

Teoría y *praxis* de la injerencia(*)

PROF. DR. GÜNTHER JAKOBS

Universidad de Bonn

I. TEORÍA DE LA INJERENCIA, PRIMERA PARTE

A) Relaciones positivas y negativas

Todo delito, sea un delito de comisión o de omisión, defrauda una expectativa jurídicamente garantizada. En cuanto al contenido de la expectativa, es necesario distinguir: frente a cualquier persona existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de otras personas. Los círculos de organización de las personas se definen como unidades separadas, y ninguno de los círculos debe convertirse en la razón del empeoramiento de otro círculo. Puesto que se trata de no empeorar la situación de los demás círculos, a este respecto desde hace mucho tiempo se habla de una relación negativa de las personas; no existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán. La situación es distinta en las así llamadas relaciones positivas: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una institución del Estado. A este respecto, el ejemplo principal lo ofrecen los padres en su relación con sus hijos: está claro que los padres no quedan definidos de modo suficiente por el hecho de ser personas que no deben le-

(*) Título original: «Theorie und Praxis der Ingerenz» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

sionar a sus hijos, sino que sólo cuando se añade la ulterior expectativa de que deben formar con sus hijos un mundo común beneficioso para éstos.

Para un estudio de la injerencia, es decir, de los deberes que resultan de un determinado comportamiento previo, no sólo es de la mayor importancia la separación de relaciones positivas y negativas (1), sino también la independencia de esta distinción de la diferenciación entre hacer y omitir. Ciertamente, a primera vista el contenido de la relación positiva parece ser el de un mandato de apoyo activo, mientras que el contenido de la relación negativa parece ser el de una prohibición de lesión; pero esta primera impresión es engañosa. Las relaciones *positivas* también pueden presentarse en forma de *prohibiciones*; en particular, se prohíbe al sujeto obligado que haga dejación de su capacidad para cumplir su deber. Dicho con un ejemplo: a los padres que deben vigilar a sus hijos les está prohibido alejarse de sus hijos. A la inversa –y esto es aquí más importante–, las relaciones *negativas* pueden configurarse como *mandatos*, concretamente, cuando es necesario un mandato para evitar o cesar la lesión de una organización ajena. Dicho de nuevo con un ejemplo: el propietario de un perro debe ordenarle que se detenga cuando éste está en disposición de morder a otras personas.

Por consiguiente, tanto en las relaciones negativas como en las positivas existen mandatos y prohibiciones; dicho de otro modo: hay mandatos dirigidos a todos (2) –todos deben retirar su organización cuando el estado actual de ésta amenace con lesionar a otros– y prohibiciones que sólo se dirigen hacia aquellos en los que concurre un deber especial –sólo a los padres (y a otras personas encargadas de la tutela) les está prohibido abandonar a un niño gravemente enfermo–. El corte entre actuar y omitir es una distinción fenotípica –¿qué apariencia tiene lo que debería haber ocurrido?–, mientras que el corte genotípico existe entre los deberes que competen a todos en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general del ciudadano, y los deberes especiales (3) en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un *status* especial.

(1) Exhaustivamente SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 67 ss., con amplias referencias.

(2) Las voces que se han manifestado en contra de esta posición no se dirigen contra los mandatos en sí mismos (o sólo de modo secundario), sino en contra de su deficiente positivización; *vid.* al respecto SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 318 ss., 355 s.

(3) La lesión de éstos da lugar al delito de deber; sobre esto es fundamental ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 1999, pp. 352 ss., 695 ss.

La injerencia fundamenta un deber en una relación negativa; es la organización previa en la que se basa. Por ello sería erróneo intentar hallar un *status* especial del sujeto obligado por injerencia: no lo tiene; pues no es un *status* lo que fundamenta su deber, sino el estado de su organización. Por lo tanto, en la concreción de la injerencia no se trata de fundamentar que el omitente preste a un círculo de organización ajeno su apoyo, sino que revoque su usurpación de una organización ajena. Un ejemplo de ello: el propietario de un jardín ha invitado a unos padres con su hijo como huéspedes y permite de modo descuidado que el niño coma bayas de una planta venenosa, por ejemplo, un arbusto de dafne. Así las cosas, los padres y el propietario del jardín tienen que procurar un remedio. La razón del deber en el caso de los padres es su *status*: deben mejorar la mala situación del niño mediante su auxilio, con independencia del origen de la situación. El propietario del jardín —que su deber deriva de injerencia aún queda por demostrar— externamente debe hacer lo mismo, pero por una razón completamente distinta: las bayas en el estómago del niño son una usurpación de la que debe responder, y debe revocarla en la medida en que ello aún sea posible. Ayudando al niño revoca su organización lesiva. Brevemente: los padres deben mejorar la situación, el propietario del jardín, en cambio, debe hacer concluir un empeoramiento.

B) El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias

Con lo anterior queda descrito qué es lo que implica la injerencia, si es que ésta existe: un deber perteneciente al campo de las relaciones negativas. Ahora bien, aún no ha quedado determinado si, y, en caso afirmativo, en qué medida, la existencia de relaciones negativas obliga a la existencia de un deber derivado de injerencia (4). Sobre esto siguen algunas consideraciones.

En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga

(4) En contra SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 231 ss., 313 ss. y *passim*; *idem*, GA 1974, pp. 231 ss., 235 ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 318 ss., 409 s. y *passim*; LAMPE, ZStW 72, pp. 93 ss., 105 s. (*dolus subsequens*); de modo incidental también ROXIN, ZStW 83, pp. 369 ss., 403; con importantes restricciones PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, 1968, pp. 128 ss.; muy escéptico WELZEL, JZ 1958, pp. 494 ss.

consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección (5). Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello, cada persona es garante de la inocuidad de su conducta. Este sinalagma no puede quedar limitado al mero comportamiento corporal; pues una persona asume para sí más que su propio cuerpo, es decir, además, el derecho de propiedad, otros derechos, etc. La suma de todos los derechos susceptibles de ser lícitamente defendidos es el círculo de organización de la persona, y puesto que la persona es tan libre en su organización como en la determinación de su comportamiento corporal, especialmente, está autorizada para excluir a cualquier otra persona de esa organización, de modo correspondiente sólo ella, es decir, la persona que es titular del círculo de organización, puede ser quien debe procurar su configuración sin consecuencias lesivas y quien debe responder por eventuales errores en esa configuración.

De lo acabado de decir, en primer lugar, deriva de manera casi evidente la posición de garantía respecto del propio actuar: todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas.

No es casual que todo ello esté fuera de discusión; estos deberes forman parte de modo evidente de la configuración de la constitución jurídica de la sociedad. ¿A quién iba a incumbir la evitación de daños, si no al único autorizado para llevar a cabo la organización, es decir, el

(5) Sobre esto JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991, 28/13 ss.; ídem, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 7 ss., 19 ss.

propietario o titular? Para el establecimiento de su posición de garantía no es decisivo, por lo demás, que haya producido el estado peligroso de su propiedad de modo *contratio a deber*, con tal de que le corresponda la competencia en relación con la víctima potencial. En este ámbito, pueden presentarse algunas cuestiones difíciles de delimitación. Dicho con un ejemplo: aquel sujeto al que otro arranca su bastón de la mano para golpear con él a un tercero, queda desposeído y no tiene deber alguno de evitar la paliza, pero quien puede ordenar a su perro que detenga su ataque una vez que otro lo ha azuzado para que ataque a un tercero, estará obligado a hacerlo (el hecho de permitir ser azuzado para atacar es un riesgo típico del animal), y las situaciones críticas en una central nuclear deben ser neutralizadas por el titular de la misma incluso después de un atentado terrorista. Por lo tanto, ya en los deberes de aseguramiento en el tráfico –y no recién al abordar la injerencia– puede ser que concurren varios círculos de organización respecto de la competencia (dicho sea de paso, esto puede suceder también en el ámbito de la comisión, por ejemplo, cuando la víctima actúa a su propio riesgo). Por consiguiente, que existan problemas paralelos en el campo de la injerencia no puede ser la razón para rechazarla de plano.

Frente a los deberes de aseguramiento que tienen como contenido configurar la organización propia de tal modo que no se produzca un curso lesivo, cabe distinguir –aún dentro del ámbito de los deberes en virtud de competencia por organización, es decir, aún en cuanto deberes negativos– desde el punto de vista *fenotípico* los deberes de salvamento, dirigidos a revocar un curso lesivo que ya ha penetrado en la organización ajena. En el campo de los deberes negativos, los deberes de salvamento –a diferencia de los deberes de aseguramiento– son objeto de polémica, pues parece a primera vista que en este ámbito se trata de llevar a cabo una ayuda a la víctima, es decir, que ya no estamos ante algo negativo, sino ante un elemento positivo. Ésta, sin embargo, es una visión precipitada, visión que está relacionada con la separación fenotípica entre aseguramiento salvamento, pero no alcanza a captar el núcleo del asunto. Expondré esta situación con ayuda del ejemplo antes propuesto del propietario de un arbusto venenoso que no asegura de modo suficiente ese peligro frente a un niño. Cuando el veneno ha llegado al estómago del niño, hay que extraerlo; esto no es más que el aseguramiento frente a ulteriores daños derivados. Y cuando el veneno ya ha entrado en el sistema de circulación de la sangre, ha de administrarse un antídoto –de nuevo, no es más que el aseguramiento frente a daños ulteriores derivados. Y si el niño después del tratamiento entra en un estado de completo agotamiento, es nece-

sario cuidarlo, y también en este caso no se trata de nada distinto del aseguramiento frente a daños ulteriores derivados. Por consiguiente, para el sujeto que está obligado por el deber negativo en todo caso se trata de no permitir que suceda una usurpación de libertad ajena, o que, en todo caso, que no se produzca una *ulterior* usurpación. Respecto de los sujetos obligados por un deber positivo, en el ejemplo, los padres, que no han incurrido en usurpación alguna, el mismo comportamiento se presenta como ayuda positiva, precisamente, porque la usurpación no es obra suya. Dicho de otro modo: el sujeto responsable de una usurpación debe procurar que ésta sea *retirada* por completo o al menos en la medida en que ello resulte posible (de modo comparable a la retirada de tropas de un territorio ajeno); el cuidado del sujeto obligado por un deber positivo, por el contrario, se dirige a *rechazar* la fuente de la lesión mediante un apoyo positivo (de modo comparable al rechazo del enemigo). Por consiguiente, el así llamado deber de salvamento por injerencia es materialmente un deber de aseguramiento, un deber negativo, y no un deber de solidaridad con la víctima, sino un deber de revocación de la usurpación de libertad ajena.

C) La injerencia como creación de un riesgo especial

Si con lo acabado de exponer queda claro que no se puede prescindir por completo de la injerencia, la cuestión decisiva es, entonces, cuáles son los requisitos que deben plantearse frente a la conducta previa. Acerca de los extremos cabe alcanzar un consenso: no basta cualquier comportamiento con efectos causales para la fundamentación del deber, y sí es suficiente una conducta antijurídica. Respecto de lo primero, no hace falta mucha fundamentación; quien no se comporta de modo más arriesgado de lo que resulta imprescindible en la vida diaria, no ha creado una razón para atribuirle consecuencias lesivas. A modo de ejemplo: un paseante que se conduce de modo normal no adquiere el deber de ayudar por el hecho de que su apariencia externa lleve a un perro de gran tamaño a tirar de tal modo de la correa que la persona que lo ha sacado a pasear se cae y sufre lesiones. Y la situación no es más compleja respecto de lo segundo: quien se ha conducido de modo contrario a Derecho, ha usurpado la libertad ajena y debe ocuparse de que no se produzcan consecuencias lesivas, o, al menos que éstas sean las menos posibles. Dicho de nuevo con un ejemplo: quien tropieza por un gran descuido suyo con otro, está obligado a sujetarlo para que éste no caiga al suelo. Entre estos dos extremos está el problema.

La fórmula de que el comportamiento previo ha de ser antijurídico (6) lleva más allá de su propio contenido, como mostrará el correspondiente análisis. ¿Por qué se hace alusión, precisamente, a la antijuridicidad? Porque la conducta antijurídica impone algo a la víctima, usurpa su libertad. Pero esto no sólo sucede en el caso de un comportamiento antijurídico, sino que, por ejemplo, también se da en algunos supuestos del así llamado estado de necesidad agresivo. A modo de ejemplo: quien en caso de un incendio en su vivienda penetra en la vivienda de su vecino ausente para llenar un cubo de agua, impone a su vecino una situación a tolerar, por lo que está obligado a volver a cerrar el grifo del agua después de terminar con las labores de extinción del incendio y el agua estropearía el suelo de madera.

Hay otros ámbitos en los que alguien puede imponer a otro una limitación de su libertad de modo ajustado a Derecho (7). En lo principal, se trata de todas aquellas conductas en las que una responsabilidad por el riesgo jurídico-civil establecida por Ley —eventualmente, junto con un seguro obligatorio— demuestra que si bien se trata de una conducta permitida, el sujeto que lo organiza se arroga algo frente a los demás, de modo que incluso está obligado a asegurar a los demás en el plano jurídico-patrimonial. Dicho con un ejemplo: que un automovilista que atropella a un peatón por un defecto de su vehículo que no le resulta cognoscible deba pagar en caso de necesidad su ataúd, pero no deba estar obligado —a falta de una conducta previa generadora de un riesgo no permitido— a evitar la muerte —hablando en términos fenotípicos— mediante medidas de salvamento es una conclusión incomprensible.

Parece claro que la fórmula de la antijuridicidad es demasiado estricta. Los deberes de injerencia no sólo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo espe-

(6) En este sentido, fundamental GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pp. 86 ss. (se trata de una conferencia de 1963, cfr. loc. cit. p. V); RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 157 ss., 163 ss.

(7) La extendida afirmación de que «sería contradictorio permitir un comportamiento y valorarlo como correcto desde el punto de vista del Derecho, pero convertirlo a pesar de ello de manera mediata en fundamento de responsabilidad jurídico-penal después de que cause un resultado que no ha sido evitado por el autor» (Baumann/Weber/Mitsch, *STRAFRECHT. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 1995, § 15 n.m. 67) es errónea: habría que fundamentar que el permiso se presenta como «consecuencia de una ponderación de intereses individuales», y no sólo como «espacio de libertad... en interés de la dinámica social»; NK-SEELMANN, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, edición a cargo de Neumann et al., 6.ª entrega, 1999, § 13 n.m. 49.

cial (8). En lo que sigue, se expondrá qué significa esa afirmación en detalle mediante un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal *, que ha alcanzado ya los cincuenta años de desarrollo. Para ello, se expondrá un número de cierta consideración de sentencias, y se verá que el Tribunal Supremo Federal —a pesar de vincularse en los últimos tiempos verbalmente a la fórmula de la antijuridicidad— materialmente sigue la fórmula de que ha de tratarse de un riesgo especial. Después de esta exposición crítica, se retomará la determinación del riesgo especial, intentando llevar a cabo una precisión de la sistemática de la injerencia.

II. PRAXIS DE LA INJERENCIA

A) La continuación de la jurisprudencia del *Reichsgericht*

De modo constante, el *Reichsgericht* ** reconoció el comportamiento previo como posible fundamento de un deber de garante (9), y, concretamente, sostenía que queda obligado a evitar el resultado aquel que «mediante sus propias acciones... ha creado una situación contraria a la Ley... o circunstancias que en su ulterior desarrollo producen el resultado que infringe el ordenamiento jurídico» (10). A pesar de todas las diferencias que aparecen en las distintas sentencias, sí queda claro que el RG entiende por «creación» de una «situación contraria a la Ley» o de las «circunstancias» peligrosas algo más específico que una causación cualquiera, concretamente, una conducta con una tendencia

(8) NK-SEELMANN (nota 7), § 13 n.m. 49; JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 29/39; OTTO, *NJW* 1974, pp. 528 ss., 534; además, discrepando en aspectos puntuales, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, 1972, pp. 294 ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 209 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 180 ss.; ídem, *STRAFRECHT. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998, § 6 n.m. 67 ss.; Maurach/GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2*, 7.ª ed., 1989, § 46 Rdn. 99; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 219 ss.

* Bundesgerichtshof, BGH; las citas que aparecen a continuación se refieren a la colección oficial (tomo y páginas) de jurisprudencia en materia penal.

** RG; Tribunal Supremo del REICH ALEMÁN, *Tribunal Supremo de Alemania hasta 1945* (n. del t.).

(9) Ya RG 17, 260 ss., 261; además 24, 339 s.; 46, 337 ss., 343; 58, 130 ss., 131 s.; 68, 100 ss., 103 s. (omisión como conducta previa); 72, 20 ss., 22 s.; 74, 283 ss., 285.

(10) RG 46, 337 ss., 343.

crítica, lo que ciertamente no es más que una descripción vaga, pero al menos más que una mera concurrencia previa con efectos causales de la conducta.

Ya en un momento temprano (1952), el BGH tomó como referencia el concepto elástico –pero no carente de contenido– de la «creación» (11): el acusado había tapado de modo ajustado a Derecho la senda que conducía a una vivienda provisional con material de una obra, lo que condujo a que los habitantes de la vivienda hicieran un camino nuevo, pero –como resultaba previsible– en un lugar peligroso; el acusado ni cerró ni aseguró el camino nuevo, y un niño sufrió una caída y murió como consecuencia de las heridas sufridas. No cabe ninguna duda de que concurre una causación, incluso, que concurre una causación adecuada, pero el BGH argumenta del siguiente modo: «Sin embargo, el hecho de tapar el camino antiguo aún no supuso la *creación* de la situación de riesgo...» (12). Si bien –en la argumentación del BGH– también una conducta conforme a Derecho puede crear el deber de intervenir, en caso de que mediante ese comportamiento se «cree» una situación de riesgo, quien actúa conforme a Derecho no tiene por qué contar con un comportamiento antijurídico de terceros responsables (13). Si se deja al margen la formulación exageradamente amplia –forma parte de algunos comportamientos, para que se ajusten a Derecho, por ejemplo, cuando se están manejando veneno o armas, contar con acciones antijurídicas de terceros responsables (14)–, la fundamentación puede resultar convincente: quien no genera un riesgo especial, no responde («no tiene... por qué contar con ello»), como formula el tribunal en el marco de una concepción imperativista (15); pero ¿cuál es la solución si *sí* contó con ello?) porque otros desvíen de modo antijurídico su conducta hacia lo peligroso.

B) Complicidad en falso testimonio

Sin embargo, quien sí genera un riesgo especial, es responsable. Como no podía ser de otro modo, a la hora de determinar lo especial existen oscilaciones; las expondré, en primer lugar, respecto de la complicidad en falso testimonio por omisión, en la medida en que el deber de evitación deba inferirse de injerencia. Se trata de un problema

(11) BGH 3, 203 ss., 204.

(12) *Loc. cit.* (nota 11), 204, sin cursiva en el original.

(13) *Loc. cit.* (nota 11), 205.

(14) Cfr. BGH 17, 289 ss. (vehículo de motor).

(15) *Loc. cit.* (nota 11), 205.

que surgió como cuestión especial de los procesos de divorcio desarrollados conforme a la legislación anterior * y que se caracterizaba porque habitualmente la conducta omisiva venía acompañada con mucha probabilidad –pero sin que ello resultara susceptible de prueba– por un acuerdo activo para ocultar la verdad. Una de las partes del proceso niega, en contra de la verdad, haberse comportado con una tercera persona de modo contrario a su matrimonio o incluso haber cometido adulterio, provocando con ello la toma de declaración a la tercera persona –que es citada a instancia de la otra parte como testigo– y no impide su falso testimonio (o al menos, su declaración incorrecta). Ya el RG partió de que la parte que niega los hechos ostenta posición de garante, aunque no siempre con la misma fundamentación. Así, por ejemplo, en un caso en el que una sirena evidentemente hábil había seducido a un hombre igualmente evidentemente bastante más joven, aparece el argumento de que la parte «sobre todo... introdujo al joven amante de modo tan intenso en la relación adúltera que éste estaba dispuesto a hacer todo por ella» (16) –lo especial del riesgo, por lo tanto, se busca en la relación interna. Sin embargo, en otro caso se infiere la especialidad de la relación interna, concretamente, de la circunstancia de que «la testigo, si quería decir la verdad, se veía obligada a admitir conductas que le producirían deshonor, que incluso debían ponerla en una situación que generaba el riesgo de ser sometida a persecución penal» (17).

La Sección primera del BGH endureció los criterios para asumir la concurrencia de una posición de garantía, haciéndose así eco de la crítica que la jurisprudencia del RG había despertado en la bibliografía (18): de acuerdo con su posición, la negativa mendaz de la parte no fundamenta *per se* un deber de evitación, pero sí el mantenimiento o incluso el incremento en intensidad de la relación contraria al matrimonio hasta la fecha de la práctica de la prueba. «Las relaciones amorosas entre hombre y mujer... conllevan en muchos casos que ambas partes –sobre todo cuando del hacerse pública esa relación pueden

* En el Derecho matrimonial alemán anterior, en los procedimientos de divorcio era relevante determinar cuál era la parte «culpable» en la separación, determinación que tenía repercusión en los términos de la sentencia de divorcio.

(16) RG 72, 20 ss., 22 s.

(17) RG 75, 272 ss., 275; –sorprendentemente, en las sentencias no se mencionan las considerables consecuencias *económicas* de la declaración de «culpabilidad» en un divorcio de acuerdo con la regulación entonces vigente– probablemente una demostración de la tendencia hacia la hipocresía característica de esa época.

(18) MAURACH, SJZ 1949, 541; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, p. 88; más adelante BOCKELMANN, NJW 1954, 697.

generarse problemas para una de las partes— sientan el deber o la tendencia de defenderse mutuamente...» (19). Por lo tanto, la relación interna y la externa se vinculan, pero simultáneamente se limita la obligación al caso de una relación amorosa practicada aún en ese momento.

La Sección cuarta en un primer momento consideró prescindible tal intensificación cuantitativa, sino invocó la jurisprudencia del RG y ofreció la siguiente argumentación respecto de la relación externa: «La negación por parte del acusado hace... próximo el riesgo de una declaración dolosamente falsa de la testigo, ya que ésta, al admitir las relaciones adúlteras, se imputaba a sí misma una acción generadora de deshonor, sometiéndose al riesgo de una persecución en el orden jurisdiccional penal» (20). Ahora bien, en una resolución posterior la Sección toma como elemento decisivo que en el caso concreto tal intensificación concurriría doblemente, en primer lugar, al existir promesa de la parte en cuestión de casarse con la testigo después del divorcio, y, en segundo lugar, mediante el mensaje de que la parte mantendría contra viento y marea la versión mendaz (21). Finalmente, la intensificación se considera un requisito imprescindible: «El sentimiento de mutua obligación... por sí solo... no basta, precisamente, para crear una situación especial de riesgo para el testigo, que obligaría al cónyuge culpable a impedir que el testigo haga una declaración inveraz» (22) —sigue un resaltamiento de la relación interna (mantenimiento de las relaciones hasta el momento de práctica de la prueba).

El argumento utilizado en contra de esta jurisprudencia antes y después de su época de vigencia, en el sentido de que el testigo sería él mismo responsable (23) de su declaración, es, en sí mismo, evidentemente correcto: tanto la configuración de la relación interna (la vinculación) como de la relación externa (peligro de deshonor) no deben atribuirse menos al testigo que a la parte en el proceso, y ello también en la medida en que se trate de una intensificación cuantitativa (el mantenimiento de las relaciones, el atractivo de una promesa de matrimonio). Pero el argumento carece de contenido, de modo igualmente

(19) BGH 2, 129 ss., 134, con comentario de SCHMIDT-LEICHNER, *NJW* 1952, 512 s.

(20) BGH 3, 18 ss., 19.

(21) BGH 14, 223 ss., 230 s., 231 s.

(22) BGH 17, 321 ss., 323.

(23) WELZEL, *como en nota* 18; ídem, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 215 con referencias; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 25.ª ed., 1997, n.m. 40 previo al § 153; ARZT/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil, Lehrheft* 5, 1982, n.m. 379.

evidente, en el contexto relevante; pues la responsabilidad de un ejecutante no excluye la participación accesoria de la que parten el RG y el BGH, como queda de manifiesto en el hecho de que nadie excluiría la concurrencia de una inducción a falso testimonio por el mero hecho de la responsabilidad del inducido. Por ello, lo correcto no es preguntar por la responsabilidad del testigo, sino por la concurrencia o no de competencia de la parte procesal por el hecho –responsable– del testigo.

Esta competencia no puede hallarse en una intensificación cuantitativa, sino sólo en la relación base: si ésta, es decir, el adulterio, es entendida como decisión común de minar en secreto una institución básica del mundo civil, llevando en esa medida una vida mendaz en un aspecto más que marginal, entonces ambos intervinientes comienzan por prometerse mutuamente a jugar al rol de personas mendaces, y la determinación de cuáles sean las consecuencias en concreto depende de lo que suceda de ahí en adelante. Si ésta –una inducción mutua genérica a la mentira– es la concepción *objetiva* correcta del adulterio en una sociedad civil, el adulterio da lugar a una posición de garantía por injerencia, como decidieron primero el RG y al principio también la Sección cuarta del BGH, y la resolución posterior de la Sección cuarta del BGH (24), que toma como punto de referencia la intensificación cuantitativa no deriva de una percepción madura de los presupuestos de la injerencia, sino del debilitamiento progresivo de la relevancia del matrimonio para la sociedad civil –o, expresado con mayor exactitud, sociedad tan solo reducidamente civil– y viceversa de la disminución progresiva del peligro inherente a un adulterio. En tal situación, el riesgo reducido del adulterio aún puede ser cubierto durante algún tiempo por una intensificación cuantitativa (persistencia o promesa de matrimonio), pero para ello ya son consideraciones de carácter psicológico las que sustituyen el significado objetivo social del comportamiento; una clara muestra de ocaso: en lugar de la institución que configura personas se coloca lo interindividual creado por individuos.

En este sentido cabe entender también la jurisprudencia reciente acerca de la complicidad en falso testimonio por omisión: quien induce a una falsa declaración fuera del proceso, se afirma, debe ser considerado garante de evitar un delito de falso testimonio realizado en el marco del proceso (25). Por un lado, el delito de falso testimonio constituye un exceso del inducido, es decir, que se basa en su disposición individual; pero, por otra parte, la toma de declaración se ordena por el tribunal, de modo que *ex ante* no puede determinarse si se podrá

(24) BGH 17, 321 ss.

(25) BGH NStZ 1993, 489.

evitar o no. Por ello, la inducción a prestar falsa declaración fuera del proceso puede concebirse, también aquí, como creación de un mundo mendaz, y de nuevo la determinación de cuáles sean las consecuencias en concreto depende de lo que suceda de ahí en adelante, de modo que la inducción puede fundamentar el deber de enfrentarse en una medida *objetivamente* fijada al riesgo de ulteriores desarrollos.

C) La responsabilidad del empresario de hostelería

Otras resoluciones relativas a la injerencia se refieren a la responsabilidad de propietarios de establecimientos de hostelería por las consecuencias de poner a disposición (26) de los clientes bebidas alcohólicas. En un primer momento, el BGH amplió bastante los límites de la responsabilidad en una sentencia referida a la responsabilidad de un hostelero por una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas —con nefastas consecuencias— de su cliente: «quien crea (!) el riesgo de la comisión de un delito, está obligado a evitar el riesgo que amenaza desde esa situación...» (27). La «creación» se infiere únicamente del hecho de que «las bebidas alcohólicas consumidas (por el cliente en el establecimiento) le habían colocado en una situación en la que ya no estaba en condiciones de reanudar la conducción con su automóvil», de modo que «por lo tanto» existía un deber jurídico (28). A la hora de fundamentar el deber jurídico, el BGH no menciona en absoluto la cuestión de la inimputabilidad —que concurría en el caso— del cliente (29). Esto, sin embargo, no significa que el BGH no viera en absoluto la posibilidad de resolver el conflicto por medio de imputación al propio cliente (§ 323 a StGB *); sin embargo, no la trata

(26) No sólo de servir las activamente; en BGH 4, 20 ss., 23, el cliente había pasado a servirse él mismo.

(27) BGH 4, 20 ss., 22 con comentario de v. WEBER, *NJW* 1953, 1072 s.; LANGE, *JZ* 1953, 408 ss.

(28) *Loc. cit.* (nota 27). Probablemente es incorrecta la aprobación por parte del BGH de la consideración del juez *a quo* de que los esfuerzos realizados para evitar que el cliente siguiera bebiendo y después conduciendo demostraban la concurrencia de conciencia de antijuridicidad; lo que demuestran es una voluntad de evitación; pero que ésta estuviera vinculada a la conciencia de la existencia de una norma jurídica o de una norma moral, o, por el contrario, incluso derivara de una prestación más allá de cualquier obligación para el actuante, queda completamente abierto.

(29) BGH 4, 20 en relación con el registro general de los tomos 1 a 10, 113.

* El § 323 a StGB tipifica el delito de comisión de hechos antijurídicos en estado de inimputabilidad producido dolosa o imprudentemente por ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras [Vollrausch, embriaguez completa]. (n. del t.).

como un problema de la posición de garantía, sino de codelincuencia, y decide que concurre un supuesto de autoría accesoria (30). Pero al fundamentar la autoría accesoria exclusivamente en la ausencia de una decisión común de cometer el hecho (31) y la causación previsible (o no evitación) del resultado, deja de lado la problemática normativa: ¿es el hostelero responsable de los clientes alcoholizados?

Así las cosas, no puede resultar sorprendente que después se intentara interpretar la resolución acabada de referir en sentido restrictivo (32) hasta que el propio BGH, diez años después, trazara por sí mismo los límites de la responsabilidad de manera más estricta. De acuerdo con esta nueva posición, la fórmula según la cual quien hubiera «creado o participado en la creación» de un peligro será garante de la evitación no ha de hacerse extensiva «a cualquier comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente», y la expendición comercial de alcohol es una conducta de esas características, de modo que no sería correcto convertir al hostelero, que ejerce un oficio permitido, prácticamente en «guardián y tutor de sus clientes» por medio de un deber de garantía (33). Por consiguiente, en lugar de causaciones evitables ahora se habla de atribuciones: la disponibilidad ubicua de alcohol se acepta como *standard* social, de modo que la competencia por el riesgo de un consumo excesivo no ha de corresponder (también) al suministrador, sino exclusivamente al consumidor.

Del cambio de perspectiva del entendimiento del delito desde el ataque a un bien jurídico (causación de peligros) hacia el quebrantamiento de un rol (defraudación de expectativas sociales) parece inferirse a primera vista que el hostelero no adquiere la condición de garante aunque el cliente pierda su imputabilidad, con tal de que en el momento de recibir el alcohol aún fuera imputable. El BGH, sin embargo, hace uso de una argumentación distinta: «El límite se encuentra en aquel punto en el que la embriaguez del cliente ha alcanzado de

(30) BGH 4, 20 ss., 21.

(31) En todo caso, al menos el suministro de alcohol tuvo lugar de modo consensuado. Sobre la participación accesoria como parte de la conducta no permitida (de la «imputación objetiva») cfr. JAKOBS, *GA* 1996, pp. 251 ss.

(32) Especialmente OLG [Oberlandesgericht, Tribunal Superior en un Estado federado] KARLSRUHE *JZ* 1960, pp. 178 s. con comentario de WELZEL, *loc. cit.* pp. 169 ss. El tribunal tomó como punto de referencia la inimputabilidad del cliente, aunque lo cierto es que el BGH no la menciona como elemento que sea necesario para la fundamentación de la responsabilidad del hostelero; por el contrario, parte de la completa incapacidad *para conducir*, BGH 4, 20 ss., 22, también en el resumen de doctrina.

(33) BGH 19, 152 ss., 154.

modo evidente tal dimensión que ya no puede actuar de modo responsable» (34); no aparece una limitación de esta determinación a aquellos casos en los que el cliente ya se hallaba en esa situación al servirle el hostelero el alcohol (35), de manera que resulta evidente que se pretende que alcanza el *status* de garante quien sirve alcohol a un cliente aún imputable que después se embriaga hasta la inimputabilidad.

Ahora bien, el suministro de alcohol a personas (aún) responsables forma parte del comportamiento —denominado por el BGH de este modo— «comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente» (36). Pero el BGH no ha decidido que tal comportamiento nunca fundamente un deber, sino sólo que «no... cualquier» (37) comportamiento de esta índole fundamenta tal deber; por consiguiente, algunas de estas conductas sí pueden dar lugar perfectamente a la existencia de un deber, presentando en esta medida las constelaciones de casos que aquí interesan la dificultad de que, si se sigue al BGH, exactamente la misma conducta (suministro de alcohol) en unos casos no genera deber alguno (el consumidor sólo ingiere una cantidad de alcohol que no elimina su imputabilidad), mientras que en otras ocasiones sí lo genera (el consumidor bebe hasta la inimputabilidad). Por lo tanto, lo decisivo para la génesis del deber no es la configuración de la conducta junto con su contexto en el momento de llevarse a cabo el comportamiento, sino el desarrollo del contexto producido con posterioridad. La conclusión que se alcanza es la siguiente: la entrega de alcohol es una conducta socialmente adecuada que, sin embargo, en cuanto riesgo especial —como muchos de estos riesgos, como, por ejemplo, la conducción de un automóvil— conlleva deberes como consecuencia, concretamente, el deber de dominar el riesgo. Mientras el consumidor se mantenga imputable, el riesgo se considera dominado, y sólo cuando se produce su inimputabilidad se genera el deber del hostelero. Por consiguiente, resulta posible fundamentar de modo coherente en el plano dogmático la resolución del BGH; otra cuestión distinta es que sea correcta la hipótesis de partida, es decir, que la sociedad entienda la puesta a disposición de alcohol en establecimientos de hostelería como riesgo especial.

(34) BGH 19, 152 ss., 155; siguen ulteriores excepciones: mal estado de salud, especial sensibilidad del cliente, 156.

(35) Este caso es comparable con el suministro de alcohol a personas de carácter infantil o que de otro modo no son responsables: en este caso se genera un deber *en la medida en que* se organice el riesgo; esto último, en lo que se refiere al suministro de alcohol a personas ya completamente ebrias difícilmente podrá ser probado.

(36) Como en nota 33.

(37) Como en nota 34.

El BGH no sólo debía determinar la protección jurídico-penal de terceras personas, sino también la protección del propio bebedor: ¿puede el hostelero lícitamente expulsar al bebedor del establecimiento una vez que éste está completamente ebrio? El tribunal repite prácticamente de modo literal las consideraciones relativas a la protección jurídico-penal de terceras personas, es decir, toma como punto de referencia el «comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente» hasta el límite de la pérdida de la autorresponsabilidad del cliente (38), afirmando a continuación, sin embargo, que la «entrega de bebidas embriagantes» es socialmente inadecuada cuando «conduce a tal grado de ebriedad que el embriagado pone en riesgo su propia persona y a otros» (39), lo que, tomado literalmente, significaría en la actualidad que la inadecuación se alcanzaría cuando se sirva a un conductor una cantidad de alcohol que puede producir una concentración de alcohol en sangre de al menos 1,1 por mil. Aunque se le quite relevancia a esta mezcla entre pérdida de responsabilidad y comportamiento peligroso, atribuyéndola sólo a una deficiente formulación (40), es llamativa una diferencia respecto de la sentencia antes mencionada: pues en ella no aparece limitación alguna de lo socialmente habitual a los supuestos de entrega de alcohol que no conduzcan a la embriaguez plena; tan sólo se le imponen al hostelero determinados deberes para el caso de que el cliente sea inimputable. En esta sentencia, por el contrario, ya se censura la entrega que conduce a la embriaguez, probablemente, para obtener cierta armonía con la argumentación que ahora (41) es corriente en relación con los deberes derivados de injerencia después de accidentes de tráfico rodado —sobre esto se volverá más adelante.

Sin embargo, no es *esta* distorsión de la situación argumentativa la que indica el déficit más llamativo de la sentencia, que es la completa equiparación de la situación de deberes frente al cliente con aquellos deberes frente a terceras personas: al menos, el cliente se ha buscado el problema por sí mismo, mientras que los terceros pueden verse amenazados por el riesgo que emana de un conductor ebrio aún sin haber infringido ningún deber de autoprotección; dicho de otro modo, el cliente, en lo que se refiere a *su* integridad, actúa a propio riesgo. En consecuencia, en la responsabilidad por el «riesgo

(38) BGH 26, 35 ss., 38.

(39) *Loc. cit.* (nota 38).

(40) Se habla de la pérdida de la autorresponsabilidad y del riesgo que se produce «en tal caso», es decir, probablemente *sólo* en tal caso, *loc. cit.* (nota 38).

(41) BGH 25, 218 ss.

para (el sujeto ebrio) mismo y terceros» (42) ha de diferenciarse entre la situación de deberes frente a terceros, por un lado, y, por otro, frente al consumidor, y si resultara posible fundamentar deberes también frente a éste, es seguro que ello no puede hacerse recurriendo exclusivamente al material de argumentación utilizado por el BGH.

Hay otra reflexión relativa a la injerencia que tampoco puede resultar satisfactoria: el hostelero acompañó al cliente, cuando éste se quiso marchar, hasta el exterior, para que no se cayera al bajar la escalera de acceso. El BGH considera que ello constituye un incremento del riesgo «objetivamente contrario a deber». Esto, sin embargo, sólo sería correcto si el cliente acompañado hasta la calle estuviera peor que aquel que sufre una caída por la escalera una suposición que en el caso parece absurda. Además, en todo caso, este incremento del riesgo no da lugar a un deber autónomo (43); pues si no existía ya un deber de garante del propietario del establecimiento, sólo estaba obligado en virtud del mandato *general* de prestar auxilio en casos de catástrofe y accidente (§ 323 c StGB *) a impedir al cliente que abandonara el lugar, y, entonces, su conducta de acompañarlo hasta el exterior sólo supuso una infracción de *ese* deber, nada más (44). El problema es el siguiente: ¿cómo deben distinguirse aquellas consecuencias negativas que derivan de la organización del autor de la mera redistribución de riesgos generales de la vida, que debe soportar la víctima? Dicho con un ejemplo, quien arroja a otro al agua para preservarle de una insolación está obligado a volver a sacarlo del agua, pero quien saca del agua a otro que se estaba ahogando, no está obligado por haber organizado *esto* a evitar también una insolación. No resulta posible abordar aquí las cuestiones de detalle.

La solución relativa a la entrega de alcohol ha sido trasladada por el BGH, en lo que se refiere a la protección del consumidor, también a

(42) BGH 26, 35 ss., 38.

(43) Distinta es la argumentación en BGH 26, 35 ss., 38: «Hay un elemento adicional». También según las sentencias BGH NStZ 1994, 84 s., 85 (con comentario de HOYER, *loc. cit.* pp. 85 s.; comentario de MITSCH, *JuS* 1994, pp. 555 ss.), una «modificación esencial de la situación de la persona necesitada de auxilio» ha de fundamentar una posición de garantía.

* El § 323 c StGB tipifica el delito de omisión de auxilio (n. del t.).

(44) También la suposición de que existe una «asunción de garantía» autónoma por el hecho de acompañar al sujeto fuera, BGH 26, 39, va demasiado lejos: partiendo de la base de que el hostelero estuviera obligado únicamente en virtud del § 323 c StGB, al acompañar al cliente fuera hubiera lesionado *este* deber, y no asumido una garantía.

otras sustancias tóxicas (45), aunque ello sin ampliar el material de argumentación; en un primer momento, tan sólo aparece casi una mera invocación de la sentencia relativa al deber de garante del hostelero, complementada por el comentario de que la existencia de una autopuesta en peligro consentida del consumidor no excluye que se puedan «fundamentar deberes de garantía para el momento en el que el riesgo se realice de modo cognoscible», como derivaría «ya del propio hecho» de que el consumidor «no deseaba su propia muerte, sino tan sólo estaba de acuerdo con que el consumo de heroína le produjera tal riesgo» (46). Por muy cierto que esto sea, de ningún modo se deduce de ello que el suministrador del estupefaciente sea garante de la evitación de las consecuencias de errores de cálculo imprudentes del consumidor. Una sentencia posterior se limita a repetir la misma afirmación (47).

D) Comportamientos en el tráfico rodado

En lo que se alcaza a ver, el RG no ha supuesto la existencia de un deber de garante de los intervinientes en el tráfico rodado después de un accidente (48), mientras que el BGH aplica la fórmula antes expuesta de la creación del riesgo (49). Sin embargo, también la conducción de automóviles es una conducta socialmente habitual (o se ha convertido en ello), de modo que se impone la pregunta de si el conductor se convierte en garante incluso después de conducir correctamente cuando a pesar de ello se produce un accidente. Es mérito de la Sección cuarta del BGH haber abierto a la jurisprudencia nuevas vías en una sentencia del año 1973 (50), y ello, además, mediante una fundamentación tan exhaustiva como, al mismo tiempo, segura y breve —se trata sin duda de la resolución más relevante hasta la fecha del BGH acerca de la problemática de la injerencia—. El caso a enjuiciar era el siguiente: un automovilista había tenido una colisión con un peatón

(45) Esta cuestión se deja expresamente sin resolver en BGH 32, 262 ss., 264 con comentarios de ROXIN, *NSiZ* 1984, pp. 411 s.; KIENAPFEL, *JZ* 1984, pp. 751 s.; HORN, *JR* 1984, pp. 513 s.; OTTO, *Jura* 1984, pp. 536 ss.; STREE, *JuS* 1985, pp. 179 ss.; SCHMIDT, *MDR* 1985, p. 1; existe una traslación en BGH *NSiZ* 1984, p. 452 con comentario de FÜNFSSINN, *StV* 1985, pp. 57 ss.; BGH *NSiZ* 1985, pp. 319 s. (no publicado en esta parte en BGH 33, 66 ss.) con comentario de ROXIN, loc. cit. 320 s.

(46) BGH *NSiZ* 1984, p. 452 columna derecha *in fine*.

(47) BGH *NSiZ* 1985, pp. 319 s., 320.

(48) Cfr. WELZEL, *JZ* 1958, p. 494.

(49) Por ejemplo, BGH 7, 287 ss., sentencia en la que el tribunal sólo se ocupa con cierto detalle del lado subjetivo del hecho; BGH *VRS* 13, 120 ss., 123.

(50) BGH 25, 218 ss. con comentario de RUDOLPHI, *JR* 1974, pp. 160 s.

ebrio, habiéndose comportado el conductor –así había que suponer *in dubio pro reo*– de modo correcto, mientras que el peatón –como nuevamente era obligado suponer *in dubio pro reo*– penetró de manera tan rápida en la calzada que el accidente resultaba inevitable; el automovilista no prestó ayuda; por ello, la víctima, que yacía sobre la calzada, fue atropellada por un camión y perdió la vida (51).

El BGH argumenta que quien «ha creado o co-creado el riesgo de un daño» está obligado a la evitación del resultado, precisando, sin embargo, que «no cualquier contribución a la aparición de un riesgo» genera ese deber. Por lo tanto, de nuevo se trata del correcto entendimiento del concepto de «creación», para cuya concreción el tribunal se refiere a la sentencia antes referida en cuanto al punto de inflexión en la jurisprudencia y relativa al deber de los hosteleros después de la entrega de alcohol (52): en opinión del BGH, «por regla general» un comportamiento socialmente habitual no puede fundamentar una posición de garantía porque, precisamente, constituye un «comportamiento previo conforme a deber» (53). Y de modo paralelo, según el BGH, ha de enjuiciarse una conducta en el tráfico rodado; en su opinión, la conducción de automóviles forma parte de las «modalidades de conducta generalmente aprobadas como socialmente habituales», y ello «en todo caso mientras que el vehículo y el conductor no se encuentren afectados por defectos (especiales)... y el vehículo sea manejado en todo momento de modo adecuado al tráfico» (54). De acuerdo con este punto de vista, no sería «equitativo» que mediante tal conducción ajustada a Derecho el conductor se convierta en el «guardián» de otro participante en el tráfico «que a través de su comportamiento contrario al

(51) *Loc. cit.* (nota 50) *Loc. cit.* (nota 50), 219; el tribunal examinó en el marco del § 221 párrafo 2.º, 2.ª alternativa StGB (en su antigua redacción) la concurrencia de una posición de garantía del conductor.

(52) La afirmación de que BGH 11, 353 ss. se refiere a otro problema jurídico distinto (BGH 25, 218 ss., 222), en lo que se alcanza a ver, aún no ha sido asumida por nadie más: se trata del mismo problema, que resulta ser resuelto de modo distinto. La sentencia BGH 11, 353 ss. (con comentario de WELZEL, *JZ* 1958, pp. 494 ss.) probablemente se generó –como más adelante la resolución BGH 34, 82 ss.– sobre la base de una problemática en la averiguación del lado subjetivo del hecho trasladada al ámbito del tipo objetivo: alguien entregó un cuchillo –¿para pelar una manzana? ¿cómo arma?–, con el que poco después el receptor atacó a un tercero; puesto que no podía probarse dolo de complicidad, se construyó un deber de garante del sujeto que lo entregó respecto de la víctima, a pesar de que es seguro que la entrega de un cuchillo, a menos que suceda en una situación de complicidad, no «crea» un riesgo.

(53) BGH 25, 218 ss., 220 s.

(54) *Loc. cit.* (nota 50), 221.

tráfico ha creado de modo exclusivo y culpable la causa... del verdadero peligro» (55).

Es notable lo que *no* se dice en la sentencia, es decir, en primer lugar, que el comportamiento previo deba ser contrario a deber —si bien una conducta conforme a deber «por regla general» no genera posición de garantía, siguen siendo posibles las excepciones—, y, en segundo lugar, que en el caso concreto sea la adecuación a deber el fundamento decisivo de la negación de una posición de garante —la razón decisiva está en el carácter adecuado a deber del comportamiento de conductor en su relación con la radical infracción de los deberes de autoprotección de la víctima, tal y como se formula también de manera exacta en el resumen de doctrina—. Con ello, la Sección ha alcanzado el centro mismo de la problemática de los deberes de salvamento derivados de injerencia: concurriendo una conducta antijurídica por parte del autor y un comportamiento acorde a los deberes de autoprotección por parte de la víctima, el autor ha usurpado la libertad de la víctima, ha «creado» el riesgo, de modo que debe volver a atenuar el riesgo en cuanto sinalagma —esto no es cosa distinta de la evitación de ulteriores consecuencias de su propia organización—. Tratándose de un comportamiento ajustado a Derecho por parte del autor y una conducta contraria a los deberes de autoprotección por parte de la víctima (como en el caso a enjuiciar), la víctima ha «creado» por sí misma el peligro, y por ello no resulta «equitativo» (56), o, mejor dicho: justo, imponer al autor un deber de su eliminación. Sólo *esto* es lo que constata la Sección cuarta, y para resolver el caso no había que decidir nada más. La opinión de que la resolución vincula la injerencia de modo necesario con una conducta previa contraria a deber, entendimiento extendido en Alemania, no hace justicia a la sutilidad de la fundamentación: el tribunal se limita a negar los deberes de injerencia en los casos en los que concurre una conducta acorde a deber en el caso del autor y un comportamiento contrario a los deberes de autoprotección en la víctima, y, además, insinúa que asumiría la existencia de una posición de garantía si hubiera existido una conducta contraria a deber por parte del autor, y, en particular, deja abierta la cuestión de cómo ha de resolverse el caso de que aunque el conductor no cometa error alguno, falle el vehículo (57).

Consideraremos junto a la sentencia de la Sección cuarta una resolución anterior de la Sección segunda relativa a la posición de garantía

(55) *Loc. cit.* (nota 50), 222.

(56) *Loc. cit.* (nota 50), 222.

(57) Cfr. la cita de la sentencia hecha *supra* en el texto correspondiente a la nota 54.

después de legítima defensa (58). En esta resolución aparece ya el punto de partida argumentativo de analizar las respectivas contribuciones de todos los causantes del peligro *en el contexto de las aportaciones de los demás intervinientes*, aunque en un caso bastante drástico y sencillo: al sujeto que se defiende se le impone la necesidad de la defensa, mientras que el atacante genera el conflicto de modo arbitrario; por consiguiente, no admite duda alguna quién ha creado la situación de riesgo. El tribunal añade el *argumentum ad absurdum* de que el atacante no puede imponer una protección que se le niega a quien ha sufrido un accidente (59). No hay nada más que anotar al respecto (60).

La propia Sección cuarta ha arrojado ciertas sombras sobre su modélica resolución de 1973 al partir en una sentencia posterior de que queda fundamentada una posición de garantía en virtud de injerencia ya cuando un conductor se ha comportado de tal manera antijurídicamente «en inmediata conexión con el accidente» que esta conducta «pudo» (61) haber contribuido a la producción del accidente, concretamente, cuando conducía a velocidad excesiva y posiblemente ha producido por ello el accidente, pero sin que ello, precisamente, pueda ser objeto de prueba, y sin que, además, quepa excluir una grave infracción de las reglas del tráfico por parte de la víctima (62). En todo caso, como resulta evidente, sería inadecuado vincular el deber en el momento del hecho con la situación de prueba en el momento de dictarse la sentencia. Pero si aquello a lo que quiere hacerse referencia no es la situación probatoria, sino la conducta inadecuada que se da por probada, lo decisivo es determinar si ésta manifiesta sus efectos en el accidente, si lo ha «creado», y precisamente esto es lo que no pudo ser probado. Lo que sí pudo ser probado, sin

(58) BGH 23, 327 s. con comentarios de WELP, *JZ* 1971, pp. 433 ss.; HERZBERG, *JuS* 1971, pp. 74 ss.

(59) BGH 23, 328.

(60) Sería incorrecto intentar generalizar el contenido de la resolución en el sentido de que una conducta justificada *nunca* puede constituir un comportamiento previo a efectos de injerencia –y es que lo decisivo es el contexto–; en este sentido, quien interviene en estado de necesidad agresivo se convierte en garante cuando la víctima de la intervención sólo tiene deber de tolerancia y no está obligado (como garante o en virtud del § 323 c StGB) a llevar a cabo, además, prestaciones positivas; cfr. JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 29/43 s. con referencias; *vid.* también *infra* en el texto correspondiente a la nota 71.

(61) BGH 34, 82 ss., 84 con comentario negativo de RUDOLPHI, *JR* 1987, pp. 162 ss.; también en contra RANFT, *JZ* 1987, pp. 859 ss., 864 s.; a favor HERZBERG, *JZ* 1986, pp. 986 ss., 989 ss.

(62) *Loc. cit.* (nota 61), 83.

embargo, es que el conductor, de modo bastante carente de escrúpulos, excluyó su comportamiento defectuoso como causa del accidente en una situación en la que una persona con una actitud conforme al ordenamiento jurídico en todo caso hubiera partido de la posibilidad de la existencia de tal relación. Esto, la ceguera ante los hechos del autor, es recompensado *de lege lata* por el § 16, párrafo 1.º inciso 1.º StGB * y por la ausencia de punibilidad de la tentativa imprudente. Contemplada la cuestión desde este punto de vista, la extensión de la responsabilidad por injerencia tiene la finalidad de poder demostrar también frente a un autor ciego ante los hechos que conoce los presupuestos de una posición de garantía (delimitada de manera demasiado amplia). De este modo, la sentencia quizás pueda ser satisfactoria en el resultado alcanzado, pero no, desde luego, en la fundamentación.

E) Responsabilidad por el producto

El BGH ha apoyado igualmente en la injerencia el deber de retirada de productos industriales lesivos (63): los directores de diversas empresas interrelacionadas, dedicadas a la producción de elementos químicos, no retiraron a tiempo del mercado (64) un producto para el cuidado del cuero, cuya peligrosidad para la salud –peligrosidad que no era ni irrelevante ni completamente excepcional (65)– no resultaba cognoscible mediante la aplicación de los métodos de ensayos habituales. El tribunal deja abierta la cuestión de si también una conducta previa acorde a deber puede fundamentar una posición de garantía, al

* El § 16 StGB dispone lo siguiente: «Error sobre elementos del hecho. 1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. 2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una Ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta Ley más beneficiosa». (n. del t.)

(63) BGH 37, 106 ss., 115 a 123; cfr. referencias respecto de la bibliografía relacionada con esta sentencia en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 49.ª ed., 1999, § 13 n.m. 11 b.

(64) Y permitieron que el producto se siguiera produciendo y entregando. El BGH interpreta esta conducta como actuar positivo (nota 63), 114, lo que puede ser correcto, por ejemplo, si se siguieron dando instrucciones relativas a la producción o la distribución, pero no necesariamente lo es, por ejemplo, si lo que sucedió es que sin intervención de los directores todo siguió su curso habitual –aunque entonces estaríamos ante una omisión de garante (deber de aseguramiento en el tráfico) en lo que se refiere a la *distribución* (la *producción* está permitida mientras los productos sean custodiados correctamente).

(65) Es decir, que superaba, en caso de concurrir cognoscibilidad objetiva, el riesgo permitido, *loc. cit.* (nota 63), 118.

sostener que existiría una doble infracción de deber por parte de los directores: de acuerdo con el BGH, concurriría una infracción de preceptos en materia de Derecho de alimentos, ya que de acuerdo con éstos no está permitido poner en circulación objetos que por su composición son nocivos para la salud (66), y, además, según la posición del tribunal, la distribución se produjo de modo «objetivamente contrario a deber», «ya que el ordenamiento jurídico... prohíbe crear riesgos de los que, si nadie interviene en el curso de los acontecimientos, deriven daños corporales para terceros» (67), bastando «la desvaloración del resultado de puesta en peligro» y no siendo necesaria «culpabilidad personal»; también se habla de «infracción del deber de cuidado» y de imprudencia (68).

El resultado obtenido puede llegar a resultar satisfactorio: una sociedad que se encuentra saturada en lo que se refiere al gran número de productos disponibles, puede entender los productos nuevos como una especie de molestia, que si bien no está prohibida, es impuesta al público por el productor en su propio beneficio, y en caso de existir la posibilidad de que se produzcan daños, en consecuencia, es el productor, quien ha «creado» el riesgo especial, quien debe ocuparse de eliminar el peligro. Como se acaba de indicar, en la sentencia fundamental relativa a la injerencia en un accidente de tráfico había quedado expresamente sin resolver el enjuiciamiento de *aquel* caso en el que todos los implicados se han comportado de modo correcto, pero el vehículo tiene un defecto oculto que tiene consecuencias negativas (69). En el presente ámbito, se trata de una constelación de casos completamente análoga: tanto el productor como el consumidor se conducen de modo correcto, pero un defecto del producto oculto hasta ese momento amenaza con traer consecuencias. Partiendo de esta concepción, es garante quien crea un riesgo especial, como cabe observar en el caso del vehículo de motor en la responsabilidad por riesgos derivados del funcionamiento; la conducta contraria a deber es un supuesto especialmente llamativo de un riesgo especial, pero, precisamente, no es el único posible, e incluso *Rudolphi*, quien ha participado de modo determinante en el desarrollo del dogma de la necesaria contrariedad a deber de la conducta previa (70), en la actualidad al menos sostiene respecto de algunas conductas realizadas en

(66) *Loc. cit.* (nota 63), 117 s.

(67) *Loc. cit.* (nota 63), 117.

(68) *Loc. cit.* (nota 63), 118 s.

(69) BGH 25, 221; *supra* texto correspondiente a la nota 54.

(70) RUDOLPHI, *como en nota* 50; ya ídem, (nota 6), pp. 157 ss., 163 ss.

estado de necesidad justificante que éstas conducen a una posición de garantía (71).

Al optar el tribunal, en vez de continuar con esta línea jurisprudencial (y no: modificarla), por creer que puede transitar las vías ya trazadas y seguras respecto del comportamiento previo contrario a deber, ello conduce a una mera continuidad aparente; pues tanto la resolución relativa a la injerencia en el accidente de tráfico como la segunda sentencia respecto de la responsabilidad del hostelero infieren la conformidad a Derecho del comportamiento no de su falta de idoneidad para la causación del resultado (pues en tal caso, no se podría tratar de un problema de los límites de la *injerencia*), sino de su adecuación social en la perspectiva *ex ante*. A la inversa, la responsabilidad por injerencia en caso de conducta previa contraria a deber, aceptada implícitamente en ambas sentencias, no sólo parte de la causación del riesgo de producción del resultado (si así fuera, se debería haber afirmado también en estas resoluciones la concurrencia de una posición de garantía), sino que, además, se vincula a la superación del riesgo permitido, igualmente en la perspectiva *ex ante*. La contrariedad a deber sin infracción del cuidado debido que se invoca en la sentencia de la responsabilidad por el producto, en cambio, no es nada más que el desvalor de resultado que amenaza, sin consideración del desvalor de la acción. Tomada literalmente, la máxima rectora de la sentencia conduce a imponer a cualquier causante de un riesgo un deber de garante. Sin embargo, del contexto se deduce que sólo se hace referencia al causante decisivo, a quien ha «creado» el riesgo, es decir, que se quiere identificar a quien ha asumido un riesgo especial como garante.

F) Participación

Finalmente, se llama la atención sobre algunas resoluciones en las que se trata la responsabilidad por omisión de un partícipe por hechos ulteriores de otro partícipe. Ninguna de las sentencias se encuentra en la colección oficial de jurisprudencia –editada por el tribunal–, aunque casos de este tipo parece que suceden con cierta frecuencia. De ello cabe deducir que el tribunal aún no ve claro el camino acertado para resolver los supuestos –dicho sea de paso, la bibliografía tampoco lo ve.

En una resolución del año 1985 (72), el acusado había participado en un delito de lesiones, y a continuación no evitó el homicidio doloso

(71) SK-RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 31.^a entrega, 1999, § 13 n.m. 40 a.

(72) BGH NStZ 1985, p. 24.

de la víctima cometido por otro de los partícipes. El tribunal falló que hubo complicidad por omisión, argumentando que el partícipe en el hecho previo debe evitar incluso daños ulteriores mediatos, como, por ejemplo, que la víctima tendida en la calle sea arrollada por un automóvil, y que esto ha de ser de aplicación a ataques dolosos de otros coautores del hecho previo cuando quepa «esperar» que esos ataques se produzcan «prácticamente como continuación» de ese hecho previo (73). Para comprender la resolución, en primer lugar es necesario reducir a su núcleo correcto —muy pequeño, prácticamente tautológico— la habitual afirmación doctrinal de que ningún partícipe responde del exceso de otro partícipe; este núcleo es el siguiente: nadie responde de un curso lesivo que no le incumbe. Sin embargo, y éste es el primer elemento de fundamentación del tribunal, quien es responsable del desamparo de la víctima es garante de que éste no se traduzca en un ulterior daño. Si, por lo tanto, en el caso en cuestión el desamparo de la víctima al menos ha facilitado la comisión del hecho (no se describen los hechos con exactitud) (74), la sentencia se mantiene en el marco de lo comúnmente aceptado. Sin embargo, quizás el tribunal se ha referido al desamparo de la víctima tan sólo a título de ejemplo, y lo decisivo sería entonces la segunda vía de fundamentación, es decir, que quepa «esperar... la continuación» del hecho previo por parte de otro de los partícipes. Pero ¿no es responsable exclusivamente el propio partícipe si toma, sin que los demás le animen a ello específicamente, el primer hecho como motivo para cometer un ulterior delito (75)? Acostumbrados como estamos a limitar subjetivamente el alcance de la participación, probablemente la mayoría contestaría afirmativamente a la cuestión, lo que, sin embargo, no haría justicia al estado moderno de la dogmática: respecto de la omisión, el lado subjetivo en el hecho previo sólo es de interés secundario; por el contrario, lo decisivo es cuál es el riesgo no permitido que el partícipe ha creado mediante su participación en el hecho previo (76), y para resolver esta cuestión no se puede decretar que ese riesgo acaba exactamente en el punto en el que acaba su dolo, o que queda limitado por aquello acordado expresamente, etc. Quien participa en un hecho consistente en dar rienda suelta a impulsos agresivos adquiere competencia respecto de un suceso cuyos límites no necesariamente se alcanzan en el

(73) Loc. cit. (nota 72).

(74) Respecto de la facilitación como complicidad *JAKOBS* (nota 5, 1.ª referencia), 29/102 a.

(75) En este sentido *NEUMANN, JR* 1993, pp. 161 ss., 162.

(76) *Vid. JAKOBS* (nota 31), pp. 265 s.

momento en el que se han agotado los impulsos agresivos *proprios*. Dicho de otro modo: no es el arbitrio subjetivo del partícipe lo que limita su responsabilidad, sino el significado objetivo de su participación. —Esto se manifiesta con claridad en una resolución (77) posterior. El acusado y un coautor habían sometido a la víctima a severas torturas, el coautor a continuación la mató estrangulándola. Puede que el sentido individual de la participación del acusado fuera «torturar, pero no matar», y a pesar de ello, su contribución puede haberse prestado a un suceso global que desde la perspectiva objetiva significara «torturar y, si es necesario, matar» (78).

La última sentencia hasta el momento (79), en lo que alcanzo a ver, se refiere a un supuesto en el que tanto el acusado como un partícipe habían manifestado que querían «darle un mamporro» a la víctima, golpeando a continuación el partícipe a la víctima de tal modo con el mango de un cuchillo que ésta —que ya estaba ebria— cayó al suelo. El partícipe, aquejado —lo que no era cognoscible para el acusado— de una «agresividad incrementada por enfermedad», pasó entonces a producirle a la víctima dos cortes en la «región parietal central»; no hubo continuación de la agresión porque el acusado se opuso. No se demandó ayuda; el acusado lo rechazó por miedo a la policía. La víctima murió al no ser auxiliada; una de las causas de la muerte fue la pérdida de sangre.

El tribunal rechaza —asumiendo, de modo superfluo, el requisito de la conducta previa antijurídica— la concurrencia de una posición de garantía por injerencia, argumentando que si bien el acusado había participado en las lesiones del ejecutante concretadas en el golpe, esta participación no habría creado un «riesgo próximo» de la producción de la muerte, puesto que la perturbación del comportamiento del partícipe no era previsible (80), y ello con las palabras de la sentencia de 1985,

(77) BGH NStZ 1992, pp. 31 s. con comentarios de SEELMANN, StV 1992, pp. 416 s.; NEUMANN, JR 1993, pp. 161 ss.

(78) En esta medida, no puedo sumarme a la opinión de NEUMANN, *loc. cit.* (nota 77) de afirmar la concurrencia de una prohibición de regreso a causa de la decisión libre del coautor de pasar al homicidio: en la prohibición de regreso, el comportamiento carece, en un juicio *objetivo*, de un (determinado) significado delictivo; en este caso, en cambio, se trata de inferir el sentido objetivo de las características del suceso, y no de lo asumido psíquicamente por el partícipe. Dicho en términos extremos: quien da a uno de dos contendientes una pistola cargada, partiendo de la suposición —mejor o peor fundamentada— de que éste abandonará por sí mismo la lucha al sentirse en situación de superioridad, tendrá que intervenir si el contendiente ahora armado se dispone a hacer uso del arma.

(79) BGH NStZ 1998, pp. 83 s.

(80) *Loc. cit.* (nota 79), p. 84.

en el sentido de no cabía «esperar» los cortes «prácticamente en continuación» del golpe inicial —una interpretación que resulta razonable; sin embargo, también lo sería la interpretación contraria, al menos en caso de que el partícipe hubiera actuado en estado de semiinimputabilidad (extremo al que no se refiere la sentencia). La ausencia del análisis acerca de si no fue el desamparo de la víctima abatida lo que hizo posibles los cortes probablemente derivará de la misma suposición: la prohibición de privar a una víctima de la posibilidad de la autodefensa en opinión del tribunal probablemente no esté destinada a prevenir riesgos completamente extraños (si es que los cortes realmente eran completamente extraños).

Finalmente, el tribunal tampoco considera que la manifestación del acusado en contra de demandar ayuda constituya una conducta de injerencia: la toma de posición en contra de llamar a alguien «sólo» supone, en opinión del BGH, un acto de «apoyar la decisión» del otro partícipe; quien no es garante él mismo, «no adquiere una posición de garantía propia por la decisión tomada conjuntamente con un garante de omitir» (81). Esto es correcto en la medida en que una omisión del no-garante conociendo la omisión del garante no intercambia las posiciones: siguen siendo autores accesorios. Pero en el caso de un «apoyo de la decisión», la cuestión puede ser distinta: puede constituir una complicidad en la omisión del garante, generando como tal, precisamente, deberes de injerencia, aunque sólo de la intensidad correspondiente a una participación a título de complicidad (82). Y con mayor razón concurriría, de darse una «decisión tomada conjuntamente con un garante de omitir», en cuanto inducción mutua a la omisión (inducción a no salvar) una participación accesoria del acusado que fundamentaría un deber por injerencia.

Como conclusión respecto del ámbito de la responsabilidad por injerencia por hechos ulteriores cabe constatar que se han identificado las dos líneas argumentativas posibles: competencia por el desamparo de la víctima y por el agotamiento de aquello que forma parte típicamente del hecho. En lo que se refiere a esta última línea de argumentación, la teoría de la imputación objetiva en forma de la teoría de la conducta no permitida desplaza —acertadamente— la determinación hasta ahora existente de los elementos comunes relevantes, demasiado orientada en atención a lo subjetivo.

(81) Loc. cit. (nota 79), p. 84

(82) JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 29/102.

III. TEORÍA DE LA INJERENCIA, SEGUNDA PARTE

A) De nuevo: creación de un riesgo especial

Si se vuelven a considerar las sentencias referidas, cabe constatar que si bien el Tribunal Federal Supremo ha modificado su posición, asumiendo verbalmente en las resoluciones más recientes el requisito de una conducta previa antijurídica, especialmente en la sentencia relativa a la responsabilidad por el producto (83), materialmente sigue manteniendo las máximas, mucho más elásticas, de la sentencia fundamental en materia de conducta de injerencia en el tráfico rodado (84), y ello con razón: el requisito de un comportamiento previo contrario a Derecho restringe en demasía la responsabilidad por injerencia, puesto que puede suceder que la víctima tenga derecho a no verse afectada, si no por el comportamiento previo, sí por sus consecuencias. La proposición de que quien ha de tolerar el comportamiento previo debe tolerar también las consecuencias hasta el momento no se ha fundamentado, ni siquiera por aproximación, y, probablemente, es de imposible fundamentación. Ciertamente, en el caso concreto podrán mantenerse fructíferas discusiones acerca del riesgo especial; pero este problema no es más que la cuestión análoga que se plantea, como antes se ha expuesto, respecto de una organización por comisión: también en esos casos hay que decidir si el curso lesivo debe ser imputado al autor, a la víctima que actúa a riesgo propio o a una tercera persona. Por consiguiente, lo que sucede es que no resulta posible evitar la problemática.

La determinación de cuándo concurre un riesgo especial ha de llevarse a cabo mediante una contraposición de la organización del omitente y la de la víctima. Ahora bien, el BGH ha relativizado en la sentencia varias veces citada respecto del tráfico rodado la respuesta a la cuestión acerca de si la conducción de automóviles constituye un riesgo especial: en todo caso no respecto de quien va dando tumbos ebrio en la calzada. Esto suena como si se tratara de averiguar un *saldo* de competencia, a obtener mediante compensación de la competencia de uno —la del conductor respecto del riesgo de funcionamiento del vehículo— con la del otro —la del peatón ebrio por su infracción de las medidas de autoprotección—. Si esto realmente fuera así, debería ser posible, incluso, obtener el saldo correspondiente mediante compensa-

(83) Cfr. *supra* II. E.

(84) En detalle *supra* II. D.

ción en relación con una creación antijurídica del riesgo, es decir, con una dejación de las medidas de autoprotección por parte de la víctima al menos comparable. Dicho con un ejemplo: quien deja sin vigilancia, por imprudencia leve, un arma, no sería garante frente a quien, manipulándola igualmente con imprudencia leve, se autolesiona y necesita de ayuda. Sin embargo, tal decisión sería incorrecta: mientras exista una conducta errónea que despliega sus efectos, concurre una usurpación de libertad ajena, aunque la víctima presente una «concur-rencia de culpa» preponderante. Por consiguiente, de lo que se trata es sólo de excluir aquellos comportamientos previos cuyo riesgo, precisamente, no se realiza por la competencia de la víctima. Dicho con un ejemplo: un vehículo de motor constituye un riesgo especial aunque sea utilizado de modo correcto, y ello por ciertos posibles cursos lesivos respecto de víctimas cuidadosas o al menos bastante cuidadosas; sin embargo, no forma parte de esos cursos la colisión con un sujeto ebrio que va dando tumbos por la calle. O: constituye un riesgo no permitido lanzar una roca por una empinada pendiente en una zona frecuentada por excursionistas; pero si uno de ellos se queda inmóvil, con dolo suicida, delante de la trayectoria de la roca, no se realiza un curso que la prohibición pretenda inhibir, y por ello no se genera deber alguno en el sujeto, que de por sí se comportó de modo imprudente. La cuestión decisiva, por lo tanto, no es quién se ha portado peor, el sujeto que realiza el comportamiento previo o la víctima, sino si lo especial de la conducta previa no ha tenido efecto a consecuencia del comportamiento de la víctima, o si, por el contrario, sí ha tenido efecto a pesar de la intervención de la víctima. Se trata, en consecuencia, de la determinación del fin de la norma, no de un saldo de competencias después de una compensación cuantitativa.

Detalles respecto del riesgo especial: desde luego que una conducta antijurídica genera en todo caso un riesgo especial, aunque la víctima a su vez incumpla las medidas de autoprotección, a menos que esta infracción se produzca de modo tan drástico que el sujeto que se conduce antijurídicamente no tuviera que contar con tal desarrollo. Otros grupos de casos: la puesta de circulación de un vehículo de motor aún es, al menos en el sistema del ordenamiento jurídico alemán, un riesgo especial, como muestra la existencia de una responsabilidad por puesta en riesgo con seguro obligatorio. Por lo tanto, si en un vehículo correctamente conducido —en exactamente aquel caso que el BGH dejó sin resolver en la sentencia antes citada— se realiza el riesgo de funcionamiento y un peatón, que se ha comportado a su vez también de modo correcto, sufre lesiones, existe para el conductor un deber de salvamento, pero, como acaba de decirse, no si el peatón ha

superado por su parte mediante una conducta gravemente infractora de los deberes de autoprotección el riesgo creado por el conductor en el sentido de que ya no se pueda hablar de un riesgo especial (tal y como era el caso en la sentencia referida). También concurre un riesgo especial en la medida en que existiría la posibilidad de intervenir contra un riesgo por vía del estado de necesidad *defensivo*. Y es que sería extraño que el titular de un ámbito de organización hubiera de soportar los costes de un salvamento, pero no estuviera obligado a fomentar él mismo tal salvamento. Dicho con un ejemplo: los animales que han acabado siendo peligrosos constituyen un riesgo especial en lo que se refiere al riesgo típico que emana de animales.

No crea un riesgo especial quien se defiende correctamente de un atacante antijurídico; pues el atacante le ha impuesto el conflicto al atacado y, por ello, tiene competencia preferente respecto de la solución, tal y como —antes se ha expuesto— resolvió el BGH. Lo mismo rige respecto de la defensa en el estado de necesidad defensivo. Dicho con un ejemplo: quien abate a golpes un animal que lo ataca, no está obligado como garante a retirarlo de la calzada para que no sea arrollado. Sin embargo, sí se genera un riesgo especial en una intervención en estado de necesidad agresivo; pues aquí se impone a alguien que no está implicado un conflicto; también de esto ya se ha hablado antes. Queda aún una consideración complementaria relevante que añadir: en la medida en que el sujeto no implicado hubiera estado obligado a su vez al salvamento —en Alemania existe una infracción de omisión de socorro—, y esté en condiciones de evitar ulteriores daños, debe llevar a cabo esa evitación por sí mismo. Dicho con un ejemplo: cuando personas que están ayudando a apagar un peligroso incendio en una casa vecina entran en la casa a por agua, quien habita en ésta está obligado *en la medida en que le resulte posible* a volver a cerrar el grifo él mismo; pues estaría obligado a entregar el agua para apagar el incendio bajo pena de omisión de socorro. La situación es distinta cuando alguien hace uso de una cañería de agua ajena para salvar algunas plantas, aunque éstas sean valiosas: el titular de la propiedad utilizada para el salvamento no estaría obligado a intervenir en tal caso por falta de suficiente dimensión del peligro que amenaza. Esto suena confuso, y lo es; la incongruencia de las reglas enunciadas se fundamenta en la incongruencia de las instituciones del Derecho penal alemán. El deber de la víctima en el estado de necesidad agresivo va más lejos que el deber de auxilio que deriva del mandato de prestar socorro en caso de necesidad.

Un riesgo especial puede ser asignado a un determinado círculo de organización cuando fue creado en gestión de intereses sin mandato a

favor de ese círculo. Dicho de nuevo con un ejemplo: para no arrollar a otro ciclista que ha caído delante de él —de modo culpable o no—, un ciclista se ve obligado a dar un frenazo y esquivarlo, con lo que cae a su vez a la cuneta. Si necesita ayuda, el ciclista que cayó en primer lugar está obligado a prestarla, pues la maniobra *también* era asunto suyo. Dicho de otro modo, a quien necesita ayuda le incumbe soportar los «costes» de las medidas de auxilio de aquellas personas que a su vez no son responsables de esa necesidad de ayuda.

La medida de la prestación a realizar: el hecho de que también un comportamiento conforme a Derecho puede acabar convirtiéndose en una usurpación de libertad ajena es algo generalmente conocido por lo demás en el marco del ordenamiento jurídico, de modo que casi parece extraña la persistencia con la que se ha mantenido en el ámbito de la injerencia el dogma de la antijuridicidad. Intentaré clarificar esto con base en los escalonamientos de las causas de justificación. Los representantes del requisito de la antijuridicidad tienen la vista fijada de modo estático exclusivamente en la legítima defensa (85): el atacante debe asumir todo lo que sea necesario para la defensa, porque usurpa una organización ajena, y con toda seguridad es, además, garante de la retirada de la usurpación. Pero también en el caso del estado de necesidad defensivo aquel sujeto en cuya organización se encuentra un foco de peligro tiene una competencia preferente para su eliminación, y ello incluso aunque el curso lesivo a evitar sea consecuencia de un comportamiento ajustado a Derecho (aunque generador de riesgo). Esto queda claro teniendo en cuenta la circunstancia de que sólo podrá invocar lícitamente la dimensión exorbitante de sus costes cuando éstos sean desproporcionados en relación con el bien salvado; por consiguiente, en caso de necesidad debe sacrificar más (o permitir que se le quite más) de lo que salva (o de lo que otros salven); dicho de otro modo, parece evidente que está más cerca del daño que amenaza que la potencial víctima. Y entonces también debe ser así en lo que se refiere al salvamento. Dicho con un ejemplo: cuando el propietario de un animal que amenaza con lesionar a otro animal, habiéndose comportado de modo ajustado a Derecho, se ve en la necesidad de matar a

(85) Puesto que aquí se trata el problema de principio de una usurpación también por medio de una conducta ajustada a Derecho, queda fuera de consideración que, de acuerdo con estudios recientes, la legítima defensa tiene como presupuesto la concurrencia de un ataque culpable (o que de tratarse de un ataque no culpable, debe limitarse la permisión de tomar todas las medidas necesarias para la defensa) (referencias en JAKOBS, nota 5, 1.ª referencia, 12/16 ss. con nota 30). Con mayor exactitud habría que distinguir entre conducta previa culpable, antijurídica no culpable y conforme a Derecho.

su animal, está obligado a llevar al otro al veterinario si el suyo lo lesionó antes de que lo pudiera matar. Ciertamente, esta obligación no es ilimitada; pero este problema, precisamente, el de los límites de la justificación y de los deberes en virtud de injerencia, también se plantea en caso de una conducta previa antijurídica, aunque «más tarde». Dicho de nuevo con un ejemplo: quien lesiona al gato de su vecino no queda obligado a abandonar su profesión para cuidar durante meses al animal hasta que sane, y ello aunque la lesión se produjera con *dolus malus*: del mismo modo que existe en la legítima defensa una solidaridad mínima (86), en el ámbito de la injerencia después de una conducta previa antijurídica existe un límite al deber. En los casos relevantes en la práctica, tráfico rodado y responsabilidad por el producto, sin embargo, estos límites no han desempeñado papel alguno, ya que los bienes puestos en riesgo eran del máximo rango.

Por consiguiente, si no sólo un comportamiento antijurídico, sino cualquier *asunción de un riesgo especial, es decir, de un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la asignación hecha por el ordenamiento jurídico* (sea de él solo, sea junto con la víctima) (87) genera deberes de injerencia, tal y como lo insinuó el BGH en la sentencia relativa a la conducta de injerencia en el tráfico rodado y —en contra de la formulación literal— aplicó materialmente en la resolución relativa a la responsabilidad por el producto, esto significa que se trata de deberes de garantía, pero no que los garantes no puedan introducir —de modo diverso en función de la cualidad de la conducta previa— sus intereses en colisión. Las reglas de la colisión de deberes, en este ámbito, en cuanto reglas relativas a la colisión entre un deber y una medida obligada de autoprotección, ya se ocupan de que un deber de garante no conduzca a una carga desproporcionada; dicho sea de paso, del mismo modo que sucede en el delito de comisión: el deber de respetar los bienes ajenos termina «más tarde» para aquel que se ha puesto en una situación de necesidad de modo antijurídico que para aquel que entró en necesidad en el marco de una actividad permitida, pero arriesgada, y para este último «más tarde» que para aquel que sufre la situación de necesidad sin ningún tipo de competencia propia por ello.

B) Injerencia en el delito de comisión

Finalmente, quisiera plantear una cuestión que, en lo que alcanzo a ver, hasta el momento no se había formulado (88): si en el caso de

(86) Referencias en JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 12/46 ss.

(87) *Vid.* sobre esto III. A., al principio.

(88) *Cfr.*, sin embargo, JAKOBS (nota 5, 2.ª referencia), p. 36 nota 77.

la injerencia se trata de un deber negativo, como en el caso de los deberes de aseguramiento en el tráfico y como en los deberes de respeto de las prohibiciones en los delitos comunes, entonces, debería ser posible demostrar la existencia de injerencia en el ámbito de la comisión, aunque carezca de relevancia práctica. Para aclarar lo acabado de decir: del mismo modo que el delito de omisión sólo puede ser cometido por una persona competente, es decir, por un garante, el delito de comisión sólo puede ser cometido por una persona que conduce generando un riesgo no permitido. Quien quiera, que lo formule diciendo que en el delito de comisión sólo el autor (partícipe) que actúa de modo objetivamente imputable es garante de la evitación del resultado. El *topos* de la equivalencia a la comisión de la omisión obtiene entonces un sentido que va más allá de vagas asociaciones de una imagen de parecido a la comisión: se trata de la competencia por organización (89), y a consecuencia de esta normativización del concepto de comportamiento cabe colocar junto a la equivalencia a la comisión de la omisión una equivalencia a la omisión de la comisión, y esto hasta el punto de que también respecto del delito de comisión cabe desarrollar deberes que desde la perspectiva fenotípica se presentan como deberes de salvamento, aunque materialmente, también en este caso, no sean más que deberes que imponen no lesionar a otra persona por causa de la configuración de la propia organización.

Puesto que la injerencia constituye en el caso del delito de omisión el fundamento de un *mandato* al autor, al arrogarse éste mediante la ejecución del comportamiento previo un riesgo especial, mandato que no le afectaría sin esa conducta previa, por injerencia en el delito de comisión debe entenderse una conducta mediante cuya ejecución a su vez se asuma un riesgo especial, y a causa de esta conducta ha de *prohibírsele* al autor una conducta subsiguiente, conducta que sin el comportamiento previo podría lícitamente llevar a cabo, o al menos podría ejecutar sin pena por un delito de comisión. Por consiguiente, se trata de casos en los que una conducta previa de las características descritas se convierte en un daño en caso de que a continuación se produzca otra conducta, que de por sí se halla permitida. Dicho con un ejemplo: quien empuja por descuido a otra persona, de modo que ésta está a punto de caer, ha de sujetarla: un *mandato*; si la persona empujada al caer intenta sujetarse al brazo del sujeto descuidado, éste no puede lícitamente retirarlo: una *prohibición* que desde el punto de vista

(89) Queda fuera de consideración el delito de deber (sobre esto ROXIN, como en nota 3).

fenotípico sirve al salvamento, pero que materialmente no es nada distinto del aseguramiento de la persona empujada frente a consecuencias negativas del empujón.

C) Conclusión

Por lo tanto, la responsabilidad por injerencia se encuentra bien asegurada desde el punto de vista sistemático, incluso es teóricamente obligada, y también su manejo práctico por el Tribunal Supremo Federal puede resultar *grosso modo* satisfactorio. Una limitación a comportamientos previos antijurídicos es demasiado estricta; debe responder cualquiera que se haya arrogado frente a la víctima un riesgo especial.