

Sistema de imputación: La Parte Objetiva del Comportamiento en la Lesión de Deberes *Negativos**

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Günther Jakobs¹

La conducta es un factor clave en materia penal, ya que sin la misma no puede existir delito, ya sea por comisión o por omisión. Y es que las normas se encargan de la delimitación de aquellas conductas antijurídicas que, a juicio de la sociedad, deben encontrarse penadas. Es la conducta, en ese sentido, el punto de partida de la tipificación penal y de la sanción a imponerse.

En el presente artículo, el afamado autor hace un análisis sobre todo aquello concerniente a la relación entre la conducta, a partir de "lo que no se puede hacer", el delito y la pena. Es, en definitiva, un artículo de altísima calidad y de consulta obligatoria para todos aquellos interesados en esta materia.

I. Anotación previa

A. «Sistema»

El sistema de la imputación jurídico-penal lo desarrollo en varias partes, de las cuales me ocuparé de la introducción y de la parte objetiva del comportamiento en la lesión de deberes negativos. En todo caso, la parte que aquí desarrollaré será por sí misma comprensible y permitirá conocer la tesis fundamental en esta materia, que no es otra que la determinación del sentido o el significado de la conducta delictiva. Entremos, pues, sin más demora .

La pena confirma la norma quebrantada y fundamenta a través del dolo penal su cimentación cognitiva. De ese modo, y no obstante el delito cometido, se mantiene (no: se mejora) el poder de orientación del Derecho. Según la tesis que vamos a desarrollar aquí, la imputación jurídico-penal cumple la función de concretar el caso en el que la norma, debido a la conducta de una persona, deba ser confirmada y cognitivamente corroborada. Ello significa, con otras palabras, que las reglas de la imputación jurídico-penal determinan cuando un resultado debe ser concebido como contradicción a la norma por parte de una persona competente que se manifiesta de esa manera en el ámbito público. La imputación *jurídico-penal* y la *pena* constituyen de ese modo una unidad funcional, y -al mismo tiempo- un sistema. Cuando hablamos aquí, y en lo sucesivo, de un sistema no nos estamos refiriendo al sistema del Derecho penal como parte del sistema jurídico y de éste a su vez como parte integrante del sistema social, sino

que antes bien concebimos el concepto de sistema de una manera que es usual en las ciencias del espíritu, a saber: como un *contexto consistente de juicios*.

Si la imputación jurídico-penal conforma un sistema, entonces se tratará aquí de un contexto de juicios *jurídicos*. Lo que sucede en el mundo exterior y en la psique del autor debe transformarse en algo jurídico, o más concretamente: se transformará en algo jurídico en tanto que el Derecho se refiera a ello. Ello significa, por ejemplo: que el autor debe tener el *deber* de no lesionar a su víctima. De ese modo, un hecho (por ejemplo cuando A golpea intencionadamente a B hasta la muerte) tiene lugar, en el lenguaje cotidiano, únicamente entre dos seres humanos o entre dos hombres; por el contrario, en sentido jurídico ese acto tiene lugar entre portadores de deberes y derechos, esto es: entre *personas*, y el acto de matar a alguien es, desde el punto de vista jurídico, la lesión del *derecho a la vida* de la víctima, es decir: un *quebrantamiento de la norma*, una contradicción normativa. Los diferentes fenotipos pasan jurídicamente a un segundo plano, porque el Derecho no se refiere a ellos. En este sentido, por ejemplo, las personas han de *garantizar* que determinados estándares se mantengan, y ello con independencia de si se trata de delitos de comisión o de delitos de omisión. La garantía y los estándares se hallan en un primer plano; la forma en cómo se configure la conducta, en cambio, se encuentran en un plano secundario. O, también, se puede ser *competente* por una lesión realizada de propia mano a la víctima, pero como interviniente se puede también responder por una lesión causada por mano ajena. La *competencia* por la realización típica es

* Traducción al español de Miguel POLAINO-ORTS.

¹ Catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad de Bonn, Alemania.

el concepto jurídicamente determinante; el hecho de que sea cometido por mano propia o por mano ajena son conceptos subsidiarios para la determinación de la competencia. Dicho sea de manera resumida, a modo de eslogan: una teoría de la imputación como sistema es un contexto consistente de declaraciones *jurídicas*.

En lo sucesivo no me voy a referir en esta exposición ni a la ley ni a la jurisprudencia, ni a la doctrina usual; antes bien, y con independencia de ello, voy a intentar diseñar las líneas fundamentales de un sistema de imputación para el Derecho penal de una sociedad moderna.

B. Puntos relevantes

1. Un mundo «privado de la magia»

La visión del mundo de la Sociedad, como últimamente se ha puesto canónicamente de relieve con la obra «Novum Organum» de Francis Bacon (del año 1620), se ha «desnaturalizado científicamente», lo que significa que -desde esta perspectiva- el curso natural tiene lugar en función de leyes reconocibles fundamentalmente, con las cuales puede contarse y las cuales pueden ser útiles, pero la naturaleza misma ni alberga ni produce por sí mismo sentido alguno: la naturaleza es como es, *per se* carente de sentido, o -para decirlo con las conocidas palabras de Max Weber- se halla «privada de la magia». El sentido es, en este mundo, un sentido *instituido*, y el mismo se establece en tanto que alguien se comporta de un determinado modo y manera. En uno de sus primeros trabajos *Welzel* concibió la acción como «expresión de sentido», de manera por entero equiparable a la interpretación de Arnold Gehlen en el sentido de que el ser humano es el «ser que toma una postura o una posición» respecto de alguna cuestión. La expresión de sentido y la toma de postura no pueden ser entendidos, empero, únicamente como acontecimientos individuales, ya que el sujeto que actúa no es, claro está, «el primer hombre» que comienza a rellenar de sentido un mundo hasta entonces vacío de sentido, sino que antes bien el sujeto da forma y actúa en un mundo que, ya desde antiguo, está siendo rellenado de muestras de organización con ayuda del lenguaje, la moral, la política, la economía y de otras cosas más, especialmente en una sociedad *jurídicamente* estructurada. Esta estructura jurídica fija el significado jurídico de la conducta o de la toma de posición que un determinado sujeto pueda, en una concreta situación, elegir para sí. Hablando ejemplificativamente: proveer alcohol a menores significa «lesionar corporalmente», incluso cuando el vendedor considere que la protección de la juventud es, a este respecto, una tontería paternalista. Dicho sea, nuevamente, a modo de eslogan esquemático: el sentido de una conducta viene determinado por la concreta comprensión social. Esto no debe llegar a entenderse en el sentido de que, al menos, el concepto de conducta se encuentra ya determinado en un estadio presocial y que solo su contenido concreto haya de ser interpretado en el sentido de la sociedad; antes bien, según este entendimiento se decide ya qué sea una conducta en absoluto. La postura de *Welzel* de la acción como expresión de sentido es tan moderna, como inadecuada es la suposición de que la misma puede establecerse, como él mismo lo formulada, de manera «ontológica».

En un mundo privado de la magia -un mundo desencantado- una acción no puede recibir su significado por obra de afortunados lances del destino, porque el destino -a diferencia de la casualidad- presupone que también los procesos que no han sido configurados por un sujeto que actúa sino que antes le sobrevienen pueden estar llenos de sentido o -dicho sea con otras palabras- presupone que el mundo es, *per se*, portador de un significado. Voy a intentar explicitar esta cuestión con un famoso ejemplo de responsabilidad por el destino. Se trata de un ejemplo literario, contenido en una obra de Hartmann von der Aue, un poeta alemán de la alta Edad Media, que escribió su obra en torno al año. Uno de sus personajes, «Gregorius», fruto de una relación incestuosa entre dos hermanos, inicia la andadura de búsqueda de su propia madre, durante la cual se topa con una dama con la cual llega a casarse, sin tener la más remota idea de que pueda tratarse de su madre, como en efecto sucede. Así de cruel es el destino en el pasaje literario Hartmann, hasta el punto que Gregorius ni siquiera piensa en escabullirse del peso que se le viene encima. En nuestro mundo, el sentido debe ser primeramente conferido, y tal la responsabilidad por el destino se convierte en algo «histórico». Esto no puede ser causa de tanta sorpresa, pues hasta el irónico Thomas Mann -un escritor alemán que, con sus novelas, escritas en parte en el exilio, entusiasmó al mundo intelectual, no sólo en Alemania (llegó a ganar el Premio Nobel de Literatura), durante la primera mitad del Siglo XX- en su novela «El Santo Pecador» (título original: *Der Erwählte*), que constituye una versión de la citada leyenda de Gregorius, confiere al acontecimiento una formulación moderna y pone en boca del propio héroe de la trama: «un mozalbete, que se encamina a buscar a su madre y logra con esfuerzo conquistar a una dama, con la que termina casándose y que -por muy bella que sea- podría ser su madre, ha de contar con que sea su madre». Aunque en la sociedad competitiva únicamente cuente lo que uno se ha ganado, puede considerarse que, en su lado oscuro, sirve ya, por sí sólo, la culpa que el sujeto se ha buscado. De nuevo expresado a modo de eslogan: solamente en tanto que el poder de configuración resulta suficiente se convierte una acción en expresión de sentido, y -con ello- propiamente en una acción en absoluto.

2. Sentido de la norma y sentido del comportamiento

Una norma, incluso una de estilo brutal, es una creación espiritual: significa algo, tiene un sentido, en concreto: representa una determinada configuración del mundo que debe ser y, opuestamente, también del que no debe ser. Una norma no puede ser, por ello, infringida ni quebrantada únicamente a través de *hechos* (un *mero* hecho no *quebranta* nada ni contradice nada), sino únicamente mediante expresiones de sentido contrarias. Esto mismo vale para el caso de una responsabilidad por el resultado, ya que el sentido funda de algún modo el destino. En la actualidad, el sentido debe ser erigido por *personas*, lo que significa que la configuración, el hecho, debe ser concebido como un suceso portador de *sentido*, como *contradicción* a la norma, esto es: precisamente como creación espiritual. Las reglas de esta concepción originan, todas ellas conjuntamente, una teoría de la imputación.

Pero no sólo una conducta *delictiva* es, únicamente «expresión de sentido», sino que también lo es la conducta *justificada* y aun antes *independiente* y *permitida por el contexto*, desde el trabajo hasta el juego, y también para ello existen reglas de imputación, porque de lo contrario no se trataría de sentido sino de naturaleza. Estas reglas se parecen en parte a las que existen en el ámbito jurídico-penal, por ejemplo en relación a la participación (quien satisface una deuda en la creencia de que el receptor va a donar la cuantía económica para una buena causa no puede decirse que participe propiamente en la buena obra: ¡eso, y no otra cosa, es la prohibición de regreso!) y, en parte, esas reglas son también «cercañas y comprensivas» con la imputación: lo que Max Reger (un compositor alemán) o Joseph Roth (un escritor austriaco; ambos fueron «buenos» bebedores) redactaron en estado de ebriedad, se les imputará como obra de arte, con independencia de la merma psíquica que pueda apreciarse. Lo que no pueda ser imputado es carente de sentido, esto es: naturaleza, habida cuenta de que el destino no es un foco proveedor de sentido en la actualidad. El código que rige para la concreción y el desarrollo de un sistema de imputación reza, pues, «sentido *versus* naturaleza», y -en el ámbito jurídico-penal que aquí nos interesa- «sentido delictivo *versus* naturaleza».

II. Imputación en la lesión de deberes *negativos*

A. El comportamiento no permitido del ejecutor

1. Significado del comportamiento: garantes

Una aglomeración de sujetos individuales, que permanecen juntos en provecho propio, pero que no se hallan unidos mediante derechos y deberes sino únicamente porque la convivencia resulta aquí tácticamente ventajosa para ellos, no la designaré aquí como una *sociedad*, porque no existe nada que supere el horizonte de los propios individuos. La sociedad comienza recién cuando rigen normas, donde aquí el verbo «regir» significa «determinar la comunicación determinante y que logra imponerse». Un ejemplo: si la norma reza «no debes injuriar a nadie» y un nacionalista impreca a un desconocido gritándole que es un ser inferior, la norma quedará de ese modo quebrantada y surgen las siguientes posibilidades: *primera*, que la vida continúe como hasta ahora, aunque en todo caso se debata si el acto sucedido fue inteligente o, más bien, algo estúpido y, en este caso, como puede uno protegerse frente a hechos como ese. Esta solución mostraría que la norma *no* rige, ya que abiertamente no determina la comunicación; y *segunda*, que el hecho se designe como quebrantamiento de la norma, y que se reaccione frente a él de modo y manera que se ponga claramente de relieve que la norma fue y será en todo caso algo determinante. De este modo, rige la *norma*, ya que la misma determina la comunicación. A través de normas no meramente supuestas ni imaginadas, sino de normas verdaderamente vigentes se originen derechos realmente vigentes -por ejemplo: el derecho de no ser injuriado- así como deberes realmente vigentes, por ejemplo: el deber de no injuriar. A los portadores de derechos y deberes los llamaré aquí, como ya se ha señalado, «personas» y a las comunicaciones las designaré como «sociedad».

El contenido del deber en el sentido de constituir personas no significa que todo el mundo deba, en todo momento, con todas sus fuerzas esforzarse en evitar un daño de los demás. A partir del delito de omisión es conocido que, sobre la base de la equiparación de la omisión a la acción, únicamente un *garante* se halla obligado a impedir un inminente curso causal lesivo. En el delito de comisión no sucede algo diferente, sólo que quien actúa de manera activa es, por regla general, también garante de que no se inflija mediante su actuación un daño a sujeto alguno. Debido a esta regla, los penalistas se han acostumbrado a no dedicar palabra alguna a la posición de garante en los delitos de comisión, pero esta regla conoce también excepciones. Existen, por supuesto, algunas cuestiones en las que una organización activa resulta lesiva para el ámbito de organización de otro sujeto precisamente porque ese ámbito es configurado de manera «propensa» para ello y no propiamente porque la organización activa sea propiamente *-sit venia verbo-* «agresiva». Por ejemplo: quien durante el hundimiento de un barco ocupa el último puesto libre en la última embarcación de rescate (a la que se sube y en la que toma asiento porque le «llegó su turno en la cola» después de que -por ejemplo- se rifaran los puestos de esa manera) provoca mediante su «acción» (!), como salta a la vista, que el que le sigue *tras él* en la cola perezca ahogado, aunque a éste no se le puede garantizar que su antecesor haya de renunciar a su puesto libre. O resulta indiferente si un médico, cuando una reanimación ya no resulta conveniente, desactiva un aparato en funcionamiento o no enciende un nuevo aparato: el médico ya no tiene que responder por reanimación alguna. De igual manera que en el caso de la omisión impropia en el ámbito de la responsabilidad por organización, de los deberes *negativos*, surge la pregunta de si el omitente ha organizado algo en detrimento de la víctima y si debe, por tanto, «sacar a alguien de un apuro» (injerencia) o si, por lo menos, si ha de responder de otras organizaciones *de las cuales* no se originan daños algunos (deberes -de aseguramiento- del tráfico). Así, también en el hacer activo, en la acción, la posición de garante depende de la respuesta a la pregunta de si el actuante ha de garantizar que la víctima quede indemne de lesión o si eventualmente también es cosa de la víctima el hecho de responder de daños inminentes.

Quien no tiene nada que garantizar no se comporta en este sentido, en tanto que no responde por nada, como alguien que hace algo lleno de significado porque *normativamente* se halla «desvinculado» de lo que sucedió (prohibición de regreso). En los ejemplos mencionados más arriba, el hecho de tomar plaza en el bote salvavidas y el hecho de desconectar el aparato de reanimación no son consideradas como tomas de postura en contra del derecho a la vida del afectado fácticamente, sino simplemente como organizaciones en sus respectivos ámbitos. Ello es, de hecho, únicamente la valoración *jurídica*; por ejemplo, en el caso mencionado del bote salvavidas es posible que *moralmente* haya de tenerse en cuenta cosas que jurídicamente no cuentan: merecimiento, juventud, sexo, utilidad general de los competidores, etc. Una valoración *religiosa* dejarse aquí también de lado.

2. Significado del comportamiento, parte objetiva

a. Conducta en sí no permitida

Comencemos con los deberes negativos, especialmente en el ejemplo del deber de no matar. Se trata aquí de la concretización de cuándo una persona que organiza lo hace de manera que su ámbito de organización llega demasiado lejos en detrimento de otra persona, de manera que no presta el mínimo respeto de garantía de los demás, y cuándo la otra persona -como en el recién mencionado caso del bote salvavidas- se conforma por su parte de manera propiciatoria o sufre directamente el comportamiento lesivo de una tercera persona. Las personas no son, empero, titulares de ámbitos de organización para preservar esos ámbitos como si fueran piezas de museo, sino precisamente para poder -dicho sea de manera trivial- desarrollarse a través de esas organizaciones, por ejemplo, para poder llevar a cabo un trabajo determinado, para poder formarse y otras cosas más. Durante ese desarrollo se puede producir una autolesión -por ejemplo: el trayecto hasta el puesto de trabajo termina en una curva resbaladiza estampándose frente a un árbol-, pero también puede producirse la lesión de otra persona, por ejemplo: el conductor de un vehículo con quien se colisiona circulando en dirección contraria resulta herido en la colisión o incluso pierde en ella la vida. Si estos acontecimientos hubieran de ser evitados a toda costa, entonces nos hallaríamos ante una suerte de la ya mencionada forma de administrar los ámbitos de organización propia de los museos, esto es, ante una forma de paralización universal. En lo que respecta al daño ocasionado a otra persona, no puede garantizarse que ello nunca y nunca jamás pueda producirse; únicamente puede llegar a garantizarse que en el contacto existente entre las personas se mantengan determinados *estándares*, y cuando en efecto devenga un daño, éste se atribuirá bien la propensión de la propia víctima, bien a la conducta lesiva de otra persona.

No existe sociedad alguna que pueda evitar determinar o fijar de alguna forma estos estándares, y menos aun cuando en esa sociedad se haya de poner en práctica una responsabilidad por el resultado. Por ello, cuando se produce una «colisión» dos ámbitos de organización debe aclararse si la persona lesionada ha sido golpeada en su caída, o si por el contrario lo fue por quien iba tambaleándose y dando tumbos o si fue directamente atropellada. Por ejemplo, una persona se desmaya y cae delante de un caballo al galope. Su presuponemos la existencia de responsabilidad por el resultado, ello desemboca en una sociedad en la que montar a caballo es considerado como un lujo peligroso; sin embargo, y a afectos de la responsabilidad del jinete, si la víctima que cae delante del caballo galopante lo hace en el tumulto de una batalla de caballería, simplemente ha tenido mala suerte.

Hoy en día nadie piensa en poner en práctica una responsabilidad por el resultado, lo cual no exime de la tarea de tener que determinar los estándares vigentes, de manera que -en relación con la prohibición de matar- debe preguntarse: ¿Cuándo una conducta significa «matar» y cuándo no, precisamente por quedar debajo del estándar socialmente aceptado? Quien haya visitado

una clase práctica de Derecho penal sabrá que existen diferentes respuestas a esta pregunta: «matar» significa, por ejemplo, causar la muerte de otro mediante un movimiento corporal dependiente de la voluntad (ésta es la respuesta de los llamados causalistas); o bien «matar» significa producir dolosamente la muerte de otra persona, como responderían los llamados finalistas, que además añadirían en otro lugar que, caso de que falte el dolo, bastaría la infracción del deber de cuidado en la realización de una conducta encaminada de algún modo a la producción de cualquier otro resultado. El fallo en que, como es entretanto notorio, incurren ambas respuestas radica en su referencia exclusiva a hechos naturales: movimiento corporal, voluntad, causación, dolo. Sólo con la infracción del deber de cuidado sucede algo diferente, y por ello no puede sorprender que la dogmática del delito imprudente haya modificado la Dogmática del delito doloso, y que precisamente la haya modificado normativizándola.

¿Qué significa todo esto de manera concreta? Ello no significa, ciertamente, que el legislador determine a su libre voluntad qué debe ser garantizado o protegido y qué no. En el fondo se trata, antes bien, de que la sociedad ha de desentrañar su propia semántica; *ningún legislador pasar por alto el espíritu estable de la sociedad*. Desde luego, pueden resultar excesivamente elevados los costes de esperar a que las reglas *exactas* sean «incubadas» en el seno de la sociedad. Ello sucede, por ejemplo, en el Derecho de la circulación vial, donde las reglas de preferencia en la circulación o los sistemas de freno requeridos en el tráfico han de ser determinados previamente, antes de que los mismos se originen por un Derecho consuetudinario; lo mismo sucede, por ejemplo, con las reglas de manejo de un material radiactivo y en otros muchos casos. Por lo demás, es el estado de la Ciencia el que, por ejemplo, determina los métodos de operación en el cuerpo humano, o lo hace el estado de la predisposición socialmente aceptada a correr riesgos o a precaverse de ellos (así, en la determinación de la necesidad de acompañar a un niño al colegio) o, en general, el estado del liberalismo o, también, del paternalismo, lo que determina qué significa exactamente «matar» a otro.

Existe, por ello, un *riesgo permitido*; así, por ejemplo, una conducción a velocidad adecuada y con una permanente disposición para la reacción no tiene el significado de «matar», y menos aun lo tiene una intervención corporal mínima, como puede ser la extracción de sangre por vía venosa, realizada conforme a la *lex artis* médica ni tampoco la autorización a un adolescente de doce años con conocimientos de natación para que visite la piscina... Esta comprensión del significado del comportamiento no viene impuesto por el legislador sino que resulta de la praxis cotidiana. Todo aquel que sea de buena voluntad se comporta de manera acorde con esa praxis y no se define a sí mismo como un potencial homicida. Formulado de otra manera: una persona que actúa socialmente no tiene por qué garantizar que un comportamiento socialmente adecuado no traiga alguna vez consigo consecuencias nocivas.

Quien no haya aprendido a tolerar un riesgo permitido, no podrá en la vida diaria prosperar en un doble sentido:

por un lado, su propio comportamiento devendrá poco efectivo por mor de su sobreprotección y, por otro, la conducta de los demás se le presentará como una amenaza intimidatoria. Algunas modalidades del riesgo permitido llevan, en tanto subinstitutos, una denominación propia. Se trata de grupos de casos, en los que la competencia por un curso lesivo se desplaza y se «negocia» entre varias personas: una primera persona, la víctima, una segunda y eventualmente una tercera persona. En una sociedad hasta cierto punto liberal no existe deber alguno cuyo contenido sea el de que cada uno tiene que convertirse, en todo momento, en guardián de los demás (aun cuando un deber de ese cariz fuera imaginable en una sociedad paternalista), y -por ello- las resoluciones sobre el contenido de los deberes «restallan» en función de la precomprensión que se tenga del «carácter fundamental» de la sociedad.

Debe mencionarse en este lugar la actuación de la víctima a *riesgo propio*. En tanto que su propia función sea la de procurar garantía, una lesión propia también se le carga de su cuenta. Por ejemplo: si un vecino mío, notoriamente torpe y plenamente obstinado, me pide prestada un hacha, entonces actúa él a su riesgo propio, incluso hasta cuando yo mismo pueda contar con que un desenlace nocivo pueda tener lugar y él por lo visto ni siquiera piense en algo parecido. El hecho de entregar un hacha no significa «lesionar a otro», y por ello no depende la solución de los que yo pueda pronosticar: porque mi garantía no alcanza a tanto.

En cambio, en el *principio de confianza* una persona sí tiene por sí misma la competencia de garantizar la configuración estandarizada de una empresa, sólo que para el cumplimiento de esta garantía se sirve -y esto es lo decisivo- de otra persona *competente*, con quien actúa en división del trabajo y en cuya aportación debe confiar. El espectro de casos abarca desde el encargo de una niñera de confianza por parte de los padres a la distribución de funciones entre el piloto y el copiloto en el manejo de una gran aeronave de pasajeros, pasando por el reparto de funciones durante la realización de una compleja operación médica, durante la cual -por ejemplo- el cirujano, sin una señal evidente, no tiene por qué prestar atención a cómo un trabajador competente cumple, por su parte, sus funciones. En tanto que, como se ha dicho, lo que debe garantizarse es la alteración estandarizada de una actividad o empresa determinada, el sujeto que confía, por ejemplo: el cirujano, ha de intervenir cuando percibe que «algo puede salir mal» en la prestación aportada por uno de los otros intervinientes a quien compete realizar alguna de las restantes funciones.

Con ello, se ha esbozado, no el único pero sí *un* requisito para que una conducta puede llegar a significar algo eventualmente delictivo: «matar», «lesionar a otro», etc.: la conducta ha de poder ser entendida, tanto en función de la semántica determinante en la sociedad como teniendo en cuenta su propia configuración así como la de su contexto, como «matar», «lesionar corporalmente», etc. Ese es el caso cuando se produce, atendiendo al resultado, un riesgo en sí no permitido, especialmente cuando la víctima no actúa a riesgo propio y no rige un principio de confianza: con otras palabras, cuando

se materializa un curso causal lesivo, cuya evitación era competencia propiamente del mismo autor. La doble referencia al riesgo «en sí» no permitido y a la competencia «propiamente» del autor se refiere a que el contexto de la conducta no lo hemos tematizado hasta el momento: en un contexto en el que las conductas resultan justificadas, «matar» y «lesionar a otro» también significan «matar» y «lesionar a otro», a pesar de que aquí esas conductas ni resultan prohibidas ni contrarias a la garantía jurídica. Recuérdesse a este respecto que toda referencia al «sentido» y al «significado» se hace con la salvedad de que también concurre al mismo tiempo la culpabilidad, porque de lo contrario únicamente nos encontramos ante naturaleza.

b. Omisión

aa. Fundamentos

La aplicación a una omisión de los principios que hasta ahora hemos desarrollado respecto de los delitos de comisión no debe plantear problema alguno: un garante únicamente ha de detener un riesgo hasta aquella medida en que se corresponda con un *riesgo permitido*. Si aquel sujeto que ha de ser protegido renuncia por su parte de manera responsable a su protección, entonces todo ello sucede a *su riesgo propio*. Si un sujeto tiene que eliminar un peligro puede servirse para ello de una persona competente y de confianza que colabore en ello: *principio de confianza*.

La transmisión de todo esto a una omisión también conlleva la determinación de la posición de garante, que debemos esbozar a este respecto en este lugar, en tanto que se trata de las consecuencias de una *conducta de organización*. En primer lugar, debe indicarse de nuevo que el autor de un delito de acción también debe ser garante cuando haya de responder por ello: el poder de organización único de una persona sobre su propio cuerpo no puede sostenerse únicamente cuando deba *garantizarse* una *-sit venia verbo-* situación apta para el cuerpo, por ejemplo que el puño cerrado de una persona no «aterrice» en la nariz de otra, o que de la garganta de una no emana nada difamatorio para otra, etc. *La libertad de la autoadministración condiciona la responsabilidad por las consecuencias*. Esto rige tanto para la acción como para la omisión, y únicamente plantea en el ámbito de la omisión el interrogante en relación a los límites de quien ha de ser protegido y, con ello también, en relación al significado de la conducta cuantitativamente mucho más frecuente que en el caso de la acción. Por ello, en la omisión se suele elaborar con precisión lo que en la comisión se da por supuesto. El fundamento de ello podría ser que en la práctica resulta más fácil configurar el mundo (o -en el caso de delitos- de desfigurarlo) mediante un hacer que mediante un omitir.

Para que una omisión pueda tener, en los deberes negativos, el significado de que una persona resulta lesionada, debe la organización de quien omite debe estar configurada en detrimento de la organización de la víctima, ya sea porque a la víctima se le ha suprimido parcialmente de la competencia para su propio bienestar, precisamente porque no debe administrar

el ámbito de organización del autor, o bien porque el autor ha ocasionado riesgos especiales que amenazan ahora en materializarse de nuevo. La no-reducción de esta situación gravosa, esto es la no-ayuda: la omisión, significa una confirmación de la carga, esto es: que sería correcto someter a los demás. Al respecto, sigue ahora un esbozo:

bb. Deberes de (aseguramiento del) tráfico

Una persona no puede únicamente organizar por sí sola su propio cuerpo, sino todo su ámbito de organización en su conjunto, y cuando este ámbito de organización amenaza con convertirse en inseguro para los demás entonces debe evitarlo, lo cual no se consigue simplemente, como sucede con el cuerpo, con el hecho de que la persona *evite* algo, como sucede con un movimiento peligroso, sino que antes bien ha de intervenir de manera activa, por ejemplo: silbando al perro para llamarlo al orden y regrese, asegurando las tejas del techo, frenando el coche en marcha, etc. Ya que esto también sucede debe igualmente, por la conexión entre la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias, garantizarse y esta garantía relaciona la conducta del garante con lo sucedido y concede a la omisión en caso de lesión un significado lesivo, por ejemplo: «matar a través de omisión» o «lesionar a otro mediante omisión».

El deber de mantener el propio ámbito de organización de cada uno de manera segura para el tráfico jurídico, rige de manera integral, esto es, no sólo para riesgos previsibles y típicos, sino también para peligrosos surgidos de manera ocasional o casual. El fundamento para ello es la exclusión de los demás de la propia organización. Por ejemplo: cuando un perro se encuentra infectado por una enfermedad peligrosa para seres humanos y para animales, su dueño debe procurar que se cumpla la cuarentena si el acontecimiento coge por sorpresa a todos. Ya que el beneficiario de la organización únicamente responde en tanto que excluye a los demás del contacto con el animal, debe a lo sumo dejarse a merced del Derecho: abandonar. Sus restantes mecanismos no se hallan comprendidos en el conflicto.

cc. Injerencia

La solución es algo más compleja cuando el curso lesivo se inmiscuye ya en el ámbito de organización de la víctima: ¿amplía la persona de la cual parte el curso lesivo su organización de manera desmesurada o se halla el ámbito de la víctima por su parte configurado de manera propensa para ella? Así, en el ejemplo del perro mencionado recién, cuando antes de que el dueño pueda hacer algo el perro ya ha contagiado al perro del vecino ¿quién debe organizar para él un periodo de cuarentena? O dicho sea abstractamente: ¿bajo qué condiciones debe una persona de cuya organización se deriva un curso peligroso (*injerencia*) garantizar que los demás queden exentos de peligro?

Al margen de soluciones que se limitan a lo fenotípico y que rechazan una posición de garante fundamentada en la injerencia, existe hasta ahora acuerdo sobre el hecho de que una conducta previa *antijurídica* conduce

en todo caso a una responsabilidad por injerencia y, *al menos en esto*, hay que darle la razón, en tanto que una conducta previa, consista en un acción o en una omisión, sea dolosa o imprudente, amplía desmesuradamente la propia organización a coste de la víctima, de manera que surge para esta una pretensión de librarse de las consecuencias inminentes que se derivan de ello. Por ello, cuando un peatón resulta atropellado por un conductor a causa de la embriaguez lo que, si no recibe socorro alguno, le pone en riesgo de muerte, entonces adquiere frente al conductor un derecho a ser socorrido, y más concretamente un derecho *garantizado* que constituye una «prolongación» del derecho garantizado de no resultar atropellado ni de ser puesto en peligro de muerte. Con otras palabras, el conductor se halla también relacionado con lo acontecido *después* del accidente, y su omisión es por ello una toma de postura sobre el derecho a la vida de la víctima: una toma de postura que significa «matar mediante omisión».

Una conducta previa antijurídica no es la única conducta que fundamenta una responsabilidad por injerencia. Antes bien, existen también conductas permitidas cuyas consecuencias o «costes» corren a cargo del sujeto que actúa (en relación a la causa de justificación del estado de necesidad defensivo veremos más adelante una argumentación por entero paralela), como por ejemplo, cuando la conducta alberga un riesgo más elevado que el de una conducta frecuente en la vida cotidiana y, al mismo tiempo, la víctima se ha comportado de manera correcta. Estos *riesgos especiales* son, por ejemplo, reconocibles por el hecho de que subsista en su ámbito una responsabilidad por la puesta en peligro o porque deba firmarse un seguro obligatorio en ámbito que pueden ir desde el tráfico aéreo hasta el contacto con materiales radioactivos, pasando por los remedios de medicación o por la puesta en mercado de productos. Si, por ejemplo, un conductor conduce correctamente y, a pesar de ello, se produce una colisión con un peatón que, por su parte, también se ha comportado de manera correcta, el conductor viene obligado por un deber de garante a socorrer al peatón. La situación jurídica cambiaría si el peatón se hubiera tambaleado por su estado de embriaguez delante del vehículo, de manera que el riesgo especial del conductor se vería compensado con la lesión de la obligación por parte del peatón.

Permítaseme explicitar la mencionada regla sobre el riesgo especial y el comportamiento de la víctima adecuado a la obligación en un caso de legítima defensa: el atacado apuñala, en legítima defensa, al agresor que actuó de manera antijurídica y culpable, y éste comienza a desangrarse. ¿Se convierte el sujeto que se defendió en garante del agresor, de manera que ha de procurarle ayuda? Aquí falta por *un* motivo las *dos* condiciones de la regla mencionada, ya que el ataque constituye una lesión de la obligación por parte del agresor y la defensa no es algo por lo que deba responder el atacado, sino que es algo que le vino obligado por parte del agresor.

dd. Asunción

Con la mención de los deberes de tráfico y de la injerencia no se agota en su totalidad la responsabilidad

por la omisión por una conducta de organización, en tanto que una posición de garante puede también *asumirse*, o más concretamente, puede existir a través de una asunción: no se trata aquí necesariamente de una transmisión de un garante a otro, aunque eso también es posible, sino que se trata de la asunción de una prestación de seguridad *cognitiva* que hasta ahora ha tenido lugar en otra parte. Como sucede en el caso de la injerencia -la asunción es una injerencia en sentido amplio-, el autor ha de responder por las consecuencias derivadas de su conducta de organización, esto es: por la continuación de un aseguramiento que hasta ahora ha sucedido en otro ámbito. Por ejemplo: cuando después de un accidente de montaña un salvador se dispone a recabar ayuda y esta efectivamente se produce, pero omite, porque un transeúnte se compromete, recabar ayuda telefónica, el transeúnte se convierte en garante para la víctima del accidente y ello al margen de si el primer ayudante voluntario era, por su parte, garante o no. Una asunción puede incluso producirse a través de condiciones *naturales* de aseguramiento: quien toma un vaso de cristal ajeno de una vitrina tiene que ponerlo de nuevo en un sitio seguro y hasta ese momento mantenerlo bien agarrado.

c. Aplicación de nuevo a los delitos de comisión

Las llamadas posiciones de garante se hallan también en su totalidad en los delitos de comisión: (1) El *deber (de aseguramiento) de tráfico* se corresponde con el deber de evitar los movimientos corporales peligrosos; el quebrantamiento de este deber constituye el caso normal de un delito de comisión. (2) Una situación equiparable a la *injerencia* se da cuando por mor de una conducta previa se prohíbe algo que, en sí, resultaría permitido. Por ejemplo: quien empuja a otro de manera que el empujado, para no tropezar, se ve obligado a agarrarse de los hombros del primero, no puede saltar y dejar al sujeto a un lado de manera muy rápida, sino que tiene que mantener su cuerpo como sostén para que no resulte lesionado. (3) Y quien ha *asumido* el cuidado de un pájaro exótico no puede, por ejemplo, abrir las ventanas en tiempo de temperatura glacial si ello entraña un riesgo para el mismo.

Con ello llego al final de la primera conferencia. En ella he querido exponer que existen modelos *sociales* a partir de los cuales se determina el significado de la conducta.

La configuración de estos modelos es el resultado más relevante de la teoría de la «imputación objetiva». Aun faltan algunas cosas, como -por ejemplo- la imputación del resultado, el dolo, la culpabilidad y la intervención delictiva, pero el principio ya está hecho: se arriba de esa manera al sentido delictivo de una conducta, y menos a su lesividad fáctica.

III. Resumen

A. Sentido del comportamiento versus sentido de la norma

Se trata de la construcción de un sistema como un *contexto consistente de juicios jurídicos*. La consistencia de los juicios se logrará mediante el concepto de sentido, esto es, a través del sentido de la norma como creación intelectual y del sentido de la conducta delictiva contradictoria de la norma. Únicamente la creación de este sentido será imputado. A este respecto, ha de tratarse de una *creación*, porque en la modernidad privada de magia no es posible un sentido diferente al sentido instituido: la naturaleza carece de sentido y el destino ya no constituye un topo explicativo (I.).

B. Particularidades de los deberes negativos

1. La primera premisa del sentido instituido es la capacidad de la persona de poder realmente «decir» algo en el ámbito social; con otras palabras: la conducta eventualmente delictiva de la persona debe tener una configuración tal que debería ser evitada por la persona en tanto *garante*. Esto no rige únicamente para las omisiones, sino también para la comisión, aunque aquí raramente se hallan supuestos en los que falta la garantía. (II. A. 1.).
2. Si la persona se comporta como garante, entonces no establece el sentido libremente: antes bien, el significado de la conducta se halla socialmente preformado. Esto vale especialmente para el riesgo no permitido de una conducta (II. A. 2. a.).
3. En el ámbito de los deberes negativos, las posiciones de garante en los delitos de omisión se derivan de una conducta previa de organización creadora de un riesgo especial (II. A. 2. b., c.). ☒