectivo. Distintos en sus contextos explicativos, en aquello que presuponen y en aquello que persiguen. Esa constatación permite afirmar que cada medida o, si se quiere, cada sistema de atribución obedece a un discurso distinto, en el que se comunican diversos sujetos, bajo contenidos específicos y con una específica intencionalidad. Ese discurso no sólo selecciona determinados hechos relevantes sino que excluye y omite otros.
7. A consecuencia de ese análisis es posible, en consecuencia, trazar una diferencia fundamental entre las sanciones que derivan del juicio de responsabilidad – entendido con los presupuestos, elementos, sentido y configuración antes

expresadas- y otros *deberes de responder* que el Estado impone a un determinado sujeto.

8. El afán de esta investigación ha sido recorrer el camino de distinción de la responsabilidad de los demás *deberes de responder* de la mano de las palabras. Creemos haber podido demostrar que sólo determinadas herramientas de política social obedecen al paradigma de la responsabilidad, y que gran parte de las confusiones y perplejidades que asoman en las discusiones dogmáticas derivan, precisamente, de la pretensión de extender esa expresión más allá de su contexto ordinario, forzando sus presupuestos o sus elementos, o contaminándolos con funciones o pretensiones que le son ajenas. De este modo, podemos afirmar que no todos los *deberes de responder* que se encuentran en los sistemas sociales, son producto del juicio de responsabilidad. Que es erróneo y que presta a confusión pretender agrupar todos esos instrumentos de política social exclusivamente a partir de sus consecuencias, y sin atender a los procesos que llevan a su imposición, a la función que ellos cumplen en los sistemas sociales, y a los mensajes que comunican concretamente a los demás miembros del colectivo.
9. Siguiendo esta lógica y este método, hemos estimado posible construir un sustrato común a la responsabilidad, sin diferenciar los tradicionales sistemas de responsabilidad punitiva y resarcitoria. Pese a que es posible apreciar las diferencias entre éstas –y, concretamente, entre los sistemas de responsabilidad civil y penal- lo cierto es que las mismas no restan importancia ni determinación a ese mínimo común, que resulta útil y necesario para comprender cómo se insertan ambas manifestaciones en el contexto de las medidas políticas coactivas de un determinado Estado; y que sirve de instrumento para valorarlas como instrumentos de reacción frente a las acciones de sujetos responsables que socialmente se desvaloran, y que el sistema jurídico persigue desalentar precisamente valiéndose del instrumento de la sanción.

10. Finalmente, creemos haber podido enunciar la existencia de otros *deberes de responder* que corresponden a sistemas de atribución diversos de la responsabilidad: la solidaridad y la seguridad, y avanzar provisionalmente algunos de sus presupuestos, elementos, significados y funciones. En ese entendido, consideramos los *deberes de responder* fundados en la solidaridad como instrumentos de política social implementados por el Estado con el objeto de asignar cargas y consecuencias socialmente indeseadas. Los criterios a los que atiende el sistema jurídico para efectuar la mencionada asignación son criterios que no dicen relación con el merecimiento, sino más bien con una determinada política social, y que definirá la forma y términos en los que a cada cual corresponde soportar las consecuencias deseadas o no del progreso y la técnica. La imposición de tales *deberes de responder* no tienen como antecedente la acción entendida en el sentido expresado en esta investigación, ni tampoco al sujeto normativamente configurado que hemos denominado sujeto responsable, sino que al sujeto que pertenece, a aquél que forma parte del colectivo. La imposición de *deberes de responder* que se fundan en la solidaridad no comunica desvaloración del agente, ni tampoco de la conducta del mismo que haya podido ser concebida como antecedente para la atribución, ni la función de los mismos es desalentar determinados comportamientos. Muy por el contrario, tras la lógica de éstos se encuentra precisamente la determinación de cuál es el modo en que determinadas actividades necesarias y valiosas socialmente deben ser emprendidas. Por último, encontramos también *deberes de responder* que se fundan en la seguridad. Si bien los mismos se traducen también externamente en una privación de bienes que puede estimarse dañosa para el sujeto a quien se imponen, ellos cumplen una función diversa de la responsabilidad: ellas no pretenden reafirmar al sujeto responsable, por la vía de desvalorar su conducta contraria a la norma, sino simplemente garantizar o mantener el estado de distribución de bienes existente en una determinada sociedad y que se encuentran sometidos a riesgos. El antecedente de los mismos es el peligro que bien puede expresarse en un determinado daño, y en la medida en que se imponen a los individuos, se actúa frente a éstos precisamente como fuente de tales riesgos. Ellos parecen desarrollarse exclusivamente en un ámbito

material; y en la medida en que no constituye antecedente del mismo el acto humano, resultan carentes de significado.

11. A modo de conclusión final, es posible distinguir diversos sistemas de asignación de *deberes de responder* en nuestros sistemas jurídicos. Es urgente atender a ello para apreciar cada una de las instituciones en su significado social y en sus consecuencias para fijar sus posibilidades de rendimiento y sus propios límites.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH, Hans, *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, traducción de Jesús María Silva Sánchez, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 134 y ss.

ACURIO DEL PINO, Santiago, *El fraude y los daños informáticos*, en www.delitosinformaticos.com/trabajo/fraudes.htm

ADLER, Matthew/ POSNER, Eric, *Cost Benefits Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

AGOGLIA, María Martha, *El daño jurídico. Enfoque actual*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

AGUILERA, Antonio, *Responsabilidad negativa*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, *El reparto de la acción*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 115 y ss.

AGUNIS, Marcos, *Elogio de la culpa*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2003.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *Sobre la solidaridad y mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, tomo XVI, Fac. 1, p. 345 y ss.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus, *La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar*, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fascículo IV, octubre- diciembre 1990, p. 1215 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael

- *La protección del futuro y los daños cumulativos*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-08 (2002);

- *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001;

- *Los fines del derecho penal ¿protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento?*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, N°11/2001, p. 293 y ss.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Ediar Editores, Santiago de Chile, 1983.

ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, *Doxa* N°5, 1988, p. 143.

ALONSO SOTO, Ricardo, *Responsabilidad civil y seguro*, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando (ed.), *La responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Madrid, 2001, p. 193 y ss.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, Editorial Abeledo Perrot, Tercera edición, Buenos Aires, 1999.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*, Servicio de Publicaciones Universidad de Burgos, Burgos, 1999.

ANTOLISEI, Francesco, *L'Offesa e il danno nel reato*, Istituto Italiano D'Arti Grafiche, Bergamo, 1930.

ARAMAYO, Roberto, *Los confines éticos de la responsabilidad*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 27 y ss.

ARENDDT, Hannah

- *De la historia a la acción*, traducción de Fina Birulés, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2005;

- *La condición humana*, traducción de Ramón Gil Novales, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2005;

- *La vida del espíritu*, traducción de Carmen Corral y Fina Birulés, Editorial Paidós, Barcelona, año 2002;

- *Organized guilt and universal responsibility*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 273 y ss.

ARISTÓTELES

- *Moral a Nicómaco*, traducción de Luis Castro Nogueira, Editorial Espasa, Madrid, 2003;

- *Política*, traducción de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

ASÚA BARATITA, Adela, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales*, en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fascículo I, enero-abril 1993, p. 81 y ss.

ATIENZA, Manuel

- El sentido del derecho, primera edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2001;
- *Para una teoría general de la acción penal*, en Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales tomo XL, fascículo I, 1987, p. 5 y ss.
- *Prólogo*, en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, Las paradojas de la acción (acción humana, filosofía y derecho), Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

ATIENZA, Manuel/ RUIZ MANERO, Juan

- Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Editorial Ariel, Barcelona, 1996;
- *Sobre principios y reglas*, en Doxa N°10-1991, en www.cervantesvirtual.com

ATIYAH, Patrick/ CANE, Peter, Accidents, compensation and the law, 4th edition, Weinfield and Nicholson, London, 1987.

AUSTIN, John, Lectures of jurisprudence, 1913, Scholarly Press, Michigan, 1977.

AUSTIN, John

- *A plea for excuses*, Proceedings of the Aristotelian Society, vol. 57 (1956-7), p. 1 y ss.;
- *Cómo hacer cosas con palabras*, traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Editorial Paidós, Barcelona, 2008;
- *Sentido y percepción*, traducción de Alfonso García Suárez y Luis Valdés Villanueva, Editorial Tecnos, Madrid, 1981.

AYER, Alfred

- El problema del conocimiento, traducción de Andrés Raggio, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1985;
- *Ensayos filosóficos*, traducción de Francisco Béjar, Editorial Ariel, Barcelona, 1979.

BAIER, Kurt, *Types of responsibility*, en FRENCH, Peter, A spectrum to responsibility, St. Martin Press, Nueva York, 1991, p. 117 y ss.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ PÉREZ MANZANO, Mercedes/ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Segunda Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las 'situaciones de necesidad', Editorial Bosch, Barcelona, 1994.

BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en Cuadernos de Política Criminal 1984, N°24, p. 533 y ss.

BARBERO SANTOS, Marino, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, Doctrina Penal año 9, N°33-36, 1986, p. 397 y ss.

BARCELÓ DOMENECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

BATES, Stanley, *The responsibility of a 'random collection'*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 101 y ss.

BAYLES, Michael, *Principles of law. A normative analysis*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987.

BATIFFOL, Henry (et. al.), *La responsabilité*, Archives de Philosophie du Droit N°22, Éditions Sirey, Paris, 1977.

BAUMAN, Zygmunt

- Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil, traducción de Jesús Alborés, Editorial Siglo XXI, segunda edición, Madrid, 2006;
- *Individualmente pero juntos*, prefacio a BECK, Ulrich/ BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, traducción de Bernardo Moreno, Editorial Paidós, Barcelona, 2001.

BAUMGARTEN, Hans Michael/ ESER, Albin (hrsg.), *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.

BAYERTZ, Kurt, *Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, en BAYERTZ, Kurt (hrsg.), *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, traducción de Francisco Tomás y Valiente, Hyspamérica Ediciones Argentina S.A., Buenos Aires, 1984.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Ma. Rosa Borrá, Editorial Paidós, Primera edición, Barcelona, 1986.

- BECK, Ulrich/ BECK- GERNSHEIM, Elisabeth, La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas, traducción de Bernardo Moreno, Editorial Paidós, Barcelona, 2001.
- BENEDICT, Ruth, El crisantemo y la espada, traducción de Javier Alfaya, Editorial Alianza, Madrid, 2004.
- BENTHAM, Jeremías, Tratados de legislación civil y penal, traducción de Ramón Salas, Edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, 1953.
- BETEGÓN, Jerónimo, *Sanción y coacción*, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto/ LAPORTA, Francisco (eds.), El Derecho y la Justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 355 y ss.
- BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- BETTIOL, Giuseppe, El problema penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1995.
- BERGER, Peter/ LUCKMANN, Thomas, *The social construction of reality*, Penguin Books, London, 1991.
- BIERHOFF, Hans Werner, *Verantwortungsbereitschaft, Verantwortungsabwehr und Verantwortungszuschreibung. Sozialpsychologische Perspektiven*, en BAYERTZ, Kurt, *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.
- BIERI, Peter, *El oficio de ser libre*, traducción de Ingrid Vendrell Ferrán, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Neudruck der 4. (Titel-) Auflage, Leipiz, 1922, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1991.
- BIRNBACHER, Dieter, *Grenzen der Verantwortung*, en BAYERTZ, Kurt, *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.

BIRULÉS, Fina, *Responsabilidad política. Reflexiones en torno a la acción y la memoria*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, *El reparto de la acción*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 141 y ss.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Law of England, 1765*, The University of Chicago Press, Chicago, 1979.

BOBBIO, Norberto

- Contribución a la teoría del derecho, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, primera edición, 1990;

- Contributti ad un dizionario giuridico, G. Giappichelli Editore, Turín, 1994;

- *El análisis funcional del derecho*, en BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, primera edición, 1990, p. 255 y ss.;

- *Igualdad y libertad*, traducción de Pedro Aragón Rincón, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993;

- *La función promocional del derecho*, en BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, primera edición, 1990, p. 371 y ss.;

- *Las sanciones positivas*, en BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, primera edición, 1990, p. 387 y ss.

BOGDANOR, Vernon (dir.), *Enciclopedia de las instituciones políticas*, versión española de Jesús Alborés et. al., Alianza Editorial, Madrid, 1991.

BOULET-SAUTEL, Marguerite/ TURLAN, Julliette, et. al., *La responsabilité a travers les âges*, Ed. Économica París, 1989.

BRADLEY, Francis, *The vulgar notion of responsibility*, en FRENCH, Peter (ed.), *A spectrum of responsibility*, St. Martin Press, New York, 1991, p. 62 y ss.

BRENNAN, Geoffrey/ BUCHANAN, James, *La razón de las normas*, traducción de José Antonio Aguirre Rodríguez, Biblioteca de Economía, Editorial Folio, Barcelona, 1987.

BRIESKORN, Norbert, *Verantwortungsstrukturen in sozialemischer Sicht*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 74. *Verantwortung in Recht und Moral*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 193- 215.

BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, traducción de Thomas Kauf, Editorial Anagrama, Barcelona, 1996.

BRUNO, Frank, *Diccionario de términos psicológicos fundamentales*, traducción de Leandro Wolfson, Editorial Paidós, Barcelona, 1988.

BUNGE, Mario, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, traducción de Hernán Rodríguez, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

BURDESE, Alberto

- *Derecho romano e interpretación del derecho*, traducción de José María Coma Fort y José Domingo Rodríguez Martín, Editorial Comares, Granada, 1998;

- *Manual de Derecho Público Romano*, traducción de Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1972.

BURGSTALLER, Manfred, et. al., *Individualverantwortung bei Alleinhandeln; Einzel und/ oder Mitverantwortung bei Zusammenwirken mit anderen*, en ESER, Albin/ HUBER, Barbara/ CORNILS, Karin, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Individual, Participatory and Collective Responsibility in criminal law*, Europäisches Kolloquium, Edition Iuscrim, Freiburg, 1998, p. 13- 91.

BUSNELLI, Francesco Donato, *La parabola della responsabilità civile*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 643 y ss.

BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de la Responsabilidad Civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 57 y ss.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tercera edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

- *Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*, en *Gaceta Jurídica*, Artículos doctrinarios, en www.lexisnexus.cl.

BUSTOS RAMIREZ, Juan/ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

CALABRESI, Guido

- *El Coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, traducción de Joachim Bisbal, Editorial Ariel, Barcelona, 1984;

- *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, The Yale Law Journal, vol. 70, No. 4, March 1961, p. 499 y ss.

CALABRESI, Guido/ MELAMED, Douglas, *Property Rules, Liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, en Harvard Law Review, vol. 85, No. 6, april 1972, p. 1089 y ss.

CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1990.

CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, traducción de Luis Echavarrí, Editorial Losada, 19° Edición, Buenos Aires, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel

- *De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?*, en JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2006, p. 85 y ss.;

- *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, en JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 17 y ss.;

- *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, N°2 (1998), p. 49 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel/ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Delitos de organización*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.

CANE, Peter, *Responsibility in Law and Morality*, Hart Publishing Co., Oregon, 2002.

CANE, Peter/ GARDNER, John, *Relating to responsibility*, Hart Publishing, Oregon, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARNELUTTI, Francesco

- *El problema de la pena*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Romadillans S.R.L., Buenos Aires, 1999;

- *Estudios de Derecho Procesal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1952;

- Il danno e il reato, Casa Editrice, Padua, 1926.
- CARRARA, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, traducción de la undécima edición italiana bajo la dirección de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- CARVAL, Suzanne, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001.
- CASADO CASADO, Belén, El derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2009.
- CASTEJÓN Y MARTINEZ DE ARIZALA, Federico,
- *La responsabilidad sin culpa en los derechos civil y penal*, Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo I fascículo III, septiembre-diciembre 1949, p. 477 y ss.;
 - Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil. Nuevas aportaciones al ensayo en la determinación del concepto de ilicitud en ambos derechos, Editorial Bosch, Barcelona, 1949.
- CERDA OLMEDO, Miguel, *Responsabilidad civil por daños futuros*, Anuario de derecho civil, tomo XXXVIII, fascículo III, octubre- diciembre, 1985, p. 623 y ss.
- CESARINI SFORZA, Widar, *Risarcimento e sanzione*, en Scritti Giuridici in onore di Santi Romano, Vol. I, Casa Editrice Dott, Padua, 1940, p. 148 y ss.
- CHANGEUX, Jean Pierre/ RICOEUR, Paul, La naturaleza y la norma. Lo que nos hace pensar, traducción de Carlos Ávila Torres, Editorial Fondo de Cultura Económica, México DF, 2001.
- CHINOY, Ely, *Introducción a la sociología*, traducción de Darío Julio Cantón, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Ensayos de derecho procesal civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, 1949.
- CHIRONI, Gianpietro
- La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale, Fratelli Bocca Librai di S.M., Torino, 1884;
 - La culpa en el derecho civil moderno: culpa extracontractual, traducción de la segunda edición italiana por A. Posada, Editorial Reus S.A., Madrid, 1978.

COASE, Ronald, *The problem of social cost*, en *Journal of Law and Economics*, vol. III, October 1960. p. 1 y ss.

COBO OLVERA, Tomás, *El procedimiento administrativo sancionador tipo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

COING, Helmut

- *Derecho privado europeo*, traducción de Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996;

- *Fundamentos de filosofía del derecho*, traducción de Juan Manuel Mauri, Editorial Ariel, Barcelona, 1961.

COLEMAN, Jules

- *Moral theories of torts: their scope and limits I*, *Law and Philosophy*, vol. 1, No.3, December 1982, p. 371 y ss.;

- *Moral theories of torts: their scope and limits II*, *Law and Philosophy*, vol. 2, No. 1, April 1983, p. 5 y ss.

CONDE- PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces*, en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 73 y ss.

COOPER, David, *Collective responsibility*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 35 y ss.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Protección penal del sabotaje informático: especial consideración de los delitos de daños*, en *La Ley 1/1990*, p. 1000 y ss.

COROMINAS, Joan, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Editorial Gredós, Madrid, 1954.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

CORTINA ORTS, Adela, *Estudio preliminar*, en KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, traducción de Mariano Ruiz Funes, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1953.

COUTURE, Eduardo, Vocabulario jurídico, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1960.

CRIFÓ, Giuliano, *Le obbligazioni de atto illecito. Caratteristiche delle azioni penali*, en Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga General, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994, p. 731 y ss.

CRUZ, Manuel

- ¿A quién pertenece lo ocurrido? Acerca del sentido de la acción humana, Editorial Taurus, Madrid, 1995;

- *Elementos para una ontología de la acción: la responsabilidad*, introducción a ARENDT, Hannah, De la historia a la acción, traducción de Fina Birulés, Edsitorial Paidós, Buenos Aires, 2005;

- Hacerse cargo. Sobre responsabilidad e identidad personal, Editorial Paidós, Barcelona, 1999;

- *Introducción: Acerca de la necesidad de ser responsable*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto (coords.), El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, Editorial Trotta, Madrid, 1999;

- Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia, Editorial Anagrama, Barcelona, 2005;

- *Los filósofos y la responsabilidad moral*, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, La Responsabilidad en el Derecho, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2000, p. 15 y ss.

CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto (coords.), El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

CUADRADO RUZ, Ma. Ángeles, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ¿un paso hacia atrás?*, en Revista Jurídica de Castilla y León N°12, abril 2007, p. 121 y ss.

CUARTANGO, Román, *Realizaciones individuales del orden*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 153 y ss.

CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DAHRENDORF, Ralf, Sociedad y sociología. La Ilustración aplicada, traducción de José Belloch Zimmermann, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

DANIEL PIZARRO, Ramón, Daño Moral, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo

- Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Editorial Civitas, Madrid, 1995;

- *Comentario al artículo 1903 del Código Civil*, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Candido/ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 2003 y ss.;

- *Sobre las palabras 'responder', 'responsable' y 'responsabilidad'*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez- Picazo, Editorial Civitas, Madrid, 2003, tomo II, p. 1323 y ss.

DE AQUINO, Santo Tomás, Suma teológica, traducción de Francisco Barbado Viejo et. al., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959.

DE CUPIS, Adriano, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, traducción de la 2ª edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

DE LA BROSSE, Olivier/ HENRY, Antonin- Marie/ ROUILLARD, Philippe et. al., Diccionario del cristianismo, traducción de Alejandro Esteban Lator Ros, Editorial Herder, Barcelona, 1974.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, Editorial Thomson, Civitas, Madrid, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, et. al., Derecho procesal penal, séptima edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

DE LUCAS, Javier, El concepto de solidaridad, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Segunda Edición, 1998.

DE MIGUEL PERALES, Carlos, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, Editorial Civitas, Madrid, segunda edición, 1997.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

D'ORS, Álvaro

- Elementos de derecho privado romano, Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, 1960;
- Derecho Privado Romano, segunda Edición, Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.

DE SEBASTIÁN, Luis, La solidaridad. 'Guardián de mi hermano', Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel/ PONS GONZALEZ, Manuel, Diccionario de derecho civil, Editorial Comares, Granada, 1998.

DEL OLMO GUARIDO, Natalia, El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio

- Filosofía del Derecho, novena edición española corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra, Editorial Bosch, Barcelona, 1980;
- Supuestos, concepto y principio del derecho, traducción de Cristóbal Masso Escofet, Editorial Bosch, Barcelona, 1962.

DELUMEAU, Jean, El miedo en occidente (siglos XIV- XVIII), traducción de Mauro Armíño, Editorial Taurus, Madrid, 1989.

DESCARTES, René

- Discurso del método, traducción de Risieri Frondizi, Editorial Universitaria, Madrid, 1999;
- Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas, traducción de Vidal Peña García, Editorial Alfaguara, Madrid, 1977;
- Reglas para la dirección del espíritu, traducción de Juan Manuel Navarro Cordón, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

DESCARTES, Rene/ LEIBNIZ, Gottfried, Sobre los principios de la filosofía, traducción de E. López y M. Graña, Editorial Gredós, Madrid, 1989.

DÍAZ, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, Editorial Taurus, Madrid, 1981.

DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1990*, en Actualidad Civil No. 24, septiembre-diciembre 1990, N°639, p. 1059 y ss.

DICCIONARIOS REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 22º edición y ediciones anteriores en www.rae.es

DÍEZ PICAZO, Gema/ ARANA DE LA FUENTE, Isabel, El desbordamiento del derecho de daños. Jurisprudencia reciente, Editorial Civitas- Thomson Reuters, Madrid, 2009.

DÍEZ PICAZO, Luis

- Derecho de daños, primera edición Editorial Civitas, Madrid, 1999;
- Experiencias jurídicas y teoría del derecho, tercera edición corregida y puesta al día, Editorial Ariel, Barcelona, 1993.

DÍEZ PICAZO, Luis/ GUILLÓN, Antonio

- Instituciones de derecho civil, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1995;
- Sistema de derecho civil, v. II, Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La política criminal en la encrucijada, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen

- *Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre derecho chileno y el derecho comparado*, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999, p. 29 y ss.;
- *La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado*, en Revista Chilena de Derecho, volumen 25, N°1, p. 27 y ss.

DONISI, Carmine, *Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, Rassegna di diritto civile, 1980, p. 644 y ss.

DOWNIE, Robin, *Collective responsibility*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey (ed.), *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 47 y ss.

DREIER, Horst, *Verantwortung im demokratischen Verfassungstaat*, en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 74. Verantwortung in Recht und Moral, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 9- 38.

DREVER, James, Diccionario de Psicología, traducción de la séptima edición inglesa por Antonio Bonanno, Editorial Escuela, Buenos Aires, 1967.

DUFF, Anthony/ GARLAND, David, *A reader on punishment*, Oxford University Press, New York, 1994.

DURKHEIM, Emilio

- De la división del trabajo social, traducción de David Maldavsky, Editorial Schapiré, Buenos Aires, 1967;
- El suicidio, traducción de Lorenzo Díaz Sánchez, Editorial Akal, Madrid, 2003;
- Las reglas del método sociológico y otros escritos, traducción de Santiago González Noriega, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

ECHEVERRÍA, Rafael, *Ontología del lenguaje*, Editorial Dolmen, Sexta Edición, Santiago, 2002.

EHRENZWEIG, Albert, *Negligence without fault*, California Law Review 54, 1966, p. 1422 y ss.

EIDENMÜLLER, Horst, *Vertrauensmechanismus und Vertrauenshaftung*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 74. Verantwortung in Recht und Moral, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 117- 139.

ENGISCH, Karl

- Introducción al pensamiento jurídico, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Comares, Granada, 2001;
- La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, traducción de José Luis Guzmán Dálbora, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

EPSTEIN, Richard, *A theory of strict liability*, The Journal of Legal Studies, vol. II (1), January 1973, p. 200 y ss.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Segunda Edición corregida y aumentada, México, 1842.

ESER, Albin

- *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*, en ESER, Albin/ HIRSCH, Hans Joachim et. al, *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 13 y ss.;
- *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen XLIV, fascículo III, 1996, p. 1021 y ss.

ESER, Albin/ FLETCHER, George, Justification and excuse. Comparative perspectives. Rechtfertigung und Entschuldigung, Freiburg, 1987.

ESER, Albin/ HIRSCH, Hans Joachim et. al., De los delitos y de las víctimas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

ESER, Albin/ HUBER, Barbara/ CORNILS, Karin (hrsg.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg, 1998.

FAUCONNET, Paul

- La Responsabilité. Étude de Sociologie, Libraire Felix Alcan, Paris, 1928;

- *Warum es die Institution « Verantwortlichkeit » gibt ?*, en Seminar Abweichendes Verhalten. Die Gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Lüdersen/Sack, Frankfurt, 1975, p. 293 y ss.

FEINBERG, Joel

- *Collective responsibility*, The Journal of Philosophy, vol. 65, No. 21, Nov. 1968, p. 674 y ss.⁹⁴⁶;

- *El argumento de la graduación moral de los castigos*, en H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho, Revista de Ciencias Sociales Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, N°28, primer semestre, 1986, p. 339 y ss.;

- Harm to others, Oxford University Press, New York, 1984;

- Harm to self, Oxford University Press, New York, 1986;

- *Problematic responsibility in law and morals*, The Philosophical Review, vol. 71, N°3 (Jul., 1962), p. 340 y ss.;

- *Sua culpa*, en FEINBERG, Joel/ GROSS, Hyman, Responsibility. Selected readings, Dickenson Publishing Company, California, 1975, p. 68 y ss.

- *The expressive function of punishment*, en FEINBERG, Joel/ GROSS, Hyman, Philosophy of law, 4° Edition, Wadsworth Publishing Company, California, 1991, p. 635 y ss.

FERNÁNDEZ, Gonzalo, *La función de la teoría normativa de la culpabilidad*, en

FRANK, Reinhard, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, traducción de Sebastián Soler, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2000.

⁹⁴⁶ El mismo artículo se encuentra en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, p. 53 y ss.

FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1951.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio, La víctima en el proceso penal, Editorial La Ley, Madrid, 2005.

FERRINI, Contardo, Diritto penale romano, 'L'erma' do Bretschneider, Roma, 1976.

FIGUEREIDO DÍAZ, Jorge, *Culpa y personalidad*, en Cuadernos de Política Criminal 1987, N°31, p. 5 y ss.

FISCHER, John Martin/ RAVIZZA, Mark

- Perspectives on moral responsibility, Cornell University Press, New York, 1993.
- *Responsibility for consequences*, en COLEMAN, Jules/ BUCHANAN, Allen, In harm's way, Cambridge University Press, New York, 1994.

FLETCHER, George

- Conceptos básicos de derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;
- El Derecho y lo razonable. Ensayos de derecho penal, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997;
- *Law*, en SMITH, Barry (ed.), John Searle, Cambridge University Press, New York, 2003.
- *The search for synthesis in tort theory*, Law and Philosophy, 2, No.1, April 1983, p. 63 y ss.

FLORES, Albert/ JOHNSON, Deborah, *Collective responsibility and professional roles*, Ethics, 93, No. 3 (Apr. 1983), p. 537 y ss.

FOLCH, Francisco José, Sobre Símbolos, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2000.

FONT SERRA, Eduardo, La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal, Editorial La Ley, Madrid, 1991.

FOUCAULT, Michel

- El orden del discurso, traducción de Alberto González Troyano, Tusquets Editores, Barcelona, 1970;
- La verdad y las formas jurídicas, traducción de Enrique Lynch, segunda edición, Editorial Gedisa, México, 1986.

FRANK, Reinhard, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, traducción de Sebastián Soler, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2000.

FRANKFURT, Harry

- *El problema de la acción*, en FRANKFURT, Harry, La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos, traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servando María de Hagen, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, p. 105 y ss.

- *Libertad de la voluntad y el concepto de persona*, en FRANKFURT, Harry, La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos, traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servando María de Hagen, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, p. 25 y ss.

FRENCH, Peter

- *A world without responsibility*, en FRENCH, Peter, A spectrum of responsibility, St. Martin Press, Nueva York, 1991, p. 1 y ss.;

- *Editorial Foreword*, en MELLEMA, Gregory, Collective Responsibility, Value Inquiry Book Series, vol. 50, Editions Rodopi, Amsterdam- Atlanta, 1997;

- *The corporation as a moral person*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 133 y ss.⁹⁴⁷.

FRENCH, Peter (ed.), A spectrum of responsibility, St. Martin Press, Nueva York, 1991.

FREUD, Sigmund, *Tótem y tabú*, traducción de Luis López Ballesteros y de Torres, en Obras Completas, Editorial Ateneo, Buenos Aires, 2005.

FREY, Raymond/ MORRIS, Christopher (eds.), Liability and responsibility, Cambridge University Press, New York, 2010.

FRISCH, Wolfgang/ ROBLES PLANAS, Ricardo, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.

GALE, Richard, *The fictive use of language*, en Philosophy, N°46, 1967, p. 324 y ss.

GALLAS, Wilhelm, La teoría del delito en su momento actual, Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

GALLO, Paolo, Pene private e responsabilità civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1996.

⁹⁴⁷ El mismo artículo se encuentra en FRENCH, Peter (ed.), A spectrum of responsibility, p. 290 y ss.

GARBERÍ LLOBREGAT, José/ BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, El procedimiento administrativo sancionador, cuarta edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

GARCIA ARÁN, Mercedes, El delito de hurto, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, Derecho privado romano, décima edición, Ediciones Américas, Madrid, 2001.

GARCÍA LÓPEZ, Rafael, Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del Derecho, cuarta edición revisada, Editorial Porrúa, México, 1983.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal. Introducción, segunda edición, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000.

GARCÍA PELAYO, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

GAROFALO, Raffaele

- La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión, traducción de Pedro Dorado Montero, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005;
- Indemnización a las víctimas del delito, traducción de Pedro Dorado Montero, Analecta Ediciones, Navarra, 2002.

GAROUPA, Nuno/ GÓMEZ POMAR, Fernando, *Punish once or punish twice: a theory of the use of criminal sanctions in addition to regulatory penalties*, en Harvard Law Review, Discussion Paper N°308, 12/2000, en <http://papers.ssrn.com>

GARZÓN VALDÉS, Ernesto

- *Derecho y moral*, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto/ LAPORTA, Francisco, El derecho y la justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 397 y ss.;
- *El enunciado de responsabilidad*, en DOXA N°19, en www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA, p. 259 y siguientes⁹⁴⁸;
- *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, en DOXA N°5, p. 155 y ss.

⁹⁴⁸ El mismo artículo se encuentra a modo de epílogo en la obra CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, p. 181 y ss.

GATICA PACHECO, Sergio, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, Editorial Jurídica de Chile, 1959.

GEACH, Peter, *Ascriptivism*, *Philosophical Review*, 69, No. 2 (Apr. 1960), p. 221 y ss.

GERSTENBERG, Oliver, *Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregulierung*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 74. Verantwortung in Recht und Moral, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 141- 156.

GIANNINI, Gennaro/ POGLIANI, Mario, *Il danno da illecito civile*, Giuffré Editore, Milán, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

- Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990;
- *Prólogo* a HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, traducción de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/ SCHÜNEMANN, Bernd/ WOLTER, Jünger (ed.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal. Jornadas hispano alemanas de Derecho Penal en homenaje al profesor Claus Roxin*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1994.

GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Décima Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2007.

GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel, *Sobre la teoría del bien jurídico*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, N°69, p. 85 y ss.

GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos, *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-05 (2006), en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos

- Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva, Editorial Thomson- Civitas, Navarra, 2006;

- *Solidaridad y prevención*, en InDret 3/2006, en <http://www.indret.com>.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.

GÓMEZ POMAR, Fernando

- *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, en InDret, 01/2001, www.indret.com;

- *Daño moral*, en InDret 1/00, www.indret.com;

- *La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del derecho*, InDret, enero de 2003, en www.indret.com;

- *La salud del derecho de daños en España*, InDret 2/2003, en www.indret.com;

- *Las fronteras del daño indemnizable*, InDret 3/2004, en www.indret.com.

GÓMEZ POMAR, Fernando/ AGRAFOJO VÁZQUEZ, Iria, *Culpa de la víctima y derecho sancionador*, InDret 4/2004, en www.indret.com

GÓMEZ POMAR, Fernando/ SANTOS PASTOR, José Luis, *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, Anuario de Derecho Civil tomo XLIII, fascículo II, abril- junio 1990, p. 495 y ss.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel

- *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin)*, en DOXA N°20, 1997, en www.cervantesvirtual.com;

- *Las paradojas de la acción*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

GORDLEY, James, *Tort law in the aristotelian tradition*, en OWEN, David (ed.), *Philosophical foundation of tort law*, Oxford University Press, New York, 1995, p. 131 y ss.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GRAMÁTICA, Filippo, *Principios de derecho penal subjetivo*, traducción de Juan del Rosal y Víctor Conde, Editorial Reus, Madrid, 1941.

GROCIO, Hugo, Del derecho de la guerra y de la paz, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Editorial Reus, Madrid, 1925.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho privado romano, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

HAGUE, Juan Luis, Hacia un nuevo concepto de la responsabilidad criminal y de la pena, Imprenta y Litografía Scheuch, Lima, 1934.

HALL, Jerome, *Interrelations of criminal law and torts: I*, Columbia Law Review, vol. XLIII, September 1943, No. 6, p. 753 y ss.

HART, Herbert

- *Entre el principio de utilidad y los derechos humanos*, en Revista Derecho Universidad Católica del Norte No. 58, p. 7 y ss.;

- El concepto de derecho, traducción de Genaro Carrió, segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992;

- *Positivism and the separation of law and morals*, en FEIBERG, Joel/ GROSS, Hyman, Wadsworth Publishing Company, California, 1991, p. 63 y ss.;

- *Postscript: Responsibility and retribution*, en HART, H.L.A., Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of law, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 210 y ss.;

- *Prolegomenon to the principles of punishment*, en HART, H.L.A., *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of law*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 1 y ss.;

- The morality of criminal law, Oxford University Press, Jerusalem, 1965;

- *Varieties of responsibility*, Law Quarterly Review, 83, 1967, p. 346 y ss.

HART, Herbert/HONORÉ, Tony, Causation in the law, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1984.

HASSEMER, Winfried

- *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, en HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 99 y ss.⁹⁴⁹;

⁹⁴⁹ El mismo artículo se encuentra en Doctrina Penal año 5, No. 17- 20, 1982, p. 233 y ss.

- *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana*, en HASSEMER, Winfried, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 17 y ss.;
- *Fundamentos de derecho penal*, traducción a cargo de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, 1984;
- *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*, en HASSEMER, Winfried, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 79 y ss.;
- *Viejo y nuevo derecho penal*, en HASSEMER, Winfried, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 39 y ss.;
- *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, en HASSEMER, Winfried, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 157 y ss.

HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HAYDON, Graham, *On being responsible*, *The Philosophical Quarterly*, volume 28, No. 110 (Jan. 1978), p. 46 y ss.

HEDEMANN, Justus, *Derecho de las obligaciones*, traducción de la última edición alemana con notas de derecho español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HEFENDEHL, Roland, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-14 (2002), <http://criminet.ugr.es/recpc>.

HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, traducción de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

HEGEL, Georg

- Filosofía del derecho, traducción de Juan Garzón Bates, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, Segunda Edición, 1985;
- Principios de la filosofía del derecho, traducción de Juan Luis Vermal, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004.

HEIDEGGER, Martin, Ser y tiempo, traducción de Jorge Eduardo Rivera, Editorial Universitaria, Santiago, 2002.

HEINE, Günther, et. al., *Kollektive Verantwortlichkeit*, en ESER/ Albin, HUBER, Barbara/ CORNILS, Karin, Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Individual, Participatory and Collective Responsibility in criminal law, Euroopäisches Kolloquim, Edition Iuscrim, Freiburg, 1998, p. 95- 172.

HELD, Virginia, *Can a random collection of individuals be morally responsible?*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 89 y ss.

HELLER, Hermann, Teoría del Estado, traducción de Luis Tobío, Editorial Fondo de Cultura Económico, México, 1974.

HENRIOT, Jacques, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot 'responsabilité'*, en Archives du Philosophie du Droit, vol. 22, La responsabilité, Éditions Sirey, Paris, 1977, p. 59 y ss.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Derecho de Obligaciones, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1983.

HIRSCH, Hans Joachim

- *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en ESER, Albin/ HIRSCH, Hans Joachim, et. al., De los delitos y de las víctimas, Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 53 y ss.;
- *La posición del ofendido en el proceso penal y en el derecho procesal penal con especial referencia a la reparación*, traducción de Roberto Sánchez – Ocaña Chamorro, en Cuadernos de Política Criminal 1990, N°42, p. 561 y ss.;
- *Peligro y peligrosidad*, en Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales tomo XLIX, Fascículo II, mayo-agosto 1996, p. 509 y ss.;

- *Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht*, en HIRSCH, Hans Joachim, Strafrechtliche Probleme. Schriften auf drei Jahrhundert, p. 3 y ss.

HOBBS, Thomas

- Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos, traducción de Miguel Ángel Rodilla, Editorial Tecnos, Madrid, 1992;
- *Leviatán*, traducción de Antonio Escotado, Editorial Losada, Buenos Aires, 2003;
- *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

HONORÉ, Tony, *Responsibility and fault*, Hart Publishing, Portland, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Ediciones PPU, Barcelona, 1991.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *El concepto jurídico de persona*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

HRUSCHKA, Joachim

- *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, traducción de Nuria Pastor Muñoz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006;
- *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, fascículo III, septiembre-diciembre 1994, p. 343 y ss.

HUBER, Wolfgang, *Recht als Beruf. Verantwortung für das Recht im Horizont der Gerechtigkeit*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 74. *Verantwortung in Recht und Moral*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 39- 55.

HUBIG, Christoph, *Verantwortung und Hochtechnologie*, en BAYERTZ, Kurt, *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.

HUERTA TOCILDO, Susana, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, Cuadernos de Política Criminal N° 17, 1982, p. 231.

HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, traducción de Jaime de Salas Ortueta, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

INGARDEN, Roman, *Sobre la responsabilidad. Sus fundamentos ónticos*, traducción de Juan Miguel Palacios, Caparrós Editores, Segunda Edición, Madrid, 2001.

JAKOBS, Günther

- *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2006, p. 21 y ss.;
- *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Segunda edición, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997;
- *El concepto jurídico penal de acción*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998;
- *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Ediciones UAM, Editorial Civitas, Madrid, 1997;
- *Imputación jurídica penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, en JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 75 y ss.;
- *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996;
- *La denominada actio libera in causa*, en *Poder Judicial*, Tercera época N°50, 1998 (II), p. 241 y ss.;
- *La imputación penal de la acción y de la omisión*, en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX, Fascículo III, septiembre-diciembre 1996, p. 835 y ss.;
- *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Editorial Thomson- Civitas, Madrid, 2006;
- *Personalidad y exclusión en derecho penal*, en JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Teresa Manzo Porto, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 51 y ss.;
- *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, traducción de Manuel Cancio Meliá, primera reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002;

- Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996;
- *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 74. Verantwortung in Recht und Moral, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 57- 72;
- *Teoría y praxis de la injerencia*, en JAKOBS, Günther/ CANCIO, Manuel, El sistema funcionalista del derecho penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 97 y ss.;
- *¿Terroristas como personas en derecho?*, en JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2006, p. 57 y ss.

JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel

- Derecho penal del enemigo, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2006;
- El sistema funcionalista del derecho penal, Editorial Grijley, Lima, 2000.

JASPERS, Karl, El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política en Alemania, traducción de Román Gutiérrez Cuartango, Editorial Paidós, Barcelona, España, 1998.

JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich/ WIEGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, quinta edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio

- *La ejecución de la sentencia de la colza I*, InDret 1/2003, en www.indret.com;
- *La ejecución de la sentencia de la colza II*, InDret 1/2003, en www.indret.com.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de derecho penal. La Ley y el delito, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

JONAS, Hans, El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, traducción de Javier María Fernández Retenaga, Editorial Herder, Barcelona, 2º Edición, 2004.

JORGE BARREIRO, Agustín

- *El delito de daños en el Código Penal Español*, en Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXVI, fascículo I, enero-abril 1983, p. 505 y ss.;
- *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

JÖRS, Paul, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Editorial Labor, Barcelona, 1937.

JUNG, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 39. Band, 1981, 1147 y ss.

KAHLO, Michael, *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, traducción de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 53 y ss.

KANT, Immanuel

- *Antropología en sentido pragmático*, traducción de José Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 1991;
- *Antropología práctica*, traducción de Roberto Aramayo, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007;
- *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, traducción de Roberto Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2006;
- *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante la protección del derecho*, en V.V.A.A, *La Insostenible situación del derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 49 y ss.

KATZ, Leo/ MOORE, Michael/ MORSE, Stephen, *Foundations of criminal law*, Oxford University Press, New York, 1999.

KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.

KAUFMANN, Arthur, Filosofía del Derecho, traducción Villar Borda, Luis y Montoya, Ana María, Universidad Externado Colombia, Traducción de la segunda edición, München, 1997, Bogotá, 1999.

KAUFMANN, Franz Xavier, *Risiko, Verantwortung und gesellschaftliches Komplexität*, en BAYERTZ, Kurt, Verantwortung. Prinzip oder Problem?, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.

KAUFMANN, Hilde, *Concepciones del hombre en el derecho penal y la criminología*, Doctrina Penal, año 4, 1981, p. 15 y ss.

KEETON, Page/ KEETON, Robert, Cases and materials on the law of torts, West Publishing Co. St. Paul, 1971.

KELSEN, Hans

- Compendio de la teoría general del estado, traducción de Luis Recasens Siches y Justino Azcárate Flores, tercera edición, Editorial Blume, Barcelona, 1979;

- *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas*, en KELSEN, Hans/ FULLER, Lon/ ROSS, Alf, Ficciones jurídicas, traducción de Mendonça, Daniel y Schmill Ordóñez, Ulises, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 23 y ss.;

- Teoría de las normas, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, Editorial Trillas, México, 1994;

- Teoría general del derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Máynez, Quinta Reimpresión de la Segunda edición de 1958, Universidad Autónoma de México, México, 1995;

- Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho, traducción de Moisés Nilve, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1960.

KELSEN, Hans/ FULLER, Lon/ ROSS, Alf, Ficciones jurídicas, traducción de Mendonça, Daniel y Schmill Ordóñez, Ulises, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

KENNER, Lionel, *On blaming*, en FRENCH, Peter, A spectrum of responsibility, St. Martin Press, New York, 1995, p. 189 y ss.

KERN, Bernd- Rüdiger, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes: ein poñnales Element im Schadensrecht?*, en Archiv für die Civilistische Praxis, 191 (1991), p. 247 y ss.

KERNER, Hans Jürgen, *Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el derecho penal alemán. Consideraciones sobre una nueva situación jurídica y las*

experiencias de la aplicación práctica, traducción de Miguel Polaino Navarrete, en Cuadernos de Política Criminal 1997, N°62, p. 367 y ss.

KIERKEGÅRD, Sören

- Temor y temblor, traducción de Vicente Simón Merchán, Distribuciones Fontamare, 2º Edición, México, 1995;
- Tratado de la desesperación, traducción de Carlos Liacho, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 2003.

KINDHÄUSER, Urs, Derecho penal de la culpabilidad y la conducta peligrosa, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

KLEVORICK, Alvin, *Legal Theory and the economic analysis of torts and crimes*, en Columbia Law Review vol. 85, p. 905 y ss.

KLOTTER, John, Criminal law, 4. Edition, Anderson Publishing Co, Cincinnati, 1994.

KOEPSSELL, David/ MOSS, Laurence (ed.), John Searle's ideas about social reality. Extensions, criticism and reconstructions, Blackwell Publishing, Malden, 2003.

KRAVIETZ, Werner, *Theorie der Verantwortung- neu oder alt? Zur normativen Verantwortsattribution mit Mitteln des Rechts*, en BAYERTZ, Kurt, Verantwortung. Prinzip oder Problem?, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.

KUHLEN, Lothar, *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, en VON HIRSCH, Andrew/ SEELMANN, Kurt/ WOHLERS, Wolfgang (hrsg.), Mediating Principles, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2006, p. 148.

LARENZ, Karl

- Derecho de las obligaciones, traducción de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959;
- Metodología de la ciencia del derecho, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

LARRAÑAGA, Pablo

- El concepto de responsabilidad en la teoría contemporánea del derecho, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, primera reimpresión, México, 2004;
- *Responsabilidad de rol y directrices*, en DOXA 24 (2001), p. 559 y ss. en www.cervantesvirtual.com.

- LAUFER, William, Corporate bodies and guilty minds. The failure of corporate criminal liability, The University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Editorial Legis, Colombia, 2004.
- LACRUZ BERDEJO/ SANCHO REBULLIDA et. al., Elementos de derecho civil II. Derecho de las obligaciones, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- LENK, Hans/ MARING, Matthias, *Wer soll Verantwortung tragen? Probleme der Veantwortungsverteilung in komplexen (sozialtechnischen- sozioökonomischen) Systemen*, en BAYERTZ, Kurt, *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995.
- LESCH, Heiko, La función de la pena, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- LEVMORE, Saul, Foundations of tort law, Oxford University Press, New York, 1994.
- LÉVY-BRUHL, Lucien, El alma primitiva, traducción de Eugenio Trías, Ediciones Península, segunda edición, Barcelona, 1985.
- LEWIS, Hywel, *Collective responsibility*, en MAY, Larry/ HOFFMANN, Stacey (ed.), *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 17 y ss.
- LOCKE, John
- Ensayo sobre el entendimiento humano, traducción de Ma. Esmeralda García, Editorial Nacional, Madrid, 1980;
 - Segundo Tratado sobre el gobierno civil, traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez Picazo, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 2297 y ss.
- LÜBE, Weyma, *Neminem laedere? Zur Zukunft der Handlungsfolgenverantwortung*, en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 74. *Verantwortung in Recht und Moral*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 73- 84.
- LUCAS, John, Responsibility, Clarendon Press, Oxford, 1993.

LUNA VERGARA, Álvaro/ PIÑEIRO SALGADO, José, et. al., *Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español*, en InDret, 04/2000, en www.indret.com.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Derechos individuales y facultad de castigar. Un ensayo sobre la justificación de las sanciones contravencionales*, Doctrina Penal año 8, p. 229 y ss.

MANN, Kenneth, *Punitive Civil Sanctions: The middleground between criminal and civil law*, Yale Law Journal, 101, 1991- 1992, p. 1795 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, Borja/ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *Historia de la limitación de responsabilidad en el transporte aéreo*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez Picazo, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 2407 y ss.

MARÍAS, Julián, *Persona*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

MARTÍN CASALS, Miquel, *'A través del espejo': concurrencia de 'culpa' de la víctima y culpa del causante del daño*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez Picazo, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 2471 y ss.

MARTÍN CASALS, Miquel/ SOLE FELIÚ, Joseph, *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*, InDret 03/2001, en www.indret.com.

MAUSS, Marcel, *Sociología y antropología*, traducción de la cuarta edición francesa por Teresa Ribio de Martín- Retortillo, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

MAY, Larry

- *Metaphysical guilt and moral taint*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 239 y ss.;

- *Sharing responsibility*, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

- *Vicarious agency and corporate responsibility*, *Philosophical Studies* 43 (1983), p. 69 y ss.

MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991.

MAZEAUD, Henri/ MAZEAUD, León, *Elementos de la responsabilidad civil. Perjuicio, culpa y relación de causalidad*, s/t , Editorial Parlamento, Santiago, 2008.

MAZEAUD, Henri y León/ TUNC, André, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

McGARY, Howard, *Morality and collective liability*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 77 y ss.

MEAD, George, Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social, traducción de Floria Mazía, Editorial Paidós, Barcelona, 1982.

MEDICUS, Dieter, Tratado de las relaciones obligacionales, traducción de Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

MELLEMA, Gregory

- Collective Responsibility, Value Inquiry Book Series, vol. 50, Editions Rodopi, Amsterdam- Atlanta, 1997;

- Individuals, groups and shared moral responsibility, American University Studies, Peter Lang, Nueva York, 1988.

MENDONÇA, Daniel, Las claves del derecho, Editorial Gedisa, Barcelona, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca, El derecho penal en la sociedad del riesgo, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

MERKEL, Adolf

- Derecho Penal. Parte general, traducción de Pedro Dorado Montero, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004;

- Enciclopedia Jurídica, quinta edición preparada por Rodolfo Merkel, traducción de W. Rocés, Editorial Reus, Madrid, 1924.

MERKEL, Reinhard, *Wrongful birth- wrongful life: Die menschliche Existenz als Schaden?*, en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 74. Verantwortung in Recht und Moral, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 173- 192.

MEZGER, Edmund, Derecho Penal. Parte General, traducción de la sexta edición alemana (1955) por Conrado A. Finzi, DIN Editora, Buenos Aires, 1989.

MILL, John Stuart

- Sobre la libertad, traducción de Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, quinta reimpresión, Madrid, 2003;

- Sobre la libertad. Comentarios a Tocqueville, traducción de Cristina García Cay, segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1996.

MILLAS, Jorge, *Idea de la individualidad*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2009.

MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

MIR PUIG, Carlos, *Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual*, en *Actualidad Civil* 1991-1, N°VII, p. 101 y ss.

MIR PUIG, Santiago

- *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al ius puniendi*, Estudios Penales y Criminológicos XIV, Universidad Santiago de Compostela, 1991, p. 205 y ss.;
- *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982;
- *Derecho Penal Parte General*, sexta edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002;
- *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994;
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982;
- *Una tercera vía en materia de responsabilidad de las personas jurídicas*, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología* 06-01 (2004), en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

MOCCIA, Sergio

- *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflejos iliberales*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (ed.), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 113 y ss.;
- *Seguridad y sistema penal*, en CANCIO, Manuel/ GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos (eds.), *Derecho penal del enemigo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 299 y ss.

MOLINA FERNANDEZ, Fernando

- *Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)*, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La*

Responsabilidad en el Derecho, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2000, p. 57 y ss.;

- Responsabilidad jurídica y libertad, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002.

MOMMSEN, Teodoro

- Compendio de derecho público romano, traducción de Pedro Dorado Montero, Editorial Analecta, Pamplona, 1999;

- Derecho Penal Romano, traducción Pedro Dorado Montero, Editorial Analecta, Pamplona, 1999.

MONOD, Jacques, El azar y la necesidad. Ensayo sobre la filosofía natural de la biología moderna, traducción de Francisco Ferrer Lerín, primera edición, Barral Editores, Barcelona, 1970.

MONTERO AROCA, Juan/ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, et. al., Derecho jurisdiccional. Proceso Civil, 10º edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTÉS PENADÉS, Vicente, *Causalidad, imputación objetiva y culpa en la 'conurrencia de culpas'*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez Picazo, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 2591 y ss.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Derecho y Moral*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, 5, Universidad de Murcia, 1993.

MOORE, George, Ensayos éticos, traducción de Carme Castells Auleda, Editorial Paidós, Barcelona, 1986.

MOORE, Michael, Causation and responsibility. An essay in law, morals and metaphysics, Oxford University Press, New York, 2009.

MORRIS, Herbert, *Persons and Punishment*, en BAIRD/ ROSSENBAUM, Philosophy of punishment, Prometheus Books, New York, 1988, p. 67 y ss.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños. Parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1982.

MOSTERÍN, Jesús, Racionalidad y acción humana, Alianza Editorial, Madrid, 1978.

MÜLLER, Peter, Punitive damages and deutsches Schadenersatzrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, décimo tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCIA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, cuarta edición revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ CUESTA, Javier/ARROYO DE LAS HERA, Alfonso/ GOYENA HUERTA, Jaime (coords.), El Hurto, el robo y el hurto de uso de vehículos, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*, InDret 02/2006, abril 2006, en www.indret.com.

MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año VII, N°11/2001, p. 229 y ss.⁹⁵⁰.

NARVÁEZ MORA, Maribel, Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

NAUCKE, Wolfgang/ OTTO, Harro/ JAKOBS, Günther/ ROXIN, Claus, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

NAVEIRA ZARRA, Maite María, *El evento dañoso*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 41 y ss.

NIETO, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

NIETO MARTÍN, Adán

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Editorial Iustel, Madrid, 2008;
- *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*, Política Criminal N°5 (2008), p. 1 y ss., en www.politicacriminal.cl

NIEVA FENOLL, Jordi

- La cosa juzgada: El fin de un mito, en La Cosa Juzgada. El Fin de un Mito, Editorial Abeledo Perrot- Legal Publishing, Santiago, 2010;

⁹⁵⁰ El artículo también se encuentra en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N°2/2001, p. 317 y ss.

- *La cosa juzgada y las desorientaciones jurisprudenciales*, en *La Cosa Juzgada. El fin de un mito*, Editorial Abeledo Perrot- Legal Publishing, Santiago, 2010;
- *La revisión frente a la cosa juzgada en el proceso civil*, en *La Cosa Juzgada. El fin de un mito*, Editorial Abeledo Perrot- Legal Publishing, Santiago, 2010.

NINO, Carlos Santiago

- *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, tercera edición, 1987;
- *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

OELMÜLLER, Willi, *Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff. Einige philosophische Überlegungen*, en BAUMGARTEN, Hans Michael/ ESEN, Albin, *Schuld und Verantwortung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.

OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

ORTEGO, José, *Bien jurídico: lesión y peligro*, en *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 427 y ss.

OWEN, David, *Philosophical foundations of fault in tort law*, en OWEN, David (ed.), *Philosophical foundation of tort law*, Oxford University Press, New York, 1995, p. 201 y ss.

OWEN, David (ed.), *Philosophical foundations of tort law*, Oxford University Press, New York, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando

- *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido/ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/ BERCOVITZ, Rodrigo/ SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1971 y ss.;
- *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños*, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1981;
- *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (ed.), *La responsabilidad en el Derecho*, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid (2000), Madrid, 2000.

PAPAGEORGIU, Konstantinos, *Verantwortung, Gerechtigkeit, Sicherheit, Freiheit. Ein Plädoyer für die normative Autonomie und wider die ideale Theorie des Strafrechts*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 74. *Verantwortung in Recht und Moral*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 85- 101.

PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, *La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad del fabricante y de los profesionales*, en REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2002, p. 1425 y ss.

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, quinta edición corregida y aumentada, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1881.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *¿Organizaciones culpables?*, recensión a Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, en *InDret* N°340, www.indret.com.

PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004.

PENA LÓPEZ, José María, *La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 15 y ss.

PEÑA LÓPEZ, Fernando

- *El criterio de imputación (II. La Culpabilidad)*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 107 y ss.;

- *El criterio de imputación (III. La interpretación de la culpa por la jurisprudencia)*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 125 y ss.;

- *El criterio de imputación (IV. Los criterios de imputación objetivos)*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 135 y ss.;

- *La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por el hecho ajeno*, en PENA LÓPEZ, José María (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo Producciones Editoriales, Madrid, 2004, p. 145 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal*, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N°2/2001, p. 401 y ss.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, en *DOXA* N°7, 1990, en www.cervantesvirtual.com.

PETERS, Tony, *Mediación para la reparación: la presentación y discusión de un proyecto de investigación y de acción*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, Universidad Santiago de Compostela, 1995, p. 197 y ss.

PETERSON, Ingrid, *Four theories of responsibility*, Lund University Press, Lund, 1990.

PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, traducido de la novena edición francesa por José Fernández González, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, s/f.

PEWZNER, Evelyn, *El hombre culpable. La locura y la falta en occidente*, traducción de Sergio Villaseñor Bayardo, Editorial Fondo de Cultura Económica, Guadalajara, México, 1999.

PINCIONE, Guido, *Responsabilidad*, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto/ LAPORTA, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 343 y ss.

PINKER, Steven,

- *El mundo de las palabras. Una introducción a la naturaleza humana*, traducción de Roc Filella, Editorial Paidós, Barcelona, 2007;

- *La tabla rasa. La negación de la naturaleza humana*, traducción de Roc Filella, Editorial Paidós, Barcelona, 2003.

PINTOS AGIER, Jesús, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio

- *La construcción del 'enemigo' y la reconfiguración de la 'persona'*, en CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 571 y ss.;

- Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

PLATÓN

- Apología de Sócrates, traducción de Tomás Meabe, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1986;
- Las Leyes, traducción de José Miguel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

POLINSKY, Mitchell/ SHAVELL, Steven, *Punitive damages: an economic analysis*, en Harvard Law Review, vol. 111, febrero 1998, M^o4, p. 869 y ss.

POPPER, Karl, La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento, traducción de Concha Roldán, Editorial Paidós, Barcelona, 1995.

POSNER, Richard, El análisis económico del derecho, traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

POTHIER, Robert, Tratado de las obligaciones, según edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin y corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliastra, Buenos Aires, 1993.

PROSSER, William, Handbook of the law of torts, West Publishing Co., San Francisco, 1971.

PUY MUÑOZ, Francisco/ LOPEZ MORENO, Ángeles (coords.), Manual de Filosofía del Derecho, Editorial Colex, Madrid, 2000.

QUERALT, Joan

- Derecho Penal Español. Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1992;
- *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos*, en Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIX, Fascículo I, 1996, p. 129 y ss.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio

- Derecho penal de la culpa, Editorial Bosch, Barcelona, 1958;
- *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*, Anuario de Derecho Civil, 1957, p. 1039 y ss.

QUIRÓS LOBO, José María, Principios de derecho sancionador, Editorial Comares, Granada, 1996.

RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, traducción de José Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, primera edición, Madrid, 1933.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon

- El dolo y su prueba en el proceso penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1999;
- *Proceso al buen samaritano. Acciones de salvamento y responsabilidad por daños*, InDret 02/2001, en www.indret.com.

RATCLIFFE, James (ed.), *The good samaritan and the law. The Morality- and the problems- of aiding those in peril*, Anchor Books, New York, 1966.

RECASENS SICHES, Luis, *Estudio preliminar*, en KELSEN, Hans, *Compendio de la teoría general del Estado*, traducción de Luis Recasens Siches y Justino Azcárate Flores, tercera edición, Editorial Blume, Barcelona, 1979.

REGLERO CAMPOS, Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2002, p. 64 y ss.

REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2002.

RIBOT IGUALADA, Jordi, *La culpa 'relevante' como culpa 'adicional': la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez Picazo*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 2869 y ss.

RICCI, Francisco, *Derecho Civil teórico y práctico*, s/traductor, Editorial La España Moderna, Madrid, s/f.

RICOEUR, Paul,

- *Finitud y culpabilidad*, traducción de Cristina de Peretti, Julio Díaz Galán y Carolina Meloni, Editorial Trotta, Madrid, 2004;
- *La memoria, la historia, el olvido*, traducción de Agustín Neira, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000;
- *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, en *Le Juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995, p. 41 y ss.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción*, en NAVARRO, Pablo/ REDONDO, María Cristina, La

relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, p. 275 y ss.

ROBINSON, Paul

- *A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability*, en *UCLA Law Review*, vol 23, p. 266 y ss.;
- *Hybrid principles for the distribution of criminal sanctions*, *Northwestern University Law Review*, Volume 82, Fall 1987, Number 1, p. 19 y ss.;
- *Imputed criminal liability*, *Harvard Law Review*, volumen 93, Number 4, March 1984;
- *The criminal- civil distinction and the utility of desert*, en *Symposium The intersection of tort and criminal law*, Reprinted from the *Boston University Law Review*, Vol. 76, Numbers 1 &2, February/April, 1996.

ROBLES PLANAS, Ricardo

- *¿Delitos de las personas jurídicas?*, *InDret* 2/2006, en www.indret.com;
- *Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijoo Sánchez a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar (2005)*, *InDret* 3/2006, en www.indret.com.

ROCCO, Arturo

- *Cinco estudios sobre derecho penal*, traducción de Bernardo Nespral, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003;
- *El objeto del delito y de la tutela jurídico penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, traducción de Gerónimo Seminara, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2001.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVI, fascículo I, enero-abril 1961, p. 233 y ss.

ROLDÁN, Concha, *Razones y propósitos: El efecto boomerang de las acciones individuales*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, *El reparto de la acción*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 47 y ss.

ROMANO, Mario, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile, Diritto penale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* año 36, Fascículo 3º, julio-septiembre 1993, p. 865 y ss.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

ROSENGARTEN, Joachim, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, Heft 30, p. 1935 y ss.

ROSS, Alf,

- *Colpa, responsabilità e pena*, traducción de Birgit Bendixen y Pier Luigi Frosini, Giuffrè Editore, Milán, 1972;

- *Lógica de las normas*, traducción de José SP Hierro, Editorial Tecnos, Madrid, 1971;

- *Tû a tû*, traducción de Genaro Carrió, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

ROUJOU DE BOUBEE, Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974.

ROUSSEAU, Jean Jacques

- *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, traducción de Antonio Pintor Ramos, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1995;

- *El contrato social o principios de derecho político*, traducción de José María Valverde, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

ROXIN, Claus

- *Derecho Penal Parte General*, traducción de la segunda edición alemana a cargo de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997;

- *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1990, p. 19 y ss.;

- *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en ESER, Albin/ HIRSCH, Hans Joachim et. al., *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 129 y ss.;

- *Política criminal y estructura del delito*, traducción de Bustos y Hormazábal, Editorial PPU, Barcelona, 1992;

- Problemas básicos del derecho penal, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid, 1976.

- *¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?*, en Cuadernos de Política Criminal 1986, N°30, p. 671 y ss.

ROXIN, Claus/ JAKOBS, Günther, et. al., Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario de la Universitat Pompeu Fabra, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

RUDOLPHI, Hans- Joachim, Causalidad e imputación objetiva, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

RUSSELL, Bertrand

- Autoridad e individuo, traducción de Mária Villegas, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2005;

- El conocimiento humano, traducción de Nestor Mínguez, Editorial Taurus, Madrid, 1977;

- La perspectiva científica, traducción de G. Sans Huelin, Editorial Ariel, Barcelona, 1969;

- Sociedad humana: ética y política, traducción de Beatriz Urquidi, Ediciones Cátedra, Madrid, 1987.

SALVADOR CODERCH, Pablo

- *Causalidad y responsabilidad*, InDret, 1/2000, en www.indret.com;

- *Causalidad y responsabilidad (versión actualizada)*, InDret 03/2002, en www.indret.com;

- *Presunción de inocencia y responsabilidad civil. Comentarios a sentencia de 26 de julio de 1995*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil N°9, año 85, N°231, p. 2895 y ss.;

- *Punitive damages*, InDret septiembre 2001, en www.indret.com;

- *Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización*, InDret 3/2002, en www.indret.com;

- *Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia*, en InDret abril 2002, www.indret.com

SALVADOR CODERCH, Pablo/ CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños, Marcial Pons Editores, Madrid, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo/ FERNANDEZ CRENDE, Antonio, *Instrumentos de control social y derecho de daños*, en InDret 4/2004, en www.indret.com

SALVADOR CODERCH, Pablo/ GAROUPA, Nano/ GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva*, en InDret 4/2005, en www.indret.com.

SALVADOR CODERCH, Pablo/ GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*, en Indret 1/2005, en www.indret.com

SALVADOR CODERCH, Pablo/ RUIZ GARCIA, Juan Antonio, *Prevención y derecho de daños*, en InDret 04/2001, en www.indret.com

SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.

SÁNCHEZ- VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, *Delitos de daños. Evolución y dogmática*, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2003.

SANTA LUCÍA, Bernardo, *Derecho Penal Romano*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

SANTOS BRIZ, Jaime

- Código Civil (comentarios y jurisprudencia), Editorial Comares, Granada, 1991;
- *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, en SANTOS BRIZ, Jaime, *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)*, Editorial Comares, Granada, 1991, p. 848 y ss.;
- *Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963;
- *La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y procesal*, Sexta Edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991;
- *La responsabilidad del fabricante frente a terceros en Derecho Moderno*, en *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 497 y ss.

SANTOS MORÓN, María José, *Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas*, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio/ CAFFARENA

LAPORTA, Jorge/ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, et. al., Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 3015 y ss.

SANZ ENCINAR, Abraham, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, en PANTALEÓN, Fernando (ed.), La responsabilidad en el derecho, Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid (2000), Madrid, 2000, p. 27 y ss.

SCHNEIDER, Hans Joachim, *Recompensa en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre autor, la víctima y la sociedad*, en Estudios Penales y Criminológicos XV, Universidad Santiago de Compostela, 1992, p. 201 y ss.

SCHOPENHAUER, Arthur

- El amor, las mujeres y la muerte, traducción de A. López White, CS Ediciones, Buenos Aires, 1998;

- Sobre la libertad de la voluntad, Editorial Alianza, año 2000.

SCHULTZ, Lorenz, *Structuren der Verantwortung in Recht und Moral*, en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft N°75, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2000, p. 175.

SCHÜNEMANN, Bernd

- *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, en SCHÜNEMANN, Bernd et. al., El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, traducción de Jesús María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 147 y ss.;

- *Sobre la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/ SCHÜNEMANN, Bernd/ WOLTER, Jünger (ed.), Omisión e imputación objetiva en derecho penal. Jornadas hispano alemanas de Derecho Penal el homenaje al profesor Claus Roxin, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1994;

- *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik- von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, en VON HIRSCH, Andrew/ SEELMANN, Kurt/ WOHLERS, Wolfgang (hrsg.), Mediating Principles, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2006.

SEARLE, John

- Actos de habla, traducción de Luis M. Valdés Villanueva, Sexta Edición, Ediciones Cátedra, 2007;
- Consciousness and language, Cambridge University Press, New York, 2010;
- Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente, traducción de Enrique Ujaldón Benítez, Editorial Tecnos, Madrid, 1992;
- La construcción de la realidad social, traducción de Antoni Domènech, Editorial Paidós, Barcelona, 1997;
- *Lenguaje y poder*, en Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político, traducción de Miguel Candel, Editorial Paidós, Barcelona, 2005, p. 89 y ss.;
- Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político, traducción de Miguel Candel, Editorial Paidós, Barcelona, 2005;
- Making the social world. The structure of human civilization, Oxford University Press, New York, 2010;
- Mente, lenguaje y sociedad. La filosofía en el mundo real, traducción de Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 2001;
- Rationality in action, Massachusetts Institute of Technology, New York, 2001.

SEELMANN, Kurt

- Kollektive Verantwortung im Strafrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 2002;
- *Verantwortungsstreuung als Strafbegrenzung*, en en VON HIRSCH, Andrew/ SEELMANN, Kurt/ WOHLERS, Wolfgang (hrsg.), Mediating Principles, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2006, p. 138 y ss.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, Los delitos de daños, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1994.

SESSANO, Javier, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional*, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología 08-03 (2006).

SILLAMY, Norbert, Diccionario de Psicología, traducción de J. Ferrer Aleu, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 1969.

SILVA MELERO, Agustín

- Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1952, p. 435 y ss.;

- Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1950.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

- Aproximación al derecho penal contemporáneo, Editorial Bosch, Barcelona, 1992;
- *Comportamiento de la víctima y teoría del delito. Introducción a la victimodogmática*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Instituciones de derecho penal, p. 73 y ss.;
- *Del derecho abstracto al derecho real*, en InDret 3/2006, en www.indret.com;
- El delito de omisión. Concepto y sistema, Editorial Bosch, Barcelona, 1996;
- *¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*, InDret 07/2001, en www.indret.com;
- *Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio 'jurisdiccional' de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado*, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/ CUERDA RIEZU, Antonio, et. al. (coords.) Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I, Editorial Edisofer, Madrid, 2008, p. 661 y ss.;
- *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas*, en InDret N°342, 2/2006, en www.indret.com;
- *La dimensión temporal del delito y los cambios de 'status' jurídico penal del objeto de la acción*, en Estudios de derecho penal, Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 169 y ss.;
- *La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Derecho Penal y Criminología, Vol 29, No 86-87 (2008);
- La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales, segunda edición revisada y ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 2001;
- *La posición de la víctima en el marco general de la función del derecho penal*, Libro homenaje a José Rafael Mendoza, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 401 y ss.;
- *Los indeseados como enemigos*, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología 09-01 (2007), en www.criminet.ugr.es/recpc;

- *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del derecho de la víctima al castigo del autor*, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Derecho Penal del Siglo XXI, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 327 y ss.;

- *Prevención del delito y reducción de la violencia*, tribuna en La Ley 11458/2009, año XXX, número 7160, 23 de abril de 2009, p. 1 y ss., en www.diariolaley.es;

- *Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación*, en Poder Judicial 45, 1997, p. 183 y ss.;

- *Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción*, en Estudios de Derecho Penal, Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 13 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús/ SCHÜNEMANN, Bernd/ DE FIGUEREIDO DIAS, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

SILVELA, Luis, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903.

SIMESTER, Andrew/ SMITH, Anthony, *Harm and Culpability*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

SIMMEL, Georg, *Cuestiones fundamentales de sociología*, traducción de Ángela Ackermann Pilári, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.

SMITH, Barry (ed.), *John Searle*, Cambridge University Press, New York, 2003.

SMITH, Barry/ MARK, David/ EHRLICH, Isaac (eds.), *The mystery of capital and the construction of social reality*, Open Court Publishing Company, Illinois, 2008.

SOLÉ RIERA, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

SOTO PIÑEIRO, Miguel, *Sobre los límites entre el ilícito civil y el penal. El caso de la apropiación indebida*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, 1993, en www.microjuris.cl.

SPEZIALE-BAGLIACA, Roberto, *La Culpa. Consideraciones sobre el remordimiento, la venganza y la responsabilidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.

- STRATENWERTH, Günther, *Zur Legitimation von Verhaltensdelikten*, en VON HIRSCH, Andrew/ SEELMANN, Kurt/ WOHLERS, Wolfgang (hrsg.), *Mediating Principles*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2006, p. 157.
- STRAWSON, Peter, *Freedom and resentment*, en FISCHER, Martin/ RAVIZZA, Mark, *Perspectives on moral responsibility*, Cornell University Press, New York, 1993, p. 45 y ss.
- SUAY, Celia, *Los elementos básicos de los delitos y falta de daños*, Editorial PPU, Barcelona, 1991.
- SUNSTEIN, Cass/ KAHNEMAN, Daniel/ SCHKALE, David, *Assessing punitive damages*, *Yale Law Journal* vol. 107, mayo 1998, N°7, p. 2071 y ss.
- TERRÉ, François, *Propos sur la responsabilité civile*, en *Archives du Philosophie du Droit*, vol. 22, *La Responsabilité*, Éditions Sirey, Paris, 1977, p. 37 y ss.
- THOMAS, Jean- Patrick, *Acte, agent, société. Sur le home coupable dans le pensée juridique romaine*, en *Archives du Philosophie du Droit*, vol. 22, *La responsabilité*, Éditions Sirey, Paris, 1977, p. 63 y ss.
- TODOROV, Tzvetan, *La vida en común. Ensayo de antropología general*, traducción de Héctor Subirats, Editorial Taurus, Madrid, 1995.
- TORÍO LOPEZ, Ángel, *Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización*, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N°2/2001, p. 589 y ss.
- TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer S.L., Madrid, 2005.
- TUGENDHAT, Ernst, *Ser, verdad, acción*, traducción de Rosa Helena Santos-Ihlau, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
- TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2° edición, *Collection Etudes Juridiques Comparatives*, Economica, Paris, 1989.
- TURNBULL, Colin, *The individual, community and society: Rights and responsibility from an anthropological perspective*, *Washington and Lee Law Review* 77, 1984, p. 77 y ss.
- VALDECANTOS, Antonio, *Teodicea, nicotina y virtud*, en CRUZ, Manuel/ ARAMAYO, Roberto, *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, p. 61 y ss.

VALLES MUÑO, Daniel, *Amnistía y responsabilidad civil*, InDret 1/2004, en www.indret.com.

VAN DER VEN, Joseph, *Verantwortung und Verantwortlichkeit. Versuch einer rechtphilosophischen Standortbestimmung*, en BAUMGARTEN, Hans Michael/ ESER, Albin, *Schuld und Verantwortung*, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.

VAN WEEZEL, Alex, *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*, en CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 1057 y ss.

VELÁSQUEZ, Manuel, *Why corporations are not morally responsible for anything they do*, en MAY, Larry/ HOFFMAN, Stacey, *Collective responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 1991, p. 111 y ss.

VERNENGO, Roberto, *Ética reflexiva y ética de responsabilidad en Max Weber*, en DOXA N°15-16 (1994), en www.cervantesvirtual.com

VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños causados por los animales*, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2002, p. 1341 y ss.

VIDAL GIL, Ernesto, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

VILLEY, Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, en *Archives du Philosophie du Droit*, vol. 22, *La responsabilité*, Éditions Sirey, Paris, 1977, p. 45 y ss.

VINEY, Geneviève

- *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, en *Archives du Philosophie du Droit*, vol. 22, *La responsabilité*, Éditions Sirey, Paris, 1977, p. 5 y ss.;

- *La Responsabilité: conditions*, en GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, L.G.D.J., Paris, 1982.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN/ BOIX REIG et. al., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

VON HIRSCH, Andrew

- Censurar y castigar, traducción de Elena Larrauri, Editorial Trotta, Madrid, 1998;

- *El concepto de bien jurídico y el 'principio de daño'*, en HEDENFEHL, Roland (ed.), *Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, traducción de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 37 y ss.

VON HIRSCH, Andrew/ SEELMANN, Kurt/ WOHLERS, Wolfgang (hrsg.), *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2006.

VON JHERING, Rudolf

- El fin en el derecho, traducción de Diego Abad de Santillán, Editorial Cajica, Puebla, 1962;

- Il momento della colpa nel diritto privato romano, traducción de Francesco Fusillo, Jovene Editore, Nápoles, 1990.

VON LISZT, Frank

- La idea de fin en el derecho penal, traducción de Carlos Pérez del Valle, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995;

- Tratado de derecho penal, traducido de la vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, 1900.

VON THUR, Andreas

- Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán, traducción de Tito Ravá, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998;

- Tratado de las obligaciones, traducción y concordancias de W. Roces, Primera Edición, Editorial Reus, Madrid, 1934.

VON WRIGHT, Georg, Norma y acción. Una investigación lógica, traducción de Pedro García Ferrero, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

WALSH, William, *Pride, shame and responsibility*, The Philosophical Quarterly, vol. 20, No. 78 (Jan. 1970), p. 1 y ss.

WALTER, Tonio, *Die Kultur der Verantwortung*, Merus Verlag, Hamburg, 2007.

WATSON, Gary (ed.), *Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

WEBER, Max

- Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, Editorial Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, 1984;
- El político y el científico, traducción de Francisco Rubio Llorente, segunda edición, Alianza Editorial, 1969.

WELZEL, Hans

- Derecho Penal Alemán. Parte General, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970;
- El nuevo sistema del derecho penal, Editorial Ariel, Barcelona, 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig

- Investigaciones filosóficas, traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Editorial Crítica, Barcelona, segunda edición, 2002;
- Los Cuadernos azul y marrón, traducción de la 2ª Edición inglesa por Francisco Gracia Guillén, Editorial Tecnos, Madrid, 1989;
- Tractatus logico-philosophicus, versión española de Enrique Tierno Galván, Alianza Editorial, Madrid, 1973.

YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *La evolución del sistema de derecho penal*, Cuadernos de Política Criminal N°54, 1994, p. 1153 y ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano

- Aspectos civiles del nuevo Código Penal, Editorial Dykinson, Madrid, 1997;
- *El perturbador artículo 1902 del Código Civil: cien años de errores*, en Centenario del Código Civil, Asociación de profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, tomo II, p. 2109 y ss.;
- Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Editorial Dykinson, Madrid, 2001.

ZACZYK, Rainer, *Schuld als Rechtsbegriff*, en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 74, Verantwortung in Recht und Moral, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, p. 103- 115.

ZIMMERMANN, Michel, *Sharing responsibility*, en FRENCH, Peter, A spectrum of responsibility, St. Martin Press, Nueva York, 1991, p. 275 y ss.

ZIMMERMANN, Reinhard, The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition, Junta & Co. Ltd., Cape Town, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, Agustín

-*Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*, en Estudios Penales.

Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 565;

- Fundamentos de derecho penal, tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993;

- Los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Editorial Akal, Madrid, 1988.

ZULETA, Hugo, *Ilícito*, en GARZON VALDÉS, Ernesto/ LAPORTA, Francisco (eds.), El derecho y la justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 333 y ss.

Santiago de Chile, julio 2011.