

ACTUAR Y OMITIR EN DERECHO PENAL*

Günther Jakobs¹

Comentario previo

La configuración de la sociedad es construida mediante instituciones, es decir, como formularé de modo genérico, a través de contextos normativos consolidados, entre los cuales aquí son de interés los contextos *jurídicos*, y, dentro de éstos, aquellos dos en los que queda condensada el conjunto de la imputación jurídico-penal: por un lado, aquel contexto de acuerdo con el cual el derecho *general* a una organización libre se corresponde con el deber de no lesionar a otros en el curso de tal organización, y, por otro lado, el contexto entre un *status especial* y deberes (y derechos) especiales. Ambas situaciones serán objeto de una exhaustiva explicación.

Ahora interesa con carácter previo que la institución mencionada en primer lugar genera los deberes habitualmente denominados *negativos*: deberes de no lesionar, por ello, “negativos”. La segunda institución genera además deberes *positivos*, es decir, deberes de auxilio solidario. Un ejemplo de deber negativo está en la prohibición general de lesionar a otras personas, un ejemplo de un deber positivo en el mandato dirigido a los padres de evitar que su hijo sufra daños.

En primer lugar, abordaré en la primera parte, más extensa, los deberes negativos, es decir, aquellos de no lesionar, y, a continuación, de modo más breve en la segunda parte los deberes positivos de llevar a cabo una conducta solidaria.

1ª parte. Deberes negativos

A. Equivalencia de actuar y omitir

La tradición no nos dice a qué dedicaban Adán y Eva en el paraíso aquella parte de su tiempo que no consumieran alabando, en su caso, a Dios; sí sabemos, en cambio, lo que les esperaba en este ámbito después de su expulsión y desde entonces es destino de todo ser humano: esfuerzo y trabajo, o, como dice el Génesis, ganar el pan con el sudor de su frente, es decir, llevar a cabo una actividad con esfuerzo, pues no se suda de no hacer nada.

Ahora bien, el pan diario, o, dicho de modo más general, el bienestar no se procura mediante un permanente actuar –eso no sería más que hacer ciegamente cosas por hacer algo-, sino con una organización ordenada, y ésta, a medio o largo plazo, siempre se compone de una mezcla de actuar y omitir: hay algunas acciones que deben ser ejecutadas y determinadas otras que precisamente no deben ser realizadas. Dicho a

* Título alemán: “Tun und Unterlassen” (manuscrito). Traducción al español de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid). Conferencia dada en el Paraninfo de la Universidad de la República, Montevideo, 31 de marzo de 2003.

¹ Catedrático ® de Derecho Penal y Filosofía de la Universidad de Bonn.

modo de ejemplo: quien quiere sembrar en primavera, debe separar simiente en el otoño previo y no debe comérsela en invierno aunque el alimento sea escaso y por ello la tentación de consumirla grande. Para llevar el asunto al mundo jurídico, imagínese que el legislador de un país ha establecido todo lo necesario para la siguiente siembra. Desde el punto de vista de la lógica de las normas, se trata entonces, por un lado, del *mandato* de separar de la cosecha la simiente; este mandato es cumplido mediante determinadas acciones, es decir, la separación, y se infringe cuando se omiten tales actos. Por otro lado, se promulga una *prohibición*, concretamente, de comer la simiente, y esta prohibición es cumplida mediante una omisión, es decir, la omisión de comer, y es infringida por un determinado actuar, es decir, por el consumo.

En el ejemplo, se han seleccionado un solo mandato y una sola prohibición; es fácil mencionar algunos más, como por ejemplo, los mandatos de almacenar la simiente de modo adecuado o de evitar que accedan a ella ratones y ratas, etc., o las prohibiciones de vender la simiente o alimentar con ella a los animales, etc. Los mandatos se infringen no ejecutando las acciones mandadas (la simiente no es almacenada de modo adecuado, no se expulsa a los animales nocivos) –en cada caso, un delito de omisión– y las prohibiciones, llevando a cabo precisamente las acciones que no deben ser (la simiente es vendida o usada para alimentar los animales), en cada caso, un delito de comisión.

No sólo esta transición entre actuar y omitir, sino también el carácter intercambiable, la equivalencia de ambas modalidades de conducta, pueden ser representadas fácilmente en el ejemplo del conductor de un automóvil: cuando, circulando el vehículo a alta velocidad, aparece repentinamente un obstáculo, la norma le *manda* frenar o esquivar el obstáculo, e incluso en caso de estar despejada la vía, le *prohíbe* acelerar el automóvil por encima de la velocidad máxima permitida. En este contexto, a su vez puede depender en el caso concreto del equipamiento técnico que se trate de un *mandato* o de una *prohibición*; así, por ejemplo, si una señal de tráfico ordena una reducción de la velocidad, le está *prohibido* al conductor acelerar su vehículo; si, sin embargo, éste cuenta con un mecanismo automático de mantenimiento de una determinada velocidad, existirá el *mandato* de reducir el valor alto indicado previamente al mecanismo de control de la velocidad.

La equivalencia entre actuar y omitir acabada de esbozar no sólo existe, como es evidente, en la organización de fines socialmente útiles, sino también en la de fines socialmente lesivos, en particular, de infracciones criminales. Para mostrar esto, cabe recurrir al ejemplo mencionado en último lugar: si el automovilista, que se aproxima a gran velocidad, reconoce en un peatón que cruza la calle a su enemigo, por ello, no frena su coche y produce así la muerte del peatón, se trata de un homicidio por omisión; si, por el contrario, el vehículo ya está perdiendo velocidad cuando el conductor reconoce a su enemigo, y aquel acelera para alcanzar aún a éste, concurrirá un homicidio por medio de un actuar. Más importante que esta distinción entre actuar y omitir es lo que ambas modalidades de conducta tienen en común: ambas son una organización del autor.

De acuerdo con lo expuesto, sería evidentemente erróneo considerar que la responsabilidad jurídico-penal por un actuar es la forma primaria de responsabilidad e

intentar inferir la responsabilidad por omisión de modo más o menos tortuoso de la primera (aunque esto se intenta con frecuencia). Ciertamente, en un sentido externo, prácticamente cualquier empresa ha de comenzar con un actuar; primero hay que adquirir y domar a los animales, las máquinas primero han de ser construidas y puestas en marcha, las instalaciones industriales han de establecerse y activarse antes de que esas cosas e instalaciones puedan trabajar para uno, pudiendo omitir actos propios. Pero desde el punto de vista jurídico, no es decisivo qué es lo que fácticamente suele estar al comienzo de una actividad, sino aquello que mantenga una relación de equivalencia funcional, y lo cierto es que depende del estado de la organización de una persona – de un estado que es casual- que ésta deba intervenir actuando o que sólo deba esperar para configurar una organización que persigue un determinado objetivo.

B. El deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como caso básico

1. Fundamentación del deber

Para llevar a cabo una exposición más exacta, es necesario determinar cuándo y en qué medida una persona es responsable de las modificaciones en el mundo hechas (actuar) o toleradas (omitir) por ella. La persona debe concebirse como titular de derechos y deberes, y en lo que se refiere a los derechos, llegan desde la propiedad sobre uno mismo, es decir, de alma y cuerpo, pasando por otros derechos absolutos (y esto significa: susceptibles de ser defendidos en legítima defensa), como, por ejemplo, el derecho a tener trato con los hijos propios o el derecho al uso del dominio público. Todos y cada uno de los derechos tiene un alcance determinado, delimitado por el hecho de que las demás personas tienen derechos. Dicho a modo de ejemplo: aunque tenga derecho a proceder a mi arbitrio con mi patrimonio, no lo puedo usar para destruir la propiedad de otras personas. – La suma del alcance respectivo de todos los derechos constituye el ámbito de organización jurídicamente garantizado de una persona; por lo tanto, este ámbito es mucho más que el mero alcance de la actividad corporal, sino que, por el contrario, se extiende a todo aquel campo en el que la persona puede lícitamente excluir a otras personas, es decir, que abarca también el conjunto de la propiedad sobre muebles e inmuebles, y ello incluso aunque no exista un uso actual.

Mientras una persona se mueva dentro del ámbito de organización que le corresponde, desde el punto de vista jurídico, todo está en orden. Sin embargo, puede suceder que una persona haga uso de ese potencial que le corresponde para irrumpir en un ámbito de organización ajeno, es decir, para usurparlo; dicho con un ejemplo: la mano de una persona, es decir, su propiedad, ahoga a otra persona, o clava un puñal en su pecho, o la persona azuza a un perro contra otra persona, etc. En tales casos, la persona hace uso de su cuerpo –su propiedad- de un modo ya no permitido en detrimento de otros, y la otra persona puede lícitamente repeler tal uso –dependiendo del contexto- conforme a las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo, aunque sólo cuando exista una amenaza actual que se cierna sobre ella, y en algunos casos en ese momento ya es demasiado tarde, y quizás, de todos modos, la persona es demasiado débil. *Antes* de que exista una amenaza actual, la víctima potencial ni debe ni puede dirigir, ni siquiera vigilar, lo que el autor emprenda. Pues mientras el autor no lleve su actividad fuera de su ámbito de organización, puede lícitamente excluir a todos los demás de la

administración de sus derechos. Debido a esta libertad del potencial autor a administrar sus derechos de modo autónomo, libre de obstáculos y supervisión, la víctima potencial queda excluida de toda influencia en aquel sector del mundo, incluso de toda toma de conocimiento, de mero control, del estado de cosas en su organización. Dicho de otro modo: en una primera fase, la potencial víctima no tiene derecho a hacer nada, y, además, en la mayoría de los casos, no sabrá lo suficiente para poder hacer algo, y en el momento en el que sepa lo suficiente y tenga derecho a defenderse, como antes se ha dicho, quizás la defensa ya no sea posible, o quizás la víctima no esté de por sí en condiciones de repeler la intromisión.

En correspondencia con esta exclusión de los demás de la administración de los derechos de un potencial autor, a éste se le impone la responsabilidad por su autoadministración: *la responsabilidad por las consecuencias es condición de la libertad de comportamiento*. Esta es la razón de la existencia de responsabilidad tanto por un hacer como por un omitir en el ámbito de los deberes negativos.

En lo que se refiere a un delito de comisión, ello significa que mientras que una persona organice libremente su cuerpo, es decir, no sea violada, será garante de que su mano no ahogue a otro o apriete el gatillo de una pistola o incendie la casa del vecino, etc. Por lo tanto, también el autor por comisión infringe un deber de garante; lo que sucede es que esa constatación por regla general (aunque no siempre) es tan trivial que resulta superfluo realizar un ulterior análisis: ¿quién iba a responder de “manos y pies”, si no su titular, mientras pueda organizar con libertad? Dicho de otra manera, la responsabilidad por un actuar, por comisión, no es otra cosa que una responsabilidad por la infracción del deber de aseguramiento en el tráfico de la persona respecto de sus movimientos corporales, y ello en un doble sentido: no sólo está prohibida la ejecución de aquellas acciones que desde un principio son susceptibles de ser identificadas como lesivas, por ejemplo, una cuchillada en el tórax, sino que también debe interrumpirse un movimiento que, pareciendo inicialmente inocuo, más tarde sí demuestra ser lesivo; en este sentido, ha de omitirse el disparo a la diana cuando una persona entra en el campo de tiro.

2. En particular: el deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como mandato

La conclusión alcanzada es susceptible de ser trasladada, sin fractura alguna, al ámbito de la omisión: un ámbito de organización por regla general no sólo está compuesto por un cuerpo animado, sino que de él forman parte ulteriores propiedades, como, por ejemplo, una casa, un automóvil, una empresa, etc., y respecto de todo ello existe –por esta misma razón– un deber de aseguramiento. Por ello, debe evitarse la existencia de un *output* lesivo del ámbito de organización –debe ordenarse al perro de uno que se detenga cuando amenaza con morder a otros–, y un estado de organización inicialmente inocuo deberá modificarse cuando resulte que podría producir lesiones: hay que detener el automóvil en movimiento cuando un peatón invade la calzada. Al igual que la responsabilidad por un actuar lesivo, esta responsabilidad por vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico es común probablemente en cualquier ordenamiento jurídico con cierto grado de desarrollo, comenzando por la responsabilidad de aquel que no fija de modo adecuado las tejas de su casa, de modo que los peatones que pasan al lado de ésta pueden ser sufrir un daño al caer las tejas, pasando por la responsabilidad

del propietario de animales peligrosos que no los encierra, y llegando hasta la responsabilidad del empresario que no impide la distribución de productos lesivos. Esto no significa que una persona tenga el deber de impedir siempre y en todo caso que su ámbito de responsabilidad cause una lesión; pues no toda relación causal es causalidad imputable; en particular, es lícito crear un riesgo permitido, o es posible que la víctima actúe a su propio riesgo, etc. Dicho con un ejemplo: cuando mi vecino saca de mi cobertizo, que no está cerrado, una máquina de jardinería que genera cierto riesgo, pero es de uso común, la manipula y se lesiona, ello es asunto *suyo*; mi organización se mantiene en el marco de lo permitido. No es posible tratar la cuestión acerca de cuál es el punto exacto por el que discurre el límite de lo permitido y dónde comienzan los deberes de aseguramiento en el tráfico; en todo caso, tal límite es idéntico en la comisión y en la omisión.

Como se acaba de exponer, estos deberes de aseguramiento en el tráfico existen porque la persona es titular de un ámbito de organización, excluyendo por ello a todas las demás personas de la administración de esa parte del mundo: partiendo de tal situación, sólo ella misma puede ser responsable de que la organización sea la correcta. Ahora bien, un deber de aseguramiento en el tráfico no sólo puede hallarse vinculado a la mera *titularidad* respecto de un ámbito de organización, sino también puede anudarse a un específico *comportamiento de organización*, a través del cual se anulan los dispositivos de protección de otro ámbito de organización; en tal caso, ha de sustituirse la protección anulada de modo equivalente. En este caso, no se trata de un fundamento genuinamente nuevo para la responsabilidad, sino de una variante meramente fenotípica, que es corriente en dos configuraciones: por un lado, la sustitución de un mecanismo de protección primario, que el otro abandona de modo consensuado – se habla de asunción voluntaria –, y, por otro, la imposición de la privación de la protección primaria – se habla de la *ingerencia* (en latín: *ingerere*, entrometerse, imponer algo).

C. En particular: la asunción voluntaria

En lo que se refiere, en primer lugar, a la asunción, la responsabilidad de quien asume la garantía es consecuencia de una disminución -determinada cognitivamente- de las posibilidades de supervivencia de la víctima potencial. Ejemplos: la niñera promete a los padres cuidar su hijo mientras ellos van a la ópera. Un peatón ofrece su brazo a una persona invidente y la conduce, fuera de la seguridad que la acera ofrece, al centro de la calzada, en la que hay abundante tráfico. Después de un accidente, alguien convence a una persona que se dispone a procurar medios de rescate de que desista de su empeño, prometiendo que él los obtendrá en su lugar. En todos estos casos se neutraliza una oportunidad efectiva de salvamento, y esta pérdida debe ser compensada por una sustitución equivalente. Para ello, no es decisivo que la protección originaria hubiera sido prestada por un garante, o por una persona a la que no alcanza el deber de garantía, o incluso por un curso natural; por el contrario, lo único decisivo es la efectividad previsible de esa protección originaria. Por lo tanto, si en el ejemplo de la interrupción de una medida de salvamento, el sujeto que inicialmente estaba dispuesto a prestarla hubiera conseguido previsiblemente un auxilio efectivo, quien le convence de que desista de su propósito debe intentar conseguirlo, hasta que se haya prestado una ayuda efectiva. Si el "salvador" al que se sustituye está completamente agotado y habría sido

incapaz de hacer algo, quien ocupa su lugar *per se* no tiene que obtener ningún resultado positivo, ya que no ha eliminado una protección efectiva. Tampoco es preciso que exista un contrato de asunción jurídico-civilmente válido; en muchos casos de asunción a título gratuito -como, por ejemplo, en el caso de quien guía a una persona desvalida por un terreno peligroso-, tal base contractual faltará por regla general. No es un contrato lo que fundamenta la responsabilidad, sino el hecho de que se provocó el abandono de un mecanismo de protección. Por consiguiente, la posición de garantía también puede ser adquirida por personas que, si bien ya son (parcialmente) imputables, aún no tienen capacidad para concluir contratos onerosos; en consecuencia, también el *boy scout* quinceañero que como buena obra del día ayuda a una persona desvalida a cruzar la calle, adquiere la posición de garantía respecto de que no se realicen los riesgos del tráfico.

Como ya se expuso respecto de los deberes de aseguramiento en el tráfico de modo general, también en el caso de la asunción ha de decidirse si la dejación de la protección primaria debe quizás ser imputada a la propia víctima o a una tercera persona. Dicho a modo de ejemplo: si la mera presencia de una persona en determinado lugar genera la expectativa de que se ocupará de la protección, y ello es el motivo por el que se reducen los mecanismos de protección ya existentes, ello no conduce *per se* a que la persona en cuestión adquiera la condición de garante; pues no es posible imputarle la reducción de los niveles de protección a la persona en cuestión sólo con base en su presencia; la solución será distinta, desde luego, si la presencia debe entenderse como promesa concluyente de prestar ayuda. Como antes se ha dicho, aquí no se indagará más en esta delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Llegados a este punto, conviene dar una respuesta a la cuestión, que inmediatamente surge, de si también existe la asunción en el ámbito del hacer, es decir, una asunción que conduce no a que sean preceptivas determinadas medidas de salvamento, sino a que prohiban determinadas acciones. De acuerdo con la concepción aquí defendida, que, como se ha expuesto, se basa en la suposición de un pleno paralelismo entre actuar y omitir, la respuesta ha de ser afirmativa, y tampoco resulta difícil describir la situación paralela en la comisión: el responsable modifica un ámbito de organización ajeno mediante una promesa, de tal modo que a partir de ese momento debe renunciar a determinadas acciones, de por sí permitidas, si se quiere que el ámbito de organización ajeno siga incólume; dicho de otro modo: esas conductas pasan a ser prohibidas para él. Haciendo uso de un ejemplo, esto significa lo siguiente: quien en medio del frío invierno invita a un enfermo, sensible a las bajas temperaturas, a que abandone la caldeada habitación del hospital para visitar su vivienda, no debe ventilarla prolongadamente en ese momento (se trataría de lesiones, si no de homicidio), aunque tal conducta en sí, sin la presencia del enfermo, indudablemente sería lícita. O, en un ejemplo muy trivial: quien tiene huéspedes en su casa, no puede cerrar con llave su puerta después de la llegada de éstos (se trataría de una detención ilegal), aunque en otra situación tal conducta entra por completo en su albedrío, etc. Estas prohibiciones son tan evidentes que incluso resulta difícil arribar a la calificación de supuestos de asunción; pero no comete detención ilegal quien cierra la puerta de su casa sabiendo que en ella aún se encuentra un ladrón.

D. En particular: injerencia

1. Fundamento

Se abandona ahora el campo de la asunción -cabe esperar que haya quedado claro que supone una concreción del contenido del deber de aseguramiento en el tráfico-, y siguen algunas acotaciones respecto de la muy discutida institución jurídica de la injerencia. En lo que se refiere al ámbito nuclear, la discusión que se está desarrollando es, sencillamente, improcedente: al igual que es evidente que mediante los acuerdos, mediante una asunción, puede quedar modificado el contexto en función del cual se determinan las prohibiciones y los mandatos, es evidente también que ese contexto puede ser cambiado mediante injerencias no anunciadas previamente -en ese sentido, sorpresivas- en el estado actual de una organización ajena. Se trata de meras variantes fenotípicas de un material genotípico idéntico. Dicho con un ejemplo drástico: quien lanza al aire a un niño pequeño ha de volver a asirlo cuando descienda, con independencia de cuál sea la razón por la que lo lanzó: en broma, sin mayor reflexión, como intento de homicidio. Esta decisión es de modo tan evidente correcta (y, en todo caso, está sometida a las mismas -casi inimaginables- excepciones), como lo es la afirmación de que quien lanza directamente al suelo al niño es un homicida.

Por consiguiente, no cabe formular dudas de principio frente a la posibilidad de inferir una posición de garantía de una conducta previa. Quien de modo imputable priva a una organización ajena de una protección frente a un daño o frente a un empeoramiento de las lesiones, debe sustituir el déficit de modo equivalente, y la única cuestión sobre la que merece la pena discutir es la siguiente: ¿en qué casos se ha debilitado la protección de modo imputable? Es imposible encontrar una respuesta a esta pregunta si se fija la mirada sólo en el ámbito de organización del potencial responsable a título de injerencia, o sólo en el de la potencial víctima, pues la fundamentación de una posición de garantía es la fundamentación de una relación jurídica entre dos ámbitos de organización, por lo que ambos deben ser examinados simultáneamente. Dicho de otro modo: es entre ambos que ha de determinarse cuál es competente.

2. Cuestiones particulares

Intentaré mostrar cuáles son las características de esa determinación recurriendo a algunos ejemplos extraídos de la amplia jurisprudencia existente al respecto: (1) un automovilista que conduce su vehículo correctamente colide con un peatón que invade ebrio la calzada. ¿Debe el automovilista impedir, bajo pena de homicidio en comisión por omisión, que la víctima se desangre? (BGH 25, pp. 218 y ss.). La víctima de una agresión ilegítima golpea al agresor en legítima defensa y percibe después que éste morirá si no recibe ayuda. ¿Ha dado la acción de defensa lugar a un deber de auxilio? (BGH 23, pp. 327 y ss.). (3) Los directivos de una empresa no retiran del mercado su producto -un spray para el tratamiento de artículos de cuero-, a pesar de que el uso masivo de la sustancia ha mostrado (en un primer momento, ello no era cognoscible) que éste puede generar lesiones en quienes la usen. ¿Lesiones en comisión por omisión? (BGH 37, pp. 106 y ss.). (4) Dos personas acuerdan dar una paliza a determinada víctima, ejecutando su propósito; después, uno de ellos le produce ulteriores lesiones y

finalmente la mata víctima, lo que el otro sujeto no impide. ¿Complicidad por omisión en el homicidio? (BGH NStZ 1985, p. 24).

La jurisprudencia más reciente, apoyándose en diversas voces de la bibliografía, intenta resolver la problemática mediante la fórmula de que concurriendo antijuridicidad del comportamiento previo, se genera un deber en virtud de injerencia. Con ello quiere decirse lo siguiente: si alguien penetra de modo antijurídico en el ámbito de organización de otro, debe revocar por completo esa usurpación de libertad ajena, y de acuerdo con esta tesis, ello significa que no sólo debe retirarse él, llevándose sus instrumentos (extraer el puñal de la herida), sino que también debe eliminar las modificaciones perniciosas en el ámbito de organización ajeno (detener la hemorragia), ya que tales modificaciones son obra de quien se ha comportado de modo antijurídico, es decir, que también son resultados de la usurpación. Dicho con un ejemplo: quien no tiene cuidado de su perro fiero, de modo que amenaza con morder a una persona, debe ordenarle que se detenga (deber de aseguramiento en el tráfico), y cuando el animal ha hundido sus colmillos en la pierna de la persona, debe conseguir que la suelte (deber en virtud de injerencia), así como ocuparse del tratamiento de la herida (igualmente, deber en virtud de injerencia). No se trata en absoluto de un deber de resarcir del daño ya producido, sino de evitación de ulteriores consecuencias; si bien ya el mero hecho de que una lesión perdure en el tiempo es una consecuencia ulterior.

La fórmula mencionada, de acuerdo con la cual el actuar previo ha de ser antijurídico, es demasiado estricta, y de hecho es mantenida por la jurisprudencia sólo en el plano verbal. En el supuesto antes enunciado del spray protector de artículos de cuero (caso 3), el Tribunal Supremo Federal asumió que resultaba posible afirmar la concurrencia de una infracción de deber en el comportamiento previo (la distribución de los productos), ya que, de acuerdo con el Tribunal, tal conducta a la postre mostró ser lesiva. Sin embargo, partiendo de esta fundamentación, prácticamente cualquier comportamiento con efectos causales (y los demás carecen desde un principio de interés) podría desencadenar un deber en virtud de injerencia. En consecuencia, la única cuestión decisiva es si la conducta debe ser enjuiciada como antijurídica *en el momento en el que es realizada* en virtud de la peligrosidad que muestre ya en ese momento. Y en el caso de referencia, precisamente no era posible formular *ese* juicio de antijuridicidad. En el plano material, el Tribunal Supremo Federal trató la conducta de introducir nuevos productos como riesgo *especial*, un riesgo que el productor en su propio beneficio se arroga frente a los consumidores, y por ello tiene el deber -a pesar de actuar de modo lícito- de minimizar las consecuencias lesivas de su comportamiento. "Arrogación de un riesgo especial" es el concepto decisivo; la antijuridicidad de la conducta sólo es un subsupuesto, aunque sea significativo.

Por lo demás, la sentencia del caso del spray para cuero muestra con toda claridad que no es posible alcanzar la solución recurriendo exclusivamente a la idea de la relación jurídico-abstracta entre personas, sino que depende de la semántica de la sociedad en su evolución concreta. Muy probablemente, la sentencia hubiera ido en otra dirección si se hubiera dictado en 1950 (es del año 1990): en una sociedad que apuesta por el progreso técnico, los intereses de seguridad no tienen una jerarquía tan alta como en una sociedad saturada de productos técnicos.

Si se revisan sobre esta base las otras tres resoluciones citadas, se obtiene la siguiente imagen: en el caso del sujeto agredido que no se ocupa del agresor al que ha derribado lícitamente (caso 2), no basta con invocar el carácter lícito de la legítima defensa (y, de hecho, el Tribunal Supremo Federal no se contenta con ello); por el contrario, ha de considerarse además que el conflicto emana del agresor, es decir, que el agredido no se arroga frente a él un riesgo especial. La situación es diversa en aquellas causas de justificación en las que la víctima de la intervención no es responsable de nada. Dicho con un ejemplo: quien extrae agua de la propiedad del vecino para extinguir un incendio, debe cerrar la llave de paso después, a pesar del carácter lícito de su conducta (se trata del llamado estado de necesidad agresivo, § 34 StGB, § 904 BGB), para impedir que se malgaste el agua o que ésta incluso pueda dañar la propiedad del vecino.

Tampoco en el caso de la colisión con un sujeto ebrio (caso 1) basta con alegar que la conducción del vehículo era correcta para descartar la injerencia. ¿Qué sucedería si hubiera explotado una cubierta -sin culpa alguna del conductor- y el vehículo hubiera arrollado a un peatón? Desde el punto de vista del Derecho civil, el titular del vehículo estaría incurso en una responsabilidad por riesgo, cuya ejecución además es garantizada por un seguro obligatorio. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico ha procurado que el fétro de la víctima pueda y deba ser pagado por el titular del vehículo aunque no concurra culpa suya o del conductor. De ello cabe deducir que el ordenamiento jurídico trata (aún) el uso de un vehículo de motor como riesgo especial. En correspondencia con ello, el Tribunal Supremo Federal argumentó que quien conduce de modo correcto su vehículo en todo caso no adquiere obligaciones derivadas de injerencia frente a quien causó el accidente *negligentemente*. La negligencia pesa más que el riesgo derivado del vehículo, pero cuando sea este riesgo la única causa del accidente, probablemente la conducción correcta no excluya la existencia de un deber en virtud de injerencia. Por consiguiente, en el caso de la rueda que explota, el conductor deberá auxiliar al peatón bajo amenaza de la pena correspondiente a la comisión, a pesar de que la opinión probablemente mayoritaria en la bibliografía -obsesionada *exclusivamente* con la diferencia entre conducta lícita y antijurídica, en lugar de explorar *todas* las líneas de reflexión- se pronuncie en contra de la concurrencia de un deber derivado de injerencia en estas constelaciones de casos.

En lo que se refiere, finalmente, a la sentencia relativa al supuesto en el que el sujeto no evita un homicidio cometido por su compinche después de unas lesiones en las que ha intervenido en régimen de coautoría (caso 4), existen dos razones (que el Tribunal, de hecho, menciona) para afirmar la existencia de responsabilidad a título de injerencia. En primer lugar, la lesión inicial disminuyó de modo antijurídico el potencial de defensa de la víctima, y esto compete a ambos coautores, también a aquel que después no mata activamente; y quien priva a la víctima de alternativas de autoprotección, ha de sustituirlas de modo equivalente. En segundo lugar, el actuar previo -las lesiones cometidas conjuntamente- en este supuesto era un comportamiento agresivo sin límites definidos: quien da rienda suelta a su agresividad conjuntamente con otros no puede estar seguro de cuándo tendrán "suficiente" los demás, es decir, que genera con el acuerdo previo el peligro de que la agresión vaya más allá. Esto es: al debilitamiento del potencial de defensa hay que sumarle el espoleamiento de tendencias agresivas.

La idea ya antes esbozada al hilo del tratamiento del caso del spray para artículos de cuero, es decir, la consideración de que no es sólo la juridicidad abstracta a la que hay que recurrir para hallar las líneas básicas de decisión, sino que es también decisiva la concreta configuración de la sociedad, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho de que algunos ámbitos que antiguamente eran centrales para la jurisprudencia ya no producen problemas de injerencia. A modo de ejemplo cabe mencionar el problema de la complicidad por omisión en un falso testimonio, una cuestión específica de los procesos de divorcio de acuerdo con la anterior legislación [en la que en los divorcios había que identificar una parte "culpable" de la disolución del vínculo, con las correspondientes consecuencias (n. del t.)]: una parte procesal niega, faltando a la verdad, que haya cometido adulterio con un tercero, y no impide -una vez citado ese tercero a declarar como testigo- que éste cometa falso testimonio en su deposición (cfr. BGH 17, pp. 321 y ss.). Mientras el adulterio se concebía como un hecho dirigido contra una institución decisiva del mundo civil, por lo que debía permanecer oculto, daba lugar a una existencia mendaz en su raíz, con la consecuencia de que ambos integrantes de la pareja adúltera adquirían competencia también por las mentiras del otro, puesto que entraron *conjuntamente* en el mundo de mentiras. Desde que el matrimonio se practica como relación susceptible de rescisión unilateral, este vínculo está ausente, de modo que la pareja fuera del matrimonio puede ser la única responsable de su declaración en juicio. De este modo, la injerencia revela ser -al igual que en el supuesto de la responsabilidad por el producto (habría que mencionar otros ejemplos, como el suministro de alcohol a personas adultas, un acto hoy ampliamente entendido como socialmente adecuado)- un sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad, sean reales o imaginarias.

Para concluir las consideraciones sobre este punto ha de anotarse que en el ámbito de la comisión existen configuraciones de casos que son plenamente equivalentes a la injerencia. En lugar de exponer reflexiones abstractas, mencionaré en este contexto tan sólo un ejemplo: a quien ha lesionado a otra persona (injerencia) le está *prohibido* impedirle a la persona lesionada hacer uso de su teléfono (del agresor), si éste es el único medio para solicitar auxilio urgente. Por lo tanto, una vez más la diferencia entre actuar y omitir muestra ser meramente relativa a la técnica de organización.

2ª parte. Deberes positivos

A. Dependencia cultural

En una sociedad artificial de carácter extremadamente liberal podría bastar con cumplir el deber de mantener la organización propia en un estado tal que no derive de ella un *output* lesivo, y, en caso de que ello haya sucedido a pesar de todo, con el cumplimiento del deber de revocar la usurpación de la libertad ajena, es decir, podría ser suficiente con el exclusivo respeto a los deberes negativos. Pero esto no resulta bastante en una sociedad realmente existente que haya alcanzado cierto grado de desarrollo: ciertamente, los deberes negativos son la base de todo orden social, pero precisamente: sólo la base. Sobre ésta se levanta el edificio de los deberes positivos (que vuelve a generar todos los deberes negativos; sobre esto, más adelante), un edificio que depende de modo directo de la cultura en cuestión: hay que proteger a los niños frente a

múltiples peligros, se debe sanar a los enfermos o al menos protegerlos frente a empeoramientos, hay que evitar que se cometan delitos, ha de lucharse contra el enemigo exterior o interno, el Estado debe garantizar un determinado nivel de asistencia mínima. En todos estos casos -y ello resulta decisivo-, las prestaciones deben ejecutarse con independencia de cuál sea el ámbito de organización del que provenga el curso peligrosos, o que éste sea de origen natural. Y es que se trata de deberes positivos; la norma no (sólo) dice "controla tu organización", sino (también) "sé solidario".

¿De qué deberes se trata? Como se ha dicho, la respuesta depende en gran medida de la cultura en cuestión -un Estado más bien liberal, uno de configuración paternalista y un Estado cristiano mostrarán con toda certeza diferencias-, pero cabe identificar un marco en el cual han de buscarse estos deberes dentro de un Estado moderno y secularizado, aunque no sea más que eso. Como principio general debe mencionarse en primer lugar que la institución respecto de la cual se pretenda que genere deberes garantizados por el Derecho penal ha de mostrar una relevancia social que no sea inferior a la que corresponde a la relación entre libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias. Partiendo de este presupuesto, pueden mencionarse las siguientes instituciones: (1) la paternidad en cuanto conjunto de la relación de los padres hacia sus hijos, (2) el Estado en alguna de las relaciones con sus ciudadanos, es decir, en lo que se refiere a sus cometidos *elementales* (irrenunciables), y (3) otros supuestos de confianza *especial* hacia el titular de un determinado rol en el sentido de que este titular no defraudará las expectativas que existen frente a él. Se trata, en consecuencia, de aquellas formas de relación social respecto de las cuales no existe en general una alternativa de organización.

B. El Estado y los funcionarios estatales

Parece claro que no es posible determinar para todas las épocas y para todos los ámbitos culturales cuándo no hay alternativa de organización a las prestaciones del Estado. En este sentido, en Europa -si prescindimos de algunos pocos Estados en el Este de Europa- el Estado tiene el cometido de garantizar en caso de necesidad al menos un nivel mínimo de condiciones de subsistencia, esto es, de ocuparse de que sus ciudadanos (aunque no se encuentren sometidos a una relación especial de sujeción como los penados presos o los soldados) no mueran, en contra de su voluntad, de inanición o de frío, o por una enfermedad curable, etc. Si a pesar de ello se produce un daño, los responsables en las Administraciones competentes -presuponiendo la capacidad para evitar el daño, etc.- son punibles por lesiones u homicidio en comisión por omisión. Tal concepción se basa en una tradición (al menos también) de Estado social, y por ello no puede ser trasladada, sin más, a todos los Estados del mundo.

Al menos para los Estados gobernados en democracia, es más fácil generalizar el deber de prever, y, en su caso, combatir aquellas situaciones de necesidad frente a las cuales un individuo aislado no puede protegerse, y ello ya desde un principio porque una previsión privada se entrometería en el monopolio de la violencia del Estado: peligros para la seguridad exterior e interior, catástrofes naturales, accidentes, grandes incendios, etc. Dicho de modo simplificado, pero drástico: los miembros del ejército, de la policía, de los bomberos y de los servicios públicos de salvamento tienen un rol especial que les

impone deberes positivos. En términos ejemplificativos: los policías que contemplan sin intervenir -y teniendo capacidad de evitación- como una turba excitada lincha a una persona odiada responden del resultado, al igual que los miembros del cuerpo de bomberos que ante un incendio remediable se limitan a observarlo o el conductor de una ambulancia pública y el cirujano en un servicio público de urgencias que no atienden a la víctima de un accidente.

Además, un Estado de Derecho debe imponer el principio de legalidad; dicho con un ejemplo, el fiscal que no persigue a un delincuente porque éste es miembro del Gobierno, comete un delito de encubrimiento de funcionario público por omisión, del mismo modo que respondería por esa infracción a título de comisión en caso de que hiciera desaparecer el expediente. Pero tales situaciones dan lugar a múltiples problemas en todos los Estados cuyo Estado de Derecho no esté muy firmemente implantado. Lo dicho sólo se refiere a uno de los sectores de los deberes positivos del Estado, que son trasladados de éste a sus funcionarios; pero probablemente baste como ejemplo.

C. Paternidad

Con una fundamentación claramente más segura de lo que es el caso respecto de algunos de los deberes del Estado, la relación entre padres e hijo descansa en la base social: en todos los ordenamientos en los que (1) la crianza de los hijos incumbe de modo primario a los padres, o al menos se les encomienda, sin que (2) se les considere propietarios de sus hijos, de los que podrían disponer libremente, los hijos se confían a los padres mientras son menores de edad. Esto parece prácticamente evidente, y por ello se habla en algunas ocasiones de un vínculo "natural". Los deberes tienen un alcance marcado por la medida en la que padres e hijo practican un mundo común, es decir, que en una primera fase son omnicomprendidos: los padres deben alimentar, cuidar, educar al hijo, apartar de él enfermedades y riesgos, también aquellos que deriven de la conducta de otras personas o del otro progenitor; además existe un deber de cuidado patrimonial. Dicho con un ejemplo: si los padres invierten el patrimonio de su hijo de modo especulativo en vez de en valores seguros y se produce un daño, responden por el delito de administración desleal. Los deberes van reduciéndose conforme se incrementa la autorresponsabilidad del hijo y concluyen con su mayoría de edad, puesto que a partir de ese momento el hijo no está obligado a obedecer a sus padres. Sin embargo, pueden concurrir otras causas de responsabilidad, ya se trate de una relación negativa -por ejemplo, asunción- o de una relación positiva distinta -por ejemplo, confianza especial-; sobre esto se volverá en breve.

D. ¿Matrimonio?

Aún hace dos o tres décadas, en Alemania se hubiera mencionado junto con la relación paternofamiliar el matrimonio en cuanto institución, al igual que la paternidad, a la que no se puede renunciar para determinar la configuración social. Sin embargo, hoy no puede afirmarse de ningún modo que exista tal equiparación, y por ello el deterioro de la institución "matrimonio" ofrece un buen ejemplo para apreciar que la teoría de la

imputación no sólo depende de la socialidad en abstracto -de la lógica de toda sociedad-, sino también de la configuración concreta bajo las condiciones de la época en cuestión. Ya en el ámbito de los deberes negativos, en el caso de la injerencia, se mencionó esta dependencia, pero aquí, en el campo de los deberes positivos, ésta se muestra con aun mayor claridad. En poco más tiempo que el que corresponde a una generación, el matrimonio a degenerado de una institución necesaria a un contrato más bien de libre rescisión. Ello ha sucedido así porque han aparecido formas sustitutivas, especialmente la comunidad de vida no matrimonial de parejas heterosexuales, que pueden asumir igualmente el cometido de la reproducción y del cuidado y educación de los hijos (habiendo disminuido tanto la necesidad de una canalización de la sexualidad, a causa del desarrollo de los anticonceptivos, como la necesidad de alimentar a la mujer debido a los cambios en el contexto social). En consecuencia, no es de modo específico el matrimonio lo que genera un deber positivo de cuidados mutuos, sino de manera general la especial confianza que aparece cuando una persona acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad: si bien puede renunciar lícitamente a ese rol, no puede hacerlo en un momento inadecuado.

E. Otros supuestos de confianza especial

La doctrina dominante argumentaría que el deber positivo en el matrimonio o en el vínculo no matrimonial surge de la estrecha comunidad de vida, pero esta ubicación tiene su base en una confusión entre intimidad y juridicidad. Lo único decisivo es si hay personas que de modo imputable (representable) se han introducido en un rol de cuidar de otro; en cambio, es indiferente que la comunidad sea estrecha o no. Basta con que -parafraseando un refrán alemán- un paralítico (vidente) y un ciego (que puede andar) se unan a efectos de prestarse apoyo mutuo en caso de que ello sea necesario, y que lleven a la práctica tal unión, esto es, que no sólo anuncien sus respectivos roles, sino que los ejerzan realmente, sin que tal empresa tenga por qué conducir a una comunidad de vida de cierta intensidad. A la inversa, no es idónea para dar lugar al deber aquella relación de carácter sexual y de larga duración -que puede ser calificada probablemente en varios sentidos como relación vital estrecha- en la que ambos *sólo* jueguen el papel de pareja sexual. El concepto determinante no es el de la estrecha comunidad de vida, sino es la "constancia de roles imprescindibles".

Se planteará la cuestión de cómo se diferencia esta confianza especial -el requerimiento jurídicamente garantizado de constancia en los roles- de la asunción en el ámbito de los deberes negativos. La respuesta es sencilla: en la asunción, el deber resulta del empeoramiento de los estándares de seguridad de la otra organización, en la confianza especial, en cambio, no es necesario que concurra tal empeoramiento; aunque el sujeto que confía no dispusiera de una alternativa para asegurar su organización, el receptor de la confianza sigue siendo responsable. Por lo tanto, aunque el paralítico del refrán no hubiera encontrado a otro ciego, el ciego seguiría siendo responsable, y ello por la necesidad social de mantener constantes los roles de importancia elemental.

Las relaciones de auxilio constitutivas de la confianza especial no necesariamente son sinalagmáticas a corto plazo. Todo el campo de los deberes positivos podría denominarse ámbito de confianza especial; entonces, en los deberes ya tratados del

Estado y en los de la paternidad aparecen relaciones unilaterales, al menos mientras no se levante la vista más allá de una perspectiva corta de tiempo (porque a largo plazo, se rechazará aquello que no aporte ventajas para todos). Lo único relevante es el carácter generalmente irrenunciable de la institución, esté ésta orientado a un auxilio unilateral o recíproco. Por ello, la confianza especial también se extiende a aquel caso en el que un médico o una clínica anuncian previamente la prestación de auxilio a cualquier persona necesitada y llevan a la práctica tal promesa, es decir, desempeñan realmente el rol auxiliador, o que el cuerpo de bomberos voluntarios o el servicio de urgencias privado hayan llevado a la práctica tal rol antes de que se produzca el siniestro: en caso de necesidad, se hallan vinculados a este rol, y ello con independencia de que existiera frente a ellos una alternativa de organización. *La autorrepresentación de las personas fue socialmente aceptada, luego vincula.*

F. Delito de deber

Ahora podrá preguntarse: ¿qué relación tiene todo esto con un *actuar* delictivo? Pues parece que se trata únicamente de deberes de salvamento, es decir, de mandatos cuya infracción constituye un delito de omisión. Ahora bien, ya la denominación "deberes de salvamento" sólo es parcialmente correcta, si bien de esta corrección parcial no cabe duda -claro que los padres deben salvar a su hijo cuando está en peligro-, ya que en el plano general no siempre se trata de un salvamento, sino de la *creación* de una institución que funcione. Dicho con un ejemplo: si al juez se le prohíbe prevaricar tanto por acción como por omisión -éste último caso puede darse, por ejemplo, al no aclarar a los demás integrantes de un tribunal colegiado un malentendido en el que han incurrido-, ello no sucede para salvar a la Justicia -ésta aún no se ha realizado en lo que se refiere a la resolución pendiente-, sino para *crear* una ordenada Administración de Justicia, y si los padres no deben poner en peligro el bien de su hijo, ello sucede no para salvar ese bien -aún no existe-, sino a efectos de su *creación*, etc. E incluso en aquellos casos en los que cabe recurrir a un bien ya existente, por ejemplo, cuando los padres han de repeler un ataque peligroso de un animal contra su hijo, lo que se pretende que hagan mediante esa defensa es la *creación* de la institución "paternidad".

Estos deberes positivos, deberes de colaborar en la realización de una institución, abarcan -podría decirse: evidentemente- todos aquellos deberes que incumben a todos, es decir, no sólo al portador de un rol especial, y los abarcan no sólo en cuanto deberes negativos, sino como elementos necesariamente integrantes del complejo de los deberes positivos. Mostrándolo con un ejemplo, los padres infringen su rol paternal también en caso de que lesionen activamente a su hijo o de que participen en el hecho de un tercero que quiere lesionar a su hijo; los bomberos también lesionan su rol como servicio de urgencias cuando atizan las brasas en lugar de extinguirlas, etc. El que esta conducta ya esté prohibida para cualquiera no cambia en nada el hecho de que a los obligados por un deber especial se les prohíbe realizarla *en su condición de tales*, y ese enriquecimiento de los deberes negativos en un lado positivo genera determinadas consecuencias:

El obligado por un deber positivo que organiza una lesión solo o conjuntamente con otros, no suspende mediante esta conducta su deber positivo, sino que, por el contrario, lo infringe igualmente, y puesto que los efectos de ese deber son de carácter

personalísimo -no es posible transmitir con efectos exoneratorios el *status* de padre o de funcionario a otro-, el obligado por el deber positivo está infringiendo ese su deber positivo de modo directo, por lo que siempre será *autor*, es decir, también en aquel caso en el que, infringiendo la prohibición, colabora con otro sujeto. Dicho con un último ejemplo: el médico responsable del tratamiento que ordena o tan sólo permite la administración de medicamentos nocivos por una enfermera es autor como si él mismo los hubiera administrado. Se habla de un delito de deber; los detalles forman parte de la teoría de la participación, por lo que no serán abordados aquí.

Resumen

1. El corte entre actuar y omitir sólo tiene una significación técnico-organizativa; en el plano material, lo relevante es la distinción entre deberes negativos y positivos.
2. Los deberes negativos son la contrapartida necesaria de la libertad de organización y tienen como contenido no lesionar a otro. Pueden ser infringidos tanto por acción como por omisión.
3. En el ámbito de los deberes negativos, la responsabilidad por un actuar se fundamenta en una vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico respecto de movimientos corporales. La responsabilidad por una omisión tiene su base en una vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico respecto de un ámbito de organización; este deber de aseguramiento en el tráfico se subdivide en el plano fenotípico en los deberes de no permitir un output lesivo de una organización, de prestar la protección que se haya asumido y de reponer las disminuciones de protección impuestas a otro (injerencia).
4. Los deberes positivos tienen como contenido aportaciones positivas de solidaridad. Dependen (aún) más de la evolución cultural que los negativos. Han de mencionarse los deberes del Estado y de sus funcionarios, los deberes de los padres frente a sus hijos menores de edad y otros casos de confianza *especial*, es decir, de una confianza en la constancia de roles irrenunciables (no susceptibles de ser sustituidas por alternativas de organización).

Observaciones acerca de la bibliografía: Exhaustivas referencias en *Jakobs*, Derecho penal, Parte General. Fundamentos y la teoría de la imputación, 1995, 7/56 y ss., 70 y s. y 28/13 y ss. (actuar y omitir); 29/29 y ss. (deberes en el tráfico jurídico, asunción, injerencia); 29/57 y ss. (deberes positivos); 21/115 y ss. (autoría en los delito de deber); *idem*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996; *idem*, La omisión: estado de la cuestión, en: *Roxin et al.*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 129 y ss.

Sobre el estado actual de la dogmática del delito de deber: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7ª edición, 2000, pp. 695 y ss.

Respecto de la diferenciación entre deberes positivos y negativos y respecto del delito de deber: *Sánchez-Vera Gómez-Trelles*, Delito de infracción de deber y participación delictiva, 2002.