

SECCIÓN DOCTRINAL

La imputación penal de la acción y de la omisión

PROF. DR. GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Bonn

SUMARIO: I. Formulación del problema: A) El planteamiento liberal: «la obligación originaria» y «el fundamento jurídico especial». B) Carencias del planteamiento liberal. C) La pérdida de la referencia teórico-social.—II. Instituciones: A) Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias: 1. Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización; 2. ¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones?; 3. Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva; 4. Conclusiones. B) Otras instituciones: 1. Planteamiento; 2. Deberes estatales; 3. Relaciones paterno-filiales; confianza especial.—III. La uniformidad de la fundamentación y delimitación de prohibiciones y mandatos.

I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A) El planteamiento liberal: «la obligación originaria» y «el fundamento jurídico especial»

El producto del trabajo, de la actividad dirigida a una meta, pertenece a quien lo crea. Así lo enseña Locke como fundador de la teoría de la

Traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (Ayudante científico del Prof. JAKOBS en la Universidad de Bonn). Título original, «Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen», publicado por la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaften, Vortrag G 344, Opladen, Westdt. Verl., 1996.

propiedad más relevante de la época moderna, la teoría del trabajo: «El trabajo del cuerpo (del Hombre) y la obra de sus manos son... en sentido propio su propiedad. Así pues, lo que él modifica siempre del estado de cosas que la Naturaleza ha previsto y que ella ha dejado, lo ha mezclado él con su trabajo, y le ha añadido algo propio. Él la ha hecho así su propiedad.» (1). Esta teoría del trabajo referida a la propiedad no es una teoría del mundo exterior, sino una teoría de la imputación: También en el caso de que muchos quieran y puedan usar un efecto del trabajo, de todas formas la obra de sus manos —o la obra de aquéllos que trabajan para él (2)— debe pertenecer tan solo al trabajador; esta obra se le imputa como su labor. El acervo popular establece el mismo pensamiento de forma inversa: Quien no trabaja, que no coma (3). Quien quiera disponer de productos, debe pues trabajar. El omitir no produce nada.

Este punto de vista se aplica de igual forma al trabajo útil que al trabajo nocivo. Así, no se considera tampoco como prototipo del maleante a quien se cruza de brazos y espera, sino, antes bien, al que se muestra laborioso, si bien no de modo y forma socialmente útil, sino dañina. A esto hay que añadir, que cuando se trata de una omisión, la exigencia del proceso inquisitorial común (4) de la presencia perceptible del crimen en el corpus delicti sólo se puede satisfacer con dificultad; la herida remite directamente a quien la ha causado, y a lo sumo mediatamente, a una no evitación; en otras palabras, la herida remite a un trabajo —si bien, nocivo—. No es extraño pues que en la teoría de la imputación penal, la omisión, entendida como un no hacer, desempeñe durante siglos un papel tan solo periférico (5); éste ni siquiera se encuentra impregnado de una forma teórica, sino que en las pocas ocasiones en que la omisión no es pasada por alto se resuelve de forma pragmática según reglas de prudencia (*Klugheitsregeln*) (6).

(1) *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, ed. por EUCHNER, trad. por HOFFMANN, 4.^a ed., 1989, pp. 216 s. (Zweite Abhandlung V, § 27); así por ejemplo la recogida de frutos, desde este punto de vista fundamenta tan sólo propiedad porque se trata de un trabajo, *ibidem* p. 217 (§ 28); en cuanto a los límites, véase *ibidem*, pp. 218 s. (§ 31). Detallado y con amplias referencias, *Brocker, Arbeit und Eigentum*, 1992, pp. 125 ss.

(2) LOCKE (nota 1), p. 217 (§ 28): «También me pertenece lo que “mi siervo” ha conseguido trabajando».

(3) Véase *II Tesalonicenses* 3, 10.

(4) Véase HALL, *Die Lehre vom corpus delikti*, 1933, pp. 10 s. y *passim*.

(5) Respecto al derecho canónico, KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, 1935, p. 43 ff.

(6) DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, pp. 179 ss.; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, pp. 56 ss.; véase también JASCHINSKI, *Die Entwicklung des Begriffs «Erfolg» in § 13 Abs. 1 StGB*, 1995, pp. 26 ss. Un déficit análogo en la actual construcción de la teoría sociológica es constatado por GESER, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1986, pp. 643 ss., 644 s.

El punto de vista esbozado de todas formas nunca abarcó todos los comportamientos relevantes: ni todas las obras útiles, ni todas las nocivas. Hablando en términos ejemplificativos: En tiempos de escasez era una prestación productiva no emplear los cereales del Estado o el ganado de cría como alimento durante el invierno, esto es, omitir algo; y por lo que respecta a obras nocivas, se tenía siempre por algo delictivo si el vigilante no ponía sobre aviso a su amo del peligro, a saber, cuando omitía algo. Los delitos de omisión más antiguos del Derecho romano se referían al abandono de los deberes del cargo público (7). Pero tales sucesos eran tratados como casos marginales, y prácticamente se pretendía de esta forma resolver toda la problemática; sin embargo, si el Derecho penal ha de satisfacer también pretensiones teóricas, especialmente dogmáticas, no puede permanecer anclado en este punto de vista.

El empeño liberal que comienza alrededor de 1800, de que el Derecho penal ha de limitarse a asegurar las condiciones del mundo burgués (8), pero a la vez, de que esta protección se desarrolle entonces de forma efectiva, conduce a una teoría general tanto de la actividad punible como de la inactividad punible, esto es, a una Parte General del Derecho penal fundamentada teóricamente como es usual en la actualidad o, en todo caso, como debería serlo. Con ello se hace necesario al mismo tiempo establecer la responsabilidad por omisión de una forma restrictiva; en efecto, poco tiempo antes, el Derecho General Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, 1794) había positivado un principio que se oponía claramente al entendimiento liberal de la Sociedad y del Estado, y que sobrevaloraba la punición de la omisión. Justo al comienzo de «los principios generales del Derecho» (§ 73, Introducción del Derecho General Prusiano) puede leerse lo siguiente: «Cada miembro del Estado está obligado a fomentar el bienestar y la seguridad de la existencia común, según la relación de su posición social y patrimonio.» La utilidad común como meta del Estado ya había sido formulada anteriormente por Christian Wolff. Según su doctrina, el hombre no está sólo «obligado (moralmente) a servir de diversa forma a los demás con su patrimonio, su trabajo, su ayuda y su ejemplo» (9); también jurídicamente, «en existencia común», se debe «cuidar de cómo se consigue que el otro ni emprenda lo que es contrario a la prosperidad común y seguridad, ni omita lo que para éstas es tenido por pro-

(7) HONIG en: GMELIN y otros (ed.), *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, pp. 3 ss., 7 s.

(8) «Protección de bienes jurídicos»; sobre esto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 15 ss.

(9) CHRISTIAN WOLFF, *Vernünfftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen*, 4.^a ed., 1736, § 1 (citado según la reimpr. de 1975).

vechoso» (10). Tal meta del Estado abre las puertas de par en par a deberes de asistencia activa mutua y amenaza principios liberales de forma más grave si cabe, puesto que al Derecho General Prusiano le falta sin embargo una teoría dogmático penal que pudiese restringir tal meta.

Si bien encontramos ya en el mencionado cuerpo de leyes, en la Parte General del Derecho penal, un precepto sobre omisiones que establece que «también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien, comete éste un delito» (§ 8 II 20); no es menos cierto que con tal fórmula no se puede solucionar el problema, como ilustra la existencia de una abultada casuística en la Parte Especial. Para aclarar esto, se exponen a continuación —de forma desordenada— algunos ejemplos de tales preceptos, los cuales de todas formas no contradicen en conjunto principios liberales:

Explícitamente se declaran punibles, por ejemplo, toda transgresión del servidor del Estado contra preceptos de la Administración, es decir, también la omisión contraria a dichos preceptos (§ 333 II 20), y la vigilancia negligente de los servidores del Estado, respecto de sus subordinados (§ 344 II 20); también delitos comunes: injurias por omisión (§ 583 II 20), o la omisión de la ayuda necesaria para salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente (§ 818 II 20). De los diferentes deberes elementales clásicos se hace mención a dos; en primer lugar: «Si una parturienta dolosamente deja desangrarse a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo» (§ 967 II 20); el segundo deber se refiere a la vigilancia del fuego; aquí menciona la ley igualmente una serie de delitos de omisión (§§ 1557 ss. II 20). Estos y otros preceptos parecidos tienen su complemento mediante un diluvio de normas penales que se asemejan a preceptos de los delitos de orden público, y que penalizan omisiones en multitud de ámbitos de la vida (§§ 10 s. II 17); por lo que se refiere a la vida y a la salud, su complemento lo encuentran en una cláusula general: «Cada uno está obligado a disponer su conducta de tal forma que ni mediante acciones ni mediante omisiones ponga en peligro la vida o la salud de otros» (§§ 691, 780 s. II 20). Este precepto es complementado de nuevo —si bien revestido con una pena mínima— mediante el mandato de salvar si es posible «a un hombre de las manos del asaltante o asesino, del peligro de ahogarse o de incendio, o de otro peligro para la vida» (§ 782 II 20), lo cual explícitamente se extiende también —y

(10) WOLFF (nota 9), § 217; la «prosperidad común» es «el adelanto sin trabas en logro de lo mejor para todos» que los miembros de la existencia común «pueden alcanzar por medio de las energías unidas» (§ 213).

en esto residiría su peculiaridad— a «la ayuda inmediata» para «casos de muerte aparente» (§ 785 II 20).

Los ejemplos mencionados no serían representativos sin la adición de una regulación en la Parte General del Derecho penal del Derecho General Prusiano: Quien ni impide ni denuncia un delito grave inminente debe ser penado, «cuando se le pueda probar que tenía conocimiento fidedigno del proyectado delito» (§§ 80 ss., 82 II 20). Este precepto se halla en la regulación de la «participación en el delito de otro» (§§ 64 s. II 20), lo cual hace alusión a su procedencia: Surgió de la responsabilidad del miembro de un colectivo por la totalidad de los hechos de éste, posteriormente, y debido al avance del principio de que la pena presupone culpabilidad individual, debió ser reinterpretado como responsabilidad por una omisión (11), esto es, precisamente responsabilidad por no impedir hechos de otros; este modelo encuentra todavía una regulación en el Código Penal alemán vigente en la actualidad (§ 138 StGB); en este sentido, el hecho de que tanto la pena de entonces como la de ahora, sea considerablemente superior frente a la simple omisión del deber de socorro (§ 782 II 20 Derecho General Prusiano; § 323c StGB), justifica la suposición de que debían ser también aprehendidos —conforme con la procedencia del precepto— casos de participación no probada o, por lo menos, otras formas de solidarizarse con el autor.

La visión general de la regulación que acaba de ser mostrada con estos ejemplos, se ve dificultada mediante un sistema de escala penal sumamente diversificado por niveles. A pesar de lo que establecía la Parte General (§ 8 II 20), la «la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien» no siempre conllevaba ni mucho menos la misma consecuencia jurídica que una comisión. Así por ejemplo, la omisión contraria al deber por parte de la madre del cuidado del cordón umbilical conduce a la pena por asesinato, y no, en cambio, la omisión de ayuda frente a quién se encuentra en peligro de muerte por parte de un tercero cualquiera que vaya por un camino, y ello, a pesar de que esta ayuda también es exigida por la ley. Evidentemente las reglas de la Parte Especial no son generadas por el citado principio programático de la Parte General, sino por una práctica que no era consciente de la teoría dogmático penal que encerraba.

La situación jurídica así esbozada que reina en Prusia a partir de 1794, se problematiza hasta la actualidad en un doble sentido. En primer lugar, se trata de saber, con qué amplitud se encuentra el Estado legítimo para estatuir mandatos que favorezcan el bienestar de otro o la utilidad común, por ejemplo, obligar a alguien bajo pena —aunque ésta no

(11) DAHM (nota 6), p. 180; SCHAFFSTEIN (nota 6), p. 57.

sea igual a la de la comisión— a denunciar un delito que conoce o a ayudar en caso de necesidad; se trata pues de los límites del poder legítimo del Estado. En segundo término —y esta cuestión la pongo en un primer plano sin querer dejar de lado la primera— hay que decidir cuándo exactamente una omisión, siendo contraria al deber y debiendo ser punible, ha de tratarse como una acción; esta cuestión es denominada habitualmente —con una inexactitud, sin duda, criticable— la cuestión de la equivalencia de la omisión con la comisión.

La respuesta que Feuerbach poco después de 1800 da a las dos preguntas ha determinado la discusión hasta la actualidad. Para Feuerbach, el fin del Derecho penal es el mantenimiento tanto de los derechos del Estado como de los derechos de los «súbditos»; el hecho punible es violación del Derecho (12). «La obligación originaria del ciudadano» debe tan solo extenderse a que no se emprendan violaciones activas del Derecho. Según esta concepción, un deber de realizar actividades que eviten daños, esto es, que conserven el Derecho, presupone algo más que la «obligación originaria», a saber, «un fundamento jurídico especial»; de resaltar es pues que se trata de un fundamento jurídico: una obligación con carácter de eticidad no basta (13). Feuerbach menciona como posibles fundamentos especiales una ley o un contrato (14). Dicho en otras palabras, las violaciones del Derecho activas se encuentran ya en su conjunto prohibidas según la «obligación originaria», pero en cambio, la conservación del Derecho mediante acciones salvadoras se manda sólo en situaciones especiales, y entonces, eso sí, el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición. Hablando en términos ejemplificativos: Nadie debe mediante su actividad matar o lesionar a otro, pero cuando la vida o salud de éste ya estén en peligro, solamente tiene que ser ayudado por aquellos que se encuentran especialmente obligados, so pena entonces estos de ser punibles por homicidio o lesiones según una pena que es igual a la del delito de comisión. La «obligación originaria» posee pues esencialmente un contenido negativo: ¡no lesiones!; lo positivo —¡ayuda al otro!— puede solamente sobrevenir por la concurrencia de un fundamento especial.

Este punto de vista de Feuerbach, que claramente procuraba separar una esfera jurídica entendida en un sentido liberal, de una esfera moral, se basa en la concepción de Kant. También el derecho, entendido como «suma de las condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno con el arbi-

(12) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.ª ed. 1832, § 23.

(13) Ya GROTIUS no consideraba suficiente una «*caritatis norma*»; *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. por DE KANTER-VAN HETTINGA TROMP, 1939, lib. II, cap. XVII, § IX (aunque en un contexto de derecho civil).

(14) FEUERBACH (nota 12), § 24; desde la 2.ª ed. (1803).

trio del otro pueda ser integrado de acuerdo con una ley general de libertad» (15), tiene un contenido negativo, a saber, no perturbar al otro según la ley general de libertad en el ejercicio de su arbitrio; esta concepción del Derecho no contiene un deber de ayuda activa. En similares términos se expresa Fries: «Así pues, el mandato jurídico supremo es: Nadie debe transgredir la dignidad de la persona de los demás y la igualdad personal de alguien frente a todos», a lo que se añade inmediatamente después a modo de aclaración, que no hay mandato que se refiera a un trato positivo con los otros, sino sólo «si le trato, (hay) que respetar su dignidad» (16); se trataría pues de «deberes originarios negativos de omisión» (17). Lo mismo sucede en la teoría del derecho abstracto de Hegel. Si bien es cierto que la máxima «se una persona y respeta a los demás como personas» (18) no debe ser referida —en contra de Kant— a la «voluntad del individuo en su propio arbitrio», sino a la voluntad racional (19), no es menos cierto que no por ello se exige *a este nivel* (derecho abstracto) más, que mantener la relación positiva de que el otro sea tenido en cuenta, y este *mínimum* de positividad (20) también les era conocido a Kant, Fries y Feuerbach. El contenido principal es pues de nuevo negativo, a saber, «no lesionar la personalidad y lo que se deriva de

(15) KANT, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe tomo 6.º, 1907, p. 230. Ya PUFENDORF menciona como primer deber del Hombre frente a todos los demás el *ne quis alterum laedat*, y lo considera como el más fácil de cumplir, puesto que son requeridas tan sólo omisiones (sencillamente se deben reprimir *libidines*). Si bien a PUFENDORF no le eran desconocidos otros deberes (para el reconocimiento de la igualdad y de la humanidad), estos significan, empero, también una prohibición de lesionar: «... *a maxima parte mortalium nihil amplius ... desideramus*» (*De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, 1673, libro 1.º, cap. 6, § 2, citado según la ed. de AYRMANNIUS, 1775). El argumento de que los deberes de omisión son de más fácil cumplimiento, lo menciona ya SANTO TOMÁS, *Summa theologica*, 2, 2, q. 89 a. 4: «... *facilius est abstinere a malo faciendo quam implere bonum. Ergo gravior peccat qui non abstinere a malo faciendo, quod est transgredi, quam qui non implet bonum, quod est omittere.*»

(16) FRIES, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, 1803, citado según la reimpresión de 1914, p. 14. La referencia a FRIES se la agradezco a mi ayudante Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.

(17) FRIES (nota 16), p. 13.

(18) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. GLOCKNER, tomo 7.º, reimpr. de 1952, § 36.

(19) HEGEL (nota 18), § 29.

(20) ¡Pero esto es de todos modos algo más que nada! El reproche de que HEGEL pensaba en este punto «en un concepto de persona totalmente separado de la intersubjetividad» (HÖSLE, *Hegels System*, tomo 2.º, 1988, p. 491) no es pues correcto; véase SIEP en: HENRICH (ed.), *Hegels Philosophie des Rechts*, 1982, pp. 255 ss., 258 s.; E. DÜSING, *Intersubjektivität und Selbstbewußtsein*, 1986, pp. 357 ss.; JAKOBS en: HAFT y otros (ed.), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 459 ss., 460 con nota 4.

ella» (21). La consecuencia que el propio Hegel relaciona con este *status* de la persona, insuficiente y principalmente negativo, radicaliza con toda franqueza la doctrina de Feuerbach (y no pretende tener vigencia tan sólo jurídico-penal): «Sólo hay por lo tanto prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los mandatos jurídicos tiene, según su contenido último, como fundamento la prohibición» (22), o, por exponerlo como viene recogido en la segunda parte de los Principios de la Filosofía del Derecho, dedicada a la Moralidad, «el mandato jurídico es, de acuerdo con su determinación fundamental, una prohibición» (23) –es decir, de este modo no hay en Hegel «fundamentos jurídicos especiales» de ninguna clase que obliguen a prestar ayuda.

Este bosquejo muestra la siguiente situación filosófico-jurídica: La separación entre Derecho y Moral es equiparada a la separación entre prohibiciones y mandatos, entre delitos de comisión y de omisión. De todas formas, es verdad que en parte se formula, así por Hegel, que no se trata siempre de prohibiciones, sino sólo según el «contenido último» de las normas, o como por Fries, que «los deberes originarios» hay que formularlos a modo de prohibiciones; así pues, en el penúltimo nivel al que nos remontemos pueden haber también mandatos jurídicos, y lo contrario conduciría –como va a ser mostrado– a un naturalismo inadmisibles. De los mencionados autores, el que fue jurista y práctico, Feuerbach, sigue otro camino a la hora de reconocer la existencia de los delitos de omisión: según él, se podrían encontrar «fundamentos jurídicos especiales» que den lugar a mandatos genuinos. En todo caso la –ya siempre presente– dominación práctica de los delitos de comisión, puesto que en definitiva la configuración del mundo por lo general se produce mediante el trabajo y no mediante un no hacer, obtiene un fundamento teórico mediante el concepto liberal-burgués esbozado; fundamento, sobre el

(21) HEGEL (nota 18), § 38. Ya a la vista de los autores mencionados hasta ahora sorprende la afirmación de BIRNBACHER (*Tun und Unterlassen*, 1995, p. 118) de que «el consenso sobre la distinta significación moral en principio (de acción y omisión) en la tradición jurídica, no ha sido nunca explícitamente fundamentada». Lo que ocurre, es que sencillamente se ha intentado en forma abstracta la fundamentación para una Sociedad en sí de personas libres e iguales –como por BIRNBACHER, *passim*, en lo esencial–: Las personas libres e iguales tienen que sobrellevar por sí mismas los costes de la concesión de libertad y del uso de esa libertad; no en cambio, los que no son libres e iguales. Se puede discutir sobre el enfoque –por ejemplo: ¿es preferible solidaridad que libertad de iguales?–, pero antes del establecimiento o determinación del modelo social, en abstracto, sólo se pueden establecer provisionalidades. Otra cosa es que la diferencia entre acción y omisión se quede en lo externo (también en una Sociedad de personas libres e iguales), como BIRNBACHER acertadamente demuestra; pero sólo este conocimiento no ofrece todavía un modelo social en base al cual se pueda fundamentar positivamente la imputación. –Véase también nota 92.

(22) HEGEL (nota 18), § 38.

(23) HEGEL (nota 18), § 113 anotación.

que durante largo tiempo se edificará: el delito de omisión aparece como una excepción que requiere una legitimación más sólida que el de comisión.

B) Carencias del planteamiento liberal

Entre los citados autores, el hecho de que negarse a prestar ayuda voluntaria no sea injusto, sino una simple infracción moral no se encuentra realmente fundamentado, sino más bien presupuesto. Si no se toma como punto de partida al individuo que se administra por sí mismo, sino que se toma el beneficio de la Comunidad, o la hermandad que resulta de que todos los hombres son criaturas, o las condiciones de un Estado organizado de forma paternalista, se diluyen los límites entre Derecho y Moral, y el Derecho puede incluir muy probablemente deberes de prestar ayuda. Pero ni tan siquiera son necesarios tales modelos sociales que tienden a una solidaridad inmediata para reconocer a los demás un derecho a unos cuidados mínimos. Así por ejemplo en Fichte es condición de la propiedad de uno, que el otro pueda vivir de su trabajo, lo que conlleva la siguiente consecuencia: «Desde el momento en que alguien sufra necesidad, ya no pertenece a nadie aquella parte de la propiedad que se requiera como aporte para sacarle de la necesidad, sino que pertenece en derecho al que sufre tal necesidad» (24). Si se deja esto de lado y se continúa con el modelo individualista liberal de la índole de Kant, Fries, Feuerbach y del derecho abstracto de Hegel, no se puede comprender, el por qué deben existir excepciones, esto es, omisiones punibles de forma legítima, en caso de fundamentos especiales. En otras palabras, en tanto no se mencione el sistema que aclara tanto la regla («obligación originaria») como la excepción («fundamento jurídico especial»), existe una mezcolanza, pero no un orden. El planteamiento de Feuerbach es pues en sus resultados más contingente de lo que parece.

Asimismo, la inseguridad que resulta de la aplicación de este planteamiento se pone de manifiesto con la cuestión de cuál debe ser entonces el fundamento especial, y cómo tal fundamento armoniza con el de la responsabilidad en la comisión. Feuerbach menciona, como ya se dijo, «ley o contrato», pero ambos fundamentos apenas pueden satisfacer. Que exista una ley que obligue a una ayuda activa, no quiere decir ni que esa ley sea legítima, ni tampoco que la importancia del deber sea evidente, esto es, no dice nada sobre si la violación del deber supone un injusto equivalente al de la comisión, o si se trata de un injusto más débil —como en el caso de la omisión de denuncia de delitos o en el de la omisión del

(24) FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, ed. por MEDICUS, 3.ª reed., 1979, p. 207 (II § 18 III).

deber de socorro—. Por lo que respecta al contrato la situación tampoco se presenta más afortunada; contrato es la voluntad «común», y no ya también por ello «en y por sí, universal» (25). Arbitrio común no otorga per se un fundamento para la pena estatal. A esto habría que añadir, que la ejecución de lo querido sería necesaria según fundamentos generales, lo cual precisamente no se garantiza sólo mediante el arbitrio de común acuerdo (26).

Con la mención a la ley y al contrato no se logra pues mucho, y en seguida se percibe que en Feuerbach falta un fundamento especial importante. Se suele designar como «ingerencia», con lo que se quiere decir, que aquel que introduce un peligro en una esfera de existencia ajena, debe neutralizarlo cuando amenaza con producir sus efectos (27). Sobre esto, expongamos un ejemplo tal y como era enunciado ya en el siglo pasado (28): Si un cochero con su carroza atropella dolosamente a una persona, las lesiones son por acción si es que él ha conducido la carroza contra su víctima. Sin embargo, si los caballos sin ninguna intervención corren hacia las personas, el cochero tiene que intervenir en forma salvadora, frenando o desviando a los animales. Si omite realizar esto, la valoración del supuesto —según la concepción de Feuerbach— debería depender de si una ley manda intervenir. Pero..., ¿por qué debería regular una ley tales trivialidades?

En cualquier caso, probablemente sea —junto a otras— una especie de responsabilidad por ingerencia en la que Hegel piensa, cuando según él, repito, «la forma positiva de los mandatos jurídicos», esto es, la norma que sirve de base a los delitos de omisión, tendría «según su contenido último como fundamento la prohibición» (29); en efecto, el mandato de actuar de forma salvadora, se puede formular en el ejemplo enunciado (si bien normológicamente de forma incorrecta pero seguro que todavía comprensible) como prohibición de abandonar el dominio sobre la propia organización y dejar que las cosas sigan su curso. Prohibiciones por

(25) HEGEL (nota 18), § 75.

(26) En la formulación acertado, SEELMANN, en: K. SCHMIDT (ed.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung*, 1994, pp. 85 ss. SEELMANN asigna al derecho privado sencillamente toda consideración que tenga que ver con una justicia distributiva (a donde por cierto también pertenece); pero el derecho privado coercitivo tiene sus raíces en el derecho público.

(27) STÜBEL, *Über die Teilnahme*, 1828, p. 61, de todos modos, para supuestos de comportamiento anterior punible; detallado, GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1858, pp. 289 ss., 299 ss.; con consideraciones, que son válidas hasta la actualidad, MERKEL, véase infra nota 49.

(28) GLASER (nota 27), p. 299.

(29) HEGEL (nota 18), § 38.

un lado, mandatos por otro, en todo caso, el que lanza por los aires a un niño en broma, está también obligado a cogerlo de nuevo, respondiendo sino según la pena del delito de lesión.

C) La pérdida de la referencia teórico-social

En el siglo pasado se produjeron diversos intentos de salir de esta situación algo intrincada, para lo cual, como era de esperar, se intentó siempre seguir el ejemplo del delito de comisión, aparentemente aquejado de menos inseguridades. Principalmente se trató de probar, que una omisión también podía ser causal para un resultado. Si hubiera tenido éxito esta prueba para todo tipo de omisión de una persona que podría haber impedido un resultado nocivo, desde luego que se habría demostrado suficiente; en efecto, entonces la omisión y la comisión –según el entendimiento de entonces– ya no se diferenciarían, y decaería el derecho a exigir todavía un «fundamento jurídico especial» como base de la responsabilidad (30). Pero esto último no era lo deseado. Por el contrario, la fundamentación de Feuerbach se consideraba concluyente, tanto en esos momentos como en los anteriores, y seguía vigente el principio por el cual, «en el mandato (se produce) una intromisión en el arbitrio de cada uno de mucho mayor calibre, que en la prohibición» (31). Así, los esfuerzos se concentraron –descuidando la ley como «fundamento especial»– principalmente en la ingerencia –que desde el fenotipo perceptible es más parecida a la comisión– y se unían la acción anterior con la omisión en un «todo» (32), sin poder aclarar de todas formas, por qué una acción anterior causal pero no dolosa, y una omisión no causal pero dolosa debían constituir un delito doloso homogéneo y no dos mitades hererogéneas.

Estos y otros esfuerzos conceptuales respecto de la causalidad (33), esto es, en encontrar el punto de Arquímedes por ejemplo en el reprimir

(30) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 260 s.; WOLFF, *Kausalität durch Tun und Unterlassen*, 1965, p. 75.

(31) GLASER (nota 27), p. 385.

(32) GLASER (nota 27), p. 301. Mediante la omisión posterior el autor habría equiparado su comportamiento anterior «como si él hubiese realizado los actos preparatorios con mala intención»; LAMPE, *ZStW* 72, pp. 93 ss., 105 ss., en sentido parecido, se centra en un *dolus subsequens*. Después de que el problema de la causalidad de la omisión ha perdido relevancia, ya no son necesarios tales rodeos. –Sobre MERKEL, *infra* nota 49.

(33) Una clasificación detallada, así como referencias de la discusión, se encuentra en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.º tomo, 1.ª parte, 1914, pp. 516 a 546. Sobre la doctrina de ARISTÓTELES y su significado para la problemática actual de la «comisión por omisión», LOENIG, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903, pp. 245 ss., 253.

la decisión de salvar, es decir, en una «acción interna» (34) o en aquella acción que el autor realizó en lugar de la ayuda (35), son sólo dignos de mención, puesto que todavía ponían de manifiesto los esfuerzos por desarrollar una teoría común de la imputación para acción y omisión –igual que sucedió con los intentos de los hegelianos de presentar las omisiones como una obra de la voluntad y con ello aprehenderlas junto con las acciones bajo un concepto de acción (36)–. Pero tales intentos (37) no ofrecen la clave para el siglo xx; son en cambio, –por así decirlo– barridos por el punto de vista positivo-naturalista generalizado en el último tercio del siglo, para el cual algunos, con su fijación por el problema de la causalidad, ya habían preparado el terreno. Así, la cuestión de los contornos de la obligación originaria perdió su interés en un positivismo que se había vuelto seguro de sí mismo –la legitimidad del derecho positivo ya no se ponía en duda–, y de lo único que se hablaba en Derecho penal era de la teoría de los elementos de un delito. Por lo que respecta a esos elementos, Radbruch (1904) demostró, que entre la acción y la omisión no existe un denominador común, y que especialmente las retorcidas construcciones en torno a la causalidad no comportan denominador común alguno, de tal forma que acción y omisión deben seguir sus propias reglas.

Esto último ya lo había afirmado Feuerbach al subrayar lo específico de la omisión mediante el «fundamento especial». Pero en Radbruch no se trata de esta particularidad normativa, sino de una naturalista. Al contrario que la acción, así Radbruch, la omisión no conoce de voluntad, por cuanto se entendía por ésta una voluntad meramente naturalista, precisamente como hecho psíquico (38), –y en efecto, puede ser que a aquel que se queda mirando como otro muere, no le suceda psíquicamente nada más que eso: precisamente el mirar–. Además el omitente no produce ningún hecho. También esto se encuentra fuera de toda duda, pues-

(34) En estos términos era planteada todavía la cuestión por BINDING (nota 33), pp. 546 ss., 555 ss., 557.

(35) LUDEN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, tomo 1.º, *Über den Versuch des Verbrechenens*, 1836, p. 474; sobre esto, GLASER (nota 27), pp. 379 ss., VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, pp. 88 ss., 98 ss.

(36) Una clasificación se encuentra en VON BUBNOFF (nota 35), pp. 46 s. (HEGEL), 61 (KÖSTLIN), 74 s. (BERNER), 86 s. (HÄLSCHNER), 98 (LUDEN). Sobre las teorías actuales análogas, que se centran en un «efectuar» mediante el omitir: WOLFF (nota 30), pp. 33 ss.; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, pp. 306 ss.; MATT, *Kausalität aus Freiheit*, 1994, pp. 200 ss.

(37) Respecto a la legislación, véase CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, 1912, pp. 17 ss.

(38) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pp. 132 ss.

to que Radbruch entiende por hecho un movimiento corporal voluntario con sus consecuencias, y tal movimiento puede que acompañe a la omisión —el omitente siempre hace algo, a no ser que justo en ese momento esté sin conocimiento o dormido—, pero no la fundamenta (39). Por último a la omisión le falta la causalidad para el resultado (40), en tanto se entienda por causalidad, con Radbruch, que mediante una transformación en el espacio y en el tiempo se condiciona una nueva transformación; puesto que en efecto, una omisión no transforma nada en una situación, dejándola precisamente igual que está. La conclusión reza: «La omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de la voluntad, el hecho y la relación de causalidad entre ambos, sino que se agota precisamente en negar tales elementos.» Por ello, «igual que no pueden englobarse en un supraconcepto posición y negación, a y no a, no pueden ser comprendidas en un supraconcepto acción y omisión...» (41).

De todas formas, Radbruch tampoco duda de la punibilidad de algunas omisiones, y precisamente por ello hay que plantear la cuestión de por qué ha ser jurídicamente de mayor interés que la omisión y la acción se comporten como a y no a, que —hablando en términos polémicos— la circunstancia de que unos autores sean calvos, otros por el contrario por pelo, circunstancias que, de nuevo, se comportan entre sí como un a y no a. Voluntad, hecho y causalidad sólo existen en la acción, pero también sin voluntad, ni hecho, ni causalidad puede existir un comportamiento delictivo: precisamente, una omisión. ¿Por qué apunta pues Radbruch el mencionado estado de cosas? Jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad como el simple dejar que suceda, hecho como omisión, causalidad como no salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas, al igual que cuando Feuerbach aprehende tal contexto con su relación de regla-excepción, esto es, por un lado de «obligación originaria» y por otro, de «fundamento jurídico especial», aunque por lo menos Feuerbach argumenta en un nivel normativo, mientras que los intereses de Radbruch se centran tan sólo en la física, o mejor dicho, en la mecánica del comportamiento.

Algo más de medio siglo después de Radbruch se radicaliza su concepción. Si bien es cierto que ya no se trata de elementos del delito entendidos en un sentido naturalista, sino de «estructuras lógico-materia-

(39) *Ibidem*, p. 137 s.; sobre el punto de vista discrepante —ya superado—, véase supra, la teoría del actuar de otro modo (nota 35).

(40) *Ibidem*, p. 132; sobre esto, de forma más detallada, Armin KAUFMANN (nota 30), pp. 57 ss.

(41) *Ibidem*, p. 140.

les», lo que quiere decir, que entre la «estructura» y un «nivel valorativo» existiría una «coordinación necesaria» (42), no es menos cierto, y esto es lo decisivo, que se examina la «estructura» de un comportamiento individual y no aquella estructura de la Sociedad que imputa. Por ello, el más perspicaz de los autores, Armin Kaufmann, tampoco plantea la cuestión en términos de qué tienen en común acción y omisión, donde ambas formas de comportamiento pueden ser imputadas, sino que la plantea en términos de la comprobación «lógico-material» de la psicomecánica. Y según ésta, dice Kaufmann, decae, junto la voluntad, también la posibilidad de hablar de dolo típico; también falta la posibilidad de un dominio del hecho, de tal modo que las formas de tratar la intervención omisiva y la intervención en la omisión deben desligarse de las de la intervención activa y de las de la intervención en una acción; lo mismo sucede con la tentativa, y demás (43). Los pormenores pueden dejarse aquí de lado: en cualquier caso, tampoco la sustitución del naturalismo por una «lógica-material» orientada en forma psicomecánica logra una respuesta a la cuestión de qué tienen en común relevante socialmente ambas formas de comportamiento, es decir, cuándo y por qué omisiones han de ser punibles como comisiones. Dicho de forma más breve, a las estructuras lógico-materiales les falta el contexto social.

A quien esta crítica le parezca pedante teniendo en cuenta la sutileza de las «estructuras lógico-materiales» señaladas, se le pueden aclarar las consecuencias de la concepción esbozada mediante el ejemplo de un viaje en automóvil: En estos casos se trata de un continuo cambio de acción y omisión: de conducir, acelerar, cambiar, no torcer, dejar que ruede, etc., a cuyo efecto alguna de estas cosas depende del tipo de vehículo de que se trate; un vehículo con cambio o aceleración automáticos disminuye la acción e incrementa la omisión. Y esta amalgama, que en la vida cotidiana resulta obvia (44)... ¿debería –según la opinión vista– de ser analizada en detalles cuando se realiza una valoración jurídica, detalles que, y de esto dependería la problemática, cuando son acciones deberían seguir distintas reglas que cuando son omisiones? Y cuando el acompañante del vehículo le dice al conductor que acelere, ¿tiene que tener otras consecuencias que cuando le dice que no frene? (45) ...problemas cotidianos tienen que poder resolverse de forma más sencilla.

(42) Armin KAUFMANN (nota 30), p. 17.

(43) Armin KAUFMANN, (nota 30), pp. 110 ss., 186 ss., 204 ss., 239 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 204 ss.

(44) Sobre el intercambio de acción y omisión mediante reorganización, acertado, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, pp. 132 ss., 140 ss.

(45) Armin KAUFMANN (nota 30), p. 190 ss.; WELZEL (nota 43), p. 206.

II. INSTITUCIONES

A) Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias

1. *Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización*

El punto de partida para la solución de una parte del dilema se encuentra ya en la afirmación de Hegel –mencionada ya en diversas ocasiones– de que hay «mandatos, que según su contenido último (se fundamentan) en una prohibición» (46). Lo que se quiere decir con ello no es especialmente difícil de descifrar:

En Derecho penal es habitual entender normas, no como expectativas institucionalizadas, sino como imperativos dirigidos a personas, o más exactamente, a la psique de personas. Desde este punto de vista una prohibición debe impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad; un mandato, por el contrario, debe motivar precisamente a una determinada actividad. Si dejamos de lado ahora los excepcionalísimos casos de movimientos convulsivos, de movimientos reflejos y otros parecidos, se deduce la siguiente situación: una prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal, mientras que al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Prohibiciones y mandatos dirigen pues, cuando producen efectos, un sistema psicofísico que termina –de dentro a fuera– en la piel del cuerpo (más exactamente: con los músculos que son influenciados mediante nervios). Si este modelo es especialmente afortunado o si es una construcción elegante, debe ser dejado de lado aquí –en cualquier caso es el modelo dominante en Derecho penal– (47). Órdenes de dirigir el mundo exterior más allá del cuerpo tienen que ser siempre enviadas a través del –*sit venia verbo*– aparato psicofísico. Si por ejemplo una persona va a caer sobre un niño aplastándolo, el imperativo reza, si es que la persona va a arrollar al niño, «deja ese movimiento», pero si aquél por infortunio va a caer encima de éste, el imperativo rezará «sostente».

Ambas órdenes radican en un fundamento, que formulado por su parte como orden podría enunciarse: «¡Tu cuerpo no debe aplastar a un niño!». La legitimación para esa orden fundamental resulta evidente: La

(46) HEGEL (nota 18), § 38.

(47) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1.º, 4.ª ed., 1922, p. 123; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 102 ss.

exclusiva facultad de disposición de la persona libre sobre su propio cuerpo, que en la concepción liberal es obvia, obliga como sinalagma al deber de cuidar de la inocuidad del mismo; pues, sin merma de la libertad de esa persona nadie podría asumir de otra manera este cuidado. La unión del arbitrio de uno con el arbitrio del otro según una ley general de libertad se produce bajo la condición de que las personas se manejen libres con su cuerpo (48), esto es, no sólo mediante prohibiciones jurídicas, sino que también tiene que incluir mandatos jurídicos, precisamente aquellos, de cambiar la situación del cuerpo mediante una actividad si es que en caso contrario amenaza un daño para el otro. Evidentemente tales mandatos no tienen nada que ver con un comportamiento solidario, no requieren pues un «fundamento jurídico especial», sino que son parte de la «obligación originaria».

El dominio exclusivo de la persona libre sobre su cuerpo no es de todas formas la única circunstancia por la que pueden haber mandatos dentro de la «obligación originaria». En una Sociedad de propietarios libres y de titulares de derechos, las personas conforman, también más allá del cuerpo, ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. Tales ámbitos de organización incluyen objetos materiales, v. gr. un terreno, una casa, un automóvil, o también el uso de derechos, por ejemplo el derecho de desplazarse en automóvil por las vías públicas en el marco del uso común. En sinalagma por esta libertad (49) existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular –siguiendo una prohibición– a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido –esto es, siguiendo un mandato–. Así pues, cada cual debe dirigir activamente a una situación distinta, no sólo su cuerpo, sino también por ejemplo un automóvil condu-

(48) KANT, nota 15.

(49) MERKEL fue el primero que formuló este amplio sinalagma de forma clara, al que ya GLASER (nota 27, pp. 299 ss.) se había aproximado; *Kriminalistische Abhandlungen*, 1.^a parte, 1867, pp. 76 ss., 81 s.: Las omisiones conllevan en este sentido responsabilidad «cuando nosotros hemos puesto en peligro la integridad de los demás de forma imputable mediante el comportamiento previo». En especial, MERKEL percibió acertadamente que un comportamiento anterior que sea a todas luces socialmente adecuado no conlleva deber alguno (p. 83, argumentando así en contra de GLASER, pp. 84 ss.). Sin embargo, MERKEL –al igual que GLASER– no consiguió liberarse del pensamiento del comportamiento anterior causal (y así, no vio que el comportamiento anterior puede ser una omisión), y de esta forma acota su concepción de los deberes de solidaridad, que él tiene que encuadrar en su totalidad como delitos propios de omisión (dispuestos por la ley y no necesariamente iguales a la comisión; «Omissivdelikt»). Véase también MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, ed. por LIEPMANN, 1912, pp. 133 ss.

cido por él o un fuego por él encendido, cuando en caso contrario amenacen daños. La «obligación originaria» tiene pues como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización —de la forma que sea— en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición «no dañes», aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba Wolff de «servir de diversa forma a los demás» (50) y cuyo enunciado es: «Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización».

Respecto de los mandatos en virtud de una competencia por organización entran en primer lugar en consideración los llamados deberes de aseguramiento en el tráfico. Quien domina un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Todo propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias no caigan del tejado; todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización, y todos tienen que soltar objetos frágiles, cuando sienten que van a sufrir un ataque convulsivo.

Tales deberes de aseguramiento pueden también nacer especialmente de un determinado comportamiento anterior; entonces hablamos, como ya se mencionó, de ingerencia. Tampoco aquí apenas darán lugar a dudas los casos básicos de la vida cotidiana. Un cochero debe parar o desviar su vehículo cuando en caso contrario una persona resultaría atropellada; quien excava una zanja en una calle pública, tiene que asegurarla de tal forma que nadie caiga en ella, y quien hace una hoguera en el monte debe de nuevo también apagarla, y en verdad, en todas estas ocasiones en virtud de su competencia por organización y no, por razón de solidaridad.

La responsabilidad por ingerencia resultará problemática, cuando el curso dañino ha abandonado el ámbito de organización del competente, o incluso quizá ya ha alcanzado el ámbito de la víctima; ya no se trata entonces del mero aseguramiento de que una organización no produzca un output dañino, sino de la revocación de un output que ya ha sucedido; a diferencia que en el aseguramiento, en estos casos puede que varias personas tengan de forma concurrente la competencia de la revocación, o del salvamento de una organización ajena ya perturbada (51).

(50) WOLFF, nota 9.

(51) WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 209 ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, 1972, pp. 294 ss.; SEELMANN en: NEUMANN y otros (ed.) *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, § 13 not. marg. 117 s.; FREUND, *Erfogtsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 180 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2. ed., 1991, 29/38 ss. con más referencias. En contra, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 281 ss. Respecto a los deberes de salvamento en la comisión, véase la nota 77 [y allí, lo referido en el apartado b)].

Hablando en términos ejemplificativos: Nadie duda del deber de un conductor de frenar su vehículo ante un peatón que cruza la calle, y en verdad tampoco, aunque el peatón esté cruzando de forma prohibida; una violación dolosa del deber sería un homicidio por omisión; pero cuando ya se ha producido un accidente, y la víctima amenaza con desangrarse, se puede discutir si al conductor le incumbe el conseguir ayuda o es incumbencia de la policía, o se puede discutir también si nadie se encuentra obligado con el peatón –al menos nadie obligado bajo la pena de homicidio por omisión– por ejemplo, cuando este último haya actuado de forma contraria a su obligación y todos los demás se hayan comportado correctamente.

Hay buenos motivos para no gravar con un deber de salvamento a todo el que ha causado un accidente, pero sí, a quien lo ha causado mediante una organización antijurídica (52), y también a quien ha organizado una actividad permitida pero peligrosa, y en verdad, en tanto el suceso no le incumba a otro prioritariamente (53). Una fundamentación sucinta sería: Quien organiza algo prohibido, debe evitar daños como mejor pueda, y quien organiza tan sólo algo peligroso, de la misma manera debe evitar los daños, a no ser que otros hayan organizado algo de más importancia que lo simplemente peligroso. Se trata de nuevo del sinalagma de la libertad de organizar y el deber de evitar daños. En nuestro ejemplo esto significa que el automovilista debería ayudar al peatón al que ha atropellado por accidente –la conducción de automóviles es, en efecto, una organización peligrosa–, pero no cuando el peatón, por su parte, se ha comportado incorrectamente (54). No se trata en el presente contexto de señalar los límites exactos de la responsabilidad por ingerencia (55), baste en cambio como conclusión que esta responsabilidad, allí donde quiera que termine, resulta en cualquier caso del ser incumbente a causa de una organización, esto es, resulta de la «obligación originaria» y no de «un fundamento jurídico especial».

Lo mismo es válido para el deber en virtud de la asunción de una tarea –que en el marco de la competencia por organización no debe ser ol-

(52) GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pp. 88 ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 157 ss., 163 ff.; (respecto de una fundamentación de la ingerencia mediante algunos comportamientos conformes a derecho, véase sin embargo, RUDOLPHI en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.^a ed., 1994, § 13 not. marg. 40 a).

(53) Así también en el fondo, a pesar de haberlo formulado en forma diferente, BGH 37, pp. 106 ss., 114 ss. (responsabilidad por el producto).

(54) Así también, BGH 25, pp. 218 ss., 222 ss.

(55) Referencias detalladas en JAKOBS, (nota 51), 29/38 ss.

vidado— (56), y que habitualmente —de forma poco afortunada— es designado como deber en virtud de un contrato. En los casos de asunción no sólo es relevante la promesa de una prestación, sino también el abandono de otras medidas de protección que se produce como consecuencia de la promesa; el que asume organiza pues, mediante su promesa, una aminoración de la protección y debe compensar esta menor protección. El panorama de casos abarca desde la niñera hasta el guía de montaña, y no presupone un contrato válido. También la niñera menor de edad, que se dedica a ello sin la aprobación de sus representantes legales, está penalmente obligada a ayudar en caso de necesidad al bebé dejado a su cuidado; y quien comienza a guiar en la calle a una persona débil no debe interrumpir su ayuda en medio del hervidero de automóviles. El fundamento de tal responsabilidad es pues únicamente la organización imputable de una aminoración de la protección.

2. ¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones?

Para concluir esta parte queda por aclarar, si no se podrían reformular en prohibiciones la totalidad de los mandatos que resultan de la competencia por organización. Esto sería posible, pero entonces debería ser de nuevo determinado el destinatario del imperativo.

Como ya se señaló, en Derecho penal lo habitual es dirigir o destinar los imperativos a una persona como sistema psicofísico. El motivo para esta destinación es, en primer lugar, que el imperativo debe producir una influencia psíquica, y en segundo, que sin movimiento corporal no existe un hecho exterior (*cogitationis poenam nemo patitur*). Por ello el imperativo reza para las prohibiciones, que no debe formarse un motivo determinado con la consecuencia de una determinada actividad; para los mandatos en cambio, que debe ser producido precisamente un movimiento corporal motivado. Cómo logre la persona formar los motivos con la correspondiente actividad como resultado, o cómo logre no formarlos es, en principio —esto es, exceptuando situaciones de exclusión de la culpabilidad o disculpantes— asunto suyo. Si existe por ejemplo una tremenda inclinación a cometer un delito mediante una actividad, de todas formas el imperativo sigue enunciando que la persona no debe formar el motivo que conduzca a esa actividad (una prohibición), y no por ejemplo, que la persona deba formar contra-motivos en contra de tal inclinación (un mandato). El sistema psicofísico es tratado pues como una *black box*, en la que se encuentra siempre disponible un quantum suficiente de disposición para el seguimiento de la norma; en tanto el siste-

(56) STREE en: GEERDS y otros (ed.), *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 145 ss.; respecto a la asunción en la comisión, véase nota 77 [y allí, lo referido en el apartado b)].

ma no produzca movimientos corporales motivados incorrectamente, funciona todo en orden en caso de imperativos prohibitivos, e igualmente, y si se trata de mandatos, funciona todo en orden cuando se produce la actividad motivada acertadamente; sin embargo, si se produce un movimiento corporal motivado incorrectamente, se trata siempre de una actividad contraria a la prohibición –sin atender a las «luchas internas» anteriores–, del mismo modo que siempre nos hallamos ante una violación del mandato cuando falta la actividad motivada correctamente. Psicológicamente puede parecer este punto de vista no plausible. Así, como es sabido, el resistirse ante un vicio inveterado de hacer algo prohibido supone un esfuerzo inmenso. Pero esta prestación no interesa a la hora de realizar la imputación jurídico-penal, puesto que el Derecho penal no trata de distinta manera a quien vence con enormes esfuerzos una inclinación al delito, que a quien de todos modos no le interesa tal delito: ambos cumplen con su deber. Lo mismo ocurre cuando se trata de mandatos: quien solamente con todas sus fuerzas puede lograr satisfacer el deber de realizar una actividad, se encuentra jurídicamente como aquel que se siente inclinado a ello. Este punto de vista se podría entender como una radicalización de la separación *kantiana* de Legalidad y Moralidad (57): En caso de comportamiento correcto no sólo no interesan los resortes que producen el impulso (*Triebfeder*) sino tampoco las completas circunstancias en las que se produjo la impulsión (*Antriebslage*).

La determinación del destinatario en la forma que se acaba de esbozar no es la única posible. Así, se podrían sumar al destinatario como parte de su persona también su propiedad, sus derechos y su comportamiento; la destinación se dirigiría entonces no ya a la cabeza tan sólo del cuerpo, sino a la cabeza del completo ámbito de organización. Formulado de otra manera: El imperativo se podría dirigir en vez de a una persona como sistema psicofísico, también a la persona como ámbito de organización, con la consecuencia de que toda configuración dañina del ámbito de organización infringiría una prohibición. Si estuviese por ejemplo prohibido que una persona que conduzca un automóvil –ésta, entendida como sistema psicofísico más el automóvil por él conducido– atropellase a un transeúnte, ya no interesaría cómo hay que cumplir con la prohibición, al ser un suceso que ocurre dentro de la *black box*: Si la prohibición se cumple mediante una actividad del sistema psicofísico (mediante frenar) o sin tal (el vehículo de todos modos rueda solo hasta pararse) sería indiferente. Toda configuración dañina del ámbito de organización estaría prohibida de la misma manera que en el modelo habitual lo está toda actividad dañina motivada. Según este punto de vista, no

(57) KANT (nota 15), p. 219.

quedaría lugar para mandatos que resultan de una competencia por organización.

De todos modos, este nuevo modelo que se acaba de esbozar enseña algo: la dependencia del contexto de aquello que es llamado prohibición o mandato. Por lo demás, no ofrece en el campo del Derecho penal ventaja alguna, pero sí el inconveniente de una escasa claridad. En otros contextos, por ejemplo a la hora de juzgar ámbitos de organización muy desconocidos (Estados, consorcios), que son administrados en forma anónima, puede ofrecer ventajas.

3. *Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva.*

Si en virtud de la «obligación originaria» también existen mandatos, la tesis de Feuerbach es equivocada, por lo que podría surgir la duda de si el resto de sus planteamientos también lo son. ¿Precisará la «obligación originaria» quizás también de una interpretación cuando se trata de prohibiciones? Feuerbach se refiere con una cierta ingenuidad a las prohibiciones, como si respecto de ellas constase que no pueden bajo ningún concepto obligar a un comportamiento solidario, es decir, como si no sobrepasasen nunca el marco de las relaciones negativas. Pero tal punto de vista equivoca su objeto profundamente; en efecto, Feuerbach y los autores que le siguen presuponen evidente un determinado contenido de las prohibiciones entre muchos de los posibles, a saber: dejar a los demás en su libertad. Pero tan pronto como –en beneficio de los demás– se prohíbe hacer uso de la propia libertad –se podría pensar en la prohibición de abandonar la casa o de proceder con cosas propias según se quiera– se trata –a la vez que de prohibiciones– de deberes de solidaridad.

Para una aclaración exacta hay que señalar en primer lugar que en todo curso dañino ya participan en teoría un mínimo de dos personas: un autor y una víctima; en la práctica, se pueden encontrar, casi sin excepción, también terceros que de alguna forma hayan influido en el curso del suceso. Por tanto siempre entran en consideración varios ámbitos de organización, en los que puede ser encontrada la razón determinante para el curso dañino. Un ejemplo sencillo puede servir para aclararlo: Un comerciante apaga por la noche la iluminación de su escaparate, la cual alumbraba la calle considerablemente. La iluminación viaria pública alumbraba el accidentado pavimento tan sólo pobremente; como era de esperar –porque algo parecido ya había pasado más veces– un transeúnte se tropieza y se hiere. ¿Quién ha organizado el curso dañino? El vendedor ha dejado a oscuras la calle que se encontraba iluminada, pero la iluminación urbana es asunto del Municipio; por otra parte se podría perfec-

tamente discutir, si el Ayuntamiento tiene la función de iluminar el camino a casa de todo trasnochador.

Un curso dañino puede por tanto basarse en un comportamiento defectuoso del autor (del comerciante), o de un tercero (jefe de la Administración Municipal), o en una falta de cuidado de la propia víctima (del trasnochador) o bien, y si es que todos se han comportado correctamente, la propia víctima deberá soportar el daño como un infortunio: *Casum sentit dominus*. Como muestra este ejemplo cotidiano, una prohibición –tomada al pie de la letra– consistente en no dañar a otros mediante una actividad no dejaría siempre la relación entre el autor y la víctima en algo negativo; una prohibición con el contenido: «antes de que todos los trasnochadores estén en casa, no debe apagarse la iluminación de los escaparates» contendría, en cambio, un deber de solidaridad con los trasnochadores, por lo que seguro que no sería parte constitutiva de la «obligación originaria», sino, antes bien, sería tan sólo legítima con un «fundamento jurídico especial», y tal fundamento no puede encontrarse en una Sociedad que ha sido constituida de forma liberal.

Esta problemática es muy tratada en la moderna discusión bajo la denominación de «imputación objetiva» (58); con ello no se hace referencia solamente a que la evitabilidad subjetiva de un curso dañino determina la imputación (en caso contrario debería responder el comerciante de nuestro ejemplo, –él ha podido ver venir el accidente–), sino a que la evitación debe ser también objetivamente tarea de la persona, si es que ésta ha de responder penalmente. La limitación de la responsabilidad se deduce de la idea que aquí es correcta de que no es deber de una persona preocuparse de todo resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima o, en su caso, esta última tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada en favor de una sociedad exageradamente cuidadosa por todas partes. La «obligación originaria» en su parte prohibitiva (puesto que, como se mostró supra, tal «obligación originaria» comprende también mandatos, a saber: los deberes de actuar en virtud de una competencia por organización) no se encuentra pues correctamente descrita cuando se la especifica como prohibición de la causación de un curso dañino; antes bien, en esta parte prohibitiva se trata únicamente de evitar aquellos cursos que sólo pueden ser aclarados remitiendo a la propia libertad de organización, los cuales por tanto, y for-

(58) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; ROXIN, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1994, 11/36 ss.; RUDOLPHI (nota 52), nota marg. 50 ss. previas al § 1; JAKOBS (nota 51), 7/35 ss.; crítico, HIRSCH, *Universität zu Köln-Festschrift*, 1988, pp. 399 ss., 402 ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 83 ss.

mulado en forma negativa, no han de ser aclarados mediante la libertad de organización de las demás personas.

Los supuestos de riesgo permitido son sin duda los casos de más importancia en los que falta la imputabilidad objetiva de un comportamiento (59). De ningún comportamiento humano pueden excluirse con certeza prolongaciones desafortunadas como consecuencia a su vez de constataciones desafortunadas: Todo apretón de manos podría transmitir una enfermedad; todo viaje en avión o en coche puede acabar en accidente; un niño puede sufrir un percance cada vez que va de camino al colegio; todo nuevo producto podría encerrar peligros desconocidos, e incluso medidas de autoprotección, como vacunas preventivas, pueden ocasionar en el caso concreto más perjuicios que ventajas. Pero una prohibición de estos y otros comportamientos comparables suprimiría evidentemente la libertad de comportamiento. Esto también es válido para la libertad de omitir: A aquel que por precaución permanece en la cama por la mañana puede precisamente por ello pasarle inadvertido que la armadura del tejado está ardiendo. Si ha de ser por tanto posible la libertad de comportamiento, se debe exigir a la víctima que acepte los resultados de tal comportamiento como su infortunio; —como compensación, la víctima participa también de las oportunidades que ofrece la libertad de comportamiento— (60).

No es que se objete, que una responsabilidad, en tales casos, estaría abocada al fracaso puesto que no se podría pronosticar el peligro con una densidad suficiente como para decidir. Esto puede ser correcto a lo sumo en el caso concreto, pero no es válido cuando se trata de grandes empresas en las que se administran gran cantidad de casos. Por ejemplo, en la producción de un automóvil o al establecer una gran obra de construcción se pueden calcular —y por cierto, con material estadístico relativamente sencillo— el número de muertos y heridos que se esperan, y esto en una cuantía, en sí, suficiente para decidir (para seguros de accidente esto es una tarea diaria). Pero también aquí —hablando figuradamente— se asientan estos resultados no en la cuenta del administrador de la empresa, sino en la de los costes inevitables de un mundo tecnificado (61).

(59) Referencias detalladas en FRISCH (nota 58), pp. 90 ss. (FRISCH trata el riesgo permitido como producto de una ponderación racional, pp. 72 ss., 76, pero en realidad, es, en parte, algo que simplemente ha sucedido históricamente; igual que FRISCH, FREUND [nota 51], p. 51 ff.); JAKOBS (nota 51), 7/35 ss.; ROXIN (nota 58), 11/36 ss.

(60) De todas formas, esto no significa que no se pueda, dentro del riesgo permitido, diferenciar entre un riesgo base y un riesgo acrecentado, y que a aquel que haya organizado este segundo riesgo no se le pueda gravar con una responsabilidad civil de peligro. La evitación de lo permitido, sin embargo, no pertenece penalmente a la «obligación originaria», en tanto no se vislumbren daños.

(61) Y esto sin garantía de que en este punto se produzcan también ventajas paralelas. Así por ejemplo, la producción de un ligero descapotable conlleva tan sólo ventaja para una cosa: para la libertad de comportamiento.

Ni el riesgo permitido ni ningún otro instituto de la imputación objetiva se encuentra específicamente limitado a la imputación de actividades; al contrario, la necesidad de su traslado al campo de la omisión resulta evidente: Quien puede iniciar activamente una tarea riesgosa permitida, no tiene que impedirla, si tal actividad se produce sin su intervención. Ejemplificativamente: A quien está permitido mandar al niño por un camino no del todo seguro al colegio, tampoco tiene que actuar si el niño se marcha solo por el camino.

De los otros subinstitutos que determinan una exclusión de la imputación objetiva, habría que mencionar –sin pretensión de exhaustividad– todavía dos. En primer lugar, se trata de los casos en que existe una comunidad fundamentada en los contactos sociales, si bien en ningún caso absoluta, sino siempre limitada de determinada forma. Pues bien, en estos casos, las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad (62). Hablando en términos ejemplificativos: La compra de objetos se agota en el intercambio de la mercancía por el dinero, y el pago de deudas en la liquidación del crédito; lo que el comprador haga con la mercancía, por ejemplo si la exporta de forma prohibida o si la usa por su parte para un negocio fraudulento o para la construcción de un paquete bomba, le interesa al vendedor tan poco, como al deudor le importa si el acreedor subvenciona a una organización terrorista con lo recibido o financia tráfico de armas prohibido. Con más razón permanecen los campos de responsabilidad separados cuando falta toda comunidad, antes bien una persona intenta obligar a otra a tal comunidad. Aclarémoslo también con un ejemplo: Cuando los terroristas amenazaron que el presidente de la unión de empresarios, Schleyer, sería asesinado si continuaban encarcelados correligionarios de los terroristas, a quienes tuvieron que tomar la decisión les era de sobra conocido que el mantenimiento de la prisión (sea esto una acción o una omisión) podría tener como resultado la muerte de Schleyer, como de hecho sucedió. El mantenimiento de la prisión no fue de todas formas un comportamiento homicida, ni tampoco una participación en tal comportamiento, puesto que agota su significado en la ejecución de la pena: una tercera persona no puede hacer girar en una dirección delictuosa este significado, mediante resultados que enlaza a su arbitrio a dicha ejecución de la pena. En otras palabras, los terroristas no podían obligar al Gobierno –bajo amenaza de pena– a ser solidario con Schleyer.

El segundo subinstituto que hay aquí que mencionar y por medio del cual se han de interpretar restrictivamente todas las prohibiciones, para

(62) FRISCH (nota 58), pp. 230 ss.; JAKOBS (nota 51), 7/59, 24/13 ss.; el mismo, *ZStW* 89, pp. 1 ss.

que no se llegue a una compulsión de comportarse solidariamente, es la actuación a propio riesgo, esto es, el traslado de la competencia a la víctima, y en verdad, a causa de su propio comportamiento organizativo (63). Al respecto no se debe pensar solamente en casos en que la víctima mediante su infracción del deber de cuidado reduce la responsabilidad del autor a modo de una concurrencia de culpas, como sucede por ejemplo cuando un peatón que circula imprudentemente por una carretera es atropellado por un automovilista igualmente imprudente; antes bien, es también posible la solución radical de que una víctima que se ha expuesto a un peligro sin motivo razonable, deba también sufrir las consecuencias en solitario. Quien emprende algo temerario como un paseo en velero habiendo tempestad, o una excursión por la montaña cuando se produce una nevada, o un combate de boxeo, no puede invocar en caso de consecuencias dañinas que los demás tenían que poner cuidado y en atención a él haber omitido la actividad, porque tal cuidado frente a una persona autorresponsable sería incompatible con la relación negativa como relación entre iguales; todos tienen que hacerse autorresponsables, esto es, también la víctima de sus propias organizaciones.

4. Conclusiones

Resumiendo lo dicho se puede decir: Si se parte del fundamento liberal de que la «obligación originaria» tiene como contenido negativo que el otro no deba ser perturbado en su existencia, entonces no se puede lograr una juridificación de este modelo tan sólo mediante la prohibición de no dañar a los demás, y por cierto, desde dos puntos de vista. En primer lugar tienen también que incorporarse mandatos del contenido de impedir peligros para bienes ajenos que procedan –sin actividad actual del titular– del propio ámbito de organización. Estos mandatos son el resultado de la libertad de organizar; existen pues ya porque el autor es persona y tiene que respetar por ello a la víctima, y no necesitan ningún «fundamento jurídico especial». En segundo lugar, en el marco de la prohibición sólo deben ser evitados resultados lesivos que no pertenezcan a la organización de una tercera persona o de la propia víctima, o que no tengan que ser soportados por la víctima a modo de infortunio; en efecto, en caso contrario estarían todos obligados a renunciar a su libertad en beneficio de una víctima amenazada, sin que el fundamento de la amenaza estuviese en el ámbito de organización del que ha renunciado; esto sería una obligación a un comportamiento solidario. En consecuen-

(63) FRISCH (nota 58), pp. 148 ss., 180 ss.; ROXIN (nota 58), 11/86 ss., 98 ss.

cia, no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino la competencia (el ser competente) en virtud de una organización.

El desdoblamiento de la competencia por organización en subinstitutos de fundamentación de la responsabilidad –deberes del tráfico, ingerencia y asunción, como fundamentadores de responsabilidad– o de exclusión de la responsabilidad –riesgo permitido, responsabilidad de otro, infortunio– debe ser entendido dentro del derecho abstracto como simple denominación de las formas jurídicas. Así pues, los ejemplos mencionados respecto de los institutos en concreto presuponen para la solución más de lo que aquí se ha fundamentado, por cuanto que la fórmula debe referirse a la concreta configuración de la Sociedad contemporánea. Otras Sociedades puede que encuadren como riesgos especiales, y por tanto como fundamentadoras de ingerencia, actividades que en la Sociedad actual son tenidas por riesgos normales, y viceversa, y para ellas puede que se tenga por infortunio lo que en la actual Sociedad todavía se vincula con un determinado comportamiento organizacional. Por ello, todos los contenidos de los mencionados institutos son contingentes –también dentro del planteamiento liberal formulado por Kant, Fries, Feuerbach y Hegel–. Pero tenga el aspecto que tenga el contenido, las formas mencionadas de la fundamentación o de la exclusión del deber permanecen vinculadas a nuestro planteamiento.

B) Otras Instituciones

1. Planteamiento

Queda aún la cuestión de qué se puede agregar a la responsabilidad ya esbozada –esto es, en virtud de una competencia por organización– a modo de responsabilidad en virtud de un «fundamento jurídico especial». Una parte a tener en cuenta de la doctrina jurídica se halla todavía fascinada por el pensamiento de que el prototipo de la responsabilidad penal sería el delito de comisión y por ello habría que buscar en la omisión la «equivalencia con la comisión» (64), entendiéndose por tal equivalencia una similitud externa, a la actividad; pero hay por lo menos un escollo que no puede ser salvado en tanto se siga buscando en un suceso externo la equivalencia con la comisión: Los padres que dejan morir a su hijo...: ni actúan, ni se encuentran obligados por deberes de seguridad del tráfico, ni necesariamente han tenido que llevar a cabo actos anteriores riesgosos, y tampoco han asumido algo, esto último en cualquier caso

(64) GALLAS (nota 52), pp. 67 ss.; SCHÜNEMANN (nota 51), pp. 229 ss.; el mismo, en: GIMBERNAT y otros (comp.) *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49 ss., 75 s.; FREUND (nota 43), pp. 265 ss.

no, si es que tampoco nadie se hubiese ocupado del niño en ausencia de los padres. Así pues, aparentemente, los padres no serían en estos casos punibles por homicidio. Para evitar esta consecuencia –junto a soluciones que no se ajustan a un determinado sistema (65)– ha sido propuesto interpretar que una estrecha comunidad de vida es una forma de existencia fundamentadora de deber, lo que provoca la objeción de que con ello no se encontraría el carácter jurídico de los deberes, sino que se concedería carácter jurídico infundadamente a deberes morales (66) –los cuales en situaciones de estrecha comunidad de vida, difícilmente pueden ser negados–. Que la objeción no apunta al vacío, lo muestra la despreocupación con la que en la Jurisprudencia y en la Literatura por ejemplo se parte de deberes de cuidado asegurados penalmente de un miembro de una pareja homosexual respecto del otro (67), si bien tal relación en sí misma no roza ni siquiera al margen la constitución jurídica de la Sociedad. Densidad emocional y Derecho son dos cosas distintas. Pero esto tampoco significa que Derecho y solidaridad no puedan ser vinculados en ningún caso.

El hombre configura el mundo; como se vio, esto tiene lugar mediante el trabajo, mediante la actividad, aunque también a través de omisiones. Tiene lugar precisamente mediante organización. Por medio del comportamiento organizativo de los hombres la conformación del mundo se convierte en contingente, y por ello es necesario, como compensación, mudar a los hombres en personas, esto es, en portadores de roles que administran sus ámbitos de organización según estándares fijos y que en caso de administración defectuosa conducen a responsabilidad, es decir, que son definidos como fundamento determinante del defecto. Este sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, esbozado aquí nuevamente, es por su parte una institución, a modo de haz de carácter jurídico y estable, de las relaciones sociales. La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización; correspondiéndose con esto, las expectativas de los demás no van dirigidas a que un hombre capaz de organizar va a hacer o no, algo determinado, sino a que una persona debe comportarse de una determinada manera. Conciso y breve: Nadie responde en su condición de hombre, sino todos en la de personas.

(65) GALLAS (nota 52), p. 92.

(66) Véase, por todos, GALLAS, (nota 52), p. 71.

(67) *AG Duisburg MDR 1971*, p. 1072; SK-RUDOLPHI (nota 52), § 13 nota marg. 51; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46.^a ed., 1993, § 13 nota marg. 10; más referencias y crítica en JAKOBS (nota 51), 29/66 con la nota 138.

Si está claro pues, que ya la competencia por organización presupone la institución de la constitución jurídica de la Sociedad –mediante el sinalagma de libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias– (68), se ilumina inmediatamente la dirección, en la cual hayan de buscarse «fundamentos jurídicos especiales» de deberes, que sean equivalentes a los deberes en virtud de una competencia por organización: La búsqueda no tiene que dirigirse a un «dominio del hecho» parecido a la organización –esto desorientaría igual que desorientó la búsqueda en el siglo pasado de una causalidad equivalente a la de la comisión–, sino que tiene que dirigirse a aquellas instituciones que determinan la identidad de la Sociedad de la misma manera que ésta se encuentra determinada por el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. Esta búsqueda depende pues de la semejanza para la estructura de la Sociedad, y no en cambio de una semejanza naturalista.

Desde este punto de vista no hay que temerse, que en las conclusiones resulte una mezcolanza de fundamentos de la responsabilidad heterogeneos compuesta por una «obligación originaria», e independientemente de ella, por «fundamentos jurídicos especiales». Antes bien, se trata de un fundamento único, a saber, del mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social; este fundamento se divide en la competencia por organización –para una Sociedad liberal evidente– y junto a ella, otras competencias todavía por nombrar, provenientes de

(68) Quien reconoce la existencia de responsabilidad por organización pero rechaza otras instituciones (véase sólo FREUND [nota 51]; SCHÜNEMANN en: *Dogmatik* [nota 51], pp. 60 ss.), debería explicar, porqué garantías jurídicas deben tan sólo referirse a una de las posibles instituciones («libertad de comportamiento conlleva responsabilidad por los resultados»).

Por lo que respecta a la competencia en virtud de una organización, H. LÜBBE (Zürich) manifestó en la discusión* su suposición de que en el futuro van a incrementarse «la cantidad de posibilidades de influir en otros por medio de procesos causales sociales mediante omisión», de tal forma que la «sociedad moderna» «sencillamente se va a amurallar» con el correspondiente reforzamiento penal. Respecto al contexto de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, hay que tener en cuenta, que el aumento del ámbito de posibles consecuencias puede (aunque no tiene que) ser precedido también de un aumento del ámbito de la libertad. Ejemplificativamente: El omitir la revocación de un producto a gran escala puede traer consigo resultados nocivos en masa, pero sólo, cuando previamente se ha realizado una venta a gran escala. O bien: El tráfico automovilístico es todavía entendido como fomentador de la libertad, a pesar de su muy densa regulación y de la estricta responsabilidad por errores (también mediante omisiones, v. gr.: no frenar).

* El Prof. Jakobs se refiere, en ésta y en próximas notas, a la discusión desarrollada tras la exposición en forma de conferencia de una versión resumida del presente trabajo, conferencia que fue defendida en la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften el día 13 de diciembre de 1995 en la ciudad alemana de Düsseldorf. (Nota del trad.)

otras instituciones pero que, en todo caso, hay que resaltar que igualmente se derivan de instituciones; estas competencias institucionales siempre deben estar dirigidas a una unión positiva entre personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización. Se trata pues ahora, de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad social, las positivas que sean irrenunciables.

2. *Deberes estatales*

Tal adición sólo puede llevarse a cabo en parte de una forma jurídica abstracta, puesto que de lo contrario debería ser lograda de un análisis de la concreta configuración social; esto es lo mismo que sucedía, por hablar de nuevo de la competencia por organización, cuando hemos deducido ésta, solamente de la abstracción del conjunto de todas las concepciones sociales liberales, pero no en todo caso de todas las concepciones sociales. Pero por lo menos se pueden lograr algunos deberes del Estado de forma tan jurídico-abstracta como sucede con la competencia por organización, a saber, mediante la reflexión acerca de las condiciones de la competencia por organización; si bien el Estado como persona jurídica no responde por sí mismo penalmente, sí en cambio los titulares de una función pública (69) que actúan para él.

La simple ordenación de la competencia por organización no es más que una palabra vacía si no se decide a la vez la cuestión «quis iudicabit». Así, el Estado debe tener la obligación de velar por la satisfacción de las pretensiones penales, y por la decisión de la autoridad sobre conflictos jurídicos; por consiguiente en el derecho abstracto de Hegel faltan la instancia que juzga y la instancia para hacer respetar las pretensiones (70). Este derecho al otorgamiento de Justicia, que en el campo del Derecho procesal penal se corresponde con el principio de legalidad, encuentra su garantía jurídico-penal principalmente en los preceptos contra la prevaricación (§ 336 StGB) y contra el favorecimiento por parte de funcionarios (de encausados en proceso penal, favorecimiento que frustra la ejecución penal, etc.) (§ 258a StGB).

Ya un simple vistazo a estos preceptos muestra que tal y como se ha tratado aquí la «obligación originaria», apenas es de esperar cosa distinta respecto al «fundamento jurídico especial», puesto que ambas resultan de igual manera de instituciones sociales irrenunciables: De igual forma que

(69) SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984.

(70) Ambas van más allá del *status* negativo; de todas formas pertenecen, al menos según su forma, al derecho abstracto, porque son condición de toda Sociedad concreta, en tanto en cuanto ésta conozca el Derecho.

los deberes que surgen de una competencia organizacional no se quebrantan sólo mediante infracciones de prohibiciones, así tampoco un «fundamento jurídico especial» origina solamente mandatos. No sólo (aunque también) (71) prevarica, el juez que no atiende un litigio pendiente y no sólo lleva a cabo el delito de favorecimiento, el fiscal que no persigue a un delincuente, sino de la misma manera, el juez que activamente dicta una sentencia injusta, y el fiscal que activamente consigue el levantamiento de la orden de prisión contra un delincuente por medio de fundamentos fraudulentos.

Los delitos de los que se está hablando, llamados delitos de infracción de deber (72), se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le son adjudicados como consecuencia del *status* que ostenta dentro de la institución de que se trate, por ejemplo la Justicia (73): El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz.

No pueden nombrarse aquí todos los deberes genuinamente estatales que son desempeñados por los titulares de una función pública del Estado, pero sí debe mencionarse que el Estado tiene el cometido de cuidar de la seguridad interior y exterior, y en verdad, no sólo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de señalagma, sino en virtud de la autodefinition del Estado: si el Estado deshace el monopolio, se deshace a sí mismo. Además, un Estado de Derecho tienen que garantizar la sujeción a la ley de la Administración; un Estado de prestaciones, al menos la asistencia fundamental (74); el Estado de una Sociedad saturada por la técnica tiene que tener consideración por el medio ambiente.

3. *Relaciones paterno-filiales; confianza especial*

En aquellos deberes que conciernen al ciudadano no como titular de una función pública representando al Estado, sino inmediatamente como titular de un *status* dentro de una institución, a saber, como madre o pa-

(71) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 2.º tomo, 2.ª edición, 1905, p. 561; SPENDEL, en: JESCHECK y otros (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., 1988, § 336 nota marg. 54.

(72) Expuestos por primera vez por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963 (6.ª ed. 1994), pp. 352 ss.

(73) Por ello tampoco se puede diferenciar en esta clase de delitos entre las diferentes formas de intervención; ROXIN (nota 72), pp. 352 ss., 459 ss.; JAKOBS (nota 51), 21/115 ss. Respecto del significado que adquiere esta consecuencia para la comisión, véase infra la nota 77 (y allí, lo referido en el apartado a).

(74) Respecto de los pormenores y otras referencias, véase JAKOBS (nota 51), 29/74 ss.

dre, como cónyuge, etc., la problemática se presenta más complicada que en los deberes genuinamente estatales –esto es, en los provenientes de la institución «Estado»–. En este terreno todo es discutido. Por lo menos en las consecuencias –que no en la fundamentación– reina unanimidad sobre el deber de los padres de cuidado completo de sus hijos (75) (en caso de hijos extramatrimoniales sólo para la madre), deber que, de nuevo, incluye tanto prohibiciones como mandatos. Sin embargo, más allá de este prototipo de relación ordenada a un mundo en común –relación positiva–, cesa la seguridad. Los deberes derivados de una unión matrimonial, que todavía hasta hace una generación resultaban en cierta medida evidentes, han perdido su seguridad desde que el matrimonio con aprobación del Derecho es entendido como un lazo resoluble –si bien respetando unos plazos–. Pero por otra parte, a la hora de fundamentar el deber resulta totalmente equivocado, como ya se indicó, querer sustituir el vínculo matrimonial por el vínculo de la «estrecha comunidad de vida»: Comunidades de vida pueden resultar útiles en tanto ofrecen a las personas un refugio social, pero puesto que no gozan de impronta jurídica sino que pueden organizarse al libre arbitrio, no contribuyen por ello en nada a una determinada identidad social (y aunque, en efecto, la libertad de arbitrio determina identidad, esta libertad de arbitrio, como tal, pertenece ya a la competencia por organización).

A pesar de lo dicho no queda excluido que con independencia de la existencia de matrimonio o de comunidad de vida, se proteja penalmente en determinados casos la confianza en la constancia de los roles, es decir, prohibir un *venire contra factum proprium*, por lo menos cuando éste se produce inoportunamente, lo que a la vez significa, mandar un comportamiento conforme al rol (76). Así, por ejemplo, el cuerpo de bomberos voluntario de un pueblo, que con anterioridad ha sido establecido y se contaba con él, no puede abandonar su rol auxiliador precisamente cuando hay un fuego, y en verdad, independientemente de si otra medi-

(75) Así, incluso GALLAS (nota 52), p. 92, que ha sido el que ha desarrollado la concepción más significativa de una teoría de los deberes penales centrada tan sólo en la organización.

(76) JAKOBS (nota 51), 29/67 ss.; este instituto ha sido rara vez desarrollado por la doctrina, siendo en cambio tratado en el marco de institutos afines (asunción, «estrechas comunidades de vida»).

ISENSEE (Bonn) preguntó en la discusión, si el matrimonio, entonces, genera al menos deberes en tanto tenga vigencia. Si por vigencia se trata sólo del vínculo formal, debería negarse que genere deberes. Hablando en términos ejemplificativos: Cónyuges, que han tomado hace tiempo caminos separados, difícilmente van a poder invocar, en caso de necesidad, la relación –que ya no es vivida por ellos y por tanto es tan sólo formal–. Sin embargo, en tanto la forma sea cumplimentada, la comunidad de vida (*Sich-auf-einander-Einlassen*) produce deberes, sin que a este respecto haya que estarse a lo formal.

da antiincendios hubiese sido instalada aun sin su comportamiento (esto es, incluso en el caso de que no exista responsabilidad en virtud de asunción –organización–). Según ésto, un médico tiene también que tratar a aquellos pacientes que ya ha atendido, y como se acaba de decir, sin importar si los pacientes hubieran tenido la posibilidad de haber sido tratados por otro médico. Que los pormenores dentro de esta «confianza especial» y de otros «fundamentos jurídicos especiales» sean fuertemente controvertidos, no debería sorprender: En una Sociedad de características individualistas y hedonistas quedan eclipsadas todas las instituciones sociales más allá de la competencia por organización (como *status* negativo) y más allá de la competencia del Estado.

Con toda su vaguedad parece que este vistazo a los «fundamentos especiales» es suficiente para exponer las particularidades del *status* positivo frente al negativo, y a la vez, para mostrar que las particularidades no tienen en absoluto que ver con una separación entre acciones y omisiones. Con ello resulta probado que esta separación, tanto en las relaciones positivas como en las negativas, atañe tan sólo a la técnica con la que un obligado tiene que cumplir con sus deberes, esto es, a cuestiones absolutamente secundarias. Las preguntas fundamentales: ¿Qué hay que adjudicar a la propia organización y qué a la de los demás? y, ¿qué institución genera deberes de configuración de un mundo en común asegurados penalmente?, no dependen de la separación entre acción y omisión, afectan antes bien a ambas, y la forma de la norma –prohibición o mandato– depende de la casual conformación de la organización del destinatario.

III. LA UNIFORMIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE PROHIBICIONES Y MANDATOS

Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo «fundamento jurídico especial», esto es, en definitiva, de la misma institución irrenunciable; por ello, se debe afirmar una completa congruencia (77) de la responsabili-

(77) No se trata de una semejanza mayor o menor, sino de una identidad total de la fundamentación de la responsabilidad. Esto hay que aclararlo en algunas cuestiones límite:

a) En tanto se trate de deberes de establecimiento de un mundo en común –al menos, parcial–, esto es, de una relación positiva, el deber concierne siempre de forma altamente personal y no, por ejemplo, mediante la división de trabajo con los demás; la lesión del deber conduce por ello a responsabilidad en calidad de autor («delitos de infracción de deber», véase nota 72). Sólo puede haber participación del especialmente obligado, incluso en casos en que falte el dominio del hecho, cuando falta una característica de la autoría requerida por el tipo. En consecuencia, hay que

dad por acción con la de la omisión (78). De la misma manera que se puede poner en movimiento un suceso que es riesgoso pero permitido, no habrá que revocarlo, aun en el caso de que sin la propia intervención

tratar igualmente como delitos de infracción de deber también a los delitos comunes (*Jedermannsdelikte*) que sean cometidos por un obligado —en el sentido aquí referido—: El obligado actúa como autor —incluso aunque no tenga el dominio del hecho—, y en verdad tanto en la omisión como en la acción. Hablando en términos ejemplificativos: El padre que no impide un homicidio sobre su hijo responde como autor, y de la misma manera responde, cuando presta ayuda al homicida (JAKOBS [nota 51], 21/118). Desde luego que sería extraño, que el deber de cuidar el patrimonio conduzca a la autoría siempre que exista un ataque (§ 266 StGB), pero no el deber de cuidar de una persona.

b) En el campo de la competencia por organización, esto es, de la relación negativa, los deberes de aseguramiento se corresponden con los casos base de acción, como se expuso supra. La extensión a deberes de salvamento en las omisiones encuentra su contrapartida en el campo de la acción, en la prohibición de realizar una actividad en sí permitida, por cuanto el motivo de la prohibición —como del mandato en el campo de la omisión— puede ser sobre todo un comportamiento previo. De nuevo hablando en términos ejemplificativos: Si alguien empuja a una persona anciana tan desconsideradamente, que ésta va a caerse, el que propinó el empujón no debe retirar la mano (¡prohibición!) a la que la víctima intenta agarrarse, del mismo modo que debería tender la mano, cuando ésta, por su situación, no pudiera ser alcanzada por la persona anciana por sí misma. Ambas formas de comportamiento, retirar la mano y no tenderla, conducen a un delito de lesión, —si se retira o no se tiende, respectivamente—, y ello, a pesar de que todo no-interviniente tiene que mantener o configurar su organización sólo en el marco de los deberes en virtud de la «omisión» del deber de socorro en favor de la víctima. La controversia sobre los límites de la responsabilidad por ingerencia es pues también una controversia sobre la responsabilidad de la comisión.

También mediante asunción se puede ampliar el marco de las prohibiciones. Una vez más, ejemplificativamente: Quien ha asumido vigilar el peligroso perro de su vecino, no debe abrir la puerta de su casa (¡prohibición!), si es que el animal se puede escapar, y ello, a pesar de que sin la asunción, por ejemplo porque el animal se ha perdido y ha entrado en la casa, podría abrirla a su gusto, —a lo sumo limitado por la norma contra la «omisión» del deber de socorro.

Respecto a toda esta problemática, consúltese JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Bogotá 1994, pp. 20 ss., 32 s.

(78) FREUND (nota 51), pp. 51 ss., 88 ss.; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, p. 171 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 354 ss., 358 ss., véase sin embargo también, p. 373 s.; JAKOBS (nota 51), 7/71. Crítico, SCHÜNEMANN en: *Dogmatik* (nota 64), pp. 49 ss., 50 ss. (respecto a FREUND y JAKOBS), 58 ss. (respecto a VOGEL).

En la discusión, ISENSEE (Bonn) hizo alusión al diferente tratamiento que reciben la huelga (que es «según su noción: omisión del trabajo») del boicot activo. El ejemplo debería ser clarificador en especial a causa de los límites de «la noción de la huelga»: Mediante la no prestación de trabajo —también cuando el comportamiento sea contrario a un deber de trabajo— retornan las personas (los grupos de personas) a una pura relación negativa, en caso de que sólo se quiebre el rol de contratante. Sin embargo, en tanto la protección de bienes pertenezca al rol, la huelga es ilícita; en efecto, si no se verían perjudicadas no sólo las oportunidades, sino también la

el suceso amenace con salir del propio ámbito de organización. O bien: Si la víctima a causa de su predisposición tiene que arreglárselas con una determinada configuración de su entorno, esto es, tiene que aceptar los daños como un infortunio, lo mismo da que otro origine esa configuración activamente o que omita modificarla: en todo caso, no responde. O bien: Quien en virtud de un «fundamento jurídico especial» tiene que ayudar a otro con los medios de su propia organización, no debe interrumpir activamente esos medios, a pesar de que toda tercera persona podría impedir, que alguien se abastezca de sus ayudas (de las del tercero); así pues, que quien tiene que alimentar a un hambriento en virtud de un fundamento jurídico especial, no pueda guardar la panera bajo llave o que deba facilitar activamente la panera que está guardada bajo llave, no es una cuestión del fundamento del deber, sino del casual *statu quo* del mundo exterior.

Para terminar aclararé todavía las consecuencias de esta congruencia, de la mano de tres casos importantes para la práctica; son tres supuestos en conjunto controvertidos y hasta cierto punto actuales, bien por sí mismos, bien precisamente por las consecuencias que se extraen de ellos:

Primero: Si un paciente tiene esperanzas de vida tan sumamente reducidas, sobre todo asimismo, por lo que respecta a la clase de vida que le queda, el médico que le está tratando no se encuentra obligado a iniciar medidas de medicina intensiva, por ejemplo con ayuda de un aparato corazón-pulmón o de un respirador. ¿Puede en tal situación interrumpir activamente las medidas anteriormente iniciadas? La decisión depende, de a qué ámbito de organización pertenezca el tratamiento intensivo. Si se trata del ámbito del paciente, es seguro que el médico no tiene ningún derecho a predisponer aún más aquello que ya está organizado en forma propensa; en efecto, el contenido de una competencia por organización consiste precisamente en que no se pueden perturbar organizaciones ajenas. Así –y esto es indiscutible– ningún médico puede dejar fuera de servicio un marcapasos implantado, una válvula cardiaca, o una prótesis articular. De todas formas, una asignación del tratamiento al

del empresario. Ejemplo: Ningún chófer puede comenzar con una huelga, cuando él ha arrancado su vehículo (él tiene que hacer algo, si es que se quiere comportar dentro de la legalidad: parar); en todo caso, trabajos de necesaria existencia (calefacción, vigilancia) son así excluidos de la huelga, al igual que la huelga es imposible en actividades que han sido asumidas y que son genuinamente de necesaria existencia (servicios de urgencia), puesto que supondría un mero retorno al estado de personas aisladas. De acuerdo con esto, la jurisprudencia valora como violencia una huelga que es incompatible con la legitimidad de las relaciones entre personas («estados caóticos» mediante «huelga de masas y general»), (*BGH* 8, pp. 102 ss. [Tribunal Supremo Federal Alemán]). En consecuencia lo decisivo también en la huelga no es el omitir, *per se*, sino el alcance de la competencia de quien omite.

ámbito de organización del paciente entra en consideración tan sólo para aquellos aparatos que –al menos por un cierto tiempo– puedan ser usados por el paciente independientemente del médico, de tal manera que este último pueda ser excluido de la organización del aparato. Pero éste no es precisamente el caso en supuestos de medidas de medicina intensiva; en tanto éstas se desarrollan por algún tiempo automáticamente, es cierto que el médico no tiene continuamente que actuar, pero el paciente tampoco puede organizar por su parte, con independencia del médico; antes bien, toda organización necesaria, incluido el control permanente, incumbe evidentemente al médico y a sus ayudantes. Se trata pues del ámbito de organización del médico, y no hallándose éste obligado a una organización de ayuda –debido a la situación del paciente–, es irrelevante cómo sea el estado interno del ámbito de organización. Es algo meramente casual, si una actividad es inminente (necesaria) o si el automatismo del aparato todavía funciona. Cómo ha de ser cuidado un paciente, sin embargo, no depende de casualidades; así pues, el médico (79) puede detener activamente una medida iniciada, si es que él no hubiese tenido que iniciarla, en caso de que tal medida no marchase ya de manera automática.

La decisión es muy controvertida (80). En tanto el resultado también aquí obtenido se defiende con los argumentos de que los aparatos serían una *longa manus* del médico y por tanto se trataría de una omisión cuando se pone fin a su funcionamiento, o bien, de que se trataría «valorativamente» de una omisión, nos hallamos, en el mejor de los casos, ante imágenes simbólicas e intuiciones, con cuya ayuda es insinuada la dirección, que no el camino, para una solución. Teniendo en cuenta, que tanto la acción como la omisión, esto es, ambas son organizaciones y que por ello el fundamento del deber respectivo es idéntico (81), tales vaguedades se vuelven superfluas.

El segundo caso a citar es sólo una –grotesca– variante del primero: Thomson (82) ha bosquejado, en el marco del debate sobre el aborto, el

(79) Respecto a la interrupción del tratamiento por parte de parientes con consentimiento (presunto) del paciente, y por parte de terceras personas no autorizadas, consúltense las referencias en JAKOBS (nota 51), 7/nota 111.

(80) Referencias en HIRSCH, en: KÜPER y otros (ed.), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 597 ss., 605 s.; KÜPPER, *Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 81 s.; JAKOBS (nota 51), 7/64 con not. 110; véase también BIRNBACHER (nota 21), S. 337 ff.

(81) El fundamento del deber en el mandato se corresponde con la imputabilidad objetiva en la prohibición (en contra, por todos, HIRSCH y KÜPPER, [nota 80], «problema especial», «particularidad»). Por ello, también es posible el homicidio a petición por omisión; JAKOBS en: SCHÜTZ y otros (ed.), *Festschrift für Schewe*, 1991, pp. 72 s.

(82) En: LEIST (ed.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 107 ss., 108 s.; una primera versión en: *Philosophy and Public Affairs I* (Princeton 1971), pp. 47 ss., 48 s.; más literatura en BERNSMANN, *JuS 1994*, pp. 9 ss. nota 6; véase también STEINVORTH,

siguiente escenario –entre tanto, muy discutido–: una persona sana se encuentra contra su voluntad unida corporalmente a una persona enferma –en el ejemplo: un genial violinista–; la unión es tal que, por un lado, aquélla mantiene las funciones corporales de la persona enferma, que por su parte tampoco quiso esta unión, y, por otro, se causaría la muerte del enfermo si el sano produce la separación. La persona enferma vive por tanto de la unión con el sano, que, por su parte, ha quedado reducido a la vida de un organismo de abastecimiento. El ejemplo muestra de forma tajante cómo una prohibición, a saber, la prohibición de la separación de uniones, consistiría en un deber de solidaridad, y por ello, tal prohibición no se puede fundamentar partiendo de un planteamiento liberal, exactamente igual que tampoco se podría fundamentar desde el mencionado planteamiento un deber de prestarse a una unión todavía por disponer, –en todo caso, no sería fundamentable bajo la pena como reo del homicidio de la persona enferma.

Otra cuestión distinta, es lo que da de sí este ejemplo para la prohibición del aborto. El ejemplo trataría de demostrar que a la «obligación originaria» de una mujer embarazada no pertenece la toma en consideración de su feto. Pero seguro que el punto de vista de que el feto vive a costa de la organización de la embarazada, es sólo un punto de vista de entre los posibles, igual que lo es el tradicional de que la embarazada –por lo menos, tras relaciones sexuales libres– ha perdido con el embarazo parte de su organización en favor del feto; e incluso en el caso de que el punto de vista mencionado en primer lugar fuese determinante, no se habría resuelto nada respecto a si existe un «fundamento jurídico especial» que obligue a la prestación (¿«maternidad»?). El ejemplo enseña pues sólo una cosa, pero esto, en todo caso, de forma clara: En una concepción liberal una acción fácticamente dañina no tiene porqué ser siempre contraria a una prohibición de lesión (83).

Klassische und moderne Ethik, 1990, p. 180 ss.; desde una perspectiva jurídica, últimamente, UNBERATH en: BYRD y otros (ed.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 3.º (1995), pp. 437 ss.

(83) Puesto que falta –más allá de lo meramente externo– una diferencia entre el tratamiento jurídico-penal de la acción y el de la omisión, no se puede lograr tampoco aquí una comprensión del problema mediante un cambio de perspectiva de una configuración del comportamiento a la otra (de otro punto de vista, con la opción de la omisión en los supuestos de aborto, BERNSMANN [nota 82], p. 13). La problemática tampoco es descrita en su totalidad mediante la contraposición, por una parte, de una *simply omission of an action* o *an omission of maternal support*, y por otra, de una *deliberate action taken against the life of the unborn child* (así, sin embargo, BARRY, *Medical Ethics Essays on Abortion and Euthanasia*, New York 1989, pp. 40, 46, y *passim*; en sentido parecido, FINNIS en: *Philosophy and Public Affairs* 2, Princeton 1972, pp. 117 ss., 124, con la diferenciación entre *not keeping another person alive* y *direct killing*). Entremedias se encuentra la actividad, a la que parece referirse THOMSON, la cual hay que entenderla como organización interna autorizada, y por

El tercer caso se refiere al supuesto del autor de conciencia que, por ejemplo, es responsable de la muerte de otro hombre. Se afirma que para medir su culpabilidad habría que distinguir entre acción y omisión. El omitir sería más bien disculpable o desde luego produciría una aminoración de la culpabilidad de mayor intensidad que la acción (84); a este respecto, un argumento tomado de la sociología reza que la sociedad puede adaptarse mejor al «desmoronamiento de prestaciones» que a una «acción antijurídica agresiva» (85) (lo que podría trasladarse a la totalidad de los casos con problemas de exigibilidad) (86). En efecto, puede que la Sociedad se las arregle mejor con un padre perteneciente a una secta que no lleve a su hijo al hospital cuando éste es alcanzado por un rayo, por creer que se trata de una decisión divina, lo cual significa su muerte segura, que cuando el padre mata sin más al niño estigmatizado; sin embargo, con una comparación de ambos casos no se puede probar nada porque en el caso de la omisión el padre quebranta el deber que pertenece a las relaciones paterno-filiales, mientras que en el supuesto de la acción, en cambio, quebranta tanto ese deber como el deber común (Jedermannspflicht) en virtud de una competencia por organización, y éste último es resistente contra reblandecimientos mediante la toma en cuenta de motivos de conciencia: Quien no toma al otro en cuenta ni tan siquiera como persona, por los motivos que sean –pueden ser motivos de conciencia–, niega las condiciones elementales de la vida en sociedad, y una Sociedad que premiase tendencias subjetivas a comportarse así, aunque sea tratándolas de forma indulgente, se autoliquidaría. La competencia en virtud de una organización –la relación negativa– como base sencillamente de toda constitución jurídica no puede tolerar tampoco pues respecto de las omisiones tomar en consideración motivos de conciencia. Un automovilista tiene que frenar si es que es necesario, y un motivo de conciencia –en vez de frenar, dedicarse inmóvil por ejemplo a rezar– no puede conllevar aminoración de la culpabilidad por ser un claro *venire contra factum proprium* –el automovilista ha puesto el coche previamente en marcha– (87).

cuyos resultados externos no hay pues que responder, antes bien hay que adjudicarlos a otros motivos de aclaración, aquí: la predisposición de la víctima.

(84) SCHULTE y TRÄGER en: KRÜPER-NIELAND (ed.) *25 Jahre Bundesgerichtshof*, 1975, pp. 251 ss., 263 s.; PETERS, en: GEERDS y otros (ed.), *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 257 s., 274 s.

(85) LUHMANN, *AöR* 90, pp. 257 ss., 282 s.

(86) Así, HIRSCH, en: JÄHNKE y otros (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., 16.ª entrega, 1994, nota marg. 205 previa al § 32, con más referencias.

(87) Cuando el origen de la decisión de conciencia puede transferirse a otra persona, esto puede suponer un motivo de exculpación; sobre esto, JAKOBS (nota 51), 20/25.

Pero también en los deberes que van más allá de una relación negativa, los deberes institucionales –relación positiva–, una aminoración en los supuestos básicos queda excluida. Las instituciones pertinentes son socialmente irrenunciables y por ello no pueden existir motivos relevantes socialmente en contra de su configuración esencial. Así, en el ejemplo mencionado anteriormente, seguro que no habría que exculpar al padre, si deja de alimentar a su hijo después de ser alcanzado por el rayo; de igual manera, los padres que piensan por razones de conciencia que no responden al no prestar absolutamente ninguna atención médica a sus hijos, ya no desempeñan el rol de «padres», niegan por tanto en el fondo la institución y únicamente por ello no pueden encontrar indulgencia (88). Solamente cuando la incompatibilidad entre las razones de conciencia y la institución, afecta a sus casos marginales, esto es, cuando el rol que pertenece a esa institución se cumpla en lo esencial, se puede argumentar –puesto que el Derecho se beneficia de la existencia estable de normas «del fuero interno»– que él puede aceptar fallos concretos en la construcción de estas normas del fuero interno como un fallo inevitable, quasi como el resultado desgraciado de un riesgo permitido inevitable cuando se produce la interiorización del Derecho (89).

El tratamiento equivalente de acción y omisión, que resulta imprescindible también aquí, puede ser aclarado, si se construye el caso antes mencionado, de tal forma que una acción le esté prohibida al padre sólo a causa de su rol especial: la acción se halla de tal manera configurada que para cualquiera estaría permitido (o al menos, no prohibido bajo pena de homicidio), mientras que precisamente en la persona del padre se encuentra prohibido a causa del «fundamento jurídico especial». Se tiene que imaginar una acción socialmente adecuada en su totalidad, que cualquiera también en esa situación podría emprender, y que sólo para el especialmente obligado está prohibida; dos ejemplos: el habitual cerrar con llave la puerta de la casa, lo que supone, que se hace imposible una llamada de socorro exitosa de una tercera persona; o bien, el encargo hecho a un empleado para que realice una determinada tarea, motivo por el cual el empleado no se entera de un accidente y por consiguiente tampoco por su parte puede llevar a cabo un comportamiento salvador, cosa que sin el encargo seguro que hubiese podido realizar. Tales configuraciones de casos pueden parecer rebuscadas, pero en cualquier caso en las mencionadas actividades no se puede ya encontrar diferencia alguna con

(88) A la mencionada (nota 87) transferencia por razón de la competencia de otro a causa del origen del conflicto, hay que agregar aquí la actuación a propio riesgo: Quien se casa con alguien, que considera que toda medicina convencional es obra del diablo, ciertamente no podrá exigir con total firmeza jurídico-penal, que aquél en caso de necesidad procure ayuda de la medicina convencional.

(89) JAKOBS (nota 51), 20/24.

la omisión (90); especialmente estaría fuera de lugar contraponer tal acción a modo de «comportamiento agresivo» frente a una omisión (¿pacífica, a pesar de ser contraria al deber?) (91). De forma análoga sucede cuando alguien que está obligado contra su conciencia a realizar el servicio militar, por un lado abandona la tropa, o por otro, no regresa a la misma después de las vacaciones; o bien, cuando una enfermera a súplicas de un paciente lleno de sufrimientos –pero, puesto que es por deseo del paciente, sin dañar su personalidad– ora abre una ventana de modo que el frío mata al paciente, ora no vuelve a cerrar pronto la ventana que había sido abierta para una breve ventilación. Puesto que los motivos del deber son idénticos, idéntica es también la consecuencia jurídica de la situación de conciencia del comportamiento; en otras palabras, los límites determinantes transcurren de nuevo no entre acción y omisión, sino por una parte, entre aquellos comportamientos de conciencia que en lo esencial respetan la personalidad, y por otra parte, su falta de respeto en lo esencial.

En consecuencia, el trabajo, la actividad, ha perdido su lugar como criterio clave de la teoría de la imputación jurídico-penal, de igual modo que el perceptible *corpus delicti* retrocedió desde hace tiempo ante la ejecución típica abstracta; y el corte que separa las normas liberales de las iliberales divide, no acción y omisión, sino que transcurre tanto a través de la acción como de la omisión. Bien es cierto que la preferencia de la prohibición por parte de Kant, Fries, Feuerbach y Hegel (en el derecho abstracto) sigue teniendo repercusiones en la actualidad, como muestra la afanosa búsqueda por no pocos autores de una similitud naturalista de la omisión con la acción, pero soluciones sistemáticas no pueden ser obtenidas así. El criterio clave es la «competencia» (92), el «ser competen-

(90) En las conclusiones, en lo esencial como aquí RUDOLPHI en: STRATENWERTH y otros (ed.), *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 605 ss., 628 s.; probablemente también así, ROXIN en: Arthur KAUFMANN y otros (ed.), *Festschrift für Maihofer*, 1988, pp. 389 ss., 393 s.

(91) Véase supra nota 85.

(92) Se trata pues de un principio normativo; por ello no puede lograrse una solución en tanto acción y omisión por principio sean equiparados y entonces sean ponderados según criterios naturalistas (entre otros criterios, el «poder amenazador», BIRNBACHER, nota 21, o el «coste para el actor», *ibidem* pp. 133 ss.). En un mundo vacío normativamente, no hay ni responsabilidad por acción ni por omisión, siendo por ello irrelevante el «poder amenazador» o el «coste». Con un orden normativo queda establecido, que debe tenerse por amenazador o por costoso.

En la discusión, preguntó W. LÜBBE (Konstanz) por la diferencia entre el enfoque aquí mantenido y un planteamiento teórico-equivalente. Este último se basaría en la «irrelevancia moral de la diferencia (de la acción y de la omisión)» y llegaría así a un «igual tratamiento práctico de imputación de las consecuencias de la acción y las de la omisión», por ejemplo un homicidio activo y un dejar-morir. Si no se quisiera seguir este punto de vista, quedaría tan sólo la posibilidad de recurrir a la diferencia de

te», ya sea competencia a consecuencia de un *status* negativo –el deber de no dañar a los demás–, ya sea a consecuencia de un *status* positivo –el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común–. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del –casual– *statu quo* existente. La configuración de la Sociedad (93), sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (*status* negativo/*status* positivo).

actividad y pasividad, que quizá se podría justificar –prosiguió Lübbe– porque «una competencia por organización para cosas del mundo exterior más allá del propio cuerpo sólo [se adquiriere] mediante acción y no mediante omisión». Si bien esto podría tener vigencia «en rigor sólo para Sociedades liberales», y puesto que en éstas por lo menos «la relevancia de la diferenciación» ya se encontraría «en el planteamiento liberal», la diferencia no podría ser «superada» dentro de este planteamiento.

Con esto hay que estar de acuerdo, en tanto se trata aquí de exponer las consecuencias de un planteamiento liberal. No hay por principio alternativa a tal comienzo normativo; en efecto, por lo menos con una norma comienza ya la Sociedad. En un contexto de imputación es pues una equivalencia, determinada en forma naturalista, un dato insignificante. Otra cuestión que no ha sido tratada aquí es si alguien en una Sociedad constituida en forma liberal puede llegar a ser una persona completa (creadora de consecuencias jurídicas) sin ninguna acción; en efecto, esto no podría suceder –incluso para el propio cuerpo como ámbito de organización de la persona–, pero asimismo, y esto debe ser remarcado, tampoco sin omisiones. Quien revoca el significado de cada acción mediante otra acción (quien tira lo que ha trabajado), o quien actúa tan sólo descoordinadamente, se encuentra en la misma situación que aquel que no ha hecho absolutamente nada. No tiene porqué haber una acción al comienzo (y en verdad no, cuando una organización ya existente se convierte en automática, o en caso de herencia), aunque esto será lo que suceda en la mayoría de las ocasiones (en eso se basa la plausibilidad de la teoría del trabajo, véase nota 1). Pero incluso cuando esto fuera de otra forma, la acción no se encontraría en la práctica sin embargo conceptualmente al comienzo (normativamente no hay preferencia por la acción), y en este sentido además resultaría, que incluso en una Sociedad extremadamente liberal, esto es, una constitución social limitada a competencia por organización, todas las prohibiciones no serían legítimas ni todos los mandatos ilegítimos para aquellos que entonces –suponiendo: mediante acción– fuesen personas.

(93) En la discusión reprocharon GROBFELD (Münster) la abstracción de la exposición realizada («La imagen del hombre individual desaparece») y SIEP (Münster) la limitación a la «lógica interna» de un modelo social descuidando el «autoentendimiento humano» y la «representación del bienestar natural o precisamente del no-bienestar de los hombres».

Pues bien, tales principios también pueden ser acogidos en una concepción funcional-social: Seguro que el modelo liberal dispone por ejemplo de una «imagen» de individualidad y de «bienestar o precisamente de no-bienestar», pero esto sencillamente, debe ser juridificado, transformado en normas que se dirigen a personas, esto es, a portadores de roles. Sobre esto, en detalle, JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pp. 843 ss., 849 ss., 859 ss.