

La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Dedicado a mi discípulo Carlos García Valdés, un amigo que figura entre aquellos que, según se dice, y me confirma mi propia experiencia, a lo largo de la vida sólo se puede encontrar en un número que no alcanza al de los dedos de una mano.

SUMARIO: I. Introducción.—II. La relación de (cuasi)causalidad en el delito de omisión impropia. A) El entendimiento de la causalidad en la omisión como una relación causal mecánica en los autores del siglo XIX. B) El estado actual de la cuestión: 1. Posiciones que afirman una relación de causalidad (no mecánica) entre inactividad y resultado en la omisión impropia. 2. Opiniones que niegan la relación de causalidad entre inactividad y resultado en la omisión impropia. Toma de posición. 3. La fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non* para imputar un resultado a la omisión: a) La teoría dominante: aa) Exposición de su contenido. bb) Objeciones que se formulan a la doctrina dominante. aaa) Las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad. bbb) Cuando la evitación del resultado que incumbe al garante depende, en última instancia, de la intervención de un tercero, a quien no se le ha dado la oportunidad de actuar, ¿cómo se puede averiguar, teniendo en cuenta la indeterminabilidad de los comportamientos humanos, cuál habría sido el sentido de aquella intervención? La actualidad de este problema en el caso «Lederspray». ccc) La imposibilidad de determinar cuál habría sido el curso de una enfermedad si se hubiera ejecutado el tratamiento médico correcto. cc) Los intentos de la dogmática jurídicopenal para superar las dificultades de la doctrina dominante. b) La exigencia de seguridad de que la acción

omitida hubiera evitado el resultado: *aa*) Exposición de su contenido. *bb*) Crítica. *c*) La teoría de la disminución del riesgo. *aa*) Exposición de su contenido. *bb*) Críticas a la doctrina de la disminución del riesgo: infracción del principio *in dubio pro reo* y transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro. *d*) Resumen y toma de posición.—III. La llamada omisión por comisión. A) Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado. 1. Exposición del problema. 2. Soluciones que se proponen en la doctrina para este grupo de casos. 3. Toma de posición. B. Ruptura de cursos salvadores ajenos. 1. Exposición del problema. *a*) La cuestión en la doctrina. *b*) La cuestión en la jurisprudencia. 2. Soluciones propuestas en la dogmática. *a*) La acción de ruptura constituye un delito de comisión, y el resultado debe ser imputado a dicha acción porque entre ésta y aquél existe una relación de causalidad. *b*) La acción de ruptura constituye un delito de acción, y, a pesar de que entre aquélla y el resultado no existe relación de causalidad, no obstante el agente debe responder por dicho resultado, porque, con una probabilidad rayana en la seguridad, aquél no se habría producido si el autor no hubiera roto el curso causal salvador. *c*) En la ruptura de cursos causales salvadores ajenos no existe ni un delito de acción ni una relación de causalidad, pero el autor debe responder igualmente por el resultado porque ha cometido una omisión impropia. 3. Crítica. *a*) Crítica a los que fundamentan la imputación del resultado a la acción de ruptura porque se trataría de un delito de acción en relación de causalidad con la lesión del bien jurídico. *b*) Crítica a los que, negando la relación de causalidad entre la ruptura de curso salvador ajeno y el resultado, y acudiendo a un procedimiento análogo al que rige para la omisión impropia, imputan el resultado a aquella ruptura siempre que, sin ésta, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se hubiera producido. *c*) Crítica a la solución de la omisión impropia. 4. Toma de posición. *a*) Introducción. *b*) Una tercera forma de realización del tipo junto al delito de acción y a la comisión por omisión: la ruptura de cursos salvadores. *c*) Otra vez: la ruptura de cursos salvadores propios. *d*) La ruptura de cursos salvadores ajenos debe ser sometida también a soluciones diferenciadas. *aa*) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante. *bb*) Ruptura por un no-garante del curso salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante. *cc*) Ruptura por un garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un no-garante. C) La *omissio libera in causa*. 1. Exposición del problema. 2. La construcción de la *omissio libera in causa* no afecta a la omisión propia. 3. Soluciones para, en el caso de la *omissio libera in causa*, imputar el resultado al agente. *a*) Opiniones que, en la *omissio libera in causa*, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a la acción anterior. *b*) Opiniones que, en la *omissio libera in causa*, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a un (real o fingido) comportamiento omisivo. 4. Crítica. 5. Toma de posición. D) Desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo. 1. Exposición del problema. Las distintas soluciones. 2. Toma de posición.—IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me voy a ocupar, por una parte, de la causalidad en la omisión impropia, para tratar de determinar si en esa forma de realización típica existe entre la inactividad y el resultado una relación de causalidad, o de (cuasi)causalidad, o, más bien, algo que no tiene nada que ver, ni de lejos, con cualquier concepto en el que aparezca la expresión «causalidad».

Una vez resuelto ese problema, pasaré a abordar lo que se ha dado en llamar la «omisión por comisión», que recibe ese nombre porque, según una extendida opinión, ahí estaríamos ante supuestos en los que un hacer positivo cumple el tipo de una omisión, propia o impropia según los casos. Como el tratamiento científico de esa supuesta «omisión por comisión» exige tener una idea clara sobre la causalidad, tanto en el delito de acción como en el de omisión, de ahí que los conocimientos adquiridos en la primera parte de este trabajo tengan una decisiva importancia para solucionar los problemas que se plantean en la segunda. Es por ello por lo que me he decidido por agrupar en una única investigación científica el estudio de la causalidad en la omisión impropia y el de la llamada «omisión por comisión».

II. LA RELACIÓN DE (CUASI)CAUSALIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

A. El entendimiento de la causalidad en la omisión como una relación causal mecánica en los autores del siglo XIX

En el último tercio del siglo XIX, y teniendo en cuenta que en la omisión impropia el resultado se le imputa al garante inactivo, un importante sector de la doctrina, para justificar la equiparación entre la acción y la omisión, trató de descubrir en ésta alguna *actividad* a la que se pudiera reconducir, como elemento causal, la modificación en el mundo exterior.

Así, para Luden la causalidad de la omisión habría que buscarla en el movimiento corporal que desarrolla *simultáneamente* el omitente mientras no impide el resultado. Para Krug, Glaser y Merkel, en la acción *anterior* del omitente creadora de la situación de

peligro que después no se evita. Y para Binding, de acuerdo con su teoría de la interferencia, en la «acción interna» que aplica el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.

Todas estas teorías fueron rechazadas –y definitivamente abandonadas– a comienzos del siglo pasado. Contra Luden se alega (1) que si la madre deja morir de hambre al niño, entonces la causa del fallecimiento habría que buscarla –movimiento corporal simultáneo a la omisión– en la acción de tricotar unas medias que llevaba a cabo mientras no le alimentaba, la cual, evidentemente, sólo se puede poner en conexión causal *mecánica* con las medias tejidas, pero no con la muerte del hijo. Contra las teorías de Krug, Glaser y Merkel se opuso que, según ellas, sólo podrían calificarse de omisión impropia –porque sólo entonces habría una acción *anterior* causante del resultado– los supuestos de injerencia, quedando descartadas como comisión por omisión, aquellos otros en los que, por ejemplo, la posición de garante derivaría de una ley, y, además, y como cuando se realiza esa acción anterior no hay dolo –si no estaríamos ante un delito doloso de *acción*–, y como ese dolo surge cuando se ha generado ya la situación de peligro, que, por ello, estas teorías estarían operando con un indefendible *dolus subsequens*. Finalmente se alegó contra Binding, con razón (2): en primer lugar, que la acción interna de reprimir el omitente impropio su impulso de intervenir para evitar el resultado no se traduce en un movimiento corporal –sino sólo en un acto meramente «espiritual»–, y, por consiguiente, tampoco en una causalidad mecánica; y, en segundo lugar, que en la omisión impropia cometida con imprudencia *inconsciente*, y dado que el autor ni se representa la situación de peligro ni, consiguientemente, el resultado lesivo –por ejemplo: no se los representa el guarda de paso a nivel que no baja las barreras, produciéndose la colisión entre el tren y un automóvil, porque está distraído leyendo el periódico–, tampoco aplica ninguna «acción interna» para reprimir un impulso de actuar que ni siquiera se ha representado (3).

(1) Cfr. sólo TRAEGER, 1913, pp. 30-31.

(2) Cfr. sólo TRAEGER, 1904, pp. 65-66; v. LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch, 1932, p. 171.

(3) Para una exposición y crítica de estas teorías de la «causalidad mecánica» de la omisión impropia, cfr.: TRAEGER, 1913, pp. 30 ss.; SCHWARZ, 1929, pp. 8 ss.; HUERTA FERRER, 1948, pp. 155 ss.; RUDOLPHI, 1966, pp. 7 ss.; PFLEIDERER, 1968, pp. 50 ss.; WELP, 1968, pp. 30 ss.; MAURACH, AT, 1971, pp. 588-589; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 618.

B. El estado actual de la cuestión

Ciertamente que, en la actualidad, todavía se sigue afirmando que una omisión y un resultado pueden estar unidos por una relación de causalidad. Pero ésta ya no sería de carácter *mecánico*, sino que consistiría en el entendimiento de la relación causal como una *categoría del pensamiento* que enlazaba antecedentes con consiguientes, por lo que, en ese sentido, no existiría obstáculo alguno en afirmar que un determinado resultado (por ejemplo: la rotura de un cristal) era reconducible tanto a factores positivos (por ejemplo: a que alguien *daba* una patada a un balón) como a negativos (por ejemplo: a que en la trayectoria de la pelota *no* se encontrara una señal de la circulación que hubiera evitado que aquella hubiera impactado en la ventana) (4). Muy vinculada a esta concepción de la causalidad –y, muchas veces, entremezclada con ella– se encuentra la de aquellos autores que mantienen que toda modificación del mundo exterior tiene su origen tanto en condiciones positivas (el tren arrolla al automóvil) como en condiciones negativas (el guarda de paso a nivel no ha bajado las barreras), ya que la colisión entre el convoy ferroviario y el coche se ha producido por la condición positiva de que se encontraron en un determinado momento en el cruce entre la vía férrea y la carretera, y por la condición negativa de que, al no estar bajada la barrera, el automovilista no habría advertido el peligro, de donde habría que seguir que el resultado no habría sobrevenido –y que, por tanto, ambas son causales– si no hubiera concurrido la condición positiva de ese cruce entre tren y automóvil y no se hubiera dado la condición negativa de que el ferroviario se abstuvo de bajar las barreras (5).

Para otra dirección doctrinal, que puede ser considerada la actualmente mayoritaria, entre omisión y resultado no puede existir relación de causalidad, ya que aquella se caracteriza por un no-movimiento, y los no-movimientos no pueden producir modificación alguna en el mundo exterior.

(4) El ejemplo es de PUPPE, ZStW 92 (1980), pp. 898-899, y lo utiliza también VOGEL, 1993, p. 156.

(5) Cfr. KISSIN, 1933, p. 28: «Nadie tiene reparos en decir que la flor se marcha porque no se la ha regado»; SPENDEL, JZ 1973, p. 139: «El físico no presentará objeciones para designar la *no*-penetración de la *luz* como condición para el revelado de la película, de la misma manera que la penetración de la luz como motivo de su velado» (cursivas en el texto original).

En lo que, en cualquier caso, existe práctica unanimidad es en que para que un resultado típico sea imputado a una omisión –y prescindiendo de si es posible considerarla o no causa de aquél– es necesario que se pueda afirmar que la acción omitida (por ejemplo: la de alimentar al hijo) habría evitado el resultado (muerte por inanición del niño) con una *probabilidad rayana en la certeza*.

1. POSICIONES QUE AFIRMAN UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD (NO MECÁNICA) ENTRE INACTIVIDAD Y RESULTADO EN LA OMISIÓN IMPROPIA

a) El primer paso para poder afirmar la causalidad en la omisión es el de abandonar la concepción –a la que se califica, peyorativamente, como un producto del pensamiento naturalista o positivista (6)– de que la relación causal consistiría en un *enlace físico-natural* entre acción y resultado (consistiría, por ejemplo, en la conexión que se da en el mundo exterior entre el disparo y la muerte). Frente a esta concepción, una dirección doctrinal que llega hasta nuestros días afirma que la relación causal ha de ser entendida, por el contrario, y apelando a Kant («Todo lo que sucede presupone algo a lo que sigue de acuerdo con una regla») y a Stuart Mill («Al antecedente inmodificable se le llama causa, a la consecuencia inmodificable, el efecto») (7), como una *categoría del pen-*

(6) Cfr. GEORGAKIS, 1938, p. 19: «Ya hemos dicho anteriormente que hoy en día, en la constatación de la causalidad, podemos prescindir de la vieja concepción influida por el pensamiento científiconatural. En las teorías de la causalidad ya no vemos hoy teorías energéticas»; NAGLER, GS 1938, pp. 33, 70-71; SAUER, GS 1940, p. 285.

(7) Cfr. v. HIPPEL II, 1930, p. 137. *Vid.* también SAUER, Frank-FG I, 1930, p. 207: «Justamente, y a menudo, se están pasando por alto dos cosas. En primer lugar, que la causalidad no es una fuerza misteriosa inherente a las cosas, tal como se exterioriza en la actividad muscular humana, sino que consiste, más bien, en el juicio lógico de necesidad que se puede predicar no sólo de un Algo natural, sino también de una Nada natural (en cuyo caso ésta se convierte en un Algo jurídico-social)»; ENGISCH, 1931, p. 32; KISSIN, 1933, p. 28: «Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, es erróneo considerar a la causalidad una fuerza real inherente a las cosas. Sobre esto no existe disputa alguna en la filosofía desde hace tiempo: ya antes de que Kant concibiera la causalidad, en su crítica de la razón, como una categoría relacional derivada de la forma lógica de un juicio hipotético, es decir, como una pura forma del pensamiento, el filósofo inglés Hume había expresado el conocimiento de que la esencia de la causalidad se agotaba en el juicio racional sobre la regularidad de la sucesión de fenómenos»; NAGLER, GS 1938, p. 59 n. 107.

samiento que pone en relación antecedentes con consiguientes, como un *proceso lógico-cognoscitivo* que explica un acontecimiento a partir de las condiciones (positivas y negativas) que le han hecho posible (8): «En referencia a su realización, un resultado no sólo depende de que se hayan producido condiciones positivas a su favor, sino también de que no se hayan dado condiciones negativas que le detengan. Mientras existan estas últimas, es decir, mientras concorra una contra-causa contra el resultado, éste no puede surgir» (9). La idea de que la omisión es causal para el resultado porque su producción sólo es posible si se dan, al mismo tiempo, comportamientos positivos que tienden a ocasionarlo y ausencia de comportamientos negativos (omisiones) que podrían impedirlos, se repite continuamente en los autores que afirman la relación de causalidad entre omisión y modificación del mundo exterior (10).

(8) Cfr. v. HIPPEL, *op. cit.*, p. 160: «Ha de ser rechazado ... el punto de vista ... según el cual, y a menudo, se separa de la causalidad el significado no impediendo de la omisión, es decir, cuando junto a la acción-causal se coloca la supuestamente no-causal omisión, la cual, sin embargo, habría de ser tratada analógicamente. No existe ningún motivo para tal desgarramiento. Pues nosotros, sin duda alguna, nos servimos en ambos casos del concepto causal como forma de nuestro conocimiento. Ese concepto es, por consiguiente, el supraconcepto común al que pertenecen, como supuestos de aplicación, tanto el provocar en la acción como el no-impedir en la omisión»; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 172: «... en la causalidad no se trata de “acontecimientos”, de despliegues mecánicos de fuerza, de series de desarrollo, sino solamente de una vinculación lógica de la teoría del conocimiento de dos realidades; no se trata de un ser o de un devenir físicos, sino nada más que de una forma de nuestro pensamiento y conocimiento»; GEORGAKIS, 1938, p. 19: «Si se concibe la causalidad como una forma de nuestro pensamiento y de nuestro conocimiento y a la relación causal como una vinculación lógico-teóricocognoscitiva, entonces es evidente que en las omisiones la no evitación del resultado es “causal” para su producción»; Eb. SCHMIDT, 1939, p. 86; VOGT, *ZStW* 63 (1951), pp. 390 («forma del pensamiento»), 410 («categoría del conocimiento»); *Fundamentación del E* 62, p. 124; VOGEL, 1993, pp. 157-158, n. 68 («forma del pensamiento»).

(9) v. ROHLAND, 1908, pp. 14-15. V. también, en el mismo sentido, M. E. MAYER AT, 1915, pp. 149 ss.; FRANK, *StGB*, 1931, pp. 16-17; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, pp. 172-173: «... los delitos cometidos por omisión no presentan nada problemático, en cuanto que se trata únicamente de la relación causal típicamente necesaria entre no-evitación del resultado y producción del resultado».

(10) Cfr., por ejemplo, y además de los autores citados en la nota precedente, NAGLER, *GS* 1938, pp. 59-60; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 54, 56-57, 59; el mismo, *PG*, 1977, p. 307; CÓRDOBA, *Comentarios I*, 1972, p. 9; SPENDEL, *JZ* 1973, pp. 139, 140; COUSIÑO, I, 1975, pp. 379-380, 385; DEL ROSAL, I, 1976, pp. 658, 663; PUPPE, *ZStW* 92 (1980), pp. 899 («Para explicaciones causales completas las negaciones no son sólo admisibles, sino imprescindibles»), 911 («Causa es toda parte esencial de la condición, y no sólo fuerzas y modificaciones. En espe-

b) A la misma conclusión de que existe una relación de causalidad entre omisión y resultado llega Engisch, a quien, por la enorme influencia que tuvo y sigue teniendo su monografía sobre la

cial, no se ve ningún motivo por el que no se deban admitir a las negaciones en las explicaciones de la causalidad. Por ello, también la omisión ... debe ser concebida como causación del resultado»; la misma, ZStW 95 (1983), p. 301: «Toda explicación causal implica, expresa o implícitamente, la ausencia de condiciones perturbadoras»; la misma, JR 1992, p. 33; la misma, JZ 1994, p. 1148; la misma, NK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 105-107; KINDHÄUSER, GA 1982, p. 497; SAINZ CANTERO, II, 1985, pp. 264-265; VOGEL, 1993, pp. 156 («Por consiguiente, también condiciones negativas –es decir, hechos descritos negativamente– pueden ser partes esenciales necesarias de una condición mínima suficiente, y, con ello, causales»), 156-157 («Hechos descritos negativamente explican un resultado tan bien –y tan “real”– como los descritos positivamente. En especial, las leyes vigentes causales y naturales pueden ser formuladas también con condiciones negativas»); COBO/VIVES, PG, 1996, p. 389; MOLINA, 2001, p. 673 n. 115.

Armin KAUFMANN, 1959, partidario también de la fórmula de la *conditio sine qua non* para determinar la causalidad, mantiene asimismo que la omisión, como condición negativa, es causa del resultado: «No tengo nada que objetar a considerar causal la falta de una determinada aplicación de energía característica de la omisión. Un elemento del concepto de omisión, a saber, la ausencia de una determinada acción (de la omitida), es causal, por consiguiente, para acontecimientos o para la no producción de acontecimientos. Y en tanto en cuanto, y teniendo en cuenta la causalidad de la acción (omitida), se puede designar también a “la omisión” como “causal”» (pp. 60-61). No obstante, lo que Armin KAUFMANN niega es la relación de causalidad entre el omitente y la omisión: «Pero debemos seguir preguntando: ¿El omitente es causal para la ausencia de la acción omitida, para la ausencia de una correspondiente aplicación de energía? Y la respuesta a esta pregunta sólo puede ser: no. Porque puedo “suprimir *in mente*” al omitente sin que desaparezca lo omitido ... No existe ninguna relación causal entre el omitente y la acción omitida» (p. 61). Lo que sostiene Armin KAUFMANN es, pues, lo siguiente: La omisión, como condición negativa (no bajar las barreras), es causal para el resultado, porque si añadido *in mente* la acción omitida (se bajan las barreras) el resultado (accidente) desaparece. Pero el omitente (el guarda de paso a nivel) no es causante de esa omisión, porque, si yo suprimo *in mente* a aquél, las barreras siguen sin estar bajadas. En definitiva, y por consiguiente, Armin KAUFMANN niega en estos casos la relación de causalidad, y debe ser agrupado, por ello, dentro de la dirección que se expone *infra* 2, pero no porque para él la omisión no sea causal (que sí que lo es), sino porque el omitente no es causal para la omisión y, con ello, tampoco para el resultado». La rebuscada construcción de Armin KAUFMANN para negar la relación de causalidad no ha encontrado ningún eco en la literatura posterior (a favor de ella, sin embargo, BACIGALUPO, 1970, p. 79), siendo criticada ya, al poco tiempo de ser formulada, por ENGISCH, JZ 1962, p. 190: «“El hecho es del autor”, tanto si el hecho consiste en un hacer como en un omitir. Con la tesis de Kaufmann: “puedo suprimir *in mente* al omitente sin que desaparezca lo omitido”, no puedo simpatizar, porque no me puedo imaginar un omitir sin un omitente».

causalidad de 1931 (11), todavía se sigue apelando como argumento de autoridad que avala esta dirección doctrinal (12): «El concepto de condición que hemos establecido», escribe Engisch (13), «y según el cual un comportamiento es causa de un resultado cuando este resultado se encuentra unido de acuerdo con las leyes [de la naturaleza] por una serie de cambios, se refería, provisionalmente, al comportamiento en el sentido del hacer positivo, es decir, de la aplicación de energía en una determinada dirección, especialmente, de la ejecución de un movimiento corporal de una determinada especie. Pero en el concepto de comportamiento también se incluye al omitir como no-hacer-algo, como la no aplicación de energía en una determinada dirección, especialmente, como no ejecución de un movimiento corporal de una determinada especie ... El problema es éste: ¿si y cómo es posible que de un no-hacer-algo resulte, como causa, un resultado positivo, una modificación perceptible en el mundo exterior como efecto? *Ex nihilo nihil fit!*». Y a esta pregunta contesta Engisch afirmando la causalidad de la omisión de la siguiente manera (14): «Ya para la fórmula de la *conditio sine qua non*, en general, no se presentan dificultades (15). Si un comportamiento es causal si no puede ser suprimido *in mente* sin que desaparezca el resultado, entonces rige lo mismo para la omisión de un hacer positivo que hubiera evitado el resultado ... El que incluso puedan dudar de la causalidad de la omisión partidarios de la teoría de la condición entendida lógica y no metafísicamente, a pesar de que también se da la causalidad, en principio, para la fórmula de la *conditio sine qua non*, sólo puede explicarse porque, repentinamente, deslizan en el concepto causal una idea de fuerza. Pero todas las objeciones desaparecen si se tiene claro que causar no significa: producir cambios mediante fuerzas reales, sino: figurar en relaciones conforme a leyes [de la naturaleza] con fenómenos subsiguientes en el tiempo».

(11) Citada en la bibliografía del presente artículo.

(12) Cfr. sólo SPENDEL, JZ 1973, p. 139; PUPPE, ZStW 92 (1980), p. 895; la misma, ZStW 95 (1983), p. 300; BLEI, AT 1983, p. 316; VOGEL, 1993, p. 156; HILGENDORF, NStZ 1994, p. 564; RUDOLPHI, SK 2001, antes del § 13 n. m. 43.

(13) 1931, p. 29.

(14) *Op. cit.*, pp. 30, 31.

(15) ENGISCH hace esta afirmación a efectos dialécticos, ya que en la misma monografía (cfr. 1931, Prólogo, pp. 15-16) rechaza esta fórmula como procedimiento seguro para determinar la condicionalidad de una acción con un resultado.

c) Un ulterior razonamiento al que se acude para fundamentar el nexo causal entre una omisión y un resultado consiste en recordar que, de acuerdo con la fórmula de la *conditio sine qua non*, también en el delito de acción la relación de causalidad se establece mediante un proceso *hipotético*: una acción es causal para un resultado cuando si se *suprime* aquella *in mente* (es decir: hipotéticamente) desaparece el resultado (si suprimo el disparo, la muerte de la víctima desaparece) (16). De ahí que sería igual de legítimo acudir a otro procedimiento hipotético para afirmar, de manera *análoga*, la causalidad de la omisión: ésta será causal para el resultado cuando si añadido *in mente* (es decir: hipotéticamente) la acción omitida (alimentar al hijo) desaparece el resultado (la muerte por inanición).

Como fundamento único o complementario para demostrar la causalidad de la omisión, ha acudido a este argumento de que, si en el hacer el nexo causal se establece mediante la supresión hipotética de aquél, el mismo procedimiento hipotético adaptado al no-hacer serviría para concluir que también en el no-hacer se da ese nexo causal, por ejemplo Mezger (17): «... en los delitos comisivos por omisión la cuestión de la causalidad se plantea exactamente de la misma manera y exactamente de las mismas formas que en el hacer activo: sólo que no con relación a la omisión como tal, sino con relación a la acción positiva imaginada y a su resultado. La pregunta decisiva se expresa así: ¿se habría impedido con la “acción esperada” el resultado desaprobado por el Derecho? Si esta pregunta se contesta afirmativamente, entonces la omisión ha sido causal para el resultado». Y también, y entre otros, Rodríguez Mourullo (18) («Cuando se invoca como prueba de la irrealidad de un nexo causal en la omisión la necesidad de referirnos a la potencial trascendencia de la acción no realizada, se olvida que una referencia paralela, de idéntica índole, es precisa igualmente para determinar la causalidad de la acción positiva. En efecto, se dice que la acción es causal cuando suprimida mentalmente desaparecería el resultado. Pero entonces también estamos remitiéndonos a la posible trascendencia que hubiera tenido la

(16) Sobre la fórmula de la *conditio sine qua non* aplicada al delito de acción cfr. GIMBERNAT, 1966 (1990), pp. 125 ss.

(17) STRAFRECHT, 1933, p. 136.

(18) 1966, p. 65 (cursiva en el texto original). Vid. también el mismo, PG, 1977, p. 307.

omisión de la acción ejecutada. A través del juicio hipotético referido a la potencial causalidad de la acción ejecutada, podemos llegar a la conclusión de que la omisión *realmente* no impidió el resultado, al igual que, mediante el juicio hipotético referido a la omisión de la acción efectivamente ejecutada, podemos llegar a la conclusión de que dicha acción causó el resultado. En ambos casos, en virtud de esos juicios hipotéticos, captamos categorías reales», y Blei (19) («La solución reside en la circunstancia de que el omitir jurídicopenal no es un simple “no hacer”, sino un “no hacer *algo*”. Por ello, un omitir es *causal* para un determinado resultado cuando aquel “*algo*” hubiera evitado este resultado. Existe, por consiguiente, un paralelismo completo entre la causalidad del hacer activo y la “causalidad” del omitir; allí, en la causalidad del hacer activo, “algo” que se hizo no puede ser *suprimido in mente* sin que, con ello, desaparezca el resultado; aquí, en la “causalidad” de la omisión, “algo” que se omitió no puede ser *añadido in mente* sin que no se hubiera evitado el resultado») (20).

d) Desde Engisch (21) un ulterior argumento que se utiliza para fundamentar la causalidad de la omisión consiste en ponerla en relación con la estructura de lo que se ha dado en llamar «interrupción de cursos salvadores ajenos» (22), de la que pueden servir como ejemplos el del autor que *ata* a un guardagujas para que éste *no* accione la palanca, produciéndose, entonces, un choque frontal de trenes, o el de quien *sujeta* a una persona que está a punto de rescatar a otra que se está ahogando, para que aquélla *no* pueda ejecutar su acción de salvamento. Como veremos más adelante(23), en

(19) AT, 1983, p. 315 (cursivas en el texto original).

(20) Cfr., en el mismo sentido que estos autores, y entre otros: ENGISCH (*supra* nota 14, si bien, y como hemos visto, ENGISCH establece el paralelismo entre acción y omisión sobre la base de la fórmula de la *conditio sine qua non* sólo a efectos dialécticos, ya que él rechaza esa fórmula, en general, como procedimiento para averiguar la causalidad de un determinado comportamiento); v. WEBER, Grundriss, 1948, pp. 60-61; ANDROULAKIS, 1963, pp. 84-85, 90, 101; WOLFF, 1965, p. 55; RÖDIG, 1969, p. 133 («Por lo que se refiere a la causalidad ... ni en el caso de la omisión ni en el caso del hacer se puede evitar un pensamiento con alternativas, es decir, un pensamiento igualmente fuera de la “realidad histórica”»); ZAFFARONI, III, 1981, pp. 456-457; SÁINZ CANTERO, II, 1985, p. 264; KÖHLER, AT, 1997, pp. 228, 229.

(21) Cfr. 1931, pp. 27 ss.

(22) Sobre esta figura cfr. *infra* III B.

(23) Cfr. *infra* III B 2.

todos estos casos la doctrina dominante afirma: en primer lugar, que en estos supuestos estamos ante un delito de *acción* cometido por quien ha interrumpido el curso salvador; y, en segundo lugar, que entre esas acciones (*atar* al guardagujas, *sujetar* a la persona que iba a salvar a quien se estaba ahogando) y los resultados típicos (choque de trenes, muerte por ahogamiento de la víctima) existe una relación de causalidad.

Como lo que caracteriza a la interrupción de cursos salvadores ajenos es que, en definitiva, no es más que una *condición negativa* del resultado (el choque de trenes se produce, positivamente, porque éstos colisionan frontalmente, y, *negativamente*, porque, por la intervención *activa* de un tercero, *no* se han cambiado las agujas), y que la relación de causalidad se establece hipotéticamente (la colisión se *habría* impedido si ese tercero no hubiera atado al guardagujas, porque entonces éste *habría* accionado la palanca), y como, por lo que se refiere a su estructura causal, no existe diferencia alguna entre la interrupción de cursos salvadores ajenos y la omisión impropia (también ésta es una condición negativa del resultado típico: el hijo muere de inanición porque la madre *no* le alimenta, y la relación de causalidad también se establece hipotéticamente: el niño *no habría* muerto si la madre le *hubiera* alimentado), de ahí se hace seguir que, por los mismos motivos que en el primer caso se afirma que quien interrumpe el curso salvador ajeno causa el resultado, también hay que mantener lo mismo respecto del omitente impropio: «Con la ayuda de la condición conforme a las leyes [de la naturaleza] se puede concebir también, fácilmente, la causalidad en la interrupción de cursos salvadores. Si A interrumpe un proceso causal salvador, si, por ejemplo, impide que B salve a C, que se está ahogando ..., entonces su actuar figura en una relación, de acuerdo con las leyes causales, con el ahogamiento de C, en tanto en cuanto ha interrumpido un proceso causal que, de acuerdo con nuestro saber empírico, habría evitado la producción típica del resultado ... Algo análogo rige para el problema de la causalidad del omitir. La omisión de una acción determinada figura con la producción del resultado injusto típico en una relación conforme a las leyes [de la naturaleza] cuando la acción no ejecutada ... habría impedido el resultado. Ciertamente que hay que conceder que, al contrario de lo que sucede con quien actúa, el omitente no ocasiona el resultado mediante aplicación real de fuerza ...; pero esto no es óbice para constatar que la omisión de una determinada acción y

la producción del resultado figuran en una relación conforme a las leyes [de la naturaleza]» (24).

2. OPINIONES QUE NIEGAN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE INACTIVIDAD Y RESULTADO EN LA OMISIÓN IMPROPIA. TOMA DE POSICIÓN

a) La doctrina dominante mantiene que entre una omisión y un resultado no puede existir relación de causalidad. *Y con razón*, como paso a exponer a continuación.

En un sentido científiconatural la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de (por que no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, por que mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción *energética* de un resultado: *ex nihilo nihil fit* (25). Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científiconaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desenca-

(24) RUDOLPHI, SK, 2001, antes del § 1 n. m. 43. Argumentan también en este sentido, y entre otros: ENGISCH, 1931, pp. 27 ss.; NICKEL, 1972, pp. 44 ss.; PUPPE, ZStW 92 (1980), pp. 899-900, 903 ss., 905, 911.

(25) La misma idea se recoge en otra frase latina: «*Nam nihil ex nihilo existere vera sententia est*» («Porque que de la nada nada surge es una sentencia verdadera»). En la jurisprudencia cfr., por todas, la sentencia del TS de 1 de junio de 1992, A. 5203: «Las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa».

Mantienen que no existe una auténtica relación de causalidad en la omisión, y además de los autores que se citan en las notas subsiguientes: RADBRUCH, 1904, p. 132; SÁNCHEZ TEJERINA, 1918, pp. 25, 71; HUERTA FERRER, 1948, p. 158; ANTÓN, PG, 1949, p. 172; LARENZ, NJW 1953, p. 686; DÍAZ PALOS, 1953, p. 80; GRÜN-WALD, GA 1959, p. 122; NOVOA, PG, 1960, pp. 277, 306; el mismo, DP 1983, p. 36; el mismo, 1984, pp. 53, 164 ss.; HARDWIG, ZStW 74 (1962), p. 31 n. 2; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 8-76, 16-75; BUSTOS, Derecho penal latinoamericano, 1981, p. 157; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, 1999, pp. 206/207; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 1984, p. 61; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, pp. 584, 585; GÜNGTGE, 1991, p. 20; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, 1994, pp. 386-387; ROMEO, 1994, p. 35; RIGHI/FERNÁNDEZ, Derecho penal, 1996, p. 256; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 96; BERDUGO y otros, PG, 1996, p. 152; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 424; DE LA MATA, 1997, p. 396; CEREZO, PG, II, 1998, pp. 30-31, 51; el mismo, PG, III, 2001, pp. 253, 256; MUÑOZ CONDE, PG, 2000, p. 277; GRACIA, 2001, p. 437.

denado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque *no* ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una inactividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si *hubiera* actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.

b) De los argumentos a los que acuden quienes defienden la causalidad de la omisión, ninguno de ellos puede convencer.

aa) La causalidad no es ni una categoría del pensamiento, ni un proceso lógico-cognoscitivo, ni una forma de nuestro pensamiento y conocimiento que enlaza *intelectualmente* un antecedente con un consiguiente. La vinculación intelectual entre uno y otro sólo es verdadera si lo que nuestro conocimiento capta es una relación físiconatural que ha tenido lugar en la realidad, ya que, como con razón mantiene la doctrina dominante, la causalidad es una *categoría del ser* (26). Ciertamente que es nuestro pensa-

(26) Cfr., por ejemplo, BOCKELMANN, 1961, pp. 450-451: «La idea de una relación de causalidad que sólo consiste en una vinculación lógica de los hechos, sin que esa vinculación se corresponda con algo objetivo, no es la idea de la existencia, sino la de la no-existencia de la causalidad»; Arthur KAUFMANN, 1961, pp. 450/451: «Pero esta pregunta: ¿Qué es lo que ha sucedido realmente?, no la formula la doctrina dominante en el delito de omisión dentro del marco de la causalidad. Más bien pregunta: ¿Puede añadirse *in mente* la acción omitida (es decir, un acontecer *no real*) sin que desaparezca el resultado? Pero ésto no es una constatación de la causalidad. Si, para utilizar el viejo ejemplo, muere el niño al que la madre no le alimenta, entonces aquí la muerte es (como no podría ser de otra manera) la consecuencia causal de un acontecimiento real, fáctico y positivo: el niño, para decirlo brevemente, se ha muerto de hambre. Que no se *hubiera* muerto si la madre *hubiera* cumplido su obligación, no tiene nada que ver con la causalidad. La causalidad no puede consistir en un *Irrealis Plusquamperfecti*. Por ello, la omisión, como tal, nunca es causal. La idea de que entre un no-hacer (es decir, entre algo no-real) y un acaecimiento pueda existir una relación de causalidad en la realidad sólo puede haber surgido sobre la base de la concepción de que la causalidad no es real, sino algo que sólo existe en el pensamiento» (cursivas en el texto original); Arthur KAUFMANN/HASSEMER, JuS 1964, p. 152: «... el neokantismo de la escuela sudoccidental alemana ... que concebía la causalidad como una categoría del pensamiento, que, como todo el mundo exterior, sólo existe como *vivencia espiritual*, como una sucesión regular en la cabeza de las personas. Pero prescindiendo de que sólo tiene sentido concebir la causalidad como un Real ...»

miento el que enlaza lógico-cognoscitivamente un antecedente con un consiguiente. Pero si éste no es reconducible físiconaturalmente a aquél (por ejemplo: antes de Galileo se creía que el sol aparecía por el horizonte *porque* aquél giraba alrededor de la Tierra, siendo así que la *causa real* reside en que es ésta la que da vueltas en torno a aquél), entonces se trata de un pensamiento *equivocado* porque *no se corresponde* con la causalidad real ontológica. El enlace intelectual entre antecedente y consiguiente sólo es correcto, por tanto, cuando *coincide* con la causalidad físiconatural: la casualidad no está en la cabeza de las personas, el pensamiento *no crea* la causalidad: la causalidad es, por el contrario, una realidad ontológica ajena a la persona que la piensa, y que, ciertamente, puede ser *captada* por ésta, pero sólo en tanto en cuanto la relación que establece entre un antecedente y un consiguiente *se corresponda*, realmente, con el enlace físiconatural que ha acontecido en la realidad.

bb) Otro argumento al que acuden quienes defienden que también se da una relación de causalidad entre omisión y resultado consiste en afirmar que éste sólo puede surgir cuando se dan *condiciones positivas* que tienden a producirlo y ausencia de *condiciones negativas* que tienden a impedirlo. Pero si *tan causa* de la muerte del conductor del automóvil fuera la condición positiva de que el tren arrolló al coche en un paso a nivel como la condición negativa de que el guarda de éste no bajó las barreras, entonces no sólo el empleado de ferrocarriles, sino asimismo cualquier particular que, advertido del peligro y pudiendo hacerlo, no hubiera bajado esas barreras, tendría que responder de un delito contra la vida en comisión por omisión, lo que está en contradicción con la doctrina absolutamente dominante, que mantiene que sólo se responde del resultado si, *además* de haber colocado una condición negativa,

(*cursivas en el texto original*); BÄRWINKEL, 1968, pp. 32-33; WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 43: «El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una vinculación meramente lógica y, menos aun, una “intelectual” de varios acaecimientos, sino una relación –ciertamente no perceptible– conforme a las leyes [de la naturaleza], y aprehensible por el pensamiento, de la sucesión de acontecimientos reales, y es, por consiguiente, tan real como el acontecimiento mismo»; SILVA, 1986, p. 230; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 618: «Actualmente se rechaza, mayoritariamente, una causalidad de la omisión, en el sentido de un ocasionamiento del resultado. La causalidad, como categoría del ser, exige una fuente real de energía que sea capaz de producir un despliegue de fuerza, y precisamente ésto es lo que le falta a la omisión (*ex nihilo nihil fit*)»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

se ostenta una posición de garante, mientras que quienes no la tienen responden, como mucho y si esa inactividad está tipificada como tal, por una omisión propia. Formulando esta objeción (27) con otras palabras: Si las condiciones positivas (disparar contra otro, matándolo) y las condiciones negativas (no impedir el disparo) *tuvieran el mismo carácter causal*, entonces toda no evitación posible de un resultado fundamentaría una omisión impropia: si en la omisión se exige, *además* y para que sea imputable la producción del resultado, una posición de garante, entonces ello sólo puede querer decir que la condición negativa *no es equiparable* a la posi-

(27) Alegada, convincentemente y entre otros, por: Armin KAUFMANN, 1959, pp. 252/253 («Porque si la no-evitación del resultado es causación del resultado de la misma manera que la producción del resultado, entonces, dentro de la tipicidad, no existe espacio para exigencias *adicionales* en la “omisión impropia” ... Si se exige, por ejemplo, para la realización del tipo del § 212 StGB [homicidio] ... sólo la causación de la muerte de una persona, entonces, y si se considera que el omitente es causal del resultado, también esta omisión es ya típica. Y ello no depende de la posición de garante como criterio adicional», cursiva en el texto original), 267; WELP, 1968, p. 73; MIR, Adiciones, 1981, p. 845: «¿Por qué, si efectivamente produjere el resultado de muerte (“matase”) todo aquel que pudiendo evitar la muerte de una persona no lo hace, no es considerado seriamente por nadie como autor de un homicidio más que si además se encuentra en posición de garante –pese a que el art. 407 [CP 1973: homicidio] *sólo* requiere que se mate? Sólo cabe una respuesta a estos interrogantes: porque por omisión no se puede causar en sentido propio el resultado típico» (cursivas en el texto original); SILVA, 1986, pp. 235 («Desde el punto de vista de dicha adecuación sistemática del concepto, la causalidad debe entenderse como una vinculación de carácter real, naturalístico. Tal causalidad, constituida en columna vertebral de la imputación objetiva del resultado en los supuestos de comisión activa, no concurre, pues, ni en la omisión ni, en general, en las condiciones negativas. Que las cosas han de ser así, lo pone de relieve la propia existencia del concepto de comisión por omisión, como expresión de las omisiones equiparables a las comisiones activas. En efecto, de acoger otro concepto de causalidad, según el cual fueran igualmente causales las condiciones positivas y las negativas, toda omisión debería dar lugar a responsabilidad por el resultado en la misma medida que la comisión. Consiguientemente, carecería de sentido afirmar que sólo las omisiones de determinados sujetos especialmente responsables (garantes) se encuentran en tal situación. En definitiva, no sería precisa la configuración de las “omisiones de garante” como únicos supuestos en que es posible construir una responsabilidad por omisión equivalente a la comisiva. Sin embargo, si la estructura de la comisión por omisión existe –y nadie pone en duda la necesidad de su existencia, sino más bien sus límites– es precisamente porque en la omisión (y valga lo mismo para las condiciones negativas, en general) falta una relación de causalidad comparable a la existente en la comisión efectiva»), 237 n. 2; el mismo, 1994, pp. 32/33; HUERTA TOCILDO, 1987, p. 51; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 424.

tiva en el plano causal, porque a quien coloca ésta (por ejemplo, disparando y causando positivamente la muerte de otro) se le hace responder de esa muerte independientemente de si es garante o no lo es.

cc) El argumento de que si la causalidad de la acción se determina mediante la consideración *hipotética* de si, suprimiendo aquélla *in mente*, desaparecería el resultado, existe entonces un *paralelismo causal* en el caso de la omisión, ya que, para determinar la causalidad de esa omisión, también hay que acudir a la consideración hipotética de si, añadida *in mente* la acción omitida, desaparecería el resultado, sólo puede tener fuerza de convicción para quienes mantienen que la fórmula de la *conditio sine qua non* es el procedimiento idóneo para poder establecer si existe un nexo de causalidad entre un hacer positivo y un resultado.

Sin embargo, y como he expuesto en otro lugar (28), en el delito de acción lo que sucede es que esa fórmula escamotea la auténtica conexión ontológica entre hacer y resultado, sustituyéndola por una ficticia que, precisamente por serlo, lleva a negar relaciones de condicionalidad realmente existentes cuando está presente una cadena causal en marcha que habría entrado en juego, sustitutivamente, en el supuesto de que la acción *realmente ejecutada y realmente causal* no se hubiera realizado. De lo que se sigue: La fórmula de la *conditio sine qua non* adaptada a la omisión no puede demostrar su causalidad, porque en el delito de acción esa fórmula *carece también de validez alguna* para acreditar la relación causal entre un comportamiento positivo y un resultado.

Para finalizar quiero ocuparme todavía de los dos últimos argumentos que se manejan para fundamentar una pretendida relación de causalidad entre omisión y resultado.

dd) Engisch, quien rechaza la fórmula de la *conditio sine qua non* como procedimiento para averiguar la condicionalidad de una acción respecto de un resultado, y mantiene que esa condicionalidad sólo es posible acreditarla si, prescindiendo de cualquier posible proceso causal hipotético, se puede establecer que entre la acción y el resultado existe una conexión conforme a las leyes de la naturaleza (29), afirma que, de acuerdo con ese criterio, también se puede predicar la causalidad de la omisión, ya que ésta asimismo «figura[r] en relaciones conforme a leyes [de la naturaleza] con fenóme-

(28) Cfr. GIMBERNAT, 1966 (1990), pp. 125 ss.

(29) Cfr. 1931, pp. 15-16.

nos subsiguientes en el tiempo» (30). Es cierto que para poder afirmar que una acción omitida hubiera impedido el resultado tengo que tener en cuenta las leyes de la naturaleza, porque sólo si las conozco es posible concluir que la alimentación (omitida) del bebé habría evitado su muerte por inanición. Pero que tanto en la acción como en la omisión se tenga que hacer referencia a leyes naturales no puede diluir la diferencia que existe, causalmente, entre aquélla y ésta: en la acción el sujeto *ha puesto en marcha* una energía que, conforme a una ley, ha desembocado *realmente* en el resultado (ha disparado, matando a otro), mientras que en la omisión el omitente *no ha ejecutado una acción* (alimentar al hijo) que, conforme a las leyes naturales, *podría* haber evitado el resultado (31).

ee) Por último, y para poder concluir que la omisión es causal, se alega que en la interrupción de cursos salvadores también se acude –como en la omisión impropia– a un proceso causal hipotético (si el autor no *hubiera* atado al guardagujas, éste *hubiera* podido efectuar el cambio de vías, y el accidente no se *habría* producido), no obstante lo cual la doctrina dominante afirma que en tales casos sí que existe una auténtica relación de causalidad. Como vamos a ver enseguida (*infra* III B 3), sin embargo, lo que sucede es que ahí la doctrina dominante se equivoca, ya que en la interrupción de cursos causales salvadores, y precisamente porque hay que operar con procesos causales hipotéticos, tampoco existe una relación de causalidad –como no existe en la omisión impropia– entre la acción generadora de la inactividad y el resultado producido.

3. LA FÓRMULA (ADAPTADA) DE LA CONDITIO SINE QUA NON PARA IMPUTAR UN RESULTADO A LA OMISIÓN

Con el intento de demostrar que la omisión es tan causal del resultado como lo puede ser un hacer positivo de lo que se trata es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad, porque, si se mantiene que las expresiones legales de, por ejemplo, «matar» o «producir el aborto de una mujer» o «incendiar» significan *causar* en sentido físico-natural una muerte o un aborto o un incendio, sería imposible subsu-

(30) Cfr. *supra*, n. 14.

(31) Contra ENGISCH, en el mismo sentido que aquí y con una parecida argumentación, NICKEL, 1972, p. 41.

mir en, respectivamente, los artículos 138 ss, 144 ss. y 351 ss. CP, sin infringir el *nullum crimen sine lege*, cualquier clase de omisión por muy impropia que ésta sea (32). Con el movimiento legislativo de positivación en la Parte General de los Códigos Penales de la comisión por omisión (33), y que en la legislación española ha sido abordado, por primera vez, en el artículo 11 CP 1995, se intenta, prioritariamente, superar de forma definitiva esa objeción, formulada desde siempre por un cualificado sector de la doctrina (34), de que la punición de la omisión impropia sólo sería posible violando el principio de legalidad.

Prescindiendo de la opinión de quienes piensan, minoritariamente, que sin una cláusula general que *equipare legalmente* la omisión impropia a la acción, tal como sucede en el vigente artículo 11 CP, la subsunción de aquélla en un tipo penal sólo se puede hacer sacrificando el principio de legalidad, lo cierto es que *la discrepancia entre los que afirman y los que niegan un nexo causal entre omisión y resultado carece de consecuencias prácticas*, ya que tanto unos como otros acuden, predominantemente, a la misma fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non*: una omisión impropia es causal –o (cuasi)causal– si, añadida *in mente* la acción omitida, desaparece el resultado, si bien los primeros sostienen que con esa fórmula se determina una *auténtica* relación de causalidad entre un no-hacer y un resultado típico, mientras que los segundos prefieren hablar, a veces utilizando simultáneamente más de una de esas expresiones, de una «(cuasi)causalidad» (35), de una

(32) Sobre estas dificultades para considerar típicas las omisiones impropias, si se niega su causalidad con el resultado, cfr. sólo ALLFELD, Lehrbuch, 1934, p. 11; NICKEL, 1972, pp. 33 ss., con ulteriores indicaciones bibliográficas; VOGEL, 1993, pp. 99, 127-128.

(33) Del que ha servido como modelo el § 13 del StGB, introducido en 1969.

(34) Cfr. sólo H. MAYER, AT, 1953, p. 119; el mismo, 1954, p. 275; el mismo, Studienbuch AT, 1967, pp. 75, 81; GRÜNWARD, 1956, pp. 44 ss., 50, 51, 56 y 60; el mismo, ZStW 70 (1958), pp. 412-413, 416-417; Armin KAUFMANN, 1959, pp. 255 ss.; SCHÖNE, 1974, pp. 277-278, 280-281, 341; el mismo, JZ, 1977, p. 152 n. 2; SCHÜRMAN, 1986, pp. 156 ss.

(35) Así, por ejemplo, ZU DOHNA, Aufbau, 1950, p. 21; SCHAFFSTEIN, 1970, p. 172; SCHÜNEMANN, 1979, p. 207; el mismo, wistra 1982, p. 45; SILVA, 1986, p. 212; KUHLEN, 1989, p. 122 n. 121; el mismo, NSTZ 1990, pp. 569, 570; MEIER, NJW 1992, p. 3197; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 5 n. m. 23; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss. n. m. 71-72; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

«causalidad en sentido figurado» (36), de una «causalidad hipotética» (37), de una «relación análoga a la causalidad» (38) o de una «causalidad potencial» (39).

Por consiguiente, tanto si se estima que la omisión es *realmente* causal como si se mantiene que es sólo «(cuasi)causal» —o «potencialmente causal», o «causal en sentido figurado», o «análogamente causal», o «hipotéticamente causal»—, en lo que existe amplio acuerdo es en afirmar que el resultado únicamente se le puede imputar al omitente cuando la acción omitida *hubiera evitado* el resultado (40). Esta fórmula de la *conditio sine qua non* adaptada *es la que determina la relación de causalidad* —o de (cuasi)causalidad— en la omisión, exigiéndose en ésta, *como requisito adicional* para que el omitente responda por el resultado, que, *además*, esté en posición de garante, mientras que en el delito de acción la posición de garante no desempeña papel alguno: si el comitente ha causado mediante un movimiento corporal la lesión del bien jurídico, entonces se da el requisito de la relación de causalidad y, en consecuencia, aquél —y siempre que le sea objetivamente imputable el resultado— responde por un delito consumado.

Pero el «amplio acuerdo» al que me acabo de referir sobre cómo entender la relación de causalidad —o de (cuasi)causalidad— en la omisión, no significa la unanimidad, siendo posible distinguir tres direcciones dogmáticas sobre los requisitos que deben concurrir para que un resultado pueda ser imputado a una inactividad. Y así,

(36) Así, por ejemplo TRAEGER, 1904, p. 63; el mismo, 1913, p. 21.

(37) Así, por ejemplo, GRÜNWALD, GA, 1959, p. 122 n. 34; BUSTOS, Derecho penal latinoamericano, PG, 1981, p. 157; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, 1999, p. 206; TORÍO, ADPCP, 1984, p. 699; MIR, PG, 3.^a ed., 1990, pp. 345/346; JAKOBS, AT, 1991, 29/15 ss.; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 17; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 23; BERDUGO y otros, PG, 1996, p. 152; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 430; DE LA MATA, 1997, p. 396; MUÑOZ CONDE, PG, 2000, p. 277; STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 52; SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 57; GRACIA, 2001, p. 437.

(38) Así, por ejemplo, MEYER/ALLFELD, Lehrbuch, 1907, pp. 163 n. 8, 164; SÁNCHEZ TEJERINA, PG, 1950, p. 172; ANTÓN, PG, 1949, p. 172; DÍAZ PALOS, 1953, p. 80

(39) Así, por ejemplo, Armin KAUFMANN, 1959, pp. 63, 65, 66; H. MAYER, Studienbuch, 1967, p. 80; BACIGALUPO, 1970, p. 79; el mismo, Principios, 2.^a ed., 1990, p. 262; STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 52

(40) «Por consiguiente, en la omisión existe también un problema causal, pero lo que es absurdo es declarar que la omisión misma es causal» (TRAEGER, 1904, p. 72).

junto a la doctrina dominante que estima que existe relación de causalidad –o de (cuasi)causalidad– cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado *con una probabilidad rayana en la seguridad*, una segunda dirección, minoritaria, exige, no probabilidad rayana en la certeza, sino «*certeza*», «*seguridad*» de que esa acción debida hubiera impedido el resultado típico, y una tercera dirección, minoritaria también, y trasladando a la omisión impropia la teoría (adaptada) del aumento del riesgo, se conforma con que la acción omitida hubiera «*disminuido el riesgo*» –teoría de la «disminución del riesgo»– de producción del resultado.

a) *La teoría dominante*

aa) Exposición de su contenido.

La posición actualmente dominante estima que al garante sólo se le puede imputar el resultado –porque sólo entonces hay relación de causalidad o de (cuasi)causalidad– cuando la acción omitida hubiera impedido aquél con una «*altísima probabilidad*» (41), con una probabilidad del «*máximo grado*» (42), con una «*probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza*» (43), o con «*práctica seguridad*» (44).

A diferencia del delito de acción –donde sí que se puede alcanzar *una certeza* sobre si el comportamiento activo ha causado o no el resultado, ya que ahí de lo que se trata es de comprobar una relación causal que ha existido *realmente*–, en la omisión, en cambio, hay que operar con una conexión causal *no real*, sino hipotética, y

(41) Así, por ejemplo, TRAEGER, 1913, p. 21; ENGISCH, 1931, p. 65 n. 1; MAURACH, AT 1971, p. 591.

(42) Así, por ejemplo, NAGLER, GS 1938, p. 72.

(43) Así, por ejemplo, ANDROULAKIS, 1963, p. 95; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 65; H. MAYER, Studienbuch AT, 1967, p. 80; WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 212; SCHÜRMAN, 1986, pp. 52, 57; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 135; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 18; SCHILD, AK, 1990, antes del § 13 n. m. 196; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 23; BERDUGO y otros, PG, 1996, p. 152; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 431; WESSELS/BEULKE, AT, 2000, nn. mm. 711, 713; CEREZO, PG, II, 2001, p. 270. La fórmula de la «probabilidad rayana en la seguridad» es también la que emplea la jurisprudencia alemana (indicaciones en JESCHECK, AT, 1996, p. 619, y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 61).

(44) Así, por ejemplo, MIR, PG, 1998, p. 319.

es por ello por lo que, con relación a algo que no ha sucedido (la acción omitida y el curso causal que *habría* desencadenado), únicamente cabe emitir un juicio, no de seguridad, sino sólo de *probabilidad* de que aquélla hubiera evitado el resultado.

A esta imposibilidad de alcanzar una certeza sobre cursos causales de acciones omitidas recurren continuamente los defensores de la doctrina dominante para justificar por qué en la omisión tiene que bastar —*porque no hay más remedio*— una probabilidad rayana en la seguridad. Y así, escribe Traeger (45): «si A, por ejemplo, asesta a B una puñalada, hay certeza de que B no habría sufrido la herida sin el golpe; en la omisión, por lo general, [únicamente existe] una mayor o menor probabilidad, como, por ejemplo, cuando A omite salvar a B —que se está ahogando—, en donde sólo puede ser más o menos probable que esa salvación hubiera tenido éxito». Y, por su parte, expone v. Weber (46): «Pueden surgir dificultades cuando nuestro saber experimental no hace posible un enjuiciamiento seguro del curso hipotético ...: por ejemplo, ¿habría producido una curación del enfermo —fallecido— la operación de cáncer o la inyección de suero de la difteria omitidas?».

De todo ello esa doctrina dominante deduce dos ulteriores consecuencias. En primer lugar, que si de la acción omitida sólo se puede decir que podría haber evitado, *tal vez*, el resultado, *pero no con una probabilidad rayana en la seguridad*, tal como sucede en la no aplicación de medidas terapéuticas que, aunque vengan exigidas por la *lex artis*, no siempre —o raramente— tienen éxito para atajar enfermedades con índices de mortalidad más o menos elevados, entonces al omitente, y en el caso de que actúe dolosamente, sólo se le puede castigar por *tentativa*, ya que falta la relación de (cuasi)causalidad que se exige en el delito consumado de comisión por omisión (47), mientras que en los supuestos de imprudencia —y dado que aquí no cabe la punibilidad por tentativa— quedaría impune (48). Y, en segundo lugar, que «el garante no necesita entrar en

(45) 1904, p. 72 n. 1.

(46) Grundriss, 1948, p. 61.

(47) Cfr., en este sentido, y por ejemplo: ANDROULAKIS, 1963, p. 100; JAKOBS, AT, 1991, 29/20; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 18; MIR, PG, 1998, p. 319.

(48) Cfr., por ejemplo, BOCKELMANN, 1968, p. 90: «Si el error cometido por el médico consiste en la omisión de una medida [terapéutica] exigida, entonces hay que formular la pregunta de si su ejecución hubiera evitado la producción del daño en la salud. Ninguna de esas dos preguntas puede contestarse con absoluta se-

acción, cuando era imposible, en el caso concreto, frenar las energías hostiles al Derecho [las que iban a causar el resultado típico]» (49).

bb) Objeciones que se formulan a la doctrina dominante.

aaa) Las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad.

Los inconvenientes que presenta la doctrina dominante son evidentes, pues su fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad –ya de por sí discutible, puesto que en el delito de acción se exige seguridad– no puede encubrir que en la mayoría de los casos en los que *existe acuerdo* en que hay que condenar por una omisión impropia consumada la probabilidad de que la acción exigida hubiera evitado el resultado no pasa de ser más o menos elevada, pero está muy lejos de alcanzar el requerido linde con la certeza. Y además: si el omitente –como suele suceder– es consciente de esa situación: si *sabe*, por consiguiente, que la acción omitida sólo probable o posiblemente evitaría el resultado –el médico, por ejemplo, no ejecuta una medida terapéutica que *tal vez* podría atajar la enfermedad–, entonces, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante (50), puede quedarse tranquilamente sentado, sin que sea posible fundamentar *ni siquiera una responsabilidad por tentativa*, pues ésta sólo puede entrar en juego cuando exista una discrepancia en-

guridad. Pues la respuesta tiene que apoyarse en un juicio hipotético sobre un acontecimiento fisiológico (como habría sido el curso de la enfermedad, si ...), y un juicio así tiene que ser incierto. Nunca puede quedar del todo excluido que el paciente también se hubiera muerto o que su estado hubiera empeorado –y no mejorado–, si el médico hubiera ejecutado la intervención no realizada o si la intervención realizada la hubiera llevado a cabo de forma correcta. Esta falta de certeza no debe impedir al juez pronunciar el juicio hipotético para fundamentar su decisión. Sólo esta obligado a un *non liquet* –que, prácticamente, tiene efectos favorables para el médico imputado–, donde no puede tenerse en cuenta la inseguridad general inherente a cualquier pronóstico teórico posterior, sino que determinados hechos especiales hagan plausible la posibilidad de que el enfermo, incluso con un comportamiento correcto del médico, habría sufrido daños. Bajo estas circunstancias no es posible constatar que esos daños tengan su causa en el comportamiento incorrecto del médico ... Con ello desaparece la responsabilidad por imprudencia». (Los primeros puntos suspensivos figuran en el texto original.)

(49) NAGLER, GS 1938, p. 72.

(50) Cfr., por ejemplo, los autores citados *supra*, n. 47.

tre la situación objetiva realmente existente de probabilidad rayana en la seguridad y la subjetiva de que el sujeto no se apercibe de ella, pero no cuando esa situación objetiva no concurre realmente y el garante conoce perfectamente que no concurre (51), a lo que hay que añadir, además, como ha señalado, entre otros, Bockelmann, con razón (52), que en los supuestos de imprudencia, si el garante no actúa, y no se da aquella situación objetiva de probabilidad rayana en la seguridad, entonces esa omisión negligente no ha (cuasi)causado el resultado, y que, al faltar el elemento de la conexión causal entre omisión y lesión del bien jurídico, falta, con ello, un requisito esencial para poder fundamentar una responsabilidad imprudente del garante inactivo.

bbb) Cuando la evitación del resultado que incumbe al garante depende, en última instancia, de la intervención de un tercero, a quien no se le ha dado la oportunidad de actuar, ¿cómo se puede averiguar, teniendo en cuenta la indeterminabilidad de los comportamientos humanos, cuál habría sido el sentido de aquella intervención? La actualidad de este problema en el caso «Leder-spray».

aaaa) En la dogmática alemana los insalvables obstáculos que presenta la doctrina dominante se han puesto de manifiesto, otra vez y recientemente, con el caso «Lederspray» (53), donde, además de los problemas que plantea la causalidad *activa* entre ese producto y las lesiones que sufrieron los consumidores, al no haberse podido constatar cuál fue el mecanismo causal concreto que produjo los daños en la salud (54), han surgido *dos ulteriores dificultades* referidas éstas a la relación de (cuasi)causalidad de comportamientos omisivos.

La *primera dificultad* consiste en lo siguiente. Como, según el BGH, los directivos —cuatro de la empresa productora que adoptaron el acuerdo de no retirar el producto, y dos de las filiales encargadas de la comercialización, que acataron dicho acuerdo, sin hacer nada, por su parte, para que aquél fuera retirado— tenían el deber de

(51) En el mismo sentido, OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 101; PUPPE, NK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 120 y 135.

(52) Cfr. *supra*, nota 48.

(53) Sobre este caso cfr. GIMBERNAT, 1997 (1999), pp. 304 ss. Cito de la sentencia tal como aparece reproducida en NJW 1990, pp. 2560-2569.

(54) Sobre todo ello cfr. GIMBERNAT, 1997 (1999), pp. 330 ss.

garante –supuestamente derivado de injerencia (55)– de retirar el producto, cada uno de ellos venía obligado a «hacer todo lo que le fuera posible y exigible para conseguir una resolución de la dirección colegiada de la empresa que ordenara y ejecutara la retirada del producto que venía exigida» (56). Al ocuparse de la causalidad hipotética en esta omisión impropia de cada uno de los directivos, el BGH se plantea si «el cumplimiento de este deber de actuar hubiera conducido a que se hubiese acordado tal resolución», admitiendo que, si «esta pregunta se formula individualmente para cada uno de los acusados, su respuesta puede ser dudosa, ya que no se puede excluir que cada uno de los directivos, en su intento de promover la decisión exigible, hubiera fracasado por la resistencia que hubieran podido oponer los restantes directivos que rechazaban la retirada del producto». No obstante todas estas dificultades que plantea la prueba de la (cuasi)causalidad de cada una de esas seis omisiones impropias, el BGH afirma la responsabilidad de los seis directivos: «Por consiguiente, cada uno de los [seis] acusados debe responder jurídicopenalmente por la ausencia de la retirada del producto y por los daños así causados. Esta consecuencia es la única que hace justicia a la responsabilidad común y equiparable de los directivos de la empresa. Si no fuera así, ello significaría que ..., en una sociedad limitada con varios directivos, cada uno podría liberarse de su responsabilidad con la mera indicación de la inactividad equivalente e igualmente contraria al deber de los restantes. Con ello no habría espacio alguno en este campo para la imputación jurídicopenal de consecuencias dañosas típicas: sería, siempre y en cualquier caso, imposible. Es evidente que ello no puede ser ajustado a Derecho».

El BGH aprecia, en un primer momento y lúcidamente, las dificultades para establecer una relación de (cuasi)causalidad –que sería imprescindible para poder imputar un resultado a los garantes– entre la acción omitida de *cada uno* de los directivos y los daños sufridos por los consumidores, ya que no está acreditado –ni es posible acreditar– que si cada uno de ellos, como exigía su deber de ga-

(55) Indicaciones en GIMBERNAT, 1997 (1999), pp. 311 ss.

(56) En el caso de la colza, el TS (sentencia de 23 de abril de 1992, A. 6783) define de la misma manera que el BGH las obligaciones de los garantes en los supuestos de responsabilidad por el producto: «cada administrador resultaba obligado a hacer lo que le sea posible y exigible según las circunstancias para lograr que el producto peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado, sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él».

rante, se hubiera esforzado en convencer a los demás para obtener una resolución colectiva mayoritaria de retirada del producto —y sólo la dirección de la empresa, como tal colectivo, era competente para dictar tal resolución— habría podido lograr su propósito, teniendo en cuenta «la resistencia que hubieran podido oponer los restantes directivos que rechazaban la retirada del producto». Que el BGH no se cree su doctrina de que sólo existe una omisión impropia consumada si la acción exigida, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado, se pone de manifiesto en que, después de plantear el problema, no se esfuerza, en absoluto, en demostrar que existe, en efecto, esa imprescindible relación de (cuasi)causalidad, sino que, repentinamente, renuncia a seguir indagando sobre la prueba de la (cuasi)causalidad, y se limita a establecer, sin ulteriores explicaciones, que todos los acusados deben responder porque «es evidente» que su absolución «no puede ser ajustada a Derecho».

Pero lo único evidente es que así no se puede razonar: que no se puede poner en cuestión, primero, que la acción omitida hubiera evitado el resultado, para, después, *eludir* por completo la prueba de la (cuasi)causalidad —tan esencial en la omisión impropia como lo es la causalidad material en el delito de acción—, y para, finalmente, acabar afirmando que los omitentes responden por los resultados porque «es evidente» que ello tiene que ser así.

La doctrina alemana se muestra dividida al valorar esta solución «políticocriminal» (57) de la sentencia del caso «Lederspray». Y así, mientras que Kuhlen reconoce que el BGH «renuncia» al «requisito» de la «probabilidad rayana en la seguridad» (58), que establece una «excepción» a la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non* (59), y que la sentencia constituye «un ulterior ejemplo de que no se debe tomar demasiado en serio la teoría de la equivalen-

(57) MEIER, NJW 1992, p. 3197, estima que la solución del BGH es «políticocriminalmente» correcta, a pesar de que, «si se toma en serio la teoría de la equivalencia, en esta forma generalmente aceptada [la acción omitida debería haber evitado el resultado], entonces no parece correcta la decisión del BGH ..., pues existe la posibilidad de que el directivo hubiera fracasado en su esfuerzo [de convencer a los demás] por la falta de disposición a cooperar de sus colegas». V. también HILGENDORF, NSTZ 1994, p. 563.

(58) NSTZ 1990, pp. 569/570.

(59) *Op. cit.*, p. 570. BEULKE/BACHMANN, que están de acuerdo, en los resultados, con la solución del BGH, reconocen, no obstante y también, que aquélla es posible porque, en este caso, «hay que aceptar una excepción de la fórmula de la *conditio*» (JuS 1992, p. 743; *vid.* también p. 744).

cia» (60), no obstante todo ello le parece justificado porque así el BGH «evita una solución jurídicopenal inconveniente» (61), Samson objeta al BGH que su fundamentación para afirmar la (cuasi)causalidad de la omisión de los directivos es «completamente inaceptable» (62) y que da por existente dicha causalidad con una «argumentación completamente insuficiente» (63), y Puppe que, en esa sentencia, el tribunal alemán «no resuelve los problemas de la causalidad [de la omisión impropia] ..., sino que los barre debajo de la alfombra» (64).

Por lo que se refiere a la (cuasi)causalidad de la omisión, entendida, de acuerdo con la doctrina dominante, en el sentido de que la acción exigida debería haber evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, el caso del «spray» para el cuero —como *todos aquellos* en los que existe una obligación de retirada del producto— presenta una *segunda dificultad*, a saber: que no es posible constatar si, en el caso de que *se acuerde* efectuar una llamada de retirada del producto, los que lo tienen en su poder —sean minoristas sean ya los consumidores— atenderían ese requerimiento, con lo que tampoco es posible acreditar, con aquel máximo grado de probabilidad, que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Sobre este problema —y antes de que cobrara actualidad con motivo de la sentencia del caso «Lederspray»— ya había llamado la atención, en la literatura jurídicopenal, Kuhlen (65): «Si un fabri-

(60) *Op. cit.*, p. 570, n. 71.

(61) *Op. cit.*, *loc. cit.* Se muestran conformes en este punto con la sentencia del caso «Lederspray», sin formular mayores reparos sobre su fundamentación: HILGENDORF, 1993, pp. 125 ss.; el mismo, NStZ 1994, pp. 563 ss.; HEINE, 1995, pp. 160 ss.; WEIBER, 1996, pp. 70 ss., 129.

(62) StV 1991, p. 184.

(63) *Op. cit.*, p. 185. *Vid.* también el mismo, NK, 2001, § 13 n. m. 61 a.

(64) JR 1992, p. 34. Críticamente también contra la argumentación del BGH sobre la causalidad de todos los acusados para la ausencia de la acción de la retirada del producto en la sentencia del «spray» para el cuero, entre otros: MEIER, NJW 1992, pp. 3197/3198 («En el resultado hay que aprobar la opinión del BGH, pero su fundamentación, sin embargo, ha de ser rechazada», p. 3197); RÖH, 1995, p. 48: «En consecuencia, el BGH no aporta la prueba de una (cuasi)causalidad de cada uno de los directivos para los resultados producidos de lesiones corporales: ni en referencia al hecho omisivo doloso ni al imprudente. Que tal prueba no puede sustituirse con la afirmación de que una solución distinta no sería ajustada a Derecho no necesita de una ulterior explicación»); RANSIEK, 1996, pp. 59 ss.; SCHALL, 1996, pp. 116-117.

(65) 1989, p. 56 n. 121 (cursiva en el texto original).

cante omite la llamada para retirar un neumático defectuoso y si, después del momento de la omisión, sufren daños 100 automovilistas, porque el uso de los neumáticos en cuestión provoca accidentes, entonces no consta posiblemente en ninguno de los 100 casos concretos que la ejecución de la acción de retirada del producto hubiera evitado el accidente con una probabilidad rayana en la seguridad. En especial, ello no se sigue de una cuota de seguimiento de tales llamadas de retirada que, de acuerdo con la experiencia es, por ejemplo, del 50%. Lo que sí se puede deducir de esa máxima de la experiencia ... [es] la probabilidad rayana en la seguridad de que la llamada para retirar el producto habría evitado algunas de las lesiones de bienes jurídicos producidos. Esto es suficiente ... para afirmar la (cuasi)causalidad exigible, según la doctrina dominante, en el delito de omisión ...». Pero las cosas no son tan sencillas como quiere hacernos creer Kuhlen. Porque en Derecho penal no se manejan las grandes cifras, sino que hay que partir de una lesión *concreta* de un bien jurídico y acreditar que ésta ha sido causada —o (cuasi)causada— por un comportamiento —en este caso: por una omisión— también *concreto*, por lo que, con relación a *cada* accidente y a *cada* perjudicado, el omitente podría liberarse de su responsabilidad alegando que no es posible probar que la acción exigida hubiera evitado ese accidente individual con una probabilidad rayana en la seguridad, siendo irrelevante para la imputación o no imputación de cada resultado al garante la consideración de que la llamada omitida para retirar el producto hubiera disminuido el *número global* de accidentes.

En el caso del «spray» para el cuero el BGH se enfrenta con el problema análogo de cómo establecer la relación de (cuasi)causalidad si, en el supuesto de que los productores hubieran realizado la acción omitida, y hubieran, por consiguiente, efectuado una llamada para retirar el producto, cada minorista que tenía los aerosoles en almacén «habría atendido la llamada de retirada, es decir, si no habría suministrado el “spray” para el cuero al consumidor, de tal manera que no habría tenido lugar su daño en la salud». El BGH prefiere no entrar en esta cuestión y se limita a señalar que el tribunal de instancia, que es a quien corresponde la valoración de la prueba, da por sentado que, si los productores hubieran ordenado la retirada, los comerciantes habrían accedido a esa demanda (66).

(66) KUHLEN, NSTZ 1990, p. 569, afirma que «no hay [nada] que objetar» a este pronunciamiento del BGH.

En contra alega Puppe (67), con razón: «En el caso “Lederspray”, en el que se imputaba a los directivos haber omitido la llamada de retirar un producto, no ha prestado atención al [argumento] de la defensa de que no era seguro que hubieran seguido la acción de retirada precisamente aquellos comerciantes individuales de los que adquirieron el producto los perjudicados. A pesar de que coincide plenamente con la experiencia general que muchos comerciantes individuales no siguen esas instrucciones, a fin de ahorrarse las molestias vinculadas a las devoluciones, el BGH apela a que en este punto el tribunal de instancia ha constatado ya la causalidad». No obstante, Puppe llega, en los resultados, a la misma conclusión que el BGH, ya que, según ella, «nadie puede apelar, en su descargo, a la lesión ficticia del deber por parte de otra persona. De ahí se sigue que en la causalidad en sentido jurídico, y bajo determinadas circunstancias, las *leyes jurídicas* pasan a ocupar el lugar de las leyes empíricas. Si la lesión del deber por parte de una persona consiste en no haberle dado a otra la oportunidad de cumplir con su deber, entonces hay que presuponer que esa otra persona habría cumplido con su deber ... El fabricante no puede apelar, en su descargo, a la máxima de la experiencia de que muchos comerciantes desatienden las acciones de retirada del producto. El médico de servicio que no informa al médico jefe de un peligroso empeoramiento del estado de un paciente coloca una condición necesaria para la muerte de éste, si el médico jefe hubiera tenido el deber y la posibilidad de salvarle. No puede apelar, en su descargo, a que algunos médicos jefe descuidan sus deberes o a que este médico jefe, en ese caso concreto, lo habría descuidado con seguridad o sólo posiblemente» (68).

(67) NK, 2001, antes del § 13 n. m. 119. Cfr. también la misma, JR 1992, p. 31: «No conocemos leyes de vigencia general sobre si, y bajo qué circunstancias, los comerciantes atienden las acciones de retirada de productos ... Por consiguiente, aquí, y por ello, no puede constatarse una relación de causalidad en sentido estricto. De ahí que si el BGH interpreta el resultado probatorio del tribunal de instancia en el sentido de la constatación de una estricta relación de causalidad, tendría que haberlo anulado por vulnerar máximas de validez general».

(68) NK, 2001, antes del § 13 n. m. 119 (cursivas en el texto original). En igual sentido, la misma, ZStW 92 (1980), p. 907: «A fin de salvar la efectividad de las normas, lo razonable no es presuponer el comportamiento más probable, sino aquel *conforme a la norma*, teniendo en cuenta que, al faltar una determinabilidad conforme a leyes causales de las decisiones humanas, en cualquier caso se hace necesaria una presuposición» (cursivas añadidas); la misma, JR 1992, p. 31, quien propone «sustituir la ausencia de leyes causales sobre la intervención de un ulterior

bbbb) Los principios expuestos por Puppe exceden del caso concreto del «spray» para el cuero, y de cómo determinar si los minoristas hubieran devuelto o no al productor los aerosoles que tenían en almacén, si la empresa –lo que no sucedió– hubiera dispuesto la retirada: el problema *general* que se le presenta a la doctrina dominante para poder afirmar la relación de (cuasi)causalidad en la omisión impropia es cómo determinar si la acción debida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, cuando la evitación del resultado depende del ulterior comportamiento de *otra u otras* personas, a las que el garante, infringiendo su deber, y con su inactividad, no ha dado la oportunidad de poder actuar: ¿Habrían devuelto los minoristas el producto que provocó los daños en la salud de los consumidores, *evitándose* así aquéllos, si el fabricante hubiera dispuesto su retirada? ¿Habría actuado conforme a la *lex artis* el cirujano, *evitando* así la muerte del paciente, si el médico de guardia hubiera detectado la peritonitis que afectaba al paciente? ¿Se habría colocado el albañil el casco y el cinturón, *impidiéndose* así el accidente, si el encargado de obras se los hubiera proporcionado? (69).

Como no conocemos las reglas que determinan el comportamiento humano –e ignoramos, por consiguiente, un factor decisivo para poder medir con qué grado de probabilidad hubiera evitado el resultado la acción omitida– (70), lo que en estos casos defiende la

comportamiento humano por las *leyes jurídicas* que regulan ese comportamiento, es decir, partir de la presunción de que el tercero se habría comportado conforme al deber. Una tal *praesumptio de jure* puede justificarse con que es precisamente el comportamiento contrario al deber el que ha hecho imposible emitir un juicio fundamentado sobre si el tercero hubiera cumplido con su deber» (cursivas añadidas).

(69) Cfr. KAHRs, 1968, p. 67.

(70) Cfr. PUPPE, ZStW 92 (1980), p. 906 («El comportamiento humano no está determinado por la ley causal»), y STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 83 («En especial, y por principio, son inaclarables los desarrollos de los acontecimientos en los que desempeñan un papel las decisiones humanas»).

La discusión sobre si el comportamiento humano obedece también a leyes causales (determinismo) o no (libre albedrío) es irrelevante a efectos de determinar cuál habría sido el comportamiento activo no ejecutado por otra persona, ya que nunca podemos llegar a averiguar su contenido. Ello es así, para los deterministas, porque, aunque éstos parten de que –como cualquier otro acontecimiento– también la conducta humana tiene leyes causales que la predeterminan, en cualquier caso hay que admitir que, en el estado actual de la ciencia, las desconocemos; y para los librearbitristas, porque éstos parten de que aquélla obedece a una decisión espontánea *acausal*, pero de la que desconocemos, precisamente por ello, cuál habría sido su sentido mientras el comportamiento no haya sido ejecutado.

doctrina [así, además de Puppe, y por ejemplo, Jakobs (71), Köhler (72), Sofos (73) y Schönke/Schröder/Stree (74)] es que hay que presuponer, *ficticiamente*, que el tercero, de quien depende, en última instancia, la evitación del resultado, habría actuado *conforme a las normas*.

Sin embargo, con esta *ficción* de que, cuando la evitación del resultado depende de otra persona que no ha tenido oportunidad de actuar, porque el garante ha permanecido inactivo, hay que presuponer *iuris et de iure* que aquél se habría comportado conforme al

(71) Cfr. AT, 1991, 29/23; el mismo, 1995, p. 423: «... al mundo hay que tomarlo tal como es, pero al calcular su conformación futura hay que partir de un comportamiento por todas partes conforme a la norma».

(72) AT 1997, p. 229: «La actividad contraria al deber [debería decir: conforme al deber] —en relación con su capacidad externa de acción— debería haber evitado con certeza *empírica* el “resultado típico” ... Una consideración especial merece la actividad derivada del deber de garante que depende de la colaboración de terceros (por ejemplo, del auxilio médico). En el enjuiciamiento del curso sometido a las leyes de la experiencia hay que incluir, en tanto en cuanto ello depende de una actividad libre (“causalidad en libertad”), el curso de las cosas conforme al deber. *Si, por ejemplo, la aplicación de la ciencia médica hubiera llevado normalmente al salvamento del bien jurídico, entonces la omisión es causal; no se puede tener en cuenta la posibilidad de una acción equivocada contraria a la lex artis*» (cursivas añadidas).

(73) Cfr. 1999, pp. 262-263: «Pero si todavía existe alguna posibilidad para el segundo garante de cumplir con su deber, entonces el primer garante tiene que darle esa oportunidad, informándole; esto rige incluso aun cuando el segundo garante esté firmemente decidido a negarse a cumplir su deber. Una decisión firme no convierte al segundo garante en un ser de la naturaleza predeterminado. Si el primer garante está obligado por estos motivos a la acción de salvamento, entonces se plantea la pregunta de si puede imputársele el resultado. Para una vinculación causal de la lesión del deber con el resultado, de acuerdo con las reglas generales de la explicación causal, aquí sería preciso conocer las leyes que rigen el comportamiento del otro implicado. Pues es de esas leyes de las que depende si la omisión de su información es parte integrante necesaria de la condición suficiente —conforme a las leyes de la naturaleza— de la producción del resultado. *Pero no conocemos tales leyes que nos pudieran informar cómo se habría comportado una persona si se la hubiera colocado en una situación en la que de hecho no se la colocó. Por consiguiente, el lugar de las leyes causales que no conocemos pasan a ocuparlo las leyes jurídicas. Hay que presuponer el comportamiento conforme a Derecho en tanto en cuanto le hubiera sido posible. Porque el Derecho debe partir del seguimiento de sus propias normas siempre que no existan hechos que lo impidan. Por consiguiente, el primer garante no puede exonerarse apelando a que el otro habría desobedecido la norma, es decir: a que no se podía salvar el bien jurídico*» (cursivas añadidas).

(74) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

deber, no se salva la (cuasi)causalidad de la omisión, en el sentido de la doctrina dominante de que hay que acreditar que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría impedido el resultado, sino que se está reconociendo, implícitamente, que es una fórmula *impracticable*: el juicio de probabilidad es uno *matemático*, es decir: *ontológico*, que se establece sobre la base de los datos conocidos y cognoscibles *ex ante* (75), por lo que supone una *perversión* del mismo, cuando uno de ellos se desconoce —a saber: cuál habría sido el comportamiento no ejecutado de un tercero—, sustituirlo por el criterio *normativo y ontológicamente falso* de que *todas las personas* respetan las normas: eso no es conocer un dato imprescindible para emitir un juicio de probabilidad sobre la evitación del resultado, sino hacer «como si» se conociera: eso es introducir —desnaturalizándolo— un elemento *normativo* en un juicio que es estrictamente ontológico.

ccc) La imposibilidad de determinar cuál habría sido el curso de una enfermedad si se hubiera ejecutado el tratamiento médico correcto.

Otro campo donde la doctrina dominante sobre la relación de (cuasi)causalidad se encuentra con dificultades insalvables es el del *Derecho penal médico* (76).

(75) Cfr. GIMBERNAT, 1966 (1990), pp. 25 ss., sobre la formación del juicio de adecuación que coincide con el de peligro (en este sentido, cfr., por ejemplo, HENCKEL, 1930, p. 19 n. 58; SAUER, *Strafrechtslehre*, 1955, p. 84; ENGISCH, 1950, p. 137; WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 47).

(76) Sobre las dificultades que presenta en Alemania la imputación a un omitente de un resultado lesivo, dentro del Derecho penal médico, si se aplica la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad, cfr. PUPPE, NK, 2001, § 13 n. m. 123 y 124: «Un campo ulterior en el que, según la actual situación del conocimiento, no estamos legitimados para partir de una determinabilidad absoluta —de acuerdo con las leyes de la naturaleza— de los cursos evolutivos, es el desarrollo de enfermedades. Si en un caso determinado cesa una infección y cómo reacciona ante ella el aparato inmunológico del paciente, depende, según nuestros conocimientos actuales, y no en último lugar, también de factores psíquicos, y, con ello, de comportamientos del paciente y de las distintas personas con las que se relaciona. Un cáncer se desarrolla a partir de una única célula degenerada. Si la degeneración se produce por el contacto con una sustancia cancerígena, si esa célula se multiplica o es reconocida y aniquilada por el aparato inmunológico, si, después de una operación de cáncer, las células cancerosas residuales se establecen como metástasis, si ello tiene lugar en un órgano vital y de una manera más difícil o más fácilmente reconocible, todo ello depende de un concurso altamente complejo de dis-

Por lo que se refiere a España, me remito sólo a las sentencias del TS de 8 de junio de 1989, A. 5054, y de 5 de julio de 1989, A. 6091, de las que, dentro de este contexto, ya me he ocupado en otro lugar (77), y en las que el TS da por acreditada la relación de (cuasi)causalidad omisiva, a pesar de que, en el primer caso, en el que se le imputaron al médico de guardia unas gravísimas lesiones en comisión por omisión, se desconocía si el niño, que había sufrido una «contusión craneal con conmoción cerebral», se habría podido librar de las trágicas secuelas sobrevenidas, si aquél hubiera ordenado a tiempo el tratamiento médico adecuado, y a pesar de que, en el segundo caso, en el que se condenó por un homicidio imprudente en comisión por omisión, era imposible determinar si, en el caso de que el médico hubiera diagnosticado la peritonitis que padecía el enfermo, éste podría haber salvado la vida si se hubieran dispuesto las medidas terapéuticas que prescribía la *lex artis*.

Como expongo en el mismo trabajo (78), «los razonamientos de estas [dos] sentencias, en la línea de la doctrina dominante de requerir, en la comisión por omisión imprudente y para la imputación

tintos factores, entre los que se encuentran también procesos moleculares y psíquicos. Presuponer para todo ello que existe objetivamente una determinación –que, desgraciadamente, no conocemos plenamente– del cien por cien no se corresponde con la cosmovisión actual de la física ni de la medicina. Esto, y no una falta de pruebas, es, en muchos casos, el motivo por el cual el perito médico sólo puede decir con una alta probabilidad, pero no con una certeza del cien por cien, que el paciente tratado equivocadamente –o no tratado en absoluto– hubiera vivido más tiempo si se le hubiera sometido a un tratamiento correcto», n. m. 123). Cfr. también STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 56: «Es evidente, aunque no se tengan conocimientos especializados, que sólo pueden tener valor estadístico afirmaciones como la de que, después de determinadas operaciones de cáncer, la radioterapia puede impedir la formación de metástasis en el 90% de los casos. Aquí la responsabilidad de quien omite la medida exigida no puede fracasar en la objeción, siempre irrefutable, de que el afectado probablemente pertenecía al restante 10%»; WACHSMUTH/SCHREIBER, NJW 1982, p. 2095, quienes reproducen las palabras emitidas por un perito médico, en un supuesto del que se ocupó el BGH en una sentencia de 20 de mayo de 1980, de que «el concepto jurídico de la probabilidad rayana en la seguridad carece de utilidad para los médicos, ya que en la medicina una probabilidad así sólo existe en casos muy raros... La medicina se ocupa de casos individuales y no de series... Así, cualquier enjuiciamiento médico se apoya, ciertamente, sobre investigaciones y experiencias científicamente fundadas, pero, en el caso concreto, sigue siendo, en última instancia, hipotético».

(77) Cfr. GIMBERNAT, 1994 (1999), pp. 235 ss.

(78) Cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 237.

del resultado, que la acción omitida hubiera impedido la lesión típica, ponen claramente de manifiesto hasta qué punto es irresoluble la tarea. Los tribunales no pueden retrotraer los acontecimientos al momento en que el niño con el grave traumatismo craneal fue (des)atendido por el médico de guardia, para comprobar si, de haberse iniciado entonces el tratamiento médico adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, como no pueden, tampoco, dar marcha atrás en el tiempo y poder comprobar así si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haber salvado o no la vida».

cc) Los intentos de la dogmática jurídicopenal para superar las dificultades de la doctrina dominante

En un intento de superar las dificultades que acabo de referir de la doctrina dominante que exige, en la omisión impropia, para que pueda estimarse la concurrencia de relación de causalidad —y para que, consiguientemente, se pueda imputar el resultado—, que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, la dogmática ha elaborado, minoritariamente, dos distintas salidas: la primera consiste en exigir más: en exigir la *certeza* de que se hubiera evitado el resultado, y la segunda consiste en exigir menos: en considerar suficiente que la acción omitida hubiera *disminuido el riesgo* de producción del resultado. De estas dos direcciones paso a ocuparme a continuación.

b) *La exigencia de seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado*

aa) Exposición de su contenido.

Según una dirección doctrinal, que se remonta a Mezger (79), para poder imputar un resultado a una omisión no es suficiente con que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, sino que es preciso constatar que *ciertamente* lo hubiera impedido.

(79) Cfr. Strafrecht, 1933, p. VII, y p. 138, donde rechaza a la jurisprudencia alemana cuando se conforma con «un grado de probabilidad limítrofe con la certeza», y mantiene que «una condena sólo puede tener lugar cuando se demuestra que la [acción] conforme al deber habría evitado positivamente el resultado».

Entre los escasos autores que sostienen la misma posición pueden mencionarse a Herzberg (80) («en el caso de la omisión tiene que ser *cierto* que la acción omitida hubiera evitado el resultado»), Schmidhäuser (81), Torío (82), Jakobs (83) («Para la imputación del

(80) MDR 1971, p. 883 (cursiva en el texto original); v. también p. 882: «Para el delito de comisión se sabe desde hace tiempo que en la prueba de la *conditio* no se deben colocar factores hipotéticos de producción en el lugar de la *causa efficiens* mentalmente eliminada. Para el delito de omisión, en principio, no puede regir nada distinto».

(81) Cfr. AT, 1975, 8/76. V. también el mismo, Studienbuch AT, 1982, 12/48: «Para la práctica jurídicopenal ello significa que un juez sólo puede condenar por un delito de resultado consumado de omisión cuando esté convencido de que la acción a designar con precisión que el acusado hubiera debido ejecutar habría evitado el resultado. ... que una detención ilegal se habría terminado si se hubieran abierto las puertas, que un perro no habría mordido a una persona si la perrera hubiera estado cerrada, que una persona no habría muerto desangrada por una herida relativamente inofensiva si hubiera sido trasladada inmediatamente al hospital, todos éstos son supuestos de hecho de cuya verdad es fácil adquirir un convencimiento pleno en el caso concreto. ... Al momento de la convicción judicial se le viste siempre, curiosamente, con un juicio de probabilidad: debería concurrir una “probabilidad rayana en la certeza” de que el resultado habría sido impedido. Esta formulación es equivocada en la medida en que surge la impresión de que en el delito de omisión puede bastar la mera probabilidad, mientras que en el delito de acción se requiere la certeza».

(82) Cfr. ADPCP 1984, p. 700: «En los delitos de acción se trabaja con juicios de necesidad causal. En el caso de que la acción se defina como causa insegura del resultado –evidentemente una cuestión probatoria, puesto que la acción fue o no causa real del homicidio– nunca se admitiría la condena del autor de la acción por delito consumado. Lo contrario sucede si la muerte de la víctima fue consecuencia (hipotética) de una omisión. Entonces no se opera con juicios causales (ideales) de necesidad, sino con juicios de probabilidad. Si se dice que la intervención quirúrgica hubiese impedido con probabilidad rayana en la seguridad el resultado típico queda libre un residuo afirmativo de que esa intervención no lo hubiese impedido. Pues afirmar que la actividad del cirujano hubiera evitado el fallecimiento con tendencia de 99 por 100 es sostener simultáneamente que no lo hubiera impedido en el 1 por 100 de los casos restantes. La afirmación de la responsabilidad del omitente, dada esta situación probatoria, no puede ser en verdad más problemática. Pese a lo cual la condena por delito de homicidio cometido por omisión tiene lugar, dado que la acción omitida hubiera evitado el resultado típico con probabilidad rayana en la certidumbre. Evidentemente, nunca se concedería algo correlativo en el delito de acción, en el que tal posibilidad centesimal, etc., de que el autor no hubiese causado el resultado, como posibilidad puramente probatoria, conduciría únicamente a la estimación de la tentativa de delito. De acuerdo con esto, pensamos debe exigirse en el delito de comisión por omisión la seguridad total equivalente a la unidad (= 100/100) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado». Vid. también p. 706: «En los delitos de comisión por omisión debe destacar la fórmula legal la necesidad de que la acción omitida hubiese impedido *con plena seguridad* el resultado típico» (cursivas añadidas).

(83) AT, 1991, 29/19.

resultado es preciso que el autor hubiera logrado impedir el resultado mediante la ejecución de la acción exigida. En otro caso, sólo queda ... la responsabilidad por tentativa. En parte [*sic*: Jakobs está dando a entender, inexplicable e incorrectamente, que la doctrina dominante es sólo una doctrina esporádica], se encuentra la observación de que la evitación del resultado debería haber sido posible con una probabilidad rayana en la seguridad. Ésto sólo es correcto como formulación procesal; la situación misma en la que una salvación hipotética se habría logrado es más que probable, es decir: real»); Romeo (84) («... la aplicación de los delitos de comisión por omisión debe ser severamente restringida, si no estuviera justificada ya por su excesiva ampliación doctrinal y jurisprudencial. En esta dirección las restricciones deben apuntar al juicio causal hipotético, aplicando no sólo el criterio del máximo grado de probabilidad, sino también el principio *in dubio pro reo* cuando surja la mínima inseguridad sobre el resultado de ese procedimiento hipotético negativo»); y Bustos/Hormazábal (85).

bb) Crítica.

La posición de estos autores que requieren, para condenar por una omisión impropia consumada, certeza –y no solamente probabilidad rayana en la seguridad– de que la acción exigida hubiera evitado el resultado es tan comprensible como inviable.

Comprensible, porque, en primer lugar, la doctrina dominante nunca ha explicado cómo se puede fundamentar que una posibilidad mínima de que el resultado no se hubiera evitado aún con la acción omitida debe jugar en contra, y no a favor del reo, y porque, en segundo lugar, y como ya hemos visto y todavía tendremos ocasión de ver, en la mayoría de los casos en que jurisprudencial y doctrinalmente se admite la existencia de una omisión impropia consumada, la probabilidad de que el omitente hubiera impedido el resultado con su acción ni siquiera alcanza esa cota exigida de frontera con la seguridad. Pero es también, y sin embargo, inviable, porque, como asimismo hemos visto y todavía tendremos ocasión de comprobar, del proceso causal hipotético, es decir: no-real, que habría desencadenado la acción omitida, precisamente por ser hipotético y, consiguientemente, no-real, sólo se puede predicar una

(84) 1993, p. 936. *Vid.* también el mismo, 1994, p. 46.

(85) Cfr. II, 1999, p. 206.

—más o menos elevada— probabilidad, pero nunca la seguridad de que hubiera evitado el resultado.

c) *La teoría de la disminución del riesgo*

aa) Exposición de su contenido.

La teoría de la disminución del riesgo parte de un diagnóstico lúcido de la actual situación. Si es imposible determinar *con certeza* si la acción omitida (hipotética) hubiera evitado el resultado, si la probabilidad rayana en la seguridad no es más que un eslogan que casi nunca se aplica, ya que con ese criterio tan estricto apenas se podría condenar a nadie por un delito consumado de omisión impropia, porque en la mayor parte de los casos en los que esto sucede lo más que se puede decir es que, si el omitente hubiera actuado, (más o menos) probablemente habría evitado el resultado, entonces lo que procede es llamar a las cosas por su nombre y formular que basta con que la acción exigida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado para que entre en juego la responsabilidad por una comisión por omisión consumada.

En este sentido, la teoría de la disminución del riesgo no hace otra cosa que desenmascarar a la actual doctrina dominante que establece, *a nivel de principio*, que sólo existe relación de (cuasi)causalidad si la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, pero que luego no aplica ese principio en la práctica y se conforma, para imputar el resultado al garante, con que la acción no ejecutada hubiera «disminuido el riesgo» de lesión. Para ejemplificar todo ello con supuestos de hecho del Derecho penal médico: las condenas por homicidios imprudentes de facultativos que *no atienden* infartos agudos, o meningitis, o peritonitis, tal como se pronuncian continuamente por los tribunales españoles, lo que están haciendo, en realidad, es aplicar la teoría de la disminución del riesgo, pues, teniendo en cuenta la gravedad inherente a esas enfermedades —y el considerable índice de mortalidad que (con o sin tratamiento) arrojan—, lo más que se puede decir es que la terapia adecuada habría disminuido el riesgo de fallecimiento, pero no que hubiese evitado éste con una probabilidad rayana en la seguridad. Resumiendo: La teoría de la disminución del riesgo es la que *realmente aplica* la doctrina dominante, aunque ésta, a nivel de prin-

cipio, diga que está operando con una probabilidad rayana en la certeza (86).

La teoría de la disminución del riesgo encuentra un primer antecedente en Hardwig, quien en 1957 escribe (87): «Se está obligado a impedir un resultado sólo cuando sea posible la evitación del resultado con probabilidad rayana en la seguridad. Difícilmente se estará dispuesto a reconocer como correcto un principio jurídico así. El tenor del deber jurídico es, más bien, éste: Mientras te sea posible de alguna manera, evita el resultado ...: se lesiona un deber de evitación del resultado cuando la evitación del resultado, y según el juicio humano, no aparece como imposible».

En los años subsiguientes, y como consecuencia de una adaptación a la omisión impropia de la teoría del aumento del riesgo que Roxin (88) establece para los delitos de acción, la de la disminución del riesgo empieza a ganar adeptos, aunque sigue constituyendo una doctrina minoritaria, y nunca ha sido acogida por el BGH (89).

(86) Sobre los poco convincentes resultados a que conduce una aplicación estricta de la fórmula de la «probabilidad rayana en la seguridad» en la omisión impropia, cfr., además de lo que ya se ha expuesto hasta ahora: OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 101, y STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 55: «Esto [la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad] tiene la consecuencia –inaceptable en la práctica– de que sólo debería emprenderse el intento de salvar un bien jurídico amenazado cuando no se pudiera dudar prácticamente del éxito, pero no cuando “sólo” se elevaran sus posibilidades de salvación. Si los padres de un niño gravemente enfermo omiten, por ejemplo, avisar al médico, entonces, y según la doctrina dominante, sólo responderían de la muerte del niño si, con el tratamiento médico, hubiera podido salvar la vida con una máxima probabilidad; en cambio, en una enfermedad con un alto índice de mortalidad podrían renunciar desde un principio al auxilio médico».

(87) 1957, p. 162.

(88) Cfr. sólo ZStW 74 (1962), pp. 430 ss., y ahora, el mismo, AT, 1997, § 11 nn. mm. 76 ss. Por lo que alcanzo a ver, ROXIN no se ha pronunciado hasta ahora sobre si está de acuerdo o no con esta transposición a la comisión por omisión de su teoría del aumento del riesgo (v., por ejemplo, ROXIN, ZStW 84 [1972], p. 1011). Sí se ha pronunciado, en cambio, su discípulo SCHÜNEMANN, defensor de la teoría del aumento del riesgo en el delito imprudente de acción (cfr. JA 1975, pp. 648 ss.), quien niega tajantemente que esa teoría pueda ser transpuesta a la omisión impropia (v. JA 1975, p. 655), si bien ahora (v. *infra* n. 97) propone, *de lege ferenda*, introducir legislativamente la teoría de la disminución del riesgo para las omisiones cometidas dentro del marco del Derecho penal de empresa.

(89) Las dificultades de causalidad omisiva que se presentan en el caso «Leterspray» habrían podido ser resueltas, sin posteriores complicaciones, si el BGH hubiera asumido la teoría de la disminución del riesgo. Porque, por una parte, si cada directivo hubiera tratado de convencer a los restantes de que adoptaran una

Entre sus partidarios se encuentran, además de Hardwig: Kahrs (90), Schaffstein (91), Stratenwerth (92), Otto (93), Maurach/Gössel (94), Puppe (95) y Rudolphi (96).

Por su parte, Schünemann (97) propone *de lege ferenda* una modificación del § 13 StGB en el que se acogería la teoría de la disminución del riesgo, pero limitando su alcance a las omisiones impropias de los superiores dentro del marco del Derecho penal de empresa (98).

resolución de retirada del producto [cfr. la exposición de este problema *supra* B 3 a) bb) bbb) aaaa)] habría aumentado la posibilidad de que aquélla se acordase, con ello, también, la de que se hubiera retirado el producto, con lo que, de esta manera, *habría disminuido la posibilidad* de que los consumidores sufrieran daños en la salud. Por otra parte, y por lo que se refiere a si los minoristas hubieran retirado el aerosol del mercado, en el caso de recibir esta orden del productor, dicha orden habría aumentado la posibilidad de la retirada, y, con ello, disminuido el riesgo de los consumidores de padecer las enfermedades que les aquejaron. Pero el BGH rechaza en esa sentencia, y una vez más, esta teoría: «La concepción ulteriormente defendida en la doctrina de que basta con que la acción omitida hubiera disminuido (considerablemente) el riesgo de producción del resultado no ha sido seguida hasta ahora por la jurisprudencia. Esta exige que, mediante la acción debida, se hubiera evitado el resultado “con probabilidad rayana en la seguridad”».

(90) Cfr. 1968, pp. 236 ss.

(91) *Vid.* 1970, pp. 172/173.

(92) STRATENWERTH mantiene esta teoría desde la primera edición (1971) de su Parte General. V. ahora, en su 4.ª edición, el mismo, AT, 2000, § 13 n. m. 54: «... en el delito de omisión tiene que bastar que la acción exigida al menos haya *disminuido* el peligro de producción [del resultado]» (cursiva en el texto original).

(93) Cfr. NJW 1980, p. 423: «... es difícil de comprender que el deber del garante de actuar sólo deba estar fundamentado cuando puede impedir el peligro con probabilidad rayana en la seguridad, y no ya cuando pueda disminuir esencialmente el peligro a cuya evitación está obligado»; el mismo, AT, 1996, § 9 n. m. 99: «Su deber de protección [del garante] no se limita a los casos de evitación segura del resultado, sino que se extiende a emprender lo que le sea posible para salvar el bien jurídico a cuya salvación está obligado. Lo que quiere decir que tiene que observar cualquier oportunidad de salvación y que se encuentra siempre obligado, si su actuación es apropiada para disminuir el peligro para el bien jurídico».

(94) Cfr. AT II, 1989, § 46 n. m. 23.

(95) *Vid.* NK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 120 ss.

(96) Cfr. SK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 16 ss. Dubitativo sobre la aplicación de la teoría de la disminución del riesgo a los delitos de omisión impropia, KRÜPELMANN, GA 1984, p. 510.

(97) Cfr. 1979, pp. 207/208; el mismo, wistra 1982, p. 45.

(98) Sobre la responsabilidad en comisión por omisión de los titulares de establecimientos, cfr. GIMBERNAT, Roxin-FS, 2001, pp. 656 ss.

bb) Críticas a la doctrina de la disminución del riesgo: infracción del principio *in dubio pro reo* y transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro.

aaa) Los detractores de la teoría de la disminución del riesgo dirigen contra ésta dos objeciones: que infringe el principio *in dubio pro reo*, y que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

bbb) Lo primero que se objeta es que si basta con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de lesión —si basta, por consiguiente, para que se le pueda imputar la muerte al médico, no la seguridad, sino ya la probabilidad de que la acción omitida hubiera podido salvar la vida al paciente—, entonces la *posibilidad* de que la ejecución de aquélla hubiera sido inútil, y de que, por consiguiente, el paciente hubiera fallecido en cualquier caso, no se interpreta a favor, sino en contra del reo; en este sentido crítico se han manifestado, entre otros: Herzberg (99), Samson (100), Wachsmuth/Schreiber (101), Baumann/Weber (102), Jakobs (103),

(99) Cfr. MDR 1971, p. 882: «El sentido jurídico de la exigencia de causalidad es la prueba elemental de si es que al autor se le puede imputar el resultado como su obra. Una constatación de este contenido no puede ser adoptada cuando permanece indemostrado, en última instancia, si el comportamiento deseado hubiera influido el desarrollo dañoso del acontecimiento. Esto es una consecuencia del principio *in dubio pro reo*... Ella [la teoría de la disminución del riesgo] amplía desmesuradamente la responsabilidad en el campo de la omisión, y se encuentra en contradicción con el enjuiciamiento de hechos activos, así como, en última instancia, con el principio *in dubio pro reo*».

(100) *Vid.* 1974, p. 593, n. 68.

(101) Cfr. NJW 1982, p. 2096: «En definitiva, no se trata de otra cosa [en la teoría de la disminución del riesgo] que de una inversión de la carga de la prueba».

(102) AT, 9.^a ed., 1985, p. 240 «En el proceso penal la causalidad tiene que ser constatada, y a ello pertenece, según el derecho de prueba procesal-penal, que el juez esté convencido subjetivamente, y que, junto a ello, exista, objetivamente, una probabilidad rayana en la seguridad. Si sólo había una gran probabilidad a favor de que el resultado, si se hubiera actuado, no se habría producido, entonces la causalidad no puede ser constatada». En el mismo sentido, BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 23: «La evitación hipotética del resultado por la acción omitida tiene que ser con probabilidad rayana en la certeza. La constatación de que la acción habría disminuido el riesgo de producción del resultado no basta para afirmar la causalidad de la omisión. Porque la causación de un resultado es más que el aumento del riesgo del resultado, y, consecuentemente, la evitación de un resultado es más que la disminución del riesgo del resultado».

(103) Cfr. AT, 1991, 29/20.

Erb (104), Freund (105), Jescheck (106), Seelmann (107) y Schöнке/ Schröder/Stree (108).

ccc) La segunda objeción, por su parte, se formula así: Como en estos casos lo único que consta es que la acción no ejecutada habría reducido el riesgo de producción del resultado, pero no que lo hubiera evitado, ello supondría que no estaba acreditada la relación de (cuasi)causalidad entre omisión y resultado, por lo que, a pesar de que el homicidio, por ejemplo, es un delito de lesión, se estaría imputando el resultado típico, no a quien —médico que *no trata* una enfermedad con un alto índice de mortalidad— lo habría causado, sino sólo a quien lo habría puesto en un peligro del que no se sabe si es o no el que desembocó en la muerte (no se sabría si ésta se produjo como consecuencia de la omisión o como consecuencia de la enfermedad en sí, cuyo fatal desenlace habría sido inevitable con o sin medidas terapéuticas), situación ésta que lo más que podría fundamentar, y para el caso de que estuviese tipificado como tal, sería un *delito de peligro*. Esta objeción a la teoría de la disminución del riesgo la formulan, entre otros:

(104) V. 1991, p. 145 y *passim*.

(105) Cfr. 1992, p. 130.

(106) Cfr. LK, 1993 ss., § 13 n. m. 18.

(107) NK, 2001, § 13 n. m. 61: «En la medida en la que esta última opinión [teoría de la disminución del riesgo], a pesar de las dudas sobre la posibilidad de evitación del resultado, desde una contemplación *ex post*, carga en perjuicio del autor la oportunidad de salvación *ex ante*, ello sería una vulneración del principio *in dubio pro reo* y transformaría los delitos de omisión en delitos de peligro con condición objetiva de punibilidad». De todas formas, SEELMANN (*op. cit.*, *loc. cit.*) admite que «el argumento políticocriminal de que, sin teoría del aumento del riesgo, a los padres de un niño gravemente enfermo les estaría permitido renunciar a la ayuda médica en una enfermedad con un alto índice de mortalidad, debería estimular la creación de ... un nuevo tipo de delito orientado a la teoría del aumento del riesgo».

(108) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 61: «A una ampliación así de la responsabilidad [la propuesta por la teoría de la disminución del riesgo] se opone que, con ello, se le atribuye un resultado al autor omisivo que él, posiblemente, no hubiera podido evitar. Pero no es posible imputar, a quien permanece inactivo, la muerte, por ejemplo, de la persona a la que se tiene que proteger sólo porque haya desatendido una oportunidad de salvación y no haya disminuido un peligro; en otro caso, se le impondría una pena por sospecha. Pues la disminución del peligro no excluye la producción del resultado que hay que evitar; reducción del peligro para la vida, por ejemplo, no significa salvación de la vida en cualquier caso».

Schünemann (109), Wachsmuth/Schreiber (110), Baumann/Weber (111), Jakobs (112) y Seelmann (113).

Independientemente de la fuerza de convicción que pudieran tener esas dos objeciones que se dirigen contra la teoría de la disminución del riesgo, lo que no deja de ser una paradoja es que se formulen desde la doctrina dominante, ya que también a ésta se le pueden imputar *exactamente las mismas deficiencias*: si basta con una probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, entonces, porque se añada que aquélla tiene que lindar con la certeza, *no por ello deja de ser una probabilidad*, por lo que la doctrina dominante tendría que asumir que también ella infringe el *in dubio pro reo*, que transforma en delitos de peligro los de resultado, y que mide con dos varas distintas a los delitos de acción —donde se exige seguridad— y a los de omisión —donde supuestamente bastaría una probabilidad rayana en la seguridad (114)—. Con otras palabras: Tanto la doctrina dominante como la de la disminución del riesgo operan con la *probabilidad*, y porque la primera exija que sea limítrofe con la seguridad, y porque la segunda se conforme con que se haga menos probable la producción del resultado, no por ello ambas dejan de operar con ese criterio de la probabilidad, de donde se sigue que la diferencia entre las dos es puramente *cuantitativa*, pero no *cualitativa*.

(109) JA 1975, p. 655: «Además, difícilmente puede ser rechazado el reproche [dirigido contra la teoría de la disminución del riesgo] de que transformaría los delitos de resultado en delitos de peligro. Porque si la acción omitida posiblemente no habría impedido el resultado, entonces la omisión constituye la pareja que se corresponde con un hacer contrario al deber que se haya vinculado posiblemente con el resultado, no de acuerdo con las leyes de la naturaleza, sino sólo mediante una sucesión en el tiempo, y que, por ello, sólo tiene *carácter de peligro*» (cursivas en el texto original)

(110) Cfr. NJW 1982, p. 2096.

(111) AT, 9.^a ed., 1985, p. 240: «También aquí hay que rechazar, por consiguiente, la teoría del aumento del riesgo, para la que basta en la omisión, para la imputación del resultado, que la acción exigida hubiera elevado las posibilidades de salvación del bien jurídico amenazado. Esta concepción lleva, en sus resultados, a falsear los delitos de resultado como delitos de peligro abstracto, y atribuye, por ejemplo, a los delitos contra la vida una función que, en casos de desgracia, cumple el § 323 c [omisión del deber de socorro], cuya aplicación no presupone, en efecto, que el auxilio exigido hubiera llevado a la salvación (a la evitación del resultado)».

(112) Cfr. AT 1991, 29/20.

(113) Cfr. *supra* n. 107.

(114) Como hemos visto (*supra* n. 82), estas objeciones también se las dirige a la doctrina dominante, con razón, TORÍO.

La diferencia sólo se convierte en *cualitativa* cuando, de acuerdo con la teoría expuesta *supra* 2, se requiere *certeza* de la evitación del resultado; lo que sucede es, sin embargo, y como ya se ha expuesto, que la naturaleza de las cosas hace imposible constatar una seguridad sobre los efectos que podría haber desplegado un proceso causal hipotético, es decir: uno que no ha tenido lugar en la realidad.

d) *Resumen y toma de posición*

aa) De lo expuesto sobre cómo aborda la dogmática actual el problema de la (cuasi)causalidad de la omisión impropia, se desprende la sensación de que estamos ante una situación sin salida, ya que:

– la doctrina dominante es impracticable, especialmente –pero no únicamente– cuando la evitación del resultado depende de la ulterior intervención de un tercero –los comportamientos humanos no son determinables *ex ante*, y presuponer que esos terceros se habrían conducido conforme a la norma es introducir un elemento normativo en un juicio que debería ser estrictamente ontológico–, a quien el garante, infringiendo su deber, no ha dado la oportunidad de actuar, y cuando, en el Derecho penal médico, el facultativo, contradiciendo la *lex artis*, no interviene para atajar una enfermedad grave, porque en tales casos nunca se podrá saber si el enfermo, aunque se hubiera ejecutado la acción omitida, hubiera podido salvar su vida o su salud, es decir: nunca se podrá saber si la actividad debida hubiera evitado el resultado, lo que conduciría, en un aplicación consecuente de la doctrina dominante, a la *desaparición de hecho* de responsabilidades médicas (homicidios y lesiones imprudentes) en comisión por omisión;

– la teoría que exige *seguridad* de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, para que éste se le pueda imputar al garante, lleva igualmente –y con mayor razón– a la *práctica desaparición* de las responsabilidades por omisión impropia: del proceso causal hipotético, es decir: no-real, que habría desencadenado la conducta activa no ejecutada, precisamente por ser hipotético y, consiguientemente no-real, sólo se pueden establecer probabilidades, pero no seguridades, sobre cuáles habrían sido sus consecuencias, es decir: sobre si habría podido evitar o no el resultado;

– la teoría de la disminución del riesgo, es decir: aquella que se basta para imputar el resultado típico al garante con que la acción

omitida hubiera reducido el riesgo de lesión, es la que de hecho –aunque no lo quiera confesar– aplica la doctrina dominante –si no, hace tiempo que habría desaparecido de la faz del Derecho penal la responsabilidad por omisión impropia–, pero no se pueden negar consistencia a los reproches que se dirigen contra ella de que vulnera el principio *in dubio pro reo* y de que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

bb) Si la aplicación del principio –supuestamente esencial– de la omisión impropia de que la acción exigida debería haber evitado el resultado dejaría impunes la práctica totalidad de las inactividades a las que actualmente –y con razón– se las considera supuestos de comisión por omisión, si, en consecuencia, ese principio no opera para nada en la resolución concreta de los casos concretos que se presentan en la vida real, habrá que olvidarse de aquel principio, y concluir, realísticamente, que la circunstancia de que el hacer debido hubiera evitado o no el resultado no desempeña ningún papel para afirmar o negar la existencia de una comisión por omisión.

La solución habrá que buscarla, como he intentado exponer en otros lugares (115), en el nivel de riesgo permitido de los focos de peligro, y en si el correspondiente garante –o garantes– ha cumplido o no con su obligación de mantener en ese nivel –o de reconducirlo a él, en el supuesto de que hubiera sido ya sobrepasado– el foco de peligro causante del resultado típico, independientemente de si el cumplimiento de dicha obligación hubiera podido impedir o no la producción de ese resultado.

Todo ello supone un giro radical en la comprensión de la omisión impropia. Pero es en este terreno donde hay que seguir trabajando, si es que queremos salir alguna vez del callejón sin salida al que nos ha llevado la abiertamente equivocada concepción de la relación de (cuasi)causalidad en la comisión por omisión.

III. LA LLAMADA OMISIÓN POR COMISIÓN

Lo que caracteriza a los cuatro grupos de casos que vamos a estudiar bajo la denominación «omisión por comisión» es que, así

(115) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, RDPC 4 (1999), pp. 525-553; el mismo, *Modernas tendencias*, 2001, pp. 365 ss.

como en la comisión por omisión se trataría de comportamientos pasivos subsumibles en tipos penales que parecen pensados para conductas activas, en aquélla el problema que se discute es el de si tipos recortados aparentemente para sancionar omisiones abarcarían también, paradójicamente, y en algunos supuestos, conductas comisivas.

La denominación «omisión por comisión» aparece, por primera vez, en un artículo de v. Rohland de 1908 (116), y la consagra definitivamente, en 1922, v. Overbeck (117), habiéndose ocupado ya de estos grupos de casos, aunque sólo de pasada, y antes que esos dos autores, también Traeger, en 1904 (118). El primer trabajo sistemático y en profundidad sobre este problema se contiene en el ya mencionado artículo de v. Overbeck de 1922; sin embargo, este artículo pionero de v. Overbeck pasa casi desapercibido en las posteriores décadas hasta que es resucitado por Grünwald (1956), Armin Kaufmann (1959) y Meyer-Bahlburg (1962) (119). Pero quien da el, por así decirlo, chupinazo de salida de la discusión es Roxin con su artículo de 1969, publicado en el Libro Homenaje a Engisch (120), que es el que desencadena la numerosa –y todavía creciente– bibliografía posterior.

Como, a pesar de sus antecedentes en Traeger, v. Rohland y v. Overbeck, en la «omisión por comisión» se trata de un problema relativamente nuevo, existen todavía numerosas discrepancias sobre su contenido, su alcance y sus posibles soluciones –algunas de ellas apenas fundamentadas–, sin que se haya alcanzado tampoco un acuerdo terminológico, ya que, por dar un ejemplo, la ruptura de cursos causales salvadores ajenos (que aquí se estudia *infra* B), es tratada por algunos autores (121), no dentro de la omisión por comisión, sino como una particularidad de la causalidad en el *delito de acción*.

(116) Cfr. v. ROHLAND, 1908, p. 366: «Ommisivdelikt durch Begehung» («delito omisivo por comisión»)

(117) Cfr. el artículo de v. OVERBECK de 1922 citado en la bibliografía y que lleva por título «Unterlassung durch Begehung» («omisión por comisión»).

(118) Cfr., en la monografía de TRAEGER de 1904 citada en la bibliografía, las pp. 64/65.

(119) Vid. las obras de estos tres últimos autores, correspondientes a esos años, citadas en la bibliografía.

(120) Vid. la referencia de este artículo de ROXIN en la bibliografía

(121) Así, por ROXIN, AT I, 1997, § 11 nn. mm. 32 y 33, y por RUDOLPHI, SK, 2001, antes del § 1 n. m. 43.

En lo que sigue se van a estudiar los distintos problemas que presenta la «omisión por comisión», reuniéndolos en cuatro diferentes grupos de casos, de los cuales el primero va a ser dividido, a su vez, en tres subgrupos distintos. Con ello no se quiere decir que todos –o, al menos, algunos de– ellos tengan la suficiente entidad como para constituir una modalidad de comportamiento nueva –diferenciada tanto del comportamiento activo como del omisivo en sentido estricto–, ni que, por consiguiente, requieran de soluciones diferenciadas también, sino que de lo que se trata es, únicamente, de facilitar una información lo más precisa posible sobre lo que la doctrina –o un sector más o menos importante de ella– entiende por «omisión por comisión». Una vez que se hayan expuesto las características comunes de todos esos grupos y subgrupos de casos, y las soluciones que reciben por parte de la doctrina, sólo entonces será posible examinar si y hasta qué punto la omisión por comisión, en su sentido más amplio, necesita un tratamiento –y, en ese caso, qué clase de tratamiento– jurídicopenal diferenciado.

En el primer grupo de casos («Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado») es el propio omitente-comitente el que realiza un movimiento corporal que, supuestamente, y para un amplio sector de la doctrina, sería susceptible de ser subsumido en un tipo omisivo.

La ruptura de cursos causales salvadores ajenos (segundo grupo de casos) se caracteriza por que un *proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha*, y que habría podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un *movimiento corporal por una tercera persona*.

En el tercer grupo de casos (*omissio libera in causa*) se agrupan aquellos supuestos en los que, *también mediante una acción*, el sujeto se coloca en una situación de ausencia de imputabilidad o de comportamiento (122) para el momento en el que surja la obligación de actuar; por ejemplo, el guardabarreras ingiere alcohol o un narcótico, de manera que cuando tiene que bajar las vallas –cuando permanece inactivo– se halla en un estado de embriaguez plena o de inconsciencia. El paralelismo entre estos supuestos y los de la *actio libera un causa* es evidente, sólo que en esta última lo que es inimputable o no constitutivo de comportamiento es el *movimiento corporal* que, en última instancia, causa la lesión del bien jurídico.

(122) Sobre la ausencia de comportamiento cfr. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 187 ss.

Dentro del último grupo de casos se estudian, finalmente, aquellos supuestos en los que, mediante la *desconexión activa* de los instrumentos médicos que están manteniendo con vida al paciente (tubos, sondas, catéteres, respiradores), se produce la muerte de aquél.

A. Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Este primer grupo de casos se caracteriza *por que es el propio sujeto, sin intervención alguna de tercero, el que actúa*; pero esa actuación tiene un distinto significado en función de cómo esté estructurado el supuesto. En mi opinión, y porque cada uno de ellos presenta sus propias peculiaridades, este primer grupo de casos debe ser dividido, a su vez y como ya se ha indicado, en tres subgrupos.

a) En primer lugar, hay que distinguir aquellos casos en los que el omitente, efectivamente, actúa, pero sin que ese movimiento corporal sea *determinante* para la no prestación del auxilio. Ello es lo que sucede en el supuesto de quien, llamado a filas, *desembarca* del buque que le llevaba a casa, *omitiendo* incorporarse al servicio militar para cuyo cumplimiento había sido citado legalmente (art. 604 CP) (123), o el de quien, para cumplir con la obligación —cuyo incumplimiento está penalmente sancionado— de denunciar a las autoridades determinados delitos (art. 450.2 CP: delitos que afecten a la vida, a la integridad o salud o a la libertad sexual) se dirige a correos para enviar la carta en la que pone en conocimiento de las autoridades la próxima comisión del hecho punible, *dándose la vuelta*, abandonando su propósito, antes de depositar el escrito denunciador (124).

b) El segundo subgrupo se caracteriza por la paradoja *—impuesta por las circunstancias objetivas—* de que si el sujeto quiere no prestar el auxilio al que está penalmente obligado, no le basta con permanecer inactivo, sino que, *necesariamente*, tiene que actuar. Como ejemplo de este subgrupo, del que prácticamente no se

(123) El ejemplo procede de v. OVERBECK, GS 1922, p. 325.

(124) El ejemplo procede de v. OVERBECK, GS 1922, p. 326.

ha ocupado la doctrina, puede servir el propuesto por Meyer-Bahlburg (125) del morador que cierra la puerta de su casa, que hasta entonces se encontraba abierta, a quien trata de entrar en ella perseguido por una jauría de perros, siendo despedazado posteriormente por éstos.

c) En el tercer subgrupo hay que incluir aquellos casos en los que la realización de un tipo aparentemente omisivo exige, igualmente, un comportamiento positivo del autor, pero en los que esa exigencia no deriva de una situación objetiva en la que no ha intervenido el sujeto [*supra b*)], sino de que éste ha puesto en marcha un curso causal salvador, *que se ha independizado de él* y que, si no lo rompe, va a mantener la integridad del bien jurídico protegido. Como ejemplos de este último subgrupo se pueden mencionar el de quien, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 450.2 CP, *la reclama* con éxito, impidiendo así que llegue al conocimiento de la policía (126), o el de quien, después de que ha lanzado un salvavidas atado a una cuerda, que se va aproximando a quien se debate para no perecer ahogado en las aguas, retira dicho salvavidas antes de que aquél —en quien ha reconocido a un enemigo— pueda asirse a éste para mantenerse a flote.

En estos dos casos, como la denuncia a las autoridades del hecho punible planeado ya ha sido cursada, y como el proceso causal de auxilio para quien se debate en las aguas ya ha sido puesto en marcha, para volver a la situación de no-denuncia y de no-auxilio se exige un comportamiento activo del sujeto que anule la cadena causal salvadora que el mismo había generado hasta el punto de que había llegado a independizarse de él.

Naturalmente que este tercer subgrupo *consiste también en la ruptura de un curso causal salvador* de la que nos vamos a ocupar *infra B*. Pero hemos preferido un tratamiento diferenciado de ambas modalidades de rupturas, ya que, así como existe casi unanimidad en que en la ruptura de cursos causales llevada a cabo por un tercero, éste comete un delito de *acción* y se le debe imputar el resultado típico —si un tercero desvía el salvavidas que A ha lanzado a B, y éste perece ahogado, aquél respondería, por consiguiente, por un delito contra la vida por acción—, en cambio, cuando quien rompe ese curso es *la misma persona* que lo ha puesto en marcha, la

(125) Cfr. GA 1968, p. 51.

(126) El ejemplo procede, otra vez, de v. OVERBECK, GS 1922, p. 328.

doctrina se divide entre quienes estiman que ese comportamiento debe ser calificado como una omisión propia y quienes creen que la calificación debe ser –como en la ruptura de cursos salvadores ajenos– de un delito de acción contra el bien jurídico que resulta lesionado.

2. SOLUCIONES QUE SE PROPONEN EN LA DOCTRINA PARA ESTE GRUPO DE CASOS

a) Por lo que se refiere al primer subgrupo (desembarque del buque que lleva al llamado a filas a su país, darse la vuelta quien se disponía a enviar la denuncia a correos), ejemplos ambos que proceden de v. Overbeck, la doctrina posterior prácticamente no ha discutido la calificación que deberían recibir.

En mi opinión, estos supuestos no presentan dificultad alguna, ya que se trata de tipos omisivos que se cumplen mediante un comportamiento *omisivo* también. Ciertamente que en todos estos casos hay una acción del omitente (desembarcar, darse la vuelta), pero ella es irrelevante para cumplir el tipo omisivo, *el cual se sigue realizando mediante una inactividad*: el que el llamado a filas desembarque fuera de su país, o el que el portador de la carta se dé la vuelta, no es lo que hace que la conducta sea subsumible en los artículos 604 o 450 CP, sino la *no presentación* en el centro de reclutamiento –compatible con que el autor hubiera seguido viaje hacia su patria– o la *no entrega* del escrito denunciador en correos –compatible, asimismo, con que el portador de la carta no se hubiera dado la vuelta (127).

b) Del segundo subgrupo de casos –las circunstancias objetivas exigen una *actividad*, si realmente se quiere no-auxiliar– únicamente se ha ocupado, por lo que alcanzo a ver, Meyer-Bahlburg. Según este autor, si el dueño de la casa *cierra* la puerta abierta

(127) En el mismo sentido que aquí, y oponiéndose a la construcción de v. OVERBECK de que la «lesión del servicio militar sería un delito de omisión si se permanece en el extranjero», y de que se cometería por comisión «si el autor se embarca en un buque para regresar a casa, pero del que, después, vuelve a desembarcar», v. HIPPEL, II, 1930, p. 154 n. 3, formula la siguiente «crítica: el subir y el bajar [del barco] son jurídicamente igual de indiferentes que que el autor, en ese tiempo, hubiera dormido o hubiera hecho cualquier otra cosa. Lo único decisivo es la omisión de volver a casa. Como hechos jurídicamente irrelevantes, el subir y el bajar no merecen siquiera ser mencionados».

para impedir que el perseguido por una jauría de perros pueda encontrar refugio, y aunque perezca por los mordiscos de los animales, aquél sólo respondería de una omisión del deber de socorro (128). Si esta solución fuera correcta, estaríamos aquí ante un caso paradigmático de «omisión por comisión», ya que el tipo del artículo 195 no se cumpliría, como es la regla, permaneciendo el autor *inactivo* ante una persona que se encuentra en peligro, sino mediante un *movimiento corporal* –cerrar una puerta– que es el que deja desamparado a quien iba a encontrar refugio.

c) De los tres subgrupos de casos descritos *supra* 1 el que ha sido objeto de una discusión doctrinal más intensa es el de la interrupción de un curso causal salvador por aquel que lo ha puesto en marcha (el sujeto, después de arrojarlo, retira el salvavidas que se aproxima a quien se está ahogando, o rescata de correos la carta en la que denunciaba la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el art. 450.2 CP, coincidente, en lo esencial, con el § 138 StGB).

Si el sujeto se hubiera limitado a permanecer inactivo *desde un principio*, esto es: si no hubiera hecho nada por auxiliar a quien se encontraba en el mar en situación apurada, si hubiera renunciado ab initio a comunicar a la policía, para que lo impidiera, que se iba a cometer un hecho punible, el enjuiciamiento de esos comportamientos negativos sólo permitiría una calificación: el *sólo omitente* respondería únicamente de una omisión del deber de socorro, en el primer caso, y, en el segundo, de una omisión del deber de denunciar determinados delitos. El problema que se plantea es el de si esa calificación debe experimentar alguna modificación porque la situación de no-auxilio o de no-denuncia no se ha producido como consecuencia de una mera inactividad, sino porque, después de que el sujeto, en un primer momento y mediante un comportamiento activo, ha intentado remediar la situación crítica, cambia de opinión y anula la cadena causal salvadora que el mismo ha puesto en marcha, retirando el salvavidas o la carta denunciadora que se encuentra ya en correos.

En el enjuiciamiento de estos supuestos la doctrina se encuentra dividida. Según una dirección, la interrupción de un curso salvador por la misma persona que lo ha puesto en marcha sólo fundamentaría una omisión propia. Según otros autores, en cambio, estos supuestos no deben experimentar una calificación dis-

(128) Cfr. MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 162; el mismo, GA 1968, pp. 51-52.

tinta de aquella a la que se somete la ruptura de cursos salvadores *ajenos*; por ello, quien retira el salvavidas que previamente había lanzado, y que se dirigía hacia quien se estaba ahogando, respondería, no de una omisión del deber de socorro, sino de un *delito contra la vida por acción*, y quien rescataba de correos la carta en la que previamente había denunciado la próxima comisión de un asesinato, y si la persona en peligro resultaba, efectivamente, asesinada, respondería, no de una omisión del deber de denunciar determinados delitos, sino de una *complicidad por acción en dicho asesinato*. Una última tesis, absolutamente minoritaria, coincide con la primera en que aquí estamos ante un delito de omisión, y con la segunda en que el sujeto debe responder por el resultado, pero no porque haya cometido un delito de comisión, sino uno de omisión impropia.

aa) A favor de la primera solución, esto es: de que en la interrupción del *propio* curso salvador el sujeto debe responder sólo por una omisión propia, se han manifestado, entre otros: v. Overbeck (129); Armin Kaufmann (130) («Por consiguiente, el intento truncado [Armin Kaufmann se refiere al ejemplo de quien reclama de correos la carta en la que denunciaba que se iba a cometer un delito] de llevar a cabo la acción exigida no tiene consecuencias dogmáticas: no modifica en nada la existencia de una omisión típica»); Androulakis (131); Roxin (132) («En nuestros ejemplos lo que sucede es que quien actúa deshace su propio intento de salvación, con la consecuencia de que la situación es la misma que si no hubiera actuado desde un principio. La aplicación de energía positiva y negativa se neutralizan, de tal manera que nuestro autor no debe recibir un tratamiento distinto de quien, desde un principio, ha mostrado su voluntad de no actuar salvadoramente. De estos ejemplos puede derivarse el principio general de que un hacer, cuando se presenta como el desistimiento de un intento de cumplimiento de un mandato, debe ser subsumido en el tipo de omisión cuyo mandato se ha infringido mediante una intervención activa. Con ello no es que el hacer se convierta en un omitir; nuestra conclusión hay que interpretarla, más bien, en el sentido de que el tipo de mandato contiene, como norma secundaria, la prohibición de un hacer como

(129) Cfr. GS 1922, p. 328.

(130) 1959, p. 108.

(131) *Vid.* 1963, p. 155.

(132) 1969, pp. 382-383.

el descrito productor del resultado»); Behrendt (133); Jakobs (134); Otto (135) («... que la ruptura de esfuerzos propios de salvación debe ser subsumible como omitir. Ese supuesto, llamado también desistimiento del intento de cumplir el mandato, no debe ser enjuiciado de manera distinta que una acción omitida de salvación omitida desde un principio»); Schönke/Schröder/Stree (136); Seelmann (137); y Rudolphi (138).

De todas formas, Roxin establece un «punto de no retorno», a partir del cual la ruptura del propio curso salvador convertiría al comportamiento en un delito de acción, que en el caso de quien termina ahogándose, sería contra la vida: «Si se quiere formular la idea de manera abstracta, podría decirse que el omitir por hacer se transforma en un delito de comisión en el momento en que el cumplimiento del mandato entra desde el estadio de la tentativa en el de la consumación, es decir, desde el momento en que el curso causal salvador ha alcanzado la esfera de la víctima. Para ello ni siquiera es necesario que quien padece el peligro tenga físicamente “en sus manos” el medio de salvación. Bastará con que la denuncia del delito de encuentro en el casillero del amenazado o con que quien se está ahogando hubiera podido agarrarse, sin ayuda ajena, al cable salvador» (139).

bb) Frente a esa dirección doctrinal, otro sector, igualmente numeroso, defiende que en estos supuestos de ruptura de la *propia* cadena salvadora el autor debe responder —por ejemplo, en el caso del salvavidas, y si quien se estaba ahogando perece— por un delito contra la vida *ejecutado por acción*, ya que sería irrelevante que el curso causal salvador haya sido puesto en marcha por la misma persona que luego lo rompe, que por un tercero, supuesto este último en el que existe amplio acuerdo en que ese tercero comete un delito de acción al que se debe reconducir la lesión del bien jurídico (v. inmediatamente *infra* B). En este sentido se han manifestado, entre otros:

(133) *Vid.* 1979, p. 190 n. 170.

(134) Cfr. AT, 1991, 7/62.

(135) AT, 1996, § 9 n. m. 21.

(136) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 160.

(137) *Vid.* NK, 2001, § 13 n. m. 25.

(138) Cfr. SK, 2001, § 13 n. m. 47.

(139) ROXIN, 1969, p. 387. En el mismo sentido: BAUMANN/WEBER, AT 1985, p. 239; JAKOBS, AT, 1991, 7/63 n. 108; KÜHL, AT, 2000, § 18 n. m. 21; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 160; SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 25; RUDOLPHI, SK, 2001, § 13 n. m. 47.

Langer (140); Engisch (141) («Después de que A, independientemente de si estaba o no obligado a ello, ha creado una situación sobre cuya base quien se estaba ahogando podía salvar su vida, y, con toda probabilidad, la hubiera salvado, la destrucción del próximo salvamento fue una actividad que produjo, causalmente, de acuerdo con las leyes de la naturaleza, el resultado típico de muerte. Contemplado desde la aplicación de energía en ese momento, no existe ninguna diferencia entre que un tercero, previamente, hubiera arrojado el salvavidas o que éste “hubiera caído del cielo”»); Samson (142); Schmidhäuser (143) («Al arrojar el anillo salvavidas, A ha realizado la aportación que le venía exigida por la situación de necesidad de X. Con su actuación subsiguiente [la retirada del anillo] A lleva a cabo una intervención que empeora la situación de X. Ahora concurre ya, por consiguiente, un delito de comisión, en el que no se precisa de una situación de garante del autor ... El resultado hay que imputarlo objetivamente a A, ya que, sin su intervención posterior, X se habría salvado; A debe ser castigado por homicidio»); Blei (144) [«Si es una comisión mediante hacer activo que alguien rompa una cadena causal que se dirige hacia la salvación (por ejemplo: se sujeta a quien está dispuesto a socorrer o se desvía una tabla que se dirige casualmente a quien se ahoga), entonces el mismo comportamiento no puede ser enjuiciado de una manera distinta, si alguien que ha puesto en marcha, primero, un proceso causal de salvación, y después de que se ha desprendido de él, lo anula mediante una intervención activa»]; Maurach/Gössel (145); Baumann/Mitsch (146); y Stratenwerth (147) («Si el autor ha creado, primero, oportunidades de salvación ... que, posteriormente, anula, entonces se trata de una intervención en un “proceso causal salvador”, es decir: de un caso de comisión»).

cc) Finalmente, Silva (148) estima que en estos casos la ruptura del curso salvador propio fundamenta una posición de garante

(140) Cfr. 1972, p. 499 n. 3.

(141) 1973, p. 183.

(142) Cfr. 1974, pp. 582 ss.

(143) AT, 1975, 16/108. V. también, y en idéntico sentido, el mismo, Studienbuch AT, 1982, 12-53.

(144) AT, 1983, p. 312.

(145) Cfr. AT II, 1989, § 45 n. m. 45.

(146) V. AT, 1995, § 13 n. m. 31.

(147) AT, 2000, § 13 n. m. 3.

(148) Cfr. 1986, p. 223; en idéntico sentido, el mismo, 1994, pp. 30-31. Como veremos *infra* B 2 c), SILVA mantiene la misma solución para el caso de ruptura de cursos salvadores ajenos.

por injerencia, y que, en consecuencia, al autor le es imputable el resultado en comisión por omisión.

3. TOMA DE POSICIÓN

a) Prescindiendo de los casos expuestos *supra a)*, y sobre los que ya he expresado mi opinión de que constituyen supuestos aporéticos de omisión propia, que se cumple, no porque, por ejemplo, el portador de la carta de denuncia de que se va a cometer un asesinato se dé la vuelta, sino simplemente porque *omite* la evitación de ese delito, quedan por resolver los supuestos de hecho a los que se ha hecho referencia *supra 2 b)* y *c)*.

b) En el supuesto de hecho tratado *supra 2 b)* (el morador cierra la puerta abierta de su casa, impidiendo así que se salve de ser muerto por una jauría de perros la persona que trataba de buscar refugio en aquélla) hay que adherirse a la opinión expresada por Meyer-Bahlburg –el autor que ha construido ese caso y el único que se ha pronunciado sobre él– de que ahí estamos ante una omisión del deber de socorro.

Esta solución exige que se explique cómo es posible subsumir una acción (*cerrar* la puerta) en un tipo penal que contiene un verbo aparentemente omisivo (art. 185.1: «El que *no socorriere* a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave ...»). Pero ello no presenta mayores dificultades, ya que se puede no-socorrer de dos maneras distintas: permaneciendo *inactivo* (omisión) cuando el «desamparado» no se puede salvar por sus propios medios, o bien *actuando* para desbaratar un proceso causal desencadenado por el «desamparado» (quien *corre* hacia la casa donde espera encontrar refugio), y que podría haber evitado la situación crítica, pues, desde un punto de vista gramatical, no existe obstáculo alguno en subsumir la acción de cerrar la puerta en el verbo típico «no-socorrer». Es cierto que el tipo del artículo 195.1 está recortado, *primariamente*, para abarcar conductas omisivas, pero ello no significa que no puedan subsumirse en él también, en determinados supuestos, y como es aquí el caso, y sin vulnerar el principio de legalidad, hacerlos positivos, de la misma manera que, si bien el delito de homicidio del artículo 138 está pensado, *primariamente*, para un comportamiento activo («matar»), nunca se ha apreciado problema alguno en aplicarlo, en determinados casos, a conductas consistentes en un

no-hacer, a saber: en un no-hacer consistente en una comisión por omisión.

En este sentido, el término «omisión por comisión» no recoge con precisión lo que caracteriza a este grupo de casos: no es que la *acción* de cerrar la puerta sea subsumible, *mediatamente*, en el tipo *exclusivamente* omisivo del artículo 195, sino, más bien, que éste es uno *ambivalente*, que abarca, ciertamente y primariamente, comportamientos pasivos, pero en el que también es posible incluir, *directamente* y *excepcionalmente*, determinados comportamientos activos como éste que ahora nos está ocupando: desde un punto de vista gramatical, no es preciso hacer violencia alguna a las palabras para poder afirmar que quien cierra una puerta de una casa, donde podría haber encontrado refugio el desafortunado perseguido por los canes, está no-socorriendo, no-auxiliando a quien se encuentra «en peligro manifiesto y grave».

c) El último grupo de casos que hay que resolver –ruptura de cursos causales salvadores propios: por ejemplo, el sujeto, después de arrojarlo, retira el salvavidas que se aproxima a quien se está ahogando, pereciendo éste bajo las aguas– es el que ha sido más intensamente estudiado por la doctrina, y para el que, como ya se ha indicado, se proponen tres soluciones distintas: considerarle una omisión propia, un delito de acción contra la vida, o uno de omisión impropia.

En mi opinión, y suscribiendo la dirección doctrinal expuesta *supra* 2 c) aa), todos los casos que ahí se incluyen deben ser considerados de omisión propia, pero no porque aquí nos encontremos ante una llamada «omisión por comisión», esto es: ante un hacer subsumible *mediatamente* en un delito omisivo, sino ante un comportamiento abarcado *directamente* por el artículo 195, en cuanto que el sentido literal posible de la expresión no-socorrer puede abarcar también –como se acaba de exponer *supra* b)– determinados haceres: quien retira la tabla que previamente había arrojado a quien se estaba ahogando, mediante esa acción «no-está-auxiliando» a la persona desamparada. Por lo demás, y en contra de lo manifestado por Roxin y sus seguidores (149), estos supuestos de hecho no merecen una calificación distinta en función de si la tabla se ha aproximado más o menos a quien está a punto de ahogarse: el *momento decisivo* que convierte a la ruptura del curso salvador en un *auténtico delito de acción en relación de causalidad con el re-*

(149) V. *supra* n. 139.

sultado lesivo, y como se expondrá más adelante, al estudiar la «desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo» (*infra D*), es cuando el proceso causal ha dejado de ser potencial (independientemente de si esa potencialidad era mayor o menor, porque la tabla estaba más o menos cerca de quien se estaba ahogando), y *se ha convertido en real*, pues si entonces se le arrebató al sujeto pasivo el salvavidas al que ya está asido, será ese comportamiento activo el que —como en cualquier otro delito de acción— haya producido el resultado típico.

Por lo que se refiere a la tesis reproducida *supra 2 c) bb)*, de que aquí estaríamos, como en la ruptura de cursos salvadores *ajenos*, ante un delito de acción, me remito a la crítica que contra esa concepción expondré más adelante, y en la que someteré a un tratamiento unitario la ruptura de cursos salvadores *sin más*, pues, en mi opinión, lo determinante no es si dichos cursos son propios o ajenos, sino si lo que se interrumpe es uno en el que existía la obligación de garante de evitar el resultado.

Para la crítica de la concepción de *Silva*, expuesta *supra 2 c) cc)*, de que estos supuestos deben calificarse de una omisión impropia, me remito igualmente a lo que se dirá *infra B 3 c)*. En cualquier caso, el argumento de *Silva* de que esa comisión por omisión vendría fundamentada en una posición de garante por injerencia (por la injerencia de arrojar la tabla) no puede convencer, pues lo que caracteriza a esta posición de garante es que el omitente ha *elevado*, mediante un hacer precedente (por ejemplo, *abriendo* una zanja, que luego no señaliza al llegar la oscuridad, rompiéndose una persona una pierna al caer violentamente dentro de ella), el riesgo de producción del resultado, mientras que aquí sucede todo lo contrario: mediante un hacer precedente (que luego interrumpe) el autor había *disminuido* (al poner en marcha un curso salvador) el peligro de que el bien jurídico resultara lesionado.

Con lo expuesto no doy por finalizado el estudio de la ruptura de cursos salvadores propios, ya que, después de ocuparme de la ruptura de cursos salvadores ajenos, volveré a ocuparme de este grupo de casos *infra B 4 c)*, aprovechando ulteriores conclusiones extraídas de dicho análisis.

B. Ruptura de cursos causales salvadores ajenos

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

a) *La cuestión en la doctrina*

La ruptura de cursos causales salvadores ajenos se caracteriza por que un *proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha*, y que habría podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un *movimiento corporal de un tercero*.

a) *La cuestión en la doctrina.*

Además del caso del salvavidas que se desliza ya hacia el bañista que se encuentra en apuros y que es retirado por una tercera persona (ruptura *a posteriori* de un curso salvador), descrito por primera vez por Traeger (150), en la variante de que B impide que A llegue a poner en marcha el curso salvador, sujetándole por la fuerza antes de que lance el flotador que podría salvar a X de morir ahogado (ruptura *ab initio* del curso causal salvador), otros supuestos que pertenecen a este grupo de casos son los siguientes:

- Un tercero impide al enfermero que administre un antídoto a quien, a consecuencia de un error, se le ha inyectado un producto que, en la sobredosis aplicada, se ha convertido en venenoso (151).
- Quien iba a denunciar un delito se ve impedido violentamente de hacerlo por parte de otro sujeto (152).
- Cuando A va a administrar a B la medicina contenida en una ampolla que salvaría la vida de este último, C tira la ampolla contra el suelo, destruyéndola (153).
- Cuando el camionero A se dispone a trasladar a B, que acaba de sufrir un infarto, a un hospital, C se apodera de la llave de encendido del vehículo, haciendo imposible el salvamento (154).

(150) 1904, p. 65.

(151) El ejemplo se describe, por primera vez y por lo que alcanzo a ver, por v. ROHLAND, 1908, p. 14, y reaparece continuamente, con algunas variantes, en la posterior discusión.

(152) El ejemplo procede, como tantos otros, de v. OVERBECK, GS 1922, p. 331.

(153) El ejemplo procede de Armin KAUFMANN, 1959, p. 196.

(154) El ejemplo procede de MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 16.

– A, que va a avisar a una ambulancia para que traslade a un hospital a quien ha sufrido un accidente, no logra hacerlo porque el propietario de la vivienda le impide utilizar el teléfono (155).

– El tercero amenaza con un mal a A, si éste persiste en su intento de salvar a otra persona, renunciando entonces el amenazado a ejecutar la acción de auxilio (156).

– En el lugar de un accidente A se dispone a prestar auxilio a quien lo ha sufrido (X), pero desiste de ello porque un tercero le engaña y le dice, faltando a la verdad, que X ya ha sido trasladado a un hospital (157).

b) La cuestión en la jurisprudencia.

Como el descubrimiento de este grupo de casos –y, con ello, su aprehensión teórica– no se produce hasta una época relativamente reciente, por ello, porque se desconocía su existencia, ni en la jurisprudencia española ni en la alemana se encuentran casos reales que hayan sido examinados por los tribunales desde la perspectiva de la «ruptura de cursos salvadores ajenos». Pero ello no quiere decir que no hayan tenido que enjuiciarse supuestos que presentaban estas características, aunque no se las reconociera en los Antecedentes de Hecho, ya que una manera de conseguir la lesión de un bien jurídico es precisamente la de desbaratar una cadena causal que hubiera podido salvarlo.

Y así, y por citar un ejemplo, la sentencia del TS de 8 de noviembre de 1961, A. 3812, se ocupa de un caso en el que una mujer, con intención de suicidarse, ingirió una solución concentrada de ácido clorhídrico, expresando después su deseo de ser tratada y de sobrevivir. El marido, Francisco, que vio en ese intento de suicidio una oportunidad de poder heredar a su acaudalada esposa, ejerció distintos haceres positivos dirigidos a interrumpir el «curso salvador ajeno» del médico que había acudido para atender a la mujer. «Francisco», se puede leer en la sentencia, «manifestó [falsamente] al médico que su esposa había escupido el ácido al llegarle a la boca, incluso mostrándole señales en el suelo», convenciendo al facultativo de que «la ingestión de ácido había sido nula o escasísima», lo que condicionó que aquélla no fuera ingresada urgentemente en un hospital, donde podría haber sido tratada de la intoxi-

(155) El ejemplo procede de MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 16.

(156) El ejemplo procede de Armin KAUFMANN, 1959, p. 196.

(157) El ejemplo procede de Armin KAUFMANN, 1959, p. 196.

cación, muriendo posteriormente a causa del envenenamiento. Frente al recurso del Ministerio Fiscal, que estimaba que esos hechos deberían ser considerados un parricidio doloso, el TS confirma la condena de la Audiencia Provincial por un delito de auxilio al suicidio.

Independientemente de cómo deba calificarse esta conducta, lo que parece obvio es que nos encontramos ante un caso paradigmático de «ruptura de cursos salvadores ajenos», ya que la acción del marido no va dirigida a provocar inmediatamente la muerte —la muerte se produce, más bien, por la ingestión del ácido clorhídrico *que se había administrado directamente la propia víctima*—, sino que su efecto es que rompe una cadena causal de salvación ya iniciada —el tratamiento médico— que no se concreta, *a consecuencia de la acción engañosa a la que el autor somete al facultativo*, en su posterior y lógica evolución de una terapia hospitalaria de urgencia.

2. SOLUCIONES PROPUESTAS EN LA DOGMÁTICA

La doctrina absolutamente dominante no tiene dudas sobre cómo deben ser calificadas estas rupturas (*ab initio* o *a posteriori*) de cursos salvadores ajenos: como delitos de acción (158) a los que se les deben imputar las eventuales lesiones producidas en los bienes jurídicos. Por consiguiente y por ejemplo: si A impide que B auxilie a X, porque le sujeta, porque le amenaza con un mal, porque le impide que utilice el teléfono, porque le engaña, diciéndole que X ya ha recibido asistencia, A respondería de un delito de homicidio por acción (159), y *todo ello independientemente de si aquél a quien se impide realizar la acción de salvamento es garante o sólo está obligado a actuar, como omitente propio, sobre la base del artículo 195 CP, e independientemente también de si es garante o no quien rompe el curso salvador* (160).

(158) Minoritariamente, Arthur KAUFMANN/HASSEMER, SILVA y SEELMANN estiman que aquí estamos ante delitos de omisión impropia (*vid. infra c.*). V. OVERBECK, GS 1922, p. 331, MEYER-BAHLBURG, GA 1968, p. 51, y HERZBERG, 1972, p. 44, estiman, muy minoritariamente también, que quien rompe cursos salvadores ajenos debe responder sólo por una omisión *propia*.

(159) O por una tentativa de homicidio si X, no obstante y por otros medios, consigue salvar la vida.

(160) Cfr., en este sentido, por todos: Armin KAUFMANN, 1959, pp. 196 ss.; MAURACH/GÖSSEL, AT II, 1989, § 46 n. m. 50; ROXIN, 2000, p. 472.

En lo que sigue, y partiendo de que la práctica totalidad de los autores considera la ruptura de cursos causales salvadores ajenos delitos de acción a los que hay que imputar el resultado típico, en el caso de que éste se produzca, se exponen las dos posiciones mayoritarias vigentes en la doctrina en función de si el *fundamento* de dicha imputación es que tales rupturas han *causado efectivamente* el resultado [*infra a*)], o de si, *aun admitiendo que esa relación causal no existe*, no obstante se llega a la misma calificación, argumentándose con el principio –análogo al de la (cuasi)causalidad de la omisión impropia– de que, si se suprime mentalmente la acción de ruptura, el resultado típico, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se habría producido [*infra b*)] (161). Finalmente [*infra c*)], nos ocuparemos de una tesis minoritaria que, como las otras dos, *también* llega a la imputación del resultado a quien rompe el curso salvador, pero por estimar que aquí estaríamos ante un caso de *omisión* (impropia).

- a) *La acción de ruptura constituye un delito de comisión, y el resultado debe ser imputado a dicha acción porque entre ésta y aquél existe una relación de causalidad*

Consideran que a la acción de ruptura de un curso salvador ajeno se le debe imputar el resultado, porque entre aquélla y éste existe una efectiva relación de causalidad, y entre otros: Traeger (162) («La acción de B [el que impide que A llegue a arrojar el salvavidas] es igualmente causal para la muerte de X [del bañista]. Pues si suprimimos mentalmente la acción de B, entonces X –con toda probabilidad– habría sido salvado»); v. Rohland (163) («Por consiguiente, y por una parte, se puede causar un resultado directamente creando condiciones positivas, y, por otra parte, e indirectamente, destruyendo condiciones impeditivas. Allí la causalidad consiste en la colocación de causas; aquí, en la destrucción de la contra-causa»); Frank (164); Engisch (165) [«Recordemos el ejem-

(161) JESCHECK (LK, 1993 ss., antes del § 13 n. m. 90), OTTO (AT, 1996, § 9 n. m. 8), KÖHLER (AT, 1997, p. 215), WESSELS/BEULKE (AT, 2000, n. m. 700), y KÜHL (AT, 2000, § 18 n. m. 20), entre otros, sin fundamentación alguna, es decir: sin especificar si entre la ruptura del curso salvador y el resultado existe o no relación de causalidad, se limitan a afirmar que en estos casos estamos ante un delito de acción y que el resultado debe ser imputado a quien rompe dicho curso.

(162) 1904, p. 605.

(163) 1908, p. 363.

(164) Cfr. StGB 1931, p. 17.

(165) 1931, pp. 27/28.

plo de que un guardagujas sea narcotizado o atado, y que ahora no puede ya cambiar las agujas. Puede pensarse, además, en que alguien, que está a punto de salvar a quien se ahoga, sea sujetado ... Como podemos decir que estas personas, mediante un comportamiento apropiado, habrían impedido ciertas modificaciones que se producirían temporalmente más tarde (el choque, el ahogamiento), aquellas intervenciones de apartamiento (como negación de una negación, es decir: como negación de la evitación del resultado) y el resultado típico figuran entre sí en una relación conforme a las leyes de la naturaleza, y, con ello también, el comportamiento cuya causalidad se quiere examinar y el resultado»]; v. Liszt/Schmidt (166) («La causación de la no evitación es hacer positivo y no omisión. Ejemplo: A retiene violentamente a B, que quiere salvar a C»); Mezger (167) («... naturalmente que la inhibición de un impulso o la evitación de la evitación del resultado no es omitir, sino hacer positivo»); Armin Kaufmann (168) («Quien impide violentamente la acción de salvamento, no sólo comete una coacción, sino que causa el resultado cuya evitación impide violentamente»); Stree (169); Rodríguez Mourullo (170); Nickel (171) («En cualquier caso, cuando el tercero capaz de –y dispuesto a– ayudar es anulado totalmente por el autor, la opinión dominante acepta, con razón, autoría por comisión, afirmando la causalidad»); Samson (172) («Quien rompe una cadena causal evitadora, es causal para el resultado»); Puppe (173); Baumann/Mitsch (174) («Los casos en los que el autor, mediante una intervención activa, impide el éxito de un acontecimiento ya iniciado de evitación del resultado, no presentan ninguna clase de problemas jurídicos específicos de omisión. Se trata de un delito de *comisión* si, sin aquella intervención, el resultado típico hubiera sido evitado por el intento de salvación. Porque en ese caso la intervención impediende de la salvación es causal para el re-

(166) Lehrbuch, 1932, p. 170, n. 1.

(167) Strafrecht, 1933, p. 133, n. 13.

(168) 1959, p. 190, cursiva en el texto original. Cfr., también, pp. 195 ss, y el mismo, 1963, p. 219 n. 29.

(169) Cfr. 1966, p. 158.

(170) Cfr. 1966, p. 295.

(171) 1972, p. 44.

(172) 1974, p. 591.

(173) V. ZStW 92 (1980), pp. 903 ss.; la misma, NK, 2001, antes del § 13 n. m. 98.

(174) AT, 1995, § 15 n. m. 31, cursiva en el texto original.

sultado típico»); Jakobs (175) («También existe causalidad para un resultado en la ruptura activa de procesos salvadores»); Cerezo (176) («Si A impide, mediante el empleo de violencia o intimidación, que B, experto nadador, se eche al agua para salvar al niño C que se está ahogando en el río, su acción es causal para la muerte de C, pues haciendo abstracción de ella el resultado concreto habría dejado de producirse»); Muñoz Conde (177); Kühl (178); y Rudolphi (179) («Con la ayuda de la condición conforme a las leyes de la naturaleza puede concebirse, sin esfuerzo, la causalidad en la ruptura de procesos causales salvadores. Si A rompe un proceso causal salvador, si, por consiguiente, y por ejemplo, impide a B que salve a C —que se está ahogando—, o si sujeta una tabla que la corriente lleva hacia C, y con la que C se hubiera salvado, entonces su acción se encuentra en una relación conforme a las leyes causales con el ahogamiento de C en tanto en cuanto ha roto un proceso causal que, de acuerdo con nuestro saber empírico, habría evitado el resultado típico»).

Las contradicciones de los que afirman una relación de causalidad entre la acción interruptora de un curso causal salvador y el resultado se ponen de manifiesto, como en ningún otro autor, en Roxin. Éste, después de afirmar que «en los delitos de comisión, *en principio*, no tiene influencia en la causalidad ningún proceso causal hipotético», establece, no obstante, «una pequeña limitación» (180) para los supuestos de ruptura de cursos salvadores, donde, efectivamente, para poder establecer una conexión material entre la acción de ruptura y el resultado, hay que acudir a la consideración hipotética de que si A no *hubiera* retenido la tabla que la corriente dirigía hacia B, el resultado de muerte de éste —porque, *con mayor o menor probabilidad*, habría podido

(175) AT, 1991, 7/22.

(176) PG, II, 1998, pp. 55-56.

(177) Cfr. PG, 2000, p. 273.

(178) Cfr. AT, 2000, § 18 n. m. 36.

(179) SK, 2001, antes del § 1 n. m. 4. V. también el mismo, 1966, p. 115.

(180) AT I, 1997, § 11 n. m. 22, cursivas añadidas. En el § 11 n. m. 52 ROXIN vuelve a afirmar: «Como ya sabemos, en la causalidad de los delitos de comisión los procesos causales hipotéticos son, por lo general, irrelevantes», queriendo decir con la expresión «por lo general» que en la ruptura de cursos salvadores hay que establecer la «pequeña limitación» de que ahí sí que son relevantes tales procesos hipotéticos.

asirse al salvavidas— no se habría producido. Con otras palabras: Si se quiere establecer una relación de causalidad entre acción de ruptura y muerte, entonces es imprescindible tener en cuenta el curso causal *hipotético —y no-real—* de qué es lo que *habría sucedido* si —al no haber intervenido A— la corriente hubiera seguido arrastrando la tabla en dirección hacia el que se estaba ahogando.

Roxin expone de esta manera que en el *delito de comisión* de ruptura de cursos salvadores existe relación de causalidad, y que ésta se debe establecer teniendo en cuenta el proceso hipotético que habría acontecido si aquella acción no se hubiera efectuado: «El caso más difícil para la teoría de la equivalencia lo constituye la constatación (poco frecuente en la práctica) de la evitación de procesos causales salvadores. El autor retiene un bote neumático o un perro que se dirige hacia quien se debate en las aguas: la víctima, que si no se hubiera salvado, perece ahogada. O: alguien destruye una medicina que es la única que puede salvar a otra persona; o alguien secciona la manguera del servicio de incendios que habría apagado el fuego. Existe unanimidad en que en tales casos quien actúa debe ser castigado como autor de un delito consumado de comisión, si el proceso causal que ha impedido hubiera evitado el resultado típico con una probabilidad rayana en la seguridad. Lo que es dudoso es cómo es posible fundamentar la causalidad del agente. Ésta falta, si por causalidad se entiende una “fuerza activa” dinámica causante del resultado. En nuestros ejemplos sólo serían entonces causales el agua, la enfermedad o el fuego, mientras que la actuación humana no aparece en el proceso causal, sino que sólo aparta de éste obstáculos potenciales. A veces se deriva de una argumentación así la inidoneidad general del principio causal. Pero un concepto causal así de “metafísico” no es el del Derecho. Éste se conforma con la sucesión de acontecimientos conforme a las leyes de la naturaleza. Pues la evitación del acontecimiento salvador está condicionada conforme a las leyes de la naturaleza, de la misma manera como aquél habría evitado el resultado de acuerdo con las leyes generales. Si fuera de otra manera, entonces el autor no podría alcanzar con éxito, de ese modo, un plan perfectamente planeado. Ciertamente que esta constelación, en comparación con todos los demás casos de causalidad por comisión, presenta la peculiaridad de que, para constatarlo, hay que recurrir a un proceso causal hipotético: a la salvación que se habría producido si el autor no hubiera actuado. Pero esto no significa una refutación, sino sólo una

puntualización del principio de que la conexión real de acontecimientos no puede ser nunca sustituida por procesos causales hipotéticos; pues aquí no se sustituye la actuación del autor por un proceso causal que se añade mentalmente, sino que únicamente se complementa. Dentro del marco de esa complementación hay que tener en cuenta, de todas formas, todas las circunstancias hipotéticas: y así, por ejemplo, el autor *no* es causal si derrama un suero que habría salvado la vida, “si éste, en cualquier caso, habría sido destruido por la acción del calor en el vuelo que lo transportaba al agonizante B”» (181).

- b) *La acción de ruptura constituye un delito de acción, y, a pesar de que entre aquélla y el resultado no existe relación de causalidad, no obstante el agente debe responder por dicho resultado, porque, con una probabilidad rayana en la seguridad, aquél no se habría producido si el autor no hubiera roto el curso causal salvador*

Frente a la posición de estos autores, otro sector de la doctrina, mucho menos numeroso, considera que entre la ruptura de un curso salvador y el resultado no existe una causalidad real, sino sólo una hipotética, aunque por lo general, y dado que en la comisión por omisión la doctrina dominante se conforma, para imputar el resultado, con que la acción omitida *hubiera podido evitarlo*, de ahí que tampoco presente muchas dificultades, sobre la base de esos mismo presupuestos, imputar también el resultado típico a la acción que interrumpe el curso salvador que, hipotéticamente, hubiera evitado el resultado. En este sentido se manifiestan, entre otros, Grünwald (182) («La ruptura de una serie causal que evitaría el resultado por lo general se reputa, sin reparos, como causal para este resultado, a pesar de que aquí también, a partir de la ruptura, se pronuncia un juicio sobre la sucesión pensada de acontecimientos pensados. La afirmación de que la ruptura de una “serie causal salvadora” sería causal para el resultado, es incorrecta. Esa incorrección es, por lo general, inocua; en el principio figura una cadena causal real que se origina a partir de una manifestación de voluntad, es decir, de una acción, y a ésta se le aplica una valoración de la misma manera que a la acción causante de un resultado. Sólo existe una

(181) ROXIN, AT I, 1997, § 11 nn. mm. 32 y 33, cursiva en el texto original.

(182) 1956, p. 11 n. 5.

peculiaridad: la constatación de la causalidad, que es una hipotética a partir del “punto de ruptura”, también aquí es sólo un juicio de probabilidad»); Kahrs (183) («Si [el autor] ha actuado activamente, obstruyendo a quien estaba dispuesto a salvar, y si su comportamiento jurídicamente inobjetable habría consistido en permanecer pasivo, entonces es responsable del resultado, a pesar de que no ha causado el resultado en sentido científiconatural»); y Schmidhäuser (184).

- c) *En la ruptura de cursos causales salvadores ajenos no existe ni un delito de acción ni una relación de causalidad, pero el autor debe responder igualmente por el resultado porque ha cometido una omisión impropia*

Finalmente, Silva estima que en la ruptura de cursos salvadores ni hay relación de causalidad (185), ni hay, tampoco, un delito de acción, pero mantiene, con la doctrina absolutamente dominante, que quien rompe dicho curso también debe responder por el resultado, pero en *comisión por omisión*, ya que aquella ruptura fundamentaría en quien rompe el curso una posición de garantía por injerencia (186).

3. CRÍTICA

Independientemente de la *solución* que puede darse a la ruptura de cursos salvadores ajenos, cuestión de la que me ocuparé *infra 4 d)*, lo que ya se puede decir es que de las tres *fundamentaciones* que hasta ahora ha ofrecido la doctrina para explicar *por qué al autor de le debe imputar el resultado*, ninguna de ellas puede vencer.

(183) 1968, *passim* (p. 217).

(184) Cfr. AT, 1975, 8/76.

(185) Cfr. 1986, pp. 228 ss.; 1994, pp. 33-34.

(186) Cfr. 1986, pp. 240 ss. Para Arthur KAUFMANN/HASSEMER, JuS 1964, p. 156, quien interrumpe un curso salvador ajeno responde, como estima la doctrina dominante, por el resultado, pero no porque cometa un delito de acción, sino uno –y tal como mantiene también SILVA– de omisión impropia. Cfr. también SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 35: «Por faltar la *conditio sine qua non*, aquí [en la ruptura de cursos salvadores ajenos] hay que partir de una omisión».

- a) *Crítica a los que fundamentan la imputación del resultado a la acción de ruptura porque se trataría de un delito de acción en relación de causalidad con la lesión del bien jurídico*

Para esta dirección doctrinal el sujeto, al impedir, *ab initio* o *a posteriori*, un curso causal salvador estaría cometiendo pura y simplemente un delito de acción. Es cierto que en estos supuestos estamos ante un comportamiento positivo en la medida en que el sujeto no se abstiene, sino que ejecuta un *movimiento corporal*; pero esta última circunstancia no legitima para afirmar que de lo que se trata aquí es de un delito de acción como otro cualquiera. Porque los delitos de acción que hasta ahora conocíamos no sólo se caracterizaban por que se llevaba a cabo un movimiento corporal, sino, *además*, por que ese movimiento corporal se encontraba en una relación causal físiconatural con el resultado: el disparo (movimiento corporal de A) es el que, al penetrar en el corazón de la víctima, ha provocado *materialmente* su muerte. En cambio, en la ruptura de cursos salvadores el movimiento muscular *no causa físiconaturalmente* la muerte, sino que sólo impide que un proceso causal que *podría* haber salvado la vida de otra persona haya entrado en juego: existe una diferencia ontológica esencial entre lo que hasta el momento se había considerado en Derecho penal un indubitado delito de acción (A *ahoga* a B, *sumergiéndole* la cabeza en el agua hasta que perece asfixiado), y lo que ahora también se nos pretende hacer pasar por un delito de acción: si A impide que llegue a X el salvavidas que B ha arrojado para rescatarle, A no le ha ahogado *materialmente*, sino que sólo ha impedido que desplegara sus efectos un proceso causal que podría haberle salvado, con mayor o menor probabilidad, dependiendo de la presencia de ánimo de X, y, también, del estado más o menos enfurecido del mar, lo que significa, además, que así como en el *tradicional* delito de acción existe *seguridad* de que es el movimiento muscular el que producido la modificación en el mundo exterior del resultado típico, en estos *supuestos* delitos de acción ni siquiera puede acreditarse que esa lesión del bien jurídico pueda reconducirse, con absoluta seguridad, al movimiento corporal de ruptura del curso salvador.

Ciertamente que, entre los autores que afirman que en estos supuestos estamos ante un delito de acción que se encuentra en relación de causalidad con el resultado, figuran aquellos que también consideran a las condiciones negativas –a las omisiones– causales para el resultado, por lo que, para dichos autores, no sería tan in-

consecuente sostener que quien impide una condición evitadora coloca, con ello, una condición negativa de ese resultado. La inconsecuencia es manifiesta, en cambio, en aquellos otros autores que, a pesar de que sostienen que las condiciones negativas no figuran en conexión material con el resultado, establecen una *excepción* para estos casos en el sentido de que la ruptura de cursos salvadores sería causal para la lesión del bien jurídico, a pesar de que, como mucho, esa ruptura sólo podría ser considerada como una condición negativa (187).

Por consiguiente y para concluir: Equiparar la causalidad del delito tradicional de acción con la interrupción de cursos salvadores ajenos supone incluir en un mismo concepto (delito de comisión) dos fenómenos completamente distintos, que sólo tienen en común que, en ambos casos, el autor realiza un movimiento muscular: pero, mientras que en aquél existe una causalidad físiconatural entre ese movimiento y el resultado típico (la muerte de B es reconducible materialmente a A, que ha sumergido a B en el agua hasta ahogarle: causalidad real y no hipotética), en la ruptura de cursos salvadores ésta no constituye una aplicación de energía que se transforma mecánicamente en la producción del resultado, sino que se limita a impedir la entrada en juego de una cadena causal que, tal vez, habría impedido el resultado. Y de la misma manera que una condición negativa no es causa material del resultado, por lo que, como hemos tratado de demostrar *supra* II B 2 b) bb), las omisiones no están en relación de causalidad con aquél, tampoco puede ser causal una intervención activa cuya eficacia en el mundo exterior se agota en la permanencia de una condición también negativa del resultado: se agota en que el envenenado *no* puede ingerir el antídoto, o en que el bote *no* alcance a quien se está ahogando. Por lo demás, y a diferencia de la causalidad real del auténtico delito de comisión, donde la conexión entre acción y resultado se puede establecer con absoluta seguridad (A ha muerto *porque* B le ha disparado), en la ruptura de cursos salvadores se hace necesario acudir a la especulación hipotética de si el resultado se habría producido o no en el caso de que ese curso no hubiera sido interrumpido.

(187) Sobre esta contradicción ha llamado la atención, con razón, PUPPE, ZStW 92 (1980), p. 898: «Esto incluso lo reconocen los enemigos de incluir la negación en las explicaciones causales cuando en la ruptura de procesos causales salvadores ... fundamentan la imputación, en última instancia, en un “hecho negativo”».

pido. Con ello reaparecen todos los problemas de imputación del resultado característicos de la omisión impropia (¿habría salvado el enfermo A la vida, si B no hubiera impedido al médico C tratarle, o la muerte, teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad, habría sobrevenido en cualquier caso, aun sin interrupción del curso salvador?), y con los que, como hemos visto anteriormente, se tienen que enfrentar todos los procedimientos hasta ahora ideados para poner en conexión una condición negativa con una modificación del mundo exterior (¿hay que exigir probabilidad rayana en la certeza, o seguridad de evitación del resultado, o solamente disminución del riesgo de lesión?).

- b) *Crítica a los que, negando la relación de causalidad entre la ruptura del curso salvador ajeno y el resultado, y acudiendo a un procedimiento análogo al que rige para la omisión impropia, imputan el resultado a aquella ruptura siempre que, sin ésta, la lesión, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se hubiera producido*

Como hemos visto, esta segunda dirección doctrinal estima, igualmente, que la ruptura del curso causal salvador supone un delito de acción al cual se le debe imputar el resultado producido. Pero esa imputación no derivaría de que aquí estaríamos ante un movimiento muscular *causante* del resultado, sino de la circunstancia de que, si suprimo mentalmente la intervención interruptora, el resultado (de muerte) no se habría producido, ya que la víctima se habría podido asir al flotador. El fundamento de por qué en estos supuestos, no obstante reconocerse la ausencia de causalidad físico-natural entre acción y resultado, éste puede ser reconducido a aquélla, se establece con un razonamiento análogo al que rige para la omisión impropia: si en ésta, y a pesar de que la inactividad no causa el resultado, se responde de su producción, porque la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría impedido la lesión, no existiría inconveniente en argumentar de manera parecida para la ruptura de cursos salvadores: si el sujeto *no hubiera actuado* –no hubiera roto el curso salvador–, entonces, con una probabilidad rayana en la seguridad, el resultado tampoco se habría producido.

Contra esta tesis hay dos cosas que objetar.

En primer lugar, que al tener que acudir a un proceso causal hipotético (¿se habría evitado el resultado si el autor no hubiera roto

el curso causal salvador?), tiene que enfrentarse con todos los inconvenientes que se le presentan, como he expuesto anteriormente, a todos los que en la omisión impropia operan con una fórmula más o menos adaptada de la *conditio sine qua non*, y con los que se tienen que enfrentar también –como acabamos de ver *supra b)*– los que mantienen que entre ruptura del curso salvador y resultado típico existe una efectiva causalidad material.

Y, en segundo lugar, que, a diferencia de la tesis criticada *supra a)*, que, aunque equivocada, al menos proporciona una *fundamentación*, porque si fuera cierto –que no lo es– que la ruptura del curso salvador causa materialmente el resultado, entonces, *de acuerdo con los principios que rigen para los delitos de comisión*, estaría fuera de discusión que el autor debería responder por dicho resultado, en cambio la dirección doctrinal que ahora nos ocupa pasa por alto que, *de acuerdo con los principios que rigen para la omisión impropia*, no basta con que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que se exige, además, que en el autor concorra la condición de *garante*, por lo que habría que explicar –lo que hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, ni siquiera se ha intentado– por qué hay que equiparar a un garante, analógicamente, a quien, sin serlo, se limita a intervenir activamente en un curso salvador.

c) *Crítica a la solución de la omisión impropia*

Como hemos visto *supra 2 c)*, Silva mantiene que en estos casos el autor debe responder por el resultado porque, al romper el curso salvador, se convierte en garante por injerencia, por lo que, al omitir posteriormente la acción que habría evitado el resultado, a éste, siguiendo las reglas de la comisión por omisión, se le debe imputar igual que si lo hubiera causado mediante un movimiento corporal.

Pero esta tesis tampoco puede convencer. La injerencia se caracteriza por que un hacer precedente –por ejemplo, abrir una zanja– obliga al autor a actuar para evitar los daños que puedan derivar de esa acción previa peligrosa –en nuestro ejemplo: a señalizarla durante la noche–. Pero si el sujeto rompe el curso salvador porque dispara contra el bote neumático –hundiéndolo– que se aproximaba a quien se estaba ahogando, o porque destruye la ampolla que contiene la medicina que podría salvar la vida del enfermo, su ulterior *inactividad* –que es a la que Silva trata de vincular la imputación del resultado– no puede fundamentar una omisión impropia. Pues la

omisión –como especie del *comportamiento pasivo* en general– (188) se caracteriza por que el sujeto deja de realizar una *acción posible* que habría evitado el resultado. Y, naturalmente, si el bote se ha hundido ya, y si la medicina ha sido destruida, entonces *no existe tampoco oportunidad* de salvar, mediante una *acción posible*, el bien jurídico, y, por ello, *en el autor no concurre, conceptualmente, ninguna omisión* a la que poder vincular la responsabilidad por el resultado.

4. TOMA DE POSICIÓN

a) *Introducción*

Para solucionar todos los problemas planteados, lo mejor es partir de supuestos de hecho cuya *calificación final* esté, *intuitivamente*, fuera de discusión, aunque todavía no sepamos cómo fundamentar esa calificación. Si una persona, mediante engaño, violencia o intimidación, evita que una madre alimente a su hijo, falleciendo éste, si una persona, acudiendo a los mismos medios, impide que un médico practique la operación a un enfermo grave, que muere entonces sin que se le haya podido aplicar la terapia quirúrgica adecuada, es *obvio* que esas personas que han obstaculizado los cursos salvadores ajenos deben responder por los resultados producidos (muerte del bebé, fallecimiento del paciente).

b) *Una tercera forma de realización del tipo junto al delito de acción y a la comisión por omisión: la ruptura de cursos salvadores*

El desconcierto de la doctrina ante este grupo de casos se pone de manifiesto en que la teoría prácticamente unánime [*supra* 2 a) y b)] mantiene que aquí estamos ante un *delito de acción*, a pesar de que, como ya he expuesto anteriormente, esta interrupción de cursos salvadores ajenos presenta una *estructura distinta* de la del delito de acción, ya que en éste es el movimiento corporal el que ha causado físiconaturalmente el resultado (se mata a otro de un disparo en el cerebro), y ya que, por ello, existe también la *seguridad* de que es aquél el que ha provocado éste, mientras que en la ruptura de cursos salvadores ajenos la acción no causa físiconatural-

(188) V. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 186 ss.

mente el resultado (quien sujeta al cirujano no produce materialmente la muerte del paciente que ha fallecido a consecuencia de su enfermedad), sino que se limita a evitar una acción hipotética: la intervención potencial del cirujano, que, con una probabilidad más o menos rayana en la certeza, habría evitado el resultado, por lo que –igualmente a diferencia de lo que sucede en el delito de acción– tampoco existe la seguridad de que la muerte pueda reconducirse efectivamente al movimiento corporal de ruptura.

La tesis minoritaria de Silva [*supra* 2 c)] de que en estos supuestos estaríamos ante una omisión impropia, y de que, por consiguiente, también se podría imputar el resultado sobrevenido al que ejecuta la interrupción del curso salvador, elude las contradicciones de quienes mantienen que estos supuestos constituyen un delito de acción, pero al precio de considerar una comisión por omisión un grupo de casos que tiene una *estructura distinta* de la omisión impropia, pues mientras que en ésta el *garante* se limita a *no-ejecutar* una acción que podría haber evitado el resultado, los supuestos que ahora nos ocupan se caracterizan porque el autor es un *no-garante* que, además, *ejecuta dolosamente una acción* a la que se reconduce el resultado (189).

Y, sin embargo, y a pesar de su escasa fuerza de convicción, las soluciones que propugnan tanto la teoría dominante como Silva tienen una justificación. Porque si, de acuerdo con el aparato dogmático vigente, el tipo del homicidio («matar»), por ejemplo, sólo se puede realizar de *dos maneras*: bien mediante una acción causante del resultado, bien omitiendo la acción debida, entonces habrá que incluir en una (delito de acción) o en otra (delito de omisión impropia) categoría a la interrupción de cursos salvadores ajenos para poder justificar por qué en estos supuestos al sujeto *también* se le imputa el resultado.

Pero si la interrupción de cursos salvadores es una *acción* que no constituye un *delito de acción*, porque el sujeto no causa materialmente el resultado, ni tampoco uno de *omisión impropia*, porque el sujeto no se limita a no-hacer, sino que, por el contrario, *hace un algo al que es reconducible el resultado*, entonces ello quiere decir que existe una *tercera forma*, distinta de las dos anteriores, de *realizar el tipo*, a saber: la de interrumpir cursos causales salvadores ajenos, una tercera forma que, a pesar de su incomparablemente menor trascendencia práctica –porque la manera habitual de realizar

(189) Para una ulterior crítica de la tesis de SILVA cfr. *supra* 3 c).

un tipo de resultado es, bien mediante una acción causante del mismo, bien mediante una omisión impropia–, debe ser analizada diferenciadamente, para poder determinar cuándo, y por qué motivos, se puede decir de una interrupción de cursos salvadores que es subsumible en, por ejemplo, la descripción legal del homicidio.

c) *Otra vez: la ruptura de cursos salvadores propios*

Una vez establecido que en estos casos estamos ante una *tercera forma de realización del tipo*, distinta de la del delito de acción, y distinta, también, de la del delito de omisión impropia, lo primero que hay que decir es que, en contra de la distinción de la doctrina dominante, la línea divisoria en las interrupciones de cursos salvadores no discurre, desde un punto de vista material, entre aquellas que rompen uno propio y aquellas otras que lo hacen de uno ajeno, ya que tanto de una manera como de la otra se puede realizar un tipo de resultado.

En la ruptura de cursos salvadores propios, la indiferenciada –y equivocada– solución que reciben de la doctrina dominante procede de que aquélla ha planteado *parcialmente* los problemas, ya que *todos los supuestos que se manejan* para la discusión dogmática hacen referencia a casos en los que un *omitente propio* interrumpe un curso causal puesto en marcha por él mismo, y que estaba dirigido a satisfacer la obligación *estrictamente jurídicopenal* que le imponía, bien el artículo 195 (el no-garante retira el bote salvavidas que previamente había arrojado para salvar a quien se estaba ahogando), bien el artículo 450.2 CP (el no-garante, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 450.2, la reclama con éxito, impidiendo así que su contenido llegue al conocimiento de la policía), dividiéndose la doctrina –si prescindimos de la solución propuesta por Silva [*supra* II a 2 c) cc)], en el sentido de que estos casos integran una omisión impropia– entre aquellos que consideran que aquí estaríamos ante una omisión propia [*supra* II a 2 c) aa)], y aquellos otros que mantienen que la interrupción de cursos salvadores propios debe recibir el mismo tratamiento jurídicopenal que el de los ajenos, y que, por consiguiente, la calificación correcta sería la de considerarlos un delito de acción en el que se respondería por el resultado sobrevenido [*supra* II A 2 c) bb)].

Pero a la doctrina le ha pasado desapercibido –al menos por lo que alcanzo a ver– que la ruptura de cursos salvadores propios no

sólo es imaginable en supuestos en los que quien interrumpe ese curso es un no-garante, sino también en otros en los que quien lo hace ostenta la condición de garante; por ejemplo: la madre, que se da cuenta que su hijo pequeño se está ahogando en un apartado lago, después de arrojar un salvavidas atado a una cuerda, y cuando el niño previsiblemente podría haber salvado la vida, asíéndose a él, retira ese salvavidas, pereciendo aquél. Cuando el que lleva a cabo esta conducta interruptora es un no-garante, ya he expuesto *supra* II A 3 b) que no existe obstáculo alguno gramatical –ni material– para mantener que ese comportamiento constituye un no-auxilio, y que, por ello, puede subsumirse sin ulteriores dificultades en el tipo del artículo 195. Pero en el caso que ahora nos ocupa la conducta de la madre debe ser subsumida, no en una simple omisión del deber de socorro, sino en un delito contra la vida y, con ello, en el verbo típico «matar». Si se acepta la tesis que he mantenido en otras publicaciones (190) de que sólo estamos ante una omisión impropia «cuando el [garante] encargado de vigilar una fuente de peligro preexistente prescinde de aplicar las medidas de precaución oportunas para que este foco de peligro, que posteriormente causa el resultado, no se transforme de uno permitido en uno antijurídico, o para –en el caso de que se hayan sobrepasado ya las fronteras del riesgo permitido– reconducirlo al nivel conforme a Derecho» (191), entonces es evidente que existe una *identidad estructural* entre la omisión de la madre que *no arroja* el salvavidas para salvar a su hijo pequeño que se está ahogando en el lago en el que accidentalmente se ha caído (un caso indubitado de *omisión impropia*, porque la garante no ha aplicado la medida de precaución que, dadas las circunstancias, habría mantenido el «foco de peligro niño» dentro del riesgo permitido), y la acción de la garante de interrumpir un curso salvador propio, porque, al arrojar el salvavidas, el «foco de peligro niño», que estaba a su cargo, se estaba manteniendo dentro de lo que, teniendo en cuenta las dramáticas circunstancias del supuesto, se podría considerar el riesgo permitido, riesgo que se ve desestabilizado, convirtiéndose en prohibido, y desembocando entonces en la lesión del bien jurídico vida, cuando la madre, al retirar el salvavidas, resuelve romper el curso salvador que ella misma había puesto en marcha.

(190) Por ejemplo, en los escritos citados *supra* n. 115.

(191) GIMBERNAT, *Modernas tendencias*, 2001, p. 366.

Con otras palabras: Como un garante puede desestabilizar de dos formas distintas un foco de peligro preexistente a su cuidado, convirtiéndolo así de permitido en prohibido, a saber: *no aplicando* la medida de cuidado exigida (omisión impropia), o bien *rompiendo activamente* un curso salvador propio que había establecido —o, en su caso, restablecido— el nivel de riesgo permitido, de ahí que si ese foco de peligro por encima del riesgo tolerado por el Derecho desemboca en la lesión de un bien jurídico (el niño se ahoga), de ese resultado deba responder penalmente, en ambos casos, el garante, ya que es a su inactividad (en la comisión por omisión) o a su actividad (en la ruptura de cursos salvadores propios) a las que hay que reconducir normativamente la transformación del foco de lícito en ilícito.

d) *La ruptura de cursos salvadores ajenos debe ser sometida también a soluciones diferenciadas*

Una vez que hemos distinguido, dentro de la ruptura de cursos salvadores *propios*, entre aquellos que constituyen una omisión propia, porque quien ejecuta la interrupción es un no-garante (el particular no-garante resuelve retirar el salvavidas que previamente había arrojado a quien se estaba ahogando), y aquellos otros que suponen la realización del tipo del homicidio o del asesinato («matar»), *mediante una tercera forma de realización típica* —justamente la de interrupción de un curso salvador—, porque dicha ruptura es llevada a cabo por un garante (es la madre-garante quien efectúa la misma conducta de retirada del salvavidas, que podría haber evitado la muerte del hijo pequeño por ahogamiento), es posible abordar ya la solución o soluciones que deben darse a la ruptura de cursos salvadores *ajenos*.

A diferencia de lo que sucede en la ruptura de cursos salvadores *propios*, en donde, como ya se ha expuesto, la doctrina *sólo* opera con ejemplos en los que es un no-garante quien rompe el proceso que el mismo había puesto en marcha, en la de cursos salvadores ajenos los casos objeto de discusión por la ciencia abarcan tanto supuestos en los que un no-garante rompe el curso salvador de otro no-garante (C se apodera de la llave de encendido del vehículo, cuando el camionero A [no-garante] se disponía a trasladar al hospital al infartado B; B impide por la fuerza a A [no-garante] que éste arroje el flotador que podría salvar a X de morir ahogado), como aquellos otros en los que el protagonista de la interrupción si-

que siendo un no-garante, pero en los que el curso casual que se interrumpe es el que ha iniciado o se dispone a iniciar un garante (A impide al enfermero B [garante] que administre al envenenado el antídoto que podría salvarle la vida; un particular actúa violentamente sobre un guardabarreras [garante], evitando así que éste pueda bajar las vallas). Para la doctrina dominante, sin embargo, esta distinción no tiene ninguna repercusión práctica –por ello, posiblemente, tampoco había sido establecida hasta ahora–, ya que tanto si el curso salvador que se interrumpe va a ser –o ha sido– ejecutado por un no-garante como por un garante, la solución que se propone es *unitaria*: quien rompe ese curso salvador comete, con ello, un delito de acción y responde, en consecuencia, por el resultado típico sobrevenido (192).

Independientemente de si en la ruptura de cursos salvadores ajenos el resultado debe ser imputado a quien rompe ese curso, lo que en cualquier caso debe ser rechazada es la fundamentación de que ello se deduce de que aquí estaríamos ante un delito de acción: como he expuesto *supra* 3 a) y b) y 4 b), hay que mantener, por el contrario, que aquí no concurre un delito de acción, sino, como mucho, una tercera y nueva forma de realizar el tipo, a saber: la forma de la interrupción de cursos causales, por lo que es preciso seguir profundizando en esta ulterior modalidad de realización típica para poder determinar cuándo y por qué se le puede imputar el resultado a dicha interrupción. A estos efectos, hay que distinguir tres variantes de interrupción de cursos casuales ajenos: ruptura por un no-garante del curso causal desencadenado por otro no-garante, ruptura por un no-garante del desencadenado por un garante, e interrupción por un garante de la cadena casual puesta en marcha por un no-garante.

aa) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante.

Cuando un no-garante rompe el curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante (C se apodera de la llave de encendido del vehículo, cuando el camionero no-garante A se disponía a trasladar al hospital al infartado B), en mi opinión la con-

(192) En lo que sigue, y por tratarse de una tesis minoritaria, prescindo de la fórmula por SILVA de que aquí estaríamos ante una omisión impropia, y de la que ya me he ocupado, rechazándola, *supra* B 3 c).

ducta de aquél debe ser calificada de una omisión propia del artículo 195. Ello es así, porque el enfermo no constituía un foco de peligro preexistente ni al cuidado de quien iba a ayudarlo (del camionero) ni de quien interrumpe la acción salvadora de éste (del que se apodera de la llave de encendido), por lo que a ninguno de los dos les incumbía la responsabilidad de que un peligro generado por la naturaleza (el infarto) se mantuviera dentro del riesgo permitido, esto es: con asistencia médica. Por ello, en este caso la acción interruptora del curso causal no se puede subsumir en el verbo típico «matar», ya que *no equivale materialmente* ni a la de quien, mediante un movimiento corporal, causa físiconaturalmente una muerte, ni tampoco a la inactividad del omitente impropio que tiene que cuidar del mantenimiento de un foco de peligro dentro de los límites del riesgo permitido, esto es, y por ejemplo: a la del médico que, con dolo de matar, desatiende al enfermo que ha sido confiado a su cuidado: la ruptura del curso casual ajeno por parte de C ha de ser considerada, por consiguiente, un no-auxilio del enfermo, que cumple el tipo de la omisión de socorro, ya que, tal como se ha expuesto *supra* A 3 a), *excepcionalmente* es posible subsumir *directamente* determinados comportamientos activos (como lo es éste de *interrumpir positivamente* la cadena causal salvadora que iba a iniciar un no-garante) en el artículo 195, sin que ello suponga vulnerar el sentido gramatical posible de las palabras legales.

bb) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante.

Cuando un no-garante rompe el curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante (A impide al enfermero B [garante] que administre al envenenado –quien, finalmente, muere a consecuencia de la ingestión del producto tóxico– el antídoto que podría haberle salvado la vida; un particular actúa violentamente sobre un guardabarreras [garante], evitando así que éste pueda bajar las vallas, sobreviniendo una colisión entre el tren y un automóvil que cruzaba el paso a nivel, y falleciendo el conductor del vehículo), la conducta del primero, en la tercera modalidad de realización de un tipo de resultado por interrupción de un curso salvador, ha de ser subsumida dentro del verbo legal «matar». Ciertamente que el no-garante no ha causado físiconaturalmente el resultado «muerte», y que, tampoco, y por definición, e independientemente de que no ha omitido nada, sino que *ha actuado* rompiendo un curso salvador,

tenía obligación extrapenal alguna de mantener el correspondiente foco de peligro dentro del riesgo permitido. Pero al impedir la actuación del garante (del enfermero o del guardabarreras), que sí que tenía esa obligación, y que la iba a cumplir —o que la estaba cumpliendo ya—, ha desempeñado un papel en el acontecimiento delictivo que debe ser subsumido en la conducta típica de «matar», ya que quien es responsable de que, quien tenía obligación de hacerlo, no pueda actuar (porque se le engaña, o se le amenaza, o se le somete por la fuerza), asume, con ello, el deber del correspondiente garante de mantener el foco de peligro dentro del riesgo permitido, en cuanto que la circunstancia por la que aquél no ha podido cumplir con dicha obligación es reconducible, única y exclusivamente, a quien ha interrumpido el curso salvador ajeno.

cc) Ruptura por un garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un no-garante.

Estos supuestos no han sido examinados nunca, en particular, por la doctrina, lo que, naturalmente, no puede sorprender, porque si, de acuerdo con la teoría dominante, la interrupción de cursos salvadores ajenos fundamenta *siempre* la responsabilidad por el resultado sobrevenido, entonces es indiferente que quien rompa ese curso ostente o no la condición de garante.

En cambio, según la tesis que aquí se defiende, en la interrupción de cursos causales ajenos hay que examinar diferenciadamente cada una de las variantes que se pueden presentar, y como hasta ahora he llegado a la conclusión de que, en los supuestos en los que un no-garante interrumpe el curso salvador de otro no-garante, aquél debe responder por una omisión propia, y de que, en aquellos otros en que es un no-garante el que rompe el curso causal de un garante, el primero debe responder por el resultado sobrevenido, la tercera variante que queda por examinar es aquella en la que es un garante el que impide la acción salvadora de un no-garante.

Como ejemplo de este último grupo de casos puede servir el del padre no-nadador (garante) que impide por la fuerza que un particular no-garante se lance a la piscina para salvar de perecer ahogado al niño hijo de aquél. Que, si el hijo se ahoga, el padre debe responder por un delito contra la vida, es fácil de fundamentar. Porque si el padre, como garante, debe cuidar de que el foco de peligro niño no experimente una desestabilización hacia el riesgo prohibido que desemboque en la lesión del bien jurídico a su cargo, es evi-

dente que el incumplimiento de esa obligación puede manifestarse de dos maneras: bien omitiendo lanzarse al agua de la piscina para salvar a su hijo, si es que el padre sabe nadar, bien impidiendo que otro lo haga en el caso de que se trate de un padre no nadador.

Por lo demás, si el garante que impide un curso salvador iniciado o que se va a iniciar por un no-garante responde por el resultado sobrevenido, con mayor motivo incurrirá en *la misma responsabilidad* si dicho curso se iba a ejecutar o se estaba ejecutando ya por otra persona que ostentaba, asimismo, la condición de garante, supuesto de hecho este último del que puede servir de ejemplo el del padre (garante) que, mediante engaño, coacción o aplicación de violencia, impide que su hijo siga siendo tratado de una grave enfermedad por el médico (garante también) que le estaba atendiendo.

C. *La omissio libera in causa*

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

En el tercer grupo de casos (*omissio libera in causa*) se agrupan aquellos supuestos en los que, *también mediante una acción*, el sujeto se coloca, dolosa o imprudentemente, en una situación de ausencia de imputabilidad o de comportamiento (193) para el momento en el que surja la obligación de actuar; por ejemplo, el guardabarreras ingiere alcohol o un narcótico, de manera que cuando tiene que bajar las vallas se halla en un estado de inconsciencia.

La primera formulación de estos casos se debe también a v. Overbeck, quien expone, como ejemplo de ellos, el ya citado del guardabarreras que ingiere un barbitúrico para encontrarse dormido en el momento posterior de que pase el tren (194); como en la omisión la *posibilidad* de ejecutar la acción debida es un elemento conceptual de aquélla (195), dentro de la *omissio libera in causa* hay que incluir también los supuestos en los que, en virtud de un hacer anterior, el sujeto genera una situación en la que, a pesar de estar consciente, *cuando surge el deber de actuar*, la ejecución de la

(193) Sobre la ausencia de comportamiento cfr. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 187 ss.

(194) Cfr. GS 1922, p. 336.

(195) Cfr. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 191 ss.

acción debida aparece como *irrealizable*, por ejemplo: la madre destruye previamente la medicina que podría salvar la vida de su hijo, por lo que, cuando a éste se le declara el ataque, no tiene posibilidad alguna de administrarla, falleciendo aquél (196).

En la *omissio libera in causa* los problemas, ya de por sí difíciles, que presenta la construcción de la *actio libera in causa* se agudizan aún más: si el camionero sigue conduciendo, a pesar de que se siente invadido por el sueño, y atropella y mata a un peatón porque se duerme sobre el volante (ejemplo de *actio libera in causa*), reconducir la muerte de aquél, no al instante final en que, inconsciente (es decir: con ausencia de comportamiento), le arrolla, sino a la *acción* de continuar el trayecto, a pesar de los síntomas de cansancio que percibe, es una solución perfectamente compatible con el principio de tipicidad: porque aquella acción previa ha sido imprudente, y porque es la que ha causado, indirectamente, el resultado típico: estamos, pues, ante un homicidio imprudente por *acción*.

En la *omissio libera in causa*, en cambio, que la conducta sea típica es más difícil de fundamentar, ya que la omisión, que es la conducta *tipificada*, o bien *no concurre* (ni en los casos de inconsciencia ni en los de imposibilidad de ejecución de la acción omitida), o bien es *inculpable* (y sería, por consiguiente, impune); y ya que tratar de reconducir la punibilidad a la acción anterior (a la de ingerir el narcótico o a la de destruir la medicina salvadora), donde sí que existe conducta, y donde sí que existe, asimismo, dolo o imprudencia, se encuentra con el obstáculo de que ello supondría subsumir en un tipo omisivo un comportamiento activo. La doctrina prácticamente unánime, a pesar de todas esas dificultades, mantiene que el garante, que, dolosa o imprudentemente, condiciona activamente su ausencia de comportamiento o su inculpabilidad para el momento en que surge el deber de actuar, responde por el resultado típico sobrevenido, dividiéndose las opiniones únicamente en si esa responsabilidad se debe vincular al hacer anterior o a la inactividad final.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA *OMISSIO LIBERA IN CAUSA* NO AFECTA A LA OMISIÓN PROPIA

En la omisión propia los supuestos de *omissio libera in causa* apenas –y con la excepción de algún rebuscado ejemplo de labora-

(196) El ejemplo lo tomo de BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 28.

torio (197)— son imaginables (198), al contrario de lo que sucede en la omisión impropia donde el garante (guardabarreras, madre que tiene que administrar la medicina salvadora al hijo enfermo, socorrista) sabe, o debería saber, que tiene que estar *preparado* para actuar en el momento en el que surja la amenaza para el bien jurídico cuya protección tiene confiada. En la omisión propia, en cambio, el deber de actuar es imprevisible *ex ante*, y nace *simultáneamente* con la situación de peligro: yo, como bañista que estoy en la playa, tengo todo el derecho del mundo a dormir una siesta sobre la arena, y si, durante mi sueño, algún nadador, a quien podría haber salvado de estar despierto, sufre un desmayo, no comería ninguna omisión del deber de socorro: porque —al estar inconsciente— mi inactividad no constituye una conducta y, con ello, tampoco una omisión, y porque no tengo —como no-garante— deber alguno de estar preparado para eventuales contingencias que puedan producirse en el mar.

Una situación parecida a la de la *omissio libera in causa* sería, en la omisión *propia*, la de quien, al percibir que alguien se está ahogando, hunde el bote (acción previa) con el que podría haberle rescatado, con lo que, a partir de ese momento, la ejecución de la acción exigida se convertiría en imposible. Pero para explicar por qué en un caso así el sujeto responde por una omisión del deber de socorro no hace falta acudir a la construcción de la *omissio libera in causa*, ya que aquella omisión propia *se consuma* —y por ella responde el sujeto— cuando, *puediendo* acudir con el barco a auxiliar a quien corre peligro, *en lugar de realizar esa acción posible*, decide destruir ese medio de salvación.

De lo expuesto se sigue, por consiguiente, que la *omissio libera in causa* sólo presenta problemas en la omisión impropia. Cómo ha tratado de resolverlos la doctrina —si vinculando la responsabilidad del garante por el resultado a la acción previa o a una (real o fingida) omisión— es lo que pasamos a examinar a continuación (199).

(197) Como al que me referiré *infra* 4 del amigo del guardaguasas, a quien suele acompañar en la caseta, que induce su propia inconsciencia, sabiendo que el guardaguasas-garante va a hacer lo mismo.

(198) De otra opinión, sin embargo, BERTEL, JZ 1965, p. 55; ROXIN, 1969, p. 383; JAKOBS, AT, 1991, 7/69.

(199) Minoritariamente, VOGEL, 1993, p. 124, estima que, aunque el garante provoque intencionadamente su propia incapacidad de acción, sólo responderá del resultado típico a título de imprudencia, pero nunca de dolo, y SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 60, que, a pesar de que la solución no es satisfactoria, los supuestos de *omissio libera in causa* son impunes, pues existe una laguna legal que exigiría, para ser cubierta, la intervención del legislador.

3. SOLUCIONES PARA, EN EL CASO DE LA *OMISSIO LIBERA IN CAUSA*, IMPUTAR EL RESULTADO AL GARANTE

a) *Opiniones que, en la omisso libera in causa, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a la acción anterior*

Según esta dirección doctrinal, la responsabilidad del sujeto-garante por el resultado producido se fundamenta en que, *mediante una acción previa*, condiciona que la inactividad posterior, o bien no constituya un comportamiento, o bien sea inculpable. De acuerdo con los autores que defienden esta solución, como el garante está obligado a velar por la integridad del bien jurídico que tiene encomendado, de esa obligación *derivaría, como norma secundaria*, el deber de estar *preparado* para actuar cuando se presente la situación crítica, deber que infringiría en el momento en que, con su acción, hace imposible la ulterior evitación del resultado típico. Partiendo de estos presupuestos estaríamos aquí ante un caso inequívoco de «omisión por comisión», ya que la conducta del garante sería subsumible en una omisión impropia no sobre la base de un comportamiento pasivo –si el guardabarreras está dormido en el momento en que el tren cruza la carretera no existe comportamiento alguno–, sino del comportamiento *activo* de haberse narcotizado.

Con discrepancias de matiz esta opinión –en la *omissio libera in causa* al garante se le imputaría el resultado por la *acción anterior*– es la que defienden, entre otros: Bertel (200) («Pero si el ordenamiento jurídico manda a alguien una determinada acción, entonces tiene que prohibirle, al mismo tiempo, todas aquellas acciones mediante las cuales el obligado a actuar se imposibilita a sí mismo [la ejecución] de la acción mandada ... Esta prohibición se deriva sin dificultades del mandato, ya que es imprescindible para la existencia eficaz del mandato ... No existe una prohibición que vedara, en general, sustraerse a cualquier mandato. Lo que sucede es, más bien, que cada mandato individual genera, por sí mismo, una prohibición así. Quien infringe esa prohibición no comete un delito de omisión, sino uno de comisión, del que hay

(200) JZ 1965, p. 55, después de plantear las dificultades del problema en los siguientes términos: «No es comprensible en dónde podría residir un omitir del guardabarreras. Mientras tiene capacidad de acción no omite nada a lo que estuviera obligado, y en el momento en que se convierte en incapaz de actuar ya no puede seguir hablándose de omitir» (p. 53).

que admitir que está cotipificado en el delito de omisión»); Roxin (201) («Si imaginamos al bebedor ... como el guardagujas famoso ... que quiere provocar un choque haciendo imposible, con su embriaguez, cambiar las vías en el momento oportuno, entonces estamos ante un hacer subsumible en el tipo de un delito impropio de omisión. Si se admitiera un delito de comisión, entonces habría que someter a la misma pena a un no-garante que, en una situación idéntica, se emborrachara: un resultado evidentemente inaceptable. Se ha hablado aquí de una *omissio libera in causa*; pero con ello no se acierta en el punto decisivo, porque el autor —que primero actúa activamente, y que después se convierte en incapaz de actuar— no omite nada en absoluto, y, sin embargo, debe ser castigado sobre la base del tipo omisivo. Maurach opina que aquí se finge un omitir del guardagujas; pero puede concederse tranquilamente que lo que concurre es un hacer inequívoco, que, sin embargo, está co-penado por el tipo de mandato»); Engisch (202); Samson (203) («Su comportamiento [el del guardagujas que hace imposible su acción exigida posterior] puede ser calificado como un actuar, pero no es un actuar que cause la muerte de los usuarios del ferrocarril. Como ha expuesto acertadamente Welp, su comportamiento es sólo una manipulación del último momento de actuación. Si se quiere, puede hablarse aquí, con Roxin, de “omisión por hacer”. Sin embargo, hay que tener presente que no se trata de un hacer causante del resultado típico, por lo que, ya por ese motivo, queda excluido que pueda admitirse un delito de comisión»); Bockelmann/Volk (204) («Al autor se le hace responsable, no por omitir bajar las barreras, sino por el hacer en virtud del cual se ha privado de la capacidad de acción en el momento crítico, con la consecuencia de la producción de una desgracia. Que le está prohibido aquel hacer se sigue del deber de servicio que le incumbe de preservar su aptitud para el servicio»); Jakobs (205); Joshi (206); y Bustos/Hormazábal (207).

(201) 1969, pp. 383/384.

(202) 1973, p. 167.

(203) 1974, p. 598.

(204) AT, 1987, pp. 134/135.

(205) Cfr. AT, 1991, 7/69.

(206) V. 1992, p. 205.

(207) Cfr. II, 1999, p. 208.

b) *Opiniones que, en la omisión libera in causa, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a un (real o fingido) comportamiento omisivo*

Para los autores que se adhieren a esta dirección los supuestos de *omissio libera in causa* fundamentan la responsabilidad del garante en un comportamiento que, al menos normativamente, debe ser considerado como uno omisivo. Ésta es la solución que proponen, entre otros: Armin Kaufmann (208) («Esto rige también cuando quien permanece inactivo ejecuta una acción con la que se hace a sí mismo imposible el cumplimiento del mandato. Porque esto no modifica en nada el carácter omisivo del comportamiento jurídicamente relevante ... Quien se hace a sí mismo imposible la acción exigida ha finalizado ya “toda” la omisión justamente en el momento en que produce esa imposibilidad»); Welp (209) («Lo primero que es cuestionado aquí [en el ejemplo del guardabarreras que, mediante una acción previa, se imposibilita para, posteriormente, poder bajar las vallas] es si en tales casos lo “esencial” consiste en un hacer o en un omitir. Es indiscutible que el emborracharse es una acción positiva, es decir, aplicación activa de energía en una determinada dirección; pero esta acción sólo produce la borrachera del autor, pero no el resultado típico ... En consecuencia, la valoración jurídicopenal sigue las máximas vigentes para el omitir»); Hruschka (210); Silva (211) [«Pues bien, aplicando estas consideraciones al caso que, en sus dos variantes, nos ocupa, resulta que, desde el momento en que el guardabarreras comienza a embriagarse o percibe la influencia de agentes externos sobre su conciencia, se da una situación de peligro. Tal peligro radica en que el aludido guardabarreras no esté en condiciones

(208) 1959, p. 211.

(209) 1968, p. 137.

(210) 1979, p. 422: «La solución [sc. de Hruschka] ... se hace posible porque del mandato de acción ... se deriva un imperativo hipotético ..., como omisión, de mantener la capacidad de acción. La no observancia imputable de este imperativo hipotético es entonces equivalente a la lesión de una obligación que conduce a la imputación, como omisión, y a pesar de la incapacidad de acción, de la no ejecución de la acción exigida»; pp. 423/424: «... imputación *extraordinaria* de la omisión del salvamento que descansa en la admisión de una lesión imputable de la obligación de mantener la capacidad de acción. Mediante esta lesión de la obligación ... se coloca, en lugar de la omisión en sentido estricto, la inactividad como un subrogado de la omisión en el supuesto de una incapacidad de acción provocada imputablemente» (cursiva en el texto original).

(211) 1986, pp. 268-269. V. también el mismo, 1994, pp. 41-42, 44.

de controlar el paso a nivel en los momentos precisos y se produzcan lesiones de bienes jurídicos. A la vez, como conducta indicada, única que puede evitar que la situación de peligro dé lugar a lesiones, aparece, en principio, por un lado, la de no continuar bebiendo (es decir, cualquier conducta distinta a la de continuar bebiendo) y, por el otro, la de sustraerse al influjo de los factores determinantes de la inconsciencia. En definitiva, el continuar bebiendo o el quedarse en la caseta constituyen “no realización de la conducta indicada para la protección positiva de bienes jurídicos”. Por tanto, dan lugar a verdaderas omisiones de garante (de garante, pues el guardabarreras lo es) a las que cabe imputar el resultado lesivo de bienes jurídicos, caso de que éste se produzca»; Baumann/Mitsch (212) («La supresión activa de la posibilidad de acción es también omitir típico cuando el autor estaba obligado, ya en el momento del comportamiento previo, a asegurar la observancia del mandato. Pues quien anula la posibilidad de acción, omite al mismo tiempo, posteriormente, las medidas compensatorias que son necesarias, a la vista de la falta posterior de la posibilidad de acción, para, no obstante, poder cumplir a tiempo el deber de actuación»); Otto (213); Kühn (214) [«Mayoritariamente también se admite omitir en los casos de *omissio libera in causa*, a pesar de que el autor aquí, mediante hacer positivo (por ejemplo, consumo de alcohol), se incapacita para cumplir su deber de acción (por ejemplo, bajar las barreras) que posteriormente se haría actual. A favor de esta clasificación habla que el autor aquí, y en última instancia, permanece inactivo, si bien es él mismo quien, en la etapa anterior, ha colocado el motivo determinante para ello mediante comportamiento activo. Contra la admisión de un omitir se objeta que, en el momento del nacimiento del deber concreto de actuar, falta la posibilidad de acción. Contra ello se puede oponer que el mandato de evitación del resultado que compete al guardabarreras también tiene como contenido “mantener la capacidad de acción hasta el momento de la intervención, o, en su caso, volver a restablecerla”»]; Stratenwerth (215) («A pesar de que aquí [en la *omissio libera in causa*] se habla de un “omitir por comisión” se trata, en el fondo, de un mero delito de omisión»); y Schönke/Schröder/Stree (216).

(212) AT, 1995, § 15 n. m. 29.

(213) Cfr. AT, 1996, § 9 n. m. 11.

(214) AT, 2000, § 18 n. m. 22.

(215) AT, 2000, § 13 n. m. 4.

(216) Cfr. StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss. n. m. 14.

4. CRÍTICA

Las construcciones dogmáticas para fundamentar la responsabilidad por el resultado típico del garante que, activamente, condiciona su incapacidad de actuar para el momento en que estaría obligado a hacerlo, no son satisfactorias.

Que aquí no estamos ante un delito de acción, caracterizado por que el movimiento corporal causa la lesión del bien jurídico (el autor *estrangula* a la víctima hasta que ésta, por la falta de oxígeno, fallece), parece evidente, ya que, como reconoce la doctrina (217), lo único que causa el hacer previo (la ingestión del narcótico) es que el garante-guardagujas pierda la conciencia, pero no, naturalmente, las muertes ni las lesiones de empleados de ferrocarril y de viajeros, ni los amasijos de las locomotoras y de los vagones que quedan sobre las vías después del choque fatal. Y, además, y como también se pone continuamente de relieve: que la ingestión del narcótico no causa los resultados típicos deriva, además, de que, como reconoce la doctrina absolutamente dominante (218), sólo el garante-guardagujas, si provoca su propia incapacidad de acción, debe responder por los resultados del choque, pero no el amigo no-garante que le suele acompañar en la caseta cuando pasan los trenes, y que, el día del accidente, ha decidido también inducir su inconsciencia, y que, si no se hubiera encontrado en ese estado de letargo, igualmente habría tenido la capacidad de cambiar las agujas, de donde se sigue que si el garante, mediante su acción previa de ingestión, causara realmente los resultados típicos, también –ya que el comportamiento es el mismo– lo causaría el no-garante, a quien, en consecuencia, deberían imputársele, asimismo, aquellos resultados típicos, algo que –porque es elemental que no puede ser así– a ningún autor se le ha ocurrido proponer hasta ahora.

Pero que acudir a la omisión, para fundamentar la imputación de los resultados típicos, tal como hace la doctrina dominante –ante las dificultades que presenta vincular la responsabilidad a una acción previa no causante de aquellos resultados–, tampoco resuelve los problemas, es algo que se ha puesto de manifiesto reiterada-

(217) Cfr. sólo las citas de SAMSON y WELP *supra* 3 a) y b), y, además, RUDOLPHI, SK, 2001, antes del § 13 n. m. 46.

(218) Cfr. sólo, y por todos, la cita de ROXIN *supra* 3 a), y, además, SILVA, 1986, p. 262.

mente a lo largo de nuestra exposición: porque que no puede haber conceptualmente omisión si no existe posibilidad de ejecutar la acción exigida, es una de las pocas cosas seguras e indubitadas que ha sabido, desde siempre, la dogmática juridicopenal.

5. TOMA DE POSICIÓN

Las dos tesis que se defienden, en la *omissio libera in causa*, para poder imputar el resultado al garante, son completamente artificiosas.

Si se afirma que el fundamento de esa imputación reside en la acción del guardabarreras de narcotizarse, y que ésta cumple, a su vez, el tipo de una *omisión impropia* («omisión por comisión»), lo que se está manteniendo es, en definitiva, que una acción de provocar la autoinconsciencia constituye una *omisión* de bajar las vallas, a pesar de que es evidente que aquélla *no tiene nada que ver* con ésta. Pero la segunda tesis: la que encuentra el fundamento de la imputación del resultado en una omisión, tampoco puede convencer, porque sólo se puede establecer renunciado al núcleo del concepto de omisión, ya que ésta únicamente puede concurrir si, cuando surge el deber de ejecutar la acción debida, al autor le era posible llevarla a cabo, y si uno está dormido, es obvio que no tiene posibilidad alguna de ejecutar dicha acción.

Anteriormente hemos expuesto que los tipos de resultado también pueden realizarse –con un comportamiento distinto del delito de acción y del de omisión propia– mediante una acción que aborta una cadena causal posible. Y si un garante tiene la obligación de mantener dentro del riesgo permitido un foco de peligro a su cargo, entonces puede incumplir de dos maneras esa obligación que le incumbe: bien omitiendo la acción de bajar las vallas cuando va a pasar el tren, que arrolla a un automóvil, matando a su conductor, bien provocando activamente un estado de autoinconsciencia que le haga imposible ejecutar esa acción en el momento oportuno. En el primer caso, la transformación del foco de peligro que provoca el resultado de lícito en ilícito será reconducible normativamente a una omisión, y en el segundo, a la acción –tampoco causante del resultado– de ingerir un narcótico, siendo subsumibles ambos comportamientos *directamente* en el verbo típico «matar».

Resumiendo: En la *omissio libera in causa* de un garante no estamos ni ante un delito de acción, ni ante uno de omisión impropia,

sino ante una tercera forma de realización típica: ante la ejecución de una acción que interrumpa una cadena causal salvadora posible.

D. Desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA. LAS DISTINTAS SOLUCIONES

a) En los años 60 del siglo pasado, y a consecuencia de los progresos de la medicina, y de la capacidad de las unidades de vigilancia intensiva de poder mantener con vida a enfermos desahuciados, que hasta entonces, y sin la ayuda de esos modernos medios de reanimación, no habrían podido sobrevivir, la doctrina penal se plantea hasta qué punto es lícito desconectar los instrumentos médicos que están manteniendo con vida a un paciente (tubos, sondas, catéteres, respiradores) para impedir la prolongación inútil de una agonía, de quien, sin embargo, todavía no ha fallecido, ya que presenta aún actividad cerebral.

De acuerdo con los conceptos penales tradicionales, esa desconexión aplicada a un enfermo aún con vida constituiría un indubitado delito de *acción* en relación de causalidad con la muerte, y, por consiguiente, y con ese movimiento corporal, el médico se haría responsable de un asesinato por comisión. Esta posición la defiende todavía en 1968, *aprobablemente*, Bockelmann, polemizando con las tesis acabadas de establecer, en ese mismo año, por Geilen, y de las que nos vamos a ocupar inmediatamente.

Bockelmann escribe lo siguiente (219): «¿Qué es una intervención activa homicida? Lo es no sólo la inyección de veneno, lo es no sólo la puñalada o la incisión. La retirada de un vendaje o deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia, con toda seguridad que también lo son. Pero con ello queda claro que la desconexión de un reanimador, en un momento en el que aún no es seguro si se ha producido la pérdida irreversible de la función cerebral, es igualmente una acción activa de muerte, y no sólo la omisión de ulteriores medidas dirigidas a la prolongación de la vida». Y concluye Bockelmann (220): «Porque, prescindiendo de la diferencia entre hacer y omitir, el deber del médico de mantener

(219) 1968, p. 112.

(220) 1968, p. 114.

la vida tampoco desaparece frente a la vida no merecedora de ser vivida. No sólo porque el concepto de vida no merecedora de ser vivida es moral y políticojurídicamente sospechoso, sino porque, en cualquier caso, es demasiado indeterminado como para que pudiera apoyarse en él una argumentación jurídica convincente».

Con esa argumentación Bockelmann intenta rebatir una tesis que acababa de ser formulada, por primera vez, por Geilen (221): «Si, por ejemplo, se pone de manifiesto que el cerebro está irreversiblemente dañado y que, en consecuencia, no existe ya posibilidad de recuperar al paciente para cualquier función vital espontánea o para que vuelva a la consciencia, entonces la terminación de los intentos de reanimación –incluso para un concepto de muerte que no se identifique con la muerte cerebral– constituye una forma permitida de eutanasia pasiva». Y continúa Geilen (222): «Sería prestar demasiada atención a lo que figura en un primer plano, convertir el movimiento corporal aislado [la desconexión] en el centro de sustentación del enjuiciamiento jurídicopenal. De la misma manera que el médico sólo “omite” cuando interrumpe una medida de reanimación empezada con movimientos de masaje, o cuando prescinde de repetir la administración de inyecciones mantenedoras de la vida, también es sólo “omitir” cuando interrumpe, en un plano técnico superior, el trabajo de una máquina. Para el médico el aparato no es otra cosa que su “mano alargada” ... En última instancia, lo que debe ser decisivo es si se le deja a la naturaleza que siga su curso. Si es éste el caso, entonces se trata –sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes que figuran más o menos en un primer plano– de un comportamiento omisivo, con la consecuencia constructiva de que se puede recurrir a la falta del deber de actuar para regular la punibilidad» (223).

(221) FamRZ 1968, p. 126.

(222) *Op. cit.*, p. 126, n. 35.

(223) Pocos meses más tarde GEILEN, JZ 1968, p. 151, vuelve a insistir en sus tesis: «Por lo que se refiere al último punto, entonces, y a pesar de la actividad fenotípica (desconexión del aparato de reanimación), el “sentido social” del comportamiento sería el de un omitir. El supuesto de hecho no debe ser enjuiciado de manera distinta que la ruptura de un tratamiento manual ya iniciado. De la misma manera que el médico sólo “omite” cuando interrumpe una respiración artificial iniciada mediante movimientos de masaje, o cuando renuncia a repetir la administración de inyecciones reanimadoras, así también constituye sólo un “omitir” cuando, en un plano técnico superior, interrumpe el trabajo de una máquina. Para el médico el aparato no es otra cosa, jurídicamente, que su “mano alargada”».

b) La tesis de Geilen de considerar la desconexión de aparatos reanimadores una omisión ha tenido un gran éxito en la bibliografía posterior, y puede considerarse la dominante.

A ella se han adherido, entre otros: Roxin (224) («Porque las cosas son de tal manera que, cuando se pone de manifiesto la absoluta falta de perspectivas de ulteriores esfuerzos de reanimación, al médico que conoce esa situación le estaría permitido “dejar” de practicar, desde un principio, la prolongación inútil y artificial de la vida. Pero en ese caso la desconexión de la máquina pulmón-corazón se presenta como el abandono de un intento no exigido de evitación del resultado o como desistimiento de una acción de prolongación de la vida que, por lo desesperado de la situación, no viene ya exigida. De acuerdo con los criterios anteriormente adquiridos, éste es un caso inequívoco de omitir impune mediante hacer ...»); Schünemann (225); Engisch (226); Schmidhäuser (227) («Si un facultativo, que ostenta la responsabilidad determinante para el cuidado médico de este paciente, desconecta la máquina [pulmón-corazón], entonces la cuestión sólo puede ser la de si ya no aporta más la contribución que, con la ayuda de la técnica, tenía que aportar al paciente; por consiguiente, sólo entra en consideración un delito de omisión. Este enjuiciamiento se corresponde con el caso de un médico que tiene que ejecutar intentos manuales de reanimación, y que interrumpe esa actividad, y, con ello, la salvación; en este caso sólo entra en consideración un delito de omisión»); Silva (228); Jakobs (229); Jescheck (230) («En cambio, es altamente dudoso cómo hay que decidir la cuestión cuando el salvador mismo interrumpe, mediante un hacer positivo, un aparato de salvación que el mismo ha introducido, cuando, por ejemplo, el médico que está tratando al enfermo desconecta la máquina pulmón-corazón que el mismo ha puesto en funcionamiento, porque quiere dejar morir al paciente. Según el criterio de la causalidad existiría hacer positivo, ya que depende de que el médico oprime el botón. En cambio, si uno se orienta al sentido de la acción, entonces lo determinante se-

(224) 1969, p. 398.

(225) *Vid.* 1971, pp. 283/284, n. 21.

(226) *Vid.* 1973, pp. 177 ss.

(227) AT, 1975, 16/107. V. también el mismo, Studienbuch AT, 1982, 12/54.

(228) Cfr. 1986, pp. 254 ss.; 1994, pp. 37 ss.

(229) *Vid.* AT, 1991, 7/64.

(230) LK, 1993 ss., antes del § 13 n. m. 90.

ría el no-seguir-actuando, con lo que habría que admitir un omitir»); Köhler (231); Wessels/Beulke (232) («Un médico que, por la falta de perspectivas, interrumpe un masaje manual de corazón o una respiración boca a boca, únicamente “omite” el ulterior esfuerzo –que se aprecia como carente de sentido– en la lucha por la vida del paciente. Cuando medios y aparatos técnicos sustituyen a la actividad manual, entonces nada cambia en el sentido y en el contenido de significado del acontecimiento. Bajo tales circunstancias, y de acuerdo con el sentido social de la acción, sólo existe un “omitir” del ulterior intento de salvación y reanimación ... Por mucho que el acto individual de la “desconexión” también exija aquí un “hacer” y una “aplicación de energía”, para el enjuiciamiento normal del acontecimiento lo que sigue siendo determinante es que el centro de gravedad del comportamiento jurídicopenalmente relevante reside en el omitir de ulteriores esfuerzos de salvación, cuya falta de sentido resulta del estado del paciente»); Kühl (233) («En cambio, desde una consideración valorativa, lo decisivo es la circunstancia de que el oprimir el botón ha llevado a la omisión de ulteriores esfuerzos de salvación. Esta clasificación del comportamiento del médico como omisión de la evitación del resultado se apoya en la comparación con la terminación de un masaje manual del corazón, pues en este caso quien presta el auxilio sólo ha cesado de seguir ayudando»); y Schönke/Schröder/Stree (234).

c) Frente a estos autores, otros opinan que la desconexión de instrumentos que mantienen artificialmente con vida a un paciente constituye una acción en relación de causalidad con la muerte: ésta es la posición que defienden, además del ya citado Bockelmann, y entre otros: Samson (235) («El médico que desconecta el aparato que está funcionando independientemente causa la muerte concreta del paciente ... Que el médico cometa con ello, al mismo tiempo, un homicidio, sería sólo una consecuencia inevitable si se mantuviera que existe una prohibición ilimitada de causación activa de la muerte bajo cualquier circunstancia»); Sax (236); Bockelmann/Volk (237); Baumann/Mitsch (238) («El médico que, y por la “fal-

(231) Cfr. AT, 1997, p. 215.

(232) AT, 2000, n. m. 703.

(233) AT, 2000, pp. 646-647.

(234) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 160.

(235) 1974, p. 601.

(236) Cfr. JZ 1975, *passim* (p. 141)

(237) Cfr. AT, 1987, pp. 148/149.

ta de sentido” de un ulterior tratamiento, y apretando el botón, desconecta el reanimador, comete un homicidio por hacer activo, si el paciente, si no fuera porque se había apretado el botón, hubiera vivido por lo menos un segundo más»); Jescheck/Weigend (239); Tomás-Valiente (240); y Rudolphi (241).

2. TOMA DE POSICIÓN

La desconexión de un reanimador supone un *movimiento corporal en relación de causalidad fisiconatural con el resultado típico de muerte*, y constituye, por consiguiente, un delito de *acción*. Ese comportamiento no contiene ninguno de los elementos que definen a la omisión: porque ni el médico permanece inactivo, sino que «aplica energía en dirección a la lesión del bien jurídico vida» (al desconectar), y porque entre la conducta y el resultado no existe la relación hipotética característica de la omisión, sino la absolutamente real, fisiconatural, de que, a consecuencia de aquella desconexión, han cesado las funciones artificiales cardiorrespiratorias que la máquina suministraba sustitutivamente, falleciendo, por esa razón, el paciente. Con otras palabras: La acción ejecutada ha causado físiconaturalmente, y con toda seguridad, la desconexión de la máquina, y esa desconexión de la máquina, que no iba a mantener con vida, sino que estaba manteniendo *efectivamente* con vida al paciente, es la que ha causado a su vez, físiconaturalmente y con toda seguridad, la muerte del enfermo.

Lo decisivo aquí es, como escribe Sax (242), que «en el caso de la desconexión del reanimador la causalidad salvadora *está desplegando ya su eficacia*». Y cuando la existencia de una determinada situación hay que reconducirla a un factor que está desplegando su eficacia, entonces, si se retira ese factor, existe una causalidad físiconatural entre dicha retirada y la modificación en el mundo exterior que sobreviene porque, al faltar la energía, queda alterado el *statu quo*.

(238) AT, 1995, § 15 n. m. 33.

(239) V. AT, 1996, p. 604.

(240) Cfr. 1999, p. 489.

(241) Cfr. SK, 2001, § 13 n. m. 47. JUANATEY, 1994, p. 323, estima, eclécticamente, que «la conducta del sujeto que desconecta un aparato de reanimación puede ser descrita indistintamente como una acción positiva o como una omisión».

(242) JZ 1975, p. 141, cursivas en el texto original.

Si la energía que mantiene a flote en el mar, a quien no sabe nadar, es el salvavidas al que está agarrado, la retirada de éste por un tercero será la que, con toda seguridad, habrá producido físicamente la muerte por ahogamiento de la víctima; y si el alpinista no se ha despeñado todavía, porque está asido a una cuerda, quien la corte cometerá un delito de acción en segura relación de causalidad con la caída al vacío y con la consiguiente muerte del desafortunado, de la misma manera que, como con toda razón expone Bockelmann (243), existe una intervención activa (y no omisiva) homicida en «la retirada de un vendaje o [en el] deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia».

Pero ya que estamos hablando de «desconexiones», elijamos un ejemplo que también tiene que ver con los «enchufes». Si realmente fuera una omisión la desconexión de la máquina pulmón-corazón —cómo se puede calificar de inactividad el *movimiento corporal* de desconectar, excede ya de la capacidad humana de comprensión—, entonces, si yo desenchufo mi ordenador, el que éste se apague, y aplicando consecuentemente los mismos principios, también tendría que ser reconducible a una inactividad, lo que supondría una descripción de ese acontecimiento que no tendría nada que ver con lo que ha sucedido en la realidad: porque, naturalmente, el ordenador se ha apagado porque, *mediante una acción*, yo he desconectado el enchufe-macho del enchufe-hembra, con lo cual he producido en el mundo exterior la retirada de la energía eléctrica, que era la que mantenía al aparato en funcionamiento.

El extraño éxito de la tesis de que la desconexión de reanimadores ha de ser considerada una omisión sólo puede encontrar una explicación, como ya se ha indicado, en que en los años 60, que es cuando se formula por primera vez, con los avances médicos en las unidades de vigilancia intensiva adquiere una importancia práctica hasta entonces desconocida el problema de la eutanasia, y de hasta qué punto es exigible mantener con vida, con los modernos aparatos médicos, a enfermos que, sin estar clínicamente muertos, se encuentran desahuciados o han perdido irreversiblemente la consciencia sin posibilidad alguna de recuperar sus funciones vitales por el daño irreparable que han sufrido alguno o algunos de sus órganos.

Por supuesto que es perfectamente legítimo mantener que en estos casos eutanásicos de *desconexión activa* de un respirador el médico debe estar exento de responsabilidad criminal. Pero esa

(243) 1968, p. 112.

exención no puede fundamentarse en la artificiosa y abiertamente falsa construcción de que aquí estaríamos ante una omisión, sino en que, partiendo de que aquí concurre una *acción* –como realmente concurre–, y tal como proponen, por ejemplo, Samson (244), Sax (245), Otto (246), Baumann/Mitsch (247) y Rudolphi (248), en esos supuestos extremos el médico no está obligado a mantener la vida del paciente a toda costa.

Por lo demás, y que la eutanasia *pasiva* –dentro de cuyo concepto hay que incluir, tanto desde el punto de vista médico (249) como jurídicopenal (250), la *no aplicación* de medidas artificiales de prolongación de la vida, independientemente de si esa no-prolongación tiene su origen en la omisión de practicar técnicas de reanimación o en la acción de suspender *activamente* una asistencia médica ya iniciada en una unidad de vigilancia intensiva– es un comportamiento impune, tanto de acuerdo con el Derecho aplicable hasta el CP 1995, como después de la entrada en vigor de éste, es algo que he tratado de demostrar en otras publicaciones (251).

(244) 1974, pp. 602-603: «... de lo que se trata, en realidad, es de la cuestión de cuándo el postulado de una protección formalizada e ilimitada de la vida se convierte en inhumanidad».

(245) JZ 1975, p. 148: «... a la vista de las posibilidades modernas de mantener mecánica-artificialmente una vida que ya no funciona ni puede volver a funcionar independientemente, la pregunta que precisamente se impone es la de si también viene exigido jurídicamente todo lo que en este aspecto es médicamente “factible”».

(246) NJW 1980, p. 424 n. 66: «Tampoco se necesita la interpretación de la desconexión de un reanimador, para acelerar la muerte de un desahuciado, como omisión ... para fundamentar la impunidad del médico que actúa. Lo decisivo aquí es la cuestión de si el médico está obligado a prolongar, bajo cualquier circunstancia, la vida del paciente. Si ello no es así, entonces es indiferente, para fundamentar la impunidad, que se contemple su comportamiento como un hacer o un omitir». V. también el mismo, AT, 1996, § 9 nn. mm. 4 y 5.

(247) Cfr. AT, 1995, § 15 n. m. 33.

(248) V. SK, 2001, antes del § 13 n. m. 47.

(249) Cfr., por todos, Hipólito DURÁN, 1986, p. 121: «Eutanasia pasiva o negativa. Es el acto de suprimir, durante la asistencia a un enfermo, los medios técnicos que podrían prolongar innecesariamente la vida».

(250) V., por todos, GIMBERNAT, 1988 (1990), p. 52: «Eutanasia pasiva, cuando el médico resuelve no prolongar la situación del paciente y suspende la asistencia, bien *omitiendo* tratar la pulmonía que se le presenta al canceroso desahuciado, bien *retirando* el respirador del politraumatizado que nunca más podría recuperar la conciencia» (cursivas añadidas)

(251) Cfr. GIMBERNAT, (1988), 1990, pp. 52 ss.; el mismo, 1996, II 2.

Pero este problema no necesita ser tratado aquí, ya que no afecta a la *tipicidad* de la acción o de la omisión, sino sólo a la eventual *justificación* de comportamientos activos en sí típicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AK *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, §§ 1-21, Neuwied, 1990, dentro de la colección *Alternativ-Kommentare* (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva) (252).
- ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Leipzig, 1934 (reimpresión de 1978).
- ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Múnich y Berlín, 1963.
- ANTÓN, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, Madrid, 1949 (hay reimpresión de 1986).

(252) Las «Observaciones Previas» al § 1 del AK (pp. 1-135), que tienen como autor a HASSEMER, han sido traducidas al castellano sobre el manuscrito alemán, con notas de Derecho español, por MUÑOZ CONDE, siendo publicadas con el título: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989.

En contra de toda tradición, MUÑOZ CONDE no identifica cuáles son sus notas, con lo que los penalistas de habla española —que o no conocen el alemán o que, aun conociéndolo en mayor o menor medida, prefieren utilizar, cuando existe, la edición en nuestra lengua—, al citar de esa versión castellana que, en su mayor y más valiosa parte, es una mera traducción del texto germano de HASSEMER, atribuyen, lógicamente y necesariamente, a HASSEMER/MUÑOZ CONDE las ideas y las frases que, en realidad, son sólo producto del esfuerzo y del talento del autor alemán.

Si RODRÍGUEZ MUÑOZ hubiera hecho con el texto del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER lo que MUÑOZ CONDE se ha permitido hacer con el de HASSEMER, y no hubiera identificado en su traducción cuáles eran sus notas de Derecho español, el lector de habla castellana tampoco habría podido conocer el auténtico contenido de uno de los *Tratados cumbres* de la ciencia penal alemana, y habría atribuido equivocadamente a MEZGER/RODRÍGUEZ MUÑOZ lo que era exclusivamente la obra intelectual del primero.

Por lo demás, y al margen ya del Derecho penal, los traductores españoles han distinguido siempre nítidamente entre lo que correspondía al libro original y lo que eran sus estudios preliminares y sus notas dirigidas al público de habla castellana, permitiendo así que se conociera, sin posibilidad de confusión alguna, el auténtico contenido del texto del correspondiente autor extranjero, por lo que no existen, por sólo mencionar algunos ejemplos, ni un KANT/DE PEROJO, *Crítica de la razón pura*, ni un HEGEL/MONDOLFO, *Ciencia de la Lógica*, ni tampoco un FREUD/LÓPEZ-BALLESTEROS, *La interpretación de los sueños*.

- BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 9.^a ed., Bielefeld, 1985.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Bielefeld, 1995. (De esta obra, fundada por BAUMANN, se cita BAUMANN/WEBER o BAUMANN/MITSCH, según quién haya sido el autor que ha elaborado el correspondiente capítulo original.)
- BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa, Buenos Aires, 1970.)
- BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, Parte General, 2.^a ed., Madrid, 1990; 4.^a ed., Madrid, 1997.
- BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 4, Berlín, 1968.
- BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden, 1979.
- BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Barcelona, 1996.
- BERTEL, «Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? Zur Lehre von der actio libera in causa», *JZ* 1965, pp. 53-55.
- BEULKE/BACHMANN, Die «Lederspray-Entscheidung» – *BGHSt* 37, 106, *JuS* 1992, pp. 737-744.
- BLEI, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 18 ed., München, 1983.
- BOCKELMANN, *Betrug verübt durch Schweigen*, Eb. Schmidt-FS, 1961, pp. 437-458.
- BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968.
- BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., München, 1987.
- BUSTOS, *Derecho penal latinoamericano comparado*, tomo I, Parte General, Buenos Aires, 1981.
- BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, volumen II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Barcelona, 1999.
- CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, II, *Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Madrid, 1998; III, *Teoría jurídica del delito* 2, Madrid, 2001.
- COBO/VIVES, *Derecho penal*, Parte General, 4.^a ed., adecuada al Código penal de 1995 por VALLDECABRES, Valencia, 1996.
- Comentarios Ariel*, CÓRDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I (arts. 1-22), Ediciones Ariel, Barcelona, 1972. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- Comentarios Trivium, Código Penal, Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Editorial Trivium, tomo I, Madrid, 1997. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)

- COUSIÑO, *Derecho penal chileno*, tomo I, Santiago de Chile, 1975.
- DÍAZ PALOS, *La causalidad material en el delito*, Barcelona, 1953.
- DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., Bonn, 1950.
- DURÁN, Hipólito, *La eutanasia, Dilemas éticos de la medicina actual*, GAFO (ed.), Madrid, 1986, pp. 117-139.
- ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tubinga, 1931.
- ENGISCH, Recensión de: «Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte», *JZ* 1962, pp. 189-192.
- ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, Gallas-FS, 1973, pp. 163-196.
- ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen, Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, año 1950, Heidelberg, 1950.
- ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellung*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 71, Berlín, 1991.
- FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18 ed., Tubinga, 1931.
- FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Colonia-Berlín-Bonn-Münich, 1992.
- GEILEN, «Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts. Zu den Wandlungen des Todesbegriffs und zu neuen Schutzproblemen des werdenden Lebens», *FamRZ* 1968, pp. 121-130.
- GEILEN, «Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme. Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht», *JZ* 1968, pp. 145-152.
- GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, tomo 114, Leipzig, 1938.
- GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 [hay reimpresión de 1990, que es la edición de la que se cita].
- GIMBERNAT, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento (1987)», *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, 1990, pp. 182-208.
- GIMBERNAT, «Eutanasia y Derecho penal (1988)», *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, 1990, pp. 51-54.
- GIMBERNAT, «Causalidad, omisión e imprudencia (1994)», *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 189-256.
- GIMBERNAT, Prólogo a la 2.^a ed. (1996) del Código Penal de la Editorial Tecnos, preparada por GIMBERNAT, con la colaboración de MESTRE, y recogida en las sucesivas ediciones.
- GIMBERNAT, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición (1997)», *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 257-374.
- GIMBERNAT, «El delito de omisión impropia», *RDPC* 4 (1999), pp. 525-553. [Versión española del artículo «Das unechte Unterlassungsdelikt», *ZStW* 111 (1999), pp. 307-334.]

- GIMBERNAT, «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 355-370. [Versión española del artículo aparecido en el volumen colectivo *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften*, Berlín, 2001, pp. 151-165.]
- GIMBERNAT, «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», *Roxin-FS*, Berlín-Nueva York, 2001, pp. 651-663.
- GÖHLER, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen», *Dreher-Festschrift*, 1997, pp. 611-621.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1984.
- GRACIA, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 411-482.
- GRÜNWARD, «Das unechte Unterlassungsdelikt –Seine Abweichungen vom Handlungsdelikt–», tesis doctoral de Gotinga, 1956.
- GRÜNWARD, «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStW* 70 (1958), pp. 412-432.
- GÜNGTGE, *Begehen durch Unterlassen. Der gesetzlich Anwendungsbereich des § 13 StGB*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Nueva Serie, tomo 5, Baden-Baden, 1995.
- HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
- HARDWIG, «Vorsatz bei Unterlassungsdelikten», *ZStW* 74 (1962), pp. 27-47.
- HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken*, 1995.
- HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Strafrechtliche Abhandlungen, tomo 270, Breslau, 1930.
- HERZBERG, «Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt», *MDR* 1971, pp. 881-883.
- HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín, 1972.
- HILGENDORF, «Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"», Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 78, Berlín, 1993.
- HILGENDORF, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils», *NStZ* 1994, pp. 561-566.
- V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, tomo II: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlín, 1930.
- HRUSCHKA, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, pp. 421-436.

- HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948.
- HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987.
- JAKOBS, «Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre», *Lehrbuch*, 2.^a ed., Berlín-Nueva York, 1991. (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, con el título «Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación», Madrid, 1995).
- JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Múnich, 1992. (Hay traducción española de CANCIO en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 101-125.)
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín, 1996. (La 3.^a ed. alemana de esta obra, con adiciones de Derecho español y con el título *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 2 volúmenes, Barcelona 1981, ha sido traducida al castellano, con adiciones de Derecho español, por MIR y MUÑOZ CONDE; la 4.^a ed. por MANZANARES, Granada, 1993.)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, *El delito*, 3.^a ed., Buenos Aires, 1965.
- JOSHI, *La doctrina de la "actio libera in causa"*, en *Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto)*, Barcelona, 1992.
- JUANATEY, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994.
- Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, 1959.
- Armin KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», *Weber-FS*, 1963, pp. 207-232.
- Arthur KAUFMANN, «Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», *Eb. Schmidt-FS*, Gotinga, 1961, pp. 200-231.
- Arthur KAUFMANN/HASSEMER, «Der überfallene Spaziergänger», *JuS* 1964, pp. 151-157.
- KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburger Rechtsstudien, tomo 60, Hamburgo, 1968.
- KINDHÄUSER, «Kausalanalyse und Handlungszurechnung», *GA* 1982, pp. 477-498.
- KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, Strafrechtliche Abhandlungen, tomo 317, Breslau-Neukirch, 1933.
- KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1997.
- KRÜMPPELMANN, «Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten», *GA* 1984, pp. 491-510.

- KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., München, 2000.
- KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 7, Heidelberg, 1989.
- KUHLEN, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte. Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990», *NSiZ* 1990, pp. 566-570.
- LANGER, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 9, Berlín, 1972.
- LARENZ, «Ursächlichkeit der Unterlassung. Zugleich Besprechung des BGH-Urteils v. 25.9.1952», *NJW* 1953, pp. 686-687.
- v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, tomo 1, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26 ed., Berlín y Leipzig, 1932.
- LK *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11 ed., editada por JÄHNKE, LAUFHÜTTE Y ODERSKY, Berlín-Nueva York, 1993 ss. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- DE LA MATA, *La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el medio ambiente. Delitos contra la Administración pública* (editado por Adela ASÚA), Bilbao, 1997, pp. 391-406.
- Hellmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- Hellmuth MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, Materialien, Bonn, 1954, pp. 259-277.
- Hellmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kohlhammer Studienbücher*, Stuttgart-Berlín-Colonia-Magunzia, 1967.
- M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, Heidelberg, 1915 = 2.^a ed., 1923.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 4.^a ed., Karlsruhe 1971. (La 2.^a ed. alemana de esta obra, con notas de Derecho español y con el título *Tratado de Derecho penal*, 2 tomos, Barcelona, 1962, ha sido traducida al castellano por CÓRDOBA.)
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2: *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch*, 7.^a ed., Heidelberg, 1989. (Hay traducción española de BOFILL, Buenos Aires, 1995.)
- MEIER, «Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der "Lederspray"-Entscheidung des BGH», *NJW* 1992, pp. 3193-3199.
- MEYER/ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.^a ed., Leipzig, 1907.
- MEYER-BAHLBURG, *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte. Um echte und unechte Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral de Hamburgo, 1962.
- MEYER-BAHLBURG, «Unterlassen durch Begehen», *GA* 1968, pp. 49-53.

- MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Múnich y Leipzig 1933 = 3.^a ed., 1949. (La obra ha sido traducida al castellano por RODRÍGUEZ MUÑOZ, con notas de Derecho español, con el título *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1955; tomo II, 3.^a ed. [adicionada y puesta al día por QUINTANO], Madrid, 1957.)
- MIR, *Adiciones*, V. JESCHECK/WEIGEND.
- MIR, *Derecho penal*, Parte General, 3.^a ed., 1990, 5.^a ed., corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Parte General, 4.^a ed., Valencia, 2000. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- NAGLER, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», *GS* 111 (1938), pp. 1-121.
- NICKEL, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 Abs. 2 GG). Eine straf- verfassungsrechtliche Studie*, Münchener Universitätschriften, Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Berlín, 1972.
- NK *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, situación: 10.^a entrega, Baden-Baden, septiembre de 2001. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- NOVOA, *Curso de Derecho penal chileno*, Parte General, tomo I, Santiago de Chile, 1960.
- NOVOA, «Los delitos de omisión», *DP* 1983, pp. 19-50.
- NOVOA, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal*, Parte General, *Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Madrid, 1986.
- OTTO, «Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten», *NJW* 1980, pp. 417-424.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.^a ed., Berlín-Nueva York, 1996.
- OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?*, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 99, Bonn, 1973.
- v. OVERBECK, «Unterlassung durch Begehung», *GS* 1922, pp. 318-337.
- PFLIEDERER, *Die Garantienstellung aus vorangegangenem Tun*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 2, Berlín, 1968.
- PUPPE, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW* 92 (1980), pp. 863-911.
- PUPPE, «Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips», *ZStW* 95 (1983), pp. 287-315.
- PUPPE, «Comentario a una sentencia del BGH de 6.7.1990», *JR* 1992, pp. 27-34.

- RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlín, 1904. (Reimpresión de 1967 en Darmstadt.)
- RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996.
- RIGHI/FERNÁNDEZ, *Derecho penal. La ley. El delito, el proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996.
- RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Heidelberg-Nueva York, 1969.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *Derecho penal español*, Parte General, 17 ed., Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1977.
- RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Europäische Hochschulschriften, Serie II, Rechtswissenschaft, volumen 1654, Francfort del Meno-Berlín-Berna-Nueva York-París-Viena, 1995.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva politicocriminal*, LH del Rosal, Madrid, 1993, pp. 925-938.
- ROMEO CASABONA, «Límites de los delitos de comisión por omisión. Omisión e imputación objetiva en Derecho penal», *Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en Homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad Complutense de Madrid*, editado por GIMBERNAT/SCHÜNE-MANN/WOLTER, Madrid, 1994, pp. 33-49.
- DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español* (Parte General), vol. I, 2.ª ed. revisada por COBO, Madrid, 1976; vol. II, Madrid, 1972.
- ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), pp. 411-444. (Hay traducción española de LUZÓN PEÑA en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.)
- ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, *Engisch-FS*, 1969, pp. 380-405. (Hay traducción española de Luzón Peña en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.)
- ROXIN, «Recensión de: Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat», 1971, *ZStW* 84 (1972), pp. 993-1014.
- ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.ª ed., Múnich, 1997. (Hay traducción española de la 2.ª ed., por LUZÓN, DE VICENTE y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Madrid, 1997.)
- ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín-Nueva York, 2000 (hay traducción española de Cuello Contreras de la 6.ª ed.: «Autoría y dominio del hecho en Derecho penal», Madrid, 1998).

- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, tomo 58, Gotinga, 1966.
- SAMSON, «Begehung und Unterlassung», *Welzel-FS*, 1974, pp. 579-603.
- SAMSON, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *StV* 1991, pp. 182-186.
- SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, tomo II, *Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad)*, 2.^a ed., Barcelona, 1985.
- SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los delitos de omisión. Delitos de simple omisión, delitos de comisión por omisión, delitos de omisión espiritual*, Madrid, 1918.
- SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, tomo I, *Introducción. Parte General: La ley penal. El delito, la pena y otras medidas*, 5.^a ed., Madrid, 1950.
- SAUER, «Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung», *Frank-FG I*, Tubinga, 1930, pp. 202-229.
- SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.^a ed., Berlín, 1955.
- SAX, «Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung. Überlegungen zum “Unterlassen durch Tun”, zum “Schutzzweck der Norm” und zur “scheinbaren Rechtsgutsverletzung”», *JZ* 1975, pp. 137-151.
- SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *Honig-FS*, Gotinga, 1970, pp. 169-184.
- SCHALL, «Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben», en SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht*, tomo III, *Unternehmenskriminalität*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1996, pp. 99-128.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.^a ed., Tubinga, 1975.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Tubinga, 1982.
- Eb. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, tomo 116, Leipzig, 1939.
- SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung «unechter» Unterlassungsdelikte*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1974.
- SCHÖNE, «Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit», *JZ* 1977, pp. 150-159.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26 ed., Múnich, 2001. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 435-444, 511-584, 647-656, 715-724, 787-798.

- SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1979.
- SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, *wistra* 1982, pp. 41-50. [Hay traducción española de BRÜCKNER y LASCURAIN, publicada en *ADPCP* 1988, pp. 529-558.]
- SCHÜRMAN, *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 59, Berlín, 1986.
- SCHWARZ, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, tomo 254, Breslau, 1929.
- SILVA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- SILVA, «“Comisión” y “omisión”. Criterios de distinción, La comisión por omisión», *CDJ XXIII*, Madrid, 1994, pp. 11-54.
- SK *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., Neuwied-Kriftel-Berlín, situación: abril 2001 (entrega 36). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 121, Berlín, 1999.
- SPENDEL, «Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikten», *JZ* 1973, pp. 138-144.
- STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 3.^a ed., 1981; 4.^a ed., Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 2000.
- STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, *Hellmuth Mayer-Festschrift*, Berlín, 1966, pp. 145-164.
- TOMÁS-VALIENTE, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999.
- TORIO, «Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión», *ADPCP* 1984, pp. 693-707.
- TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Strafrecht- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Marburgo, 1904.
- TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, *Enneccerus-Festgaben*, Marburgo, 1913, pp. 5-126.
- V. ROHLAND, «Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen», *VDA I*, Berlín, 1908, pp. 349-377.
- V. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Bonn, 1948.
- VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 83, Berlín, 1993.
- VOGT, «Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», *ZStW* 63 (1951), pp. 381-411.
- WACHSMUT/SCHREIBER, «Sicherheit und Wahrscheinlichkeit –juristische und ärztliche Aspekte», *NJW* 1982, pp. 2094-2098.

- WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge, tomo 98, Berlín, 1996.
- WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, *Schriften zum Strafrecht*, tomo 9, Berlín, 1968.
- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11 ed., Berlín, 1969. (La Parte General de esta obra ha sido traducida al castellano por BUSTOS y YÁÑEZ, con el título *Derecho penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, 1970.)
- WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 30 ed., Heidelberg, 2000.
- WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, *Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Neue Folge, 16. Abhandlung, Heidelberg, 1965.
- ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, tomo III, Buenos Aires, 1981.