

SECCIÓN DOCTRINAL

La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

SUMARIO: I. Introducción.–II. La acción y la omisión como formas de delinquir.–III. La distinción entre delitos impropios y delitos propios de omisión.–IV. La posición de garante como supuesto criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia.–V. Las fuentes tradicionales de la posición de garante: la ley, el contrato y el hacer precedente: A) La ley y el contrato como fuentes de la posición de garante: 1. Evolución; 2. La situación actual. B) La injerencia (= hacer precedente): 1. Introducción. 2. Alcance de la responsabilidad por injerencia. 3. El rechazo de la injerencia como fuente de las posiciones de garante.–VI. La ampliación de las fuentes de la posición de garante: A) Introducción. B) La ampliación de las posiciones de garantía dentro del ámbito familiar. C) La sustitución (expansiva) de la posición de garante derivada de contrato por el criterio de la «asunción fáctica».–VII. Ulteriores posiciones de garante que se han ido añadiendo a las tradicionales de la ley, el contrato y el hacer precedente: A) La estrecha relación vital. B) La comunidad de vivienda. C) La comunidad de peligro. D) El dominio de la cosa (Sachherrschaft). E) Los deberes (de aseguramiento) del tráfico (Verkehrssicherungspflichten, Verkehrspflichten). F) La responsabilidad por el producto: el caso «Lederspray» (spray para el cuero): 1. Introducción; 2. La comisión por omisión en el caso «Lederspray»: a) Existencia de posición de garante de los directivos sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico, b) La tesis de la injerencia, c) El rechazo de la existencia de una omisión impropia en el caso «Lederspray», d) Resumen; 3. Excurso; Referencia a la responsabilidad por el producto en el Derecho penal español: el caso de la colza. a) El caso de la colza como delito de acción. b) La relación de causalidad en el caso de la colza. G) La responsabilidad en comisión por omisión por resultados típicos originados por delitos cometidos por terceras personas o por accidentales: 1. Dentro del ámbito familiar; 2. Dentro del ámbito funcional: a) La tipificación legal expresa como omisión impropia de la no evitación de delitos por parte de funcionarios. b) ¿Comisión por omisión de

funcionarios cuando falta una tipificación expresa?. *c)* La omisión de los funcionarios medioambientales en el Derecho penal alemán: *aa)* Introducción, *bb)* La supuesta posición de garante del funcionario medioambiental, *cc)* Posiciones restrictivas, *dd)* Excurso. Referencia al Derecho penal español: el nuevo artículo 329.1 CP 1995; 3. Dentro del ámbito empresarial: *a)* La situación en Alemania, *b)* Excurso. Referencia al Derecho español: otra vez, el caso de la colza.–VIII. Epílogo.–IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

«El artículo 11 CP 95 regula la comisión por omisión optando por una determinada dirección que parece anclada en el *Mezger* de 1933» (1).

Teniendo en cuenta que dicho precepto (2) es una importación netamente alemana, el presente trabajo pretende informar al lector de habla española de la evolución que ha experimentado desde entonces, en aquella dogmática, la omisión impropia. Una tarea que no es precisamente fácil. Porque, aunque ciertamente disponemos, «entretanto, de una bibliografía... casi inabarcable» (3) y de que la «cadena» de «monografías sobre el problema del garante», de la que hablaba ya Schünemann en 1979 (4), se ha prolongado todavía más, desde aquella fecha, con numerosos nuevos eslabones, no obstante los resultados de esta inmensa laboriosidad de la ciencia alemana –y así se confiesa abiertamente– no pueden ser más raquíticos. Pues en la dogmática de los delitos de omisión «no se puede desconocer que aquí, frecuentemente, todavía nos encontramos en los comienzos» (5), que tal «dogmática de los delitos de omisión que equivalen a una comisión ... no ha madurado en modo alguno como pudiera parecer a primera vista, sino que, en realidad, “no ha salido de los

(1) GIMBERNAT, 1996, I 1.

(2) El artículo 11 CP 1995 tiene el siguiente texto:

«Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a)* Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b)* Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente [*sic*].»

(3) FREUND, 1992, p. 3, núm. 18.

(4) 1979, p. 81.

(5) SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/39.

pañales”» (6), ya que, «después de intensos esfuerzos de décadas, ... ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido alcanzar una solución dogmáticamente satisfactoria sobre la cuestión de cuándo debe ser imputado objetivamente al omitente un resultado injusto realizado mediante omisión» (7).

El «eclecticismo ateo» (8) con el que se aborda la cuestión del garante conduce, por una parte —como continuamente se pone de relieve—, a que se califique a la dogmática de los delitos de omisión como «un ejemplo de pensamiento “tópico”, es decir, referido a grupos de casos» (9), en la que «se diseñan simplemente ad hoc los criterios para la admisión de posiciones de garante» (10), y, por otra parte, a que, al faltar principios firmes y delimitados, el campo de aplicación de la comisión por omisión se extienda cada vez más: la «tendencia de mancha de aceite», de la que habló en una ocasión Welzel (11), se ha convertido, con el tiempo, en una «expansión ilimitada de los delitos de omisión» (12).

A la vista de lo que se acaba de exponer, podría decirse que lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro (13).

(6) FREUND, 1992, p. 43.

(7) SAGENSTEDT, 1989, p. 45. Cfr. también Armin KAUFMANN, *JuS*, 1961, p. 76: «No es posible generalizar estas reglas sobre la responsabilidad del garante..., sino que el problema de la equiparación es distinto de bien jurídico en bien jurídico, de tipo en tipo»; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/26: «La determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la dogmática de la Parte General.»

(8) SCHÜNEMANN, 1995, p. 73. V. también SEELMANN, *GA*, 1989, pp. 242/243: «A pesar de su defensa en la jurisprudencia y en algunos manuales, apenas existe alguien que se tome en serio ese cuarteto [ley, contrato, injerencia y estrecha relación vital]»; el mismo, *NK*, 1997, § 13 núm. m. 56.

(9) ARZT, *JA*, 1980, p. 648.

(10) FREUND, 1992, p. 136. Cfr. también SCHÜNEMANN, 1995, p. 62: «argumentos *ad hoc*»; el mismo, *ADPCP*, 1996, p. 210: «Un ejemplo expresivo de lo acabado de decir lo ofrece la ya antes mencionada dogmática de las posiciones de garante en el delito de omisión impropia, que no acaba de calmarse y que también en los últimos años ha sido enriquecida con un cúmulo de nuevos métodos de solución y de posiciones que conducen constantemente a nuevas combinaciones.»

(11) *JZ*, 1960, p. 179. V. también GEILEN, *FamRZ*, 1961, p. 151; LANDSCHEIDT, 1985, p. 44.

(12) SCHÜNEMANN, 1971, p. 221. V. también HONIG, *Schaffstein-Festschrift*, 1975, p. 91: «“expansión” de la punición de la comisión por omisión»; BRAMMSEN, 1986, p. 30: «expansión continuada del campo de aplicación de la fórmula del garante»; BAUMANN/WEBER, *AT*, 9.ª ed., 1985, p. 246: «ausencia de límites de la vigente jurisprudencia»; SCHÜRMAN, 1986, p. 73: «jurisprudencia expansiva.»

(13) Cfr., por ejemplo, STRATENWERTH, *AT*, 1981, núm. m. 990: «La exposición individualizada subsiguiente pondrá de manifiesto qué nivel de inseguridad sigue

No obstante todas estas dificultades, en lo que sigue voy a tratar de exponer sistemáticamente cuál es la situación actual en Alemania, lo que supone exponer, al mismo tiempo, la diversidad de opiniones —muchas veces radicalmente contrapuestas— sobre todos y cada uno de los posibles supuestos de comisión por omisión.

A pesar de lo voluminoso del presente artículo y de que se escribe con una cierta pretensión de exhaustividad, he tenido que prescindir, para no hacerlo aún más extenso, de dos importantes problemas de la comisión por omisión, a saber: de la calificación como omisión propia o impropia de los distintos supuestos de inactividad frente al suicidio, y de la participación en comisión por omisión. Por lo demás, y como viene ya acotado por el título, en lo que sigue me ocupo sólo de la dogmática alemana, siendo las referencias a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina españolas únicamente de carácter coyuntural y puntual.

II. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO FORMAS DE DELINQUIR

El artículo 10 CP define como «delitos o faltas las acciones y *omisiones* dolosas o imprudentes penadas por la Ley». Se puede delinquir, por consiguiente, tanto poniendo en marcha (acción) como no deteniendo [omisión (14)] una cadena causal que va a desembocar

existiendo [en la doctrina del garante]»; DENCKER, *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, p. 159: «Desde hace mucho tiempo una de las cuestiones menos aclaradas de la Parte General del Derecho penal es la de las llamadas posiciones de garante en el delito impropio de omisión».

(14) Sobre el concepto de omisión como comportamiento pasivo desvalorado, cfr. GIMBERNAT [1987], 1990, pp. 182 ss., 205-207.

En relación con el concepto de comportamiento que expongo en ese artículo, y, en concreto, sobre mi crítica al concepto causal de la acción en el sentido de que no es susceptible de abarcar las «acciones fallidas», porque en éstas el movimiento no es *querido*, me objeta MIR, ADPCP 1988, p. 668 núm. 13 a) (en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, *PG*, 1996, pp. 268/268 núm. 7) que «en los actos fallidos... me parece difícil negar que en ellos por lo menos se quiere *mover* el cuerpo de algún modo» (subrayado en el texto original). Esta objeción desconoce que los actos fallidos en sentido psicoanalítico se caracterizan, precisamente, porque no es el Yo (la voluntad), sino el Ello (el Inconsciente) el que dirige el movimiento corporal: cfr. sólo FREUD, 1901, p. 180: «Hace años, cuando hacía visitas a domicilios de pacientes con mucha mayor frecuencia de lo que lo hago ahora, muchas veces me sucedía que, cuando llegaba ante la puerta en la que debía llamar con la aldaba o apretar el timbre, sacaba del bolsillo las llaves de mi propio domicilio, para después, casi avergonzado, volver a

(o ha desembocado) en un resultado de lesión (delito de lesión) o de peligro (delito de peligro) (15).

Desde el punto de vista de sus formas de comisión (16) (activa u omisiva), los delitos pueden clasificarse en los tres siguientes grupos:

Primer grupo. Algunos delitos sólo se pueden cometer mediante una acción: así el falso testimonio (arts. 458 ss.), que exige una *declaración* no ajustada a la verdad en causas criminales o civiles; la bigamia (art. 217), que requiere igualmente la expresión *positiva* de que se consiente en contraer matrimonio (arts. 58 y 59 CC); la prevaricación (art. 404), que exige *dictar* una resolución injusta (17); o el robo de la circunstancia 1.^a del artículo 238, que tiene como elemento típico que mediante *movimientos* corporales se escalen inmuebles (18).

Segundo grupo. Otros delitos sólo se pueden llevar a cabo mediante omisiones: así, el que comete el juez que *se niega* a juzgar, sin alegar justa causa, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley (art. 448); o el objetor que, sin justa causa, llamado al cumplimiento del servicio que se le asigna, *dejare de presentarse* (art. 527.1.^o); o el que, pudiendo hacerlo, *se abstiene* de impedir un

meterlas. Cuando asocio con qué pacientes era ese el caso, tengo que admitir que la acción fallida –sacar las llaves en vez de llamar– significaba un homenaje para la casa en la que incurría en ese error. Era equivalente a la idea: “Aquí me encuentro como en casa”, pues ello sólo sucedía donde me había encariñado con el enfermo. (Naturalmente que nunca llamo a la puerta de mi casa.)»

(15) La Ley penal castiga *siempre y únicamente* lesiones efectivas de bienes jurídicos o su puesta en peligro. Y el peligro es también un *resultado* en cuanto que consiste en la producción de una situación de *riesgo*, sobre la base de criterios de probabilidad (cfr. GIMBERNAT, *ADPCP* 1994, pp. 5/6).

(16) En sentido estricto, comisión equivale a acción; en sentido amplio, la comisión abarca tanto a la acción como a la omisión.

(17) Cfr. TS 18 de enero de 1994, A. 6482 (del repertorio de 1997): «La injusticia [del art. 358.1 CP 1973, actual art. 404 CP 1995] ha de ser clara y manifiesta y *ha de cometerse mediante una acción positiva*, no siendo posible la comisión por omisión teniendo en cuenta la propia literalidad del precepto, que en su primer párrafo emplea la locución “dictare”». De otra opinión, en la doctrina, OCTAVIO DE TOLEDO, 1980, pp. 66, 401 («puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado “resolución” la aparición de éste cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedir la cumpliendo su deber jurídico de actuar»), 409; y en la jurisprudencia, TS 2 de julio de 1997, A. 5684, con amplias referencias a las dos distintas posiciones que ha adoptado el TS sobre la cuestión. De que la prevaricación se puede cometer sólo mediante un comportamiento positivo me vuelvo a ocupar *infra* nota 243.

(18) Si no existe un autor que desarrolle esas *actividades*, es obvio que no se han cumplido los requisitos típicos. Quien, mediante una omisión, no impide el falso testimonio, la bigamia, la prevaricación o el robo, podrá responder, *a lo sumo* y *si es garante*, por participación delictiva en los respectivos delitos, pero *nunca* como autor en sentido estricto por la realización de unas conductas que la ley ha configurado *positivamente*.

asesinato (art. 450) o *no* socorre a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave (art. 195).

Tercer grupo. Otros delitos, finalmente, se pueden cometer *tanto* por acción *como* por omisión. Dentro de este grupo hay que incluir a la mayoría de los delitos de lesión (19), que, como, por ejemplo, los delitos contra la vida, el aborto, las lesiones, o los daños no especifican –o, al menos, no especifican en todas sus modalidades– una forma concreta de comisión. Y así, en los delitos contra la vida, igualmente *mata* la madre que estrangula a su hijo como la que le priva de la vida no ligando el cordón umbilical y permitiendo que se desangre.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS IMPROPIOS Y DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN

El problema central de la dogmática de los delitos de omisión es el de determinar cuándo el que se abstiene puede ser hecho responsable del resultado igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa, o de una participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito impropio de omisión o de comisión por omisión) y cuando no es ese el caso (delito de omisión propia) (20).

A la madre que deja morir a su hijo al *no* ligarle el cordón umbilical se le imputa el resultado «muerte» de la misma manera que si lo hubiera producido mediante una conducta activa y responde de un

(19) Tradicionalmente, a los delitos de lesión, por contraposición a los de peligro, se les llama también de resultado. Pero esta denominación es poco rigurosa, porque los delitos de peligro también tienen un resultado, a saber: el peligro. Es más preciso llamar delitos de lesión (y no de resultado) a aquellos en los que se *daña efectivamente* el bien jurídico protegido y de peligro a aquellos otros en los que sólo se crea un riesgo para dicho bien (v. GIMBERNAT, *ADPCP* 1994, p. 6).

(20) No todo el mundo distingue entre delito impropio y propio de omisión, como aquí, sobre la base de si a la inactividad se le imputa o no el resultado. Según otra dirección, los auténticos delitos impropios de omisión serían aquellos en los que la reconducción del resultado a la inactividad *no está expresamente tipificada* (el CP, por ejemplo, no recoge *explícitamente* que la madre que no liga el cordón umbilical responde de la muerte de su hijo), mientras que no serían delitos impropios de omisión –sino propios– aquellos en los que el legislador tipifica *expresamente* una conducta inactiva, tanto si no la pone en relación con un resultado (ejemplos: arts. 195 y 450) como si reconduce el resultado a una inactividad, poniendo en conexión, por consiguiente, una inactividad con un resultado (así, por ejemplo: en el art. 432, el CP imputa directamente el perjuicio patrimonial de la sustracción de los fondos públicos al funcionario que *consiente*, esto es: *no impide*, que otros los sustraigan; en el artículo 176, se hace responsable de las torturas causadas a la autoridad o funcionario que permite, esto es y entre otros comportamientos: que no evita, que otras personas

asesinato para el que está prevista la pena de 15 a 20 años de prisión (art. 139). En cambio, si un peatón no auxilia a otro viandante que yace en la acera de la calle, porque está sufriendo un infarto, aquél, y aunque éste fallezca, responde únicamente de una omisión del deber de socorro del artículo 195, y la pena que se le impone: la mucho menos severa de multa de tres a doce meses, evidencia que no se le está imputando la eventual muerte del infartado.

Lo que tienen *en común* las dos categorías de delitos es que ambos se cometen mediante la *omisión* de una acción determinada: en el primer ejemplo, mediante la omisión de ligar el cordón umbilical, y en el segundo, mediante la omisión de auxiliar al viandante enfermo, porque, por ejemplo, *no* se avisa a una ambulancia. Y lo que las *distingue* es que, mientras que en el primer supuesto esa omisión recibe el mismo tratamiento que una acción causante del resultado (21), en el segundo el sujeto responde únicamente por la omisión como tal omisión sin que se pueda reconducir a ésta el eventual resultado de la muerte del infartado (22).

IV. LA POSICIÓN DE GARANTE COMO SUPUESTO CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LA OMISIÓN IMPROPIA Y LA PROPIA

De acuerdo con la doctrina dominante, el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una *posición de garante*, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión.

las causen). Sobre los distintos contenidos que se pueden dar a los conceptos: delitos propios y delitos impropios de omisión, cfr., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, pp. 605 ss., con amplias referencias bibliográficas sobre la cuestión.

(21) La expresión omisión *impropia* hace referencia a que, en realidad, se trataría de una omisión que debería ser considerada como una acción; la de *comisión por omisión* a que sería, en realidad, una comisión en sentido estricto, esto es: una acción.

(22) Con la expresión omisión *propia* se quiere poner de relieve que aquí sí que estamos ante inactividades en sentido estricto que no pueden ser puestas en conexión, por tanto, con lesión alguna. En consecuencia, el 195 se *consume* con el no auxilio al desamparado, siendo *irrelevante* para la aplicación de dicho tipo penal –porque la lesión *nunca* se le puede imputar al omitente– que el desamparado posteriormente muera o consiga sobrevivir porque, por ejemplo, las lesiones no eran letales o porque, aún siendo muy graves, otras personas le prestaron auxilio a tiempo.

El deber jurídico de actuar fundamentador de una posición de garante sería, por consiguiente, un deber *extrapenal* (por ejemplo, de origen civil o administrativo) que seleccionaría de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la integridad del bien jurídico protegido; en cambio, un deber *estrictamente penal* de actuar, como los que imponen los artículos 195 y 450 no fundamentaría posición de garante alguna, ya que, si así fuera, entonces *todos* los ciudadanos deberían responder de, por ejemplo, un asesinato (o de participación en él) cuando no impidieren este delito (art. 450) o de homicidio cuando no evitaran una muerte (art. 195), con lo que los delitos de omisión propia nunca entrarían en juego como tales delitos, sino sólo para servir de base a una posición de garante *general* que, a su vez, serviría de base para una omisión impropia (23).

V. LAS FUENTES TRADICIONALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE: LA LEY, EL CONTRATO Y EL HACER PRECEDENTE

La posición de garante (24), esto es: la posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsa-

(23) Cfr., en este sentido de que los deberes estrictamente penales *no son aptos para fundamentar posiciones de garante* y entre otros muchos (porque la opinión es prácticamente unánime), v. WEBER, *Grundriss*, 1948, p. 58; ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 285: «De un mandato de evitar la lesión de un bien jurídico expresamente manifestado en la ley o que se deduzca de ella no se sigue aún, en modo alguno, que la lesión del mandato legal tenga que ser reprimida con el marco penal del correspondiente delito de acción. Esto está hoy fuera de discusión para los mandatos derivados de los §§ 138 [que se corresponde con el art. 450 CP] y 330 c [que se corresponde con el art. 195 CP], porque aquí el legislador ha establecido un marco penal especial»; R. MOURULLO, 1966, pp. 378/379; HERZBERG, 1972, p. 208; ARZT, *JA*, 1980, p. 713; RUDOLPHI, *Dünnbieter-Festschrift*, 1982, p. 574; el mismo, *NSiZ* 1991, p. 365; BLEI, *AT*, 1983, p. 322; SAGENSTEDT, 1989, p. 46; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/26; FREUND, 1992, p. 27; BAUMANN/MITSCH, *AT*, 1995, § 15 núm. m. 52; WESSELS, *AT*, 1996, núm. m. 715; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, p. 621: «Por el contrario, los deberes de garante no pueden deducirse de la situación típica de un delito *propio* de omisión, porque ahí se trata de deberes jurídicos que afectan *a todo el mundo*» (subrayados en el texto original); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 núm. m. 57. Parcialmente en contra, sin embargo, MEYER-BAHLBURG, *GA*, 1966, pp. 205 («Con estas pretensiones de generalidad, es incorrecto el principio de que el deber de garante de un delito impropio de omisión no puede ser extraído de un delito propio de omisión»), 207; VOGEL, 1993, p. 103; RUDOLPHI, *SK*, 1997, § 13 núm. m. 19.

(24) La expresión «garante», como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, fue acuñada por BINDING, *Normen II*, 1926, 2.^a ed., pp. 553 ss., y resucitada e introducida definitivamente en el vocabulario juridicopenal por NAGLER, *GS III* (1938), pp. 59 ss.

ble del bien jurídico penalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción se hace seguir, tradicionalmente, de las tres siguientes fuentes: de la ley, del contrato y, a partir de un momento posterior del desarrollo de la dogmática, también del hacer precedente. Empezamos, porque son las dos primeras en aparecer en el tiempo, por el estudio de la ley y del contrato como fundamentadores de la posición de garante y, consiguientemente, del delito de comisión por omisión.

A) La ley y el contrato como fuentes de la posición de garante

1. EVOLUCIÓN

La tesis de que las obligaciones derivadas de *leyes* (25) extrapenales de Derecho público (por ejemplo, deberes funcionariales de vigilancia) o de Derecho privado (por ejemplo, deberes familiares de guarda) y de *contratos* (por ejemplo, el que celebran los padres con otra persona para que cuide de su hijo) convierten al omitente en responsable del resultado no impedido fue formulada por primera vez por *Feuerbach* (26).

Por consiguiente y según esta tesis: Los padres (ley) que no dan de comer al hijo pequeño permitiendo que muera de inanición o la empleada doméstica (contrato) que omite la alimentación del bebé que tiene a su cargo realizan, en comisión por omisión, un delito contra la vida (27). Al socorrista funcionario en una piscina munici-

(25) El concepto de ley se entiende en sentido amplio: Ley, Decreto, Reglamento, Orden Ministerial e incluso Ordenanza Municipal, sobre todo en la imprudencia.

(26) Cfr. LEHRBUCH, 1847, p. 50: «Pero como la obligatoriedad originaria del ciudadano sólo va referida a omisiones, de ahí que un delito de omisión presuponga siempre una base jurídica especial (ley o contrato) en virtud de la cual la obligatoriedad lleva a fundamentar una comisión». V. también pp. 367/368: «El delito de homicidio puede ser cometido... tanto mediante acciones positivas como negativas. Pero esto último presupone la obligatoriedad de una acción positiva, cuya omisión se ha convertido en causa de la muerte del otro.»

(27) Un ejemplo clásico de posición de garante derivado de ley (art. 39.3 CE: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda»; art. 154 CC: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos... y comprende los siguientes deberes:... velar por ellos»), y que fundamenta en el omitente la imputación del resultado, es el de la madre que

pal (ley) y al contratado en una privada (contrato) se les imputa la muerte si no intervienen para impedir el ahogamiento de un usuario del establecimiento. Al guardabarreras, empleado de RENFE, sobre la base de la normativa reguladora de los pasos a nivel (ley), y al particular que debe cuidar de esos pasos, por haberlo pactado así con la compañía de ferrocarriles (contrato) (28), cuando no cumplen con su deber de vigilancia, se les hace responsables de los resulta-

(dolosa o imprudentemente) mata al hijo al no ligarle el cordón umbilical. Cfr. TS 9 de mayo de 1966, A. 2339 (parricidio por imprudencia); 3 de junio de 1969, A. 3160 (infanticidio: «... por estar impuesto moral y jurídicamente a toda madre, el deber de cuidar y proteger a su hijo –art. 155 del Código Civil–»); 15 de noviembre de 1977, A. 4336 (infanticidio); 28 de junio de 1980, A. 3064 [parricidio por imprudencia: «La doctrina al igual que la jurisprudencia admiten que la conducta de la madre puede revestir tanto la modalidad activa (matar) como la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta, respecto a esta última, de la posición de garante que a la madre corresponde, respecto del hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres (vid. arts. 110, 111, 142, 143 y concordantes del Código Civil)»]; 31 de marzo de 1993, A. 2598 (parricidio).

(28) Cfr., por ejemplo, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 13 de junio de 1981, A. 2653: «Que sea cualquiera la naturaleza pública o privada del camino que desde la carretera núm. 224 de Igualada a Capellades da acceso a la Factoría denominada Talleres V., S. A., consistente en un tramo hormigonado de unos cincuenta metros de longitud que atraviesa la vía férrea de Igualada a Martorell propia de la Compañía de Ferrocarriles Castelares, S. A., y en cuyo cruce existe un paso a nivel sin guarda, cuya custodia como es natural correspondía a la citada compañía, pero que ésta transfirió en 15 de junio de 1971 al recurrente a petición de éste, para el más fácil tránsito a dichos Talleres de los que era propietario, “recibiendo a tal fin las llaves de los candados de las cadenas que cierran el mismo, y asumiendo a partir de dicha fecha las responsabilidades que pudieran derivarse a consecuencia de los accidentes que por cualquier motivo pudieran producirse en el expresado paso”, como se recoge en el relato fáctico de la resolución de instancia, de donde se obtiene la evidencia de que a través de tal *pacto o contrato* el recurrente obtuvo la custodia y guarda del referido paso a nivel en beneficio y utilidad propia asumiendo *contractualmente la posición de garante*, subrogándose en el lugar de la Compañía ferroviaria citada, con respecto a las citadas responsabilidades, *negocio jurídico* que resultaba perfectamente válido ... – ... por lo que al no hacerlo así [el recurrente] abandonando los deberes de vigilancia y cuidado inherente a tal posición y concretamente el de tensar las cadenas del mismo y cerrarlas para impedir el acceso de vehículos sobre la vía, en las horas señaladas para el paso de trenes, incurrió en una imprudencia o negligencia grave o temeraria que realiza o integra el tipo penal contemplado en el artículo 565, núm. 1.º [CP 1973] construido como un delito de comisión por omisión» (subrayados añadidos).

V. también, por lo que se refiere a otra posición de garante derivada de contrato, la sentencia del TS de 17 de febrero de 1982, A. 669, donde se imputa la muerte por un accidente con cables de alta tensión, en comisión por omisión, a un electricista, si «se tiene en cuenta la posición de garante asumida por el recurrente en la zona donde

dos típicos causados por la colisión entre el ferrocarril y un vehículo de motor.

En cambio, el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la obligación *especial extrapenal* de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la *obligación general juridicopenal* que nos afecta a todos de socorrer a *cualquier* ser humano, responderían, si no interviniesen, únicamente por delitos de omisión propia (29).

A pesar de que hasta los años 30, pero *sólo a nivel de principio*, era prácticamente unánime la opinión de que únicamente un *deber jurídico y no uno moral* podía servir de base a una posición de garante (teoría del deber jurídico), rechazándose, en consecuencia, la posibilidad de que obligaciones extrajurídicas (por ejemplo, de carácter moral o social) pudieran operar como fuentes de posiciones de garante (por consiguiente, el marido que permitía la muerte de la mujer respondería de un delito contra la vida, pero sólo de una omisión del deber de socorro el joven que omitía salvar a su novia) (30), opinión que se solía —y se suele— fundamentar sobre la base del principio de legalidad: si sólo el Derecho (pero no la moral) son idóneos para establecer la punibilidad por acción, lo mismo debería regir para

se produjo el accidente que tenía como fuente el *contrato* pactado con la Compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado, para evitar la producción de accidentes como el que nos ocupa» (subrayado añadido).

(29) En concreto, sobre la base del delito de omisión propia del artículo 195: «1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.—2. En las mismas penas [*sic*] incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.—3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses».

(30) Cfr., por ejemplo, TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 66 («Así como la causación de un resultado lesivo mediante acción positiva sólo puede hacer responsable juridicopenal o civilmente cuando la causación está prohibida por el Derecho, así, por supuesto, la no evitación del resultado evitable sólo puede fundamentar responsabilidad cuando la evitación del resultado lesivo estaba mandada jurídicamente, cuando el Derecho exige una actuación para impedir el resultado. La *infracción más grave de deberes meramente morales* no puede fundamentar nunca —ni mediante acción ni mediante omisión— responsabilidad jurídica. Por consiguiente, tanto la prohibición como el mandato deben provenir del Derecho» (subrayados añadidos), 77 y 80; v. HIPPEL II, 1930 p. 161 núm. 3; FRANK, *StGB*, 1931, p. 19: «El descuido de un deber ordenado sólo por la ley moral no fundamenta una responsabilidad juridicopenal»; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 190: «El deber de actuar para impedir el resultado tiene que estar fundamentado jurídicamente, tiene que ser un

una omisión (31); a pesar de esas declaraciones de principio, lo cierto es, no obstante, que la teoría del deber jurídico *nunca se aplicó consecuentemente*, y que, por ejemplo, desde muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido juridicoprivado estricto no dieran lugar a deberes de guarda, podían servir de base a posiciones de garante, que lo decisivo era, no la existencia, sino la asunción fáctica de la obligación contractual, que el contrato podía seguir dando lugar a una comisión por omisión aún después de su extinción temporal, o que la posición de garante derivada de contrato podía subsistir aunque dicho contrato fuera civilmente nulo (32).

La contradicción que suponía el establecimiento de unos principios que luego no se aplicaban en la práctica hizo que en los años 30 un grupo de autores alemanes, argumentando con la necesidad de liberar al Derecho penal de la influencia civilista (33) y con los conceptos del pensamiento juridicopenal nacionalsocialista del «sano sentido popular» y del llamado «Derecho penal de autor» (34), renunciara, *también a nivel de principio*, al formalismo de que todo deber de garante había de ser uno jurídico para manifestar, *abiertamente*, que también meras obligaciones morales o sociales podían servir de base para una comisión por omisión (35).

deber jurídico. No es nunca suficiente que el hacer sólo lo exija la moral o la moralidad»; MEZGER, *Strafrecht*, 1933, p. 139: «Es necesaria la fundamentación mediante una proposición jurídica: un deber meramente moral no fundamenta responsabilidad penal alguna»; NAGLER, *GS III* (1938), p. 22.

(31) Sobre este argumento cfr., por ejemplo, la cita de TRAEGER en la nota anterior; HENKEL, *MSchKrim*, 1961, p. 184: «La laguna de tipicidad que existe en la ley en relación al autor que omite impedir el resultado creyó poder colmarse en el sentido del *nullum crimen sine lege* acudiendo para rellenarla a una norma legal extrapenal para, de esta manera, superar la falta de regulación juridicopenal de los delitos impropios de omisión»; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 111.

(32) Sobre todo ello detalladamente *infra* VI.

(33) Cfr., por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 73

(34) Véase, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 71; DROST, *GS 109* (1937), pp. 16, 27; NIETHAMMER, *ZStW 57* (1937), p. 445.

(35) Cfr. SAUER, *Frank-Festsgabe*, I, 1930, p. 223: «El “deber moral” en nuestra actual época cultural... pudiera ser elevado a un deber jurídico» [posteriormente, SAUER, *Strafrechtlehre*, 1955, p. 92 («Por consiguiente, es ir demasiado lejos extender los deberes jurídicos en el terreno de los deberes morales y sociales»), volvió a la teoría del deber jurídico]; SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 81: «... la teoría del deber jurídico, mediante la estricta separación entre la lesión —que supuestamente es la única relevante— de deberes jurídicos y la lesión irrelevante de deberes “meramente” morales ha llevado normalmente a una inadmisibles reducción de los delitos impropios de omisión»; DROST, *GS 109* (1937), pp. 17, 19 («Para la cuestión de si una omisión fundamenta la punibilidad cuando se produce un resultado contra-

2. LA SITUACIÓN ACTUAL

Desde el final de la II Guerra Mundial, un importante sector de la ciencia –tal vez el mayoritario–, ha vuelto a pronunciarse a favor de la teoría del deber jurídico (36), aunque ocasionalmente se pone de relieve

rio a la ley penal, lo decisivo no es la cuestión de deberes juridicoprivados, sino únicamente la cuestión de si la persona mediante la omisión ha lesionado frente al Estado ... un deber social en la convivencia popular», 33; NIETHAMMER, *ZStW* 57 (1937), p. 445; GEORGAKIS, 1938, p. 21; DAHM, *ZStW* 59 (1939), p. 166: «La cuestión decisiva no es ya la de si el deber cuya lesión desencadena la responsabilidad [sc. penal] tiene que ser un deber jurídico, o la de si es suficiente también un deber moral, sino la cuestión de la naturaleza y del vigor de ese deber, sea éste jurídico o moral».

(36) Cfr. NOVOA, *PG*, 1960, pp. 344/345; Armin KAUFMANN, *JuS*, 1961, p. 176: «[Para determinar el tipo de un delito impropio de omisión] hay que constatar que existe un *mandato jurídico* que tiene por contenido la evitación de aquella lesión de o peligro para el bien jurídico... Lo esencial es que tiene que tratarse de mandatos *jurídicos* para la protección de bienes jurídicos; los deberes morales no son suficientes» (subrayados en el texto original); GEILEN, *FRZ* 1961, p. 152: «...hay que mantener la exigencia de un deber *jurídico* de garante... « (subrayado en el texto original); WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 213: «Si bien ya no se puede volver al estricto punto de partida originario de un deber jurídico expresamente formulado en la ley, sin embargo hay que exigir la cimentación *jurídica* del deber de garante, es decir, la responsabilidad del garante debe, si no leerse directamente de la ley, si por lo menos demostrarse a partir de ella», subrayado añadido; SCHÜNEMANN, 1971, *passim*, para quien la existencia de un deber jurídico es requisito necesario, pero no suficiente de la comisión por omisión: «Cuando, de acuerdo con un orden estricto, está descartado un deber jurídico, entonces no es posible una punición; la mera existencia de un deber jurídico meta-juridicopenal no dice nada aún, en cambio, sobre el problema de la punibilidad»; MAURACH, *AT*, 1971, p. 601: «En principio, hay que partir de que *sólo* deberes fundamentados *jurídicamente* pueden regir como deberes de garante. Deberes religiosos, morales e individuales tienen su lugar fuera del Derecho penal –que se limita al “mínimo ético”– y, por consiguiente, no pueden provocar ninguna función de garantía en sentido juridicopenal –que es el único que aquí nos interesa–», subrayados en el texto original; COUSIÑO, I, 1975, p. 561; MAIWALD, *JuS*, 1981, pp. 480, 481; BLEI, *AT*, 1983, p. 322: «... los deberes morales ... no fundamentan deber de garante alguno»; RUIZ, *LH*, Luis Carlos Pérez, 1984, p. 83; SCHÜRMAN, 1986, pp. 74/75; KONRAD, 1986, pp. 78/79; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 1987, p. 137: «Sobre los deberes de garante el § 13 sólo dice que deben ser deberes jurídicos (El obligado debe responder “jurídicamente” por la no producción del resultado). No bastan deberes meramente morales»; SAGENSTEDT, 1989, p. 186; SEELMANN, *AK* 1990 y *NK* 1997, § 13 núm. m. 10, 47 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/26: «Como la ley [sc. el § 13 StGB] exige un tener-que-responder *jurídico*, la fuente tiene que suministrar deberes jurídicos y no, por ejemplo, sólo morales», subrayado en el texto original; GALLAS, 1989, pp. 75 («Lo que es seguro es que sólo puede equivaler a la realización del tipo mediante un hacer positivo aquel omitir mediante el cual el omitente lesiona un deber jurídico de actuar»), 80/81 [v., sin embargo, la cita de GALLAS recogida *infra* nota 39]; SEEBODE, *Spendel-Festschrift*, 1992, pp. 329 («Es necesario ... un deber *jurídico* de actuar. Cualquier otro deber, por ejemplo, de índole *moral* es indiscutible que no basta», subrayados en el texto ori-

que todo ello no pasaría de ser una mera actitud declamatoria (37), y ni la doctrina ni la jurisprudencia tendrían inconveniente en que entrasen

ginal), 344/345; FREUND, 1992, pp. 28 («los deberes jurídicos fundamentados prejudicialmente tienen una importancia eminente para la punibilidad de la omisión»), 33 («La posibilidad de fundamentar un deber *jurídico* es y sigue siendo, ahora como antes, un *elemento esencial* irrenunciable de una *adecuada teoría de la equiparación*», subrayados en el texto original), 35 y *passim*; VOGEL, 1993, pp. 125, 314; JESCHECK, *LK*, 1993 ss., § 13 núm. m. 19: «Según la regulación expresa del § 13 [sc. StGB] se debe tratar de deberes fundamentados *jurídica* y no sólo moralmente», subrayado en el texto original; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, p. 621; BAUMANN/MITSCH, *AT*, 1995, § 15 núm. m. 41; WESSELS, *AT*, 1996, núm. m. 715; RUDOLPHI, *SK*, 1997, § 13 núm. m. 19: «Al omitente le debe venir mandado *jurídicamente* evitar el resultado injusto típico. Mandatos meramente morales no pueden estar en situación de fundamentar una equivalencia activa del omitir», subrayados en el texto original [cfr., sin embargo, las citas de obras anteriores de RUDOLPHI recogidas *infra* nota 39]; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 núm. m. 7 («Este deber tiene que ser un *deber jurídico*, no son suficientes deberes puramente morales», subrayado en el texto original), núm. m. 17 («... no basta un deber sólo moral, por lo que, por ejemplo, una relación amorosa, una amistad o relaciones similares, por muy estrechas que sean, no fundamentan una posición de garante»).

En la doctrina española, y antes de la entrada en vigor del artículo 11 CP 1995, la tesis dominante, con la excepción de FERRER y de JIMÉNEZ DE ASÚA (referencias *infra* nota 39), ya exigía también la existencia de un deber jurídico para que pudiera fundamentarse una omisión impropia: cfr., por ejemplo: RODRÍGUEZ MOURULLO, *RFDUM* 1961, pp. 343 ss.; el mismo, 1966, p. 88: «La reducción de la posibilidad de admitir la comisión por omisión a las hipótesis en las que existe un auténtico deber jurídico de garantía parece que entraña un progreso al que no debe renunciarse»; el mismo, *PG*, 1977, p. 311; BACIGALUPO, 1970, p. 121: «Un deber meramente moral no es fundamentalmente suficiente para determinar una posición de garante»; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 1981, p. 372; SAINZ CANTERO, II, 1985, pp. 265/266; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, p. 372; *Torio*, *ADPCP* 1984, p. 702; HUERTA, 1987, pp. 143/144: «El deber de actuar en evitación de un resultado típico, cuya *infracción* da origen a la responsabilidad del omitente por dicho resultado, debe tener naturaleza jurídica y no meramente moral o social, por lo que habría de derivarse de fuentes jurídicamente reconocidas»; COBO/VIVES, *PG*, 1990, p. 304: «Dicha posición [sc. de garante], cuyo fundamento ha de ser *estrictamente jurídico*», subrayados en el texto original.

(37) Cfr., por ejemplo, GRÜNWARD, 1956, p. 51 («Porque el Derecho penal ... hace tiempo que ha renunciado ya a acudir a las normas extrapenales para delimitar las omisiones punibles de las irrelevantes») y *passim*; el mismo, *ZStW* 70 (1958), pp. 414/415 y *passim*; BOCKELMANN, *Niederschriften* 2, 1958, p. 277 («Sin embargo, hay que dirigir una enérgica llamada a la jurisprudencia [del BGH] para que ponga fin a ese funesto perfeccionismo que tiende a sancionar, por la vía de castigarlo como delito impropio de omisión, cualquier comportamiento de alguna manera inmoral»); MEYER-BAHLBURG, 1962, pp. 24 ss. y *passim*; GEILEN, *FamRZ* 1964, p. 390: «Los intentos de apoyo en el Derecho positivo, especialmente en el Derecho de familia, que en ocasiones y ya en la jurisprudencia del Reichsgericht, no eran otra cosa que una decoración tan pobre como transparente, han retrocedido a favor de una más amplia formación conceptual de carácter ético-social»; WELP, 1968, p. 65; GALLAS, 1989, p. 69 («En su jurisprudencia [sc. el

en juego omisiones impropias donde a veces sería difícil de encontrar deberes jurídicos de actuar (38). Por otra parte, y enlazando con los autores citados *supra* 1 *in fine*, pero ya sin los condicionamientos políticos de éstos, actualmente otro sector de la dogmática da entrada *abiertamente* a deberes extrajurídicos (sobre todo, morales y sociales) para fundamentar posiciones de garante (39).

B) La injerencia (= hacer precedente)

1. INTRODUCCIÓN

La tercera fuente tradicional de la posición de garante viene constituida por la injerencia (40). De acuerdo con este principio, el que

BGH] se ha ido fortaleciendo aún más la tendencia a juridificar deberes de acción que originariamente sólo se consideraban como vinculación moral»), 70, 72.

(38) Sobre todo ello cfr. *infra* VI y VII.

(39) Cfr., por ejemplo, FERRER, I, 1946, pp. 12, 21/22; VOGT, ZStW 63 (1951), p. 400 («Con ello hemos clarificado la diferencia entre delitos de omisión propia e impropia: en el último, obligación procedente de un orden *social* más estrecho y responsabilidad incrementada, en el primero, deber procedente de un campo universal de la vida social y responsabilidad normal», subrayado añadido) y *passim*; GALLAS, 1955, p. 345: Al omitente «le surge una función especial de protección frente al bien jurídico que le ha sido entregado, ya sea de un precepto jurídico expreso ya de las *concepciones ético-sociales dominantes*» (subrayados añadidos); ANDROULAKIS, 1963, p. 220: «Lo decisivo [sc. para la imputación del resultado al omitente] ... es el clima convencional, político y, en general, social»; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 1965, p. 428: «En el grupo de los auténticos delitos de comisión por omisión es forzoso situar, junto a los nacidos del deber impuesto por precepto jurídico ... aquellos que surgen de deberes morales, exigidos hoy por el hecho de vivir en sociedad»; RUDOLPHI, 1966, p. 99 («El omitente, para que su inactividad sea equivalente a una acción, debe ejercer en la *vida social* una función de protección, en virtud de la cual está llamado a evitar los peligros que amenazan a un bien jurídico de tal manera que le corresponde la decisión determinante sobre la producción de la lesión amenazante del bien jurídico y que, en consecuencia, aparece como garante para la no producción de esa lesión del bien jurídico», subrayados añadidos) y *passim*; el mismo, NStZ 1984, p. 150: «posición en la vida social»; HERZBERG, 1972, pp. 212, 215, 283, 316 (lo decisivo es la «especial responsabilidad social») y *passim*; HONIG, 1975, pp. 94/95; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 271; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, pp. 536 («normas sociales», «roles sociales»), 537 («posición social»); BRAMMSEN, 1986, pp. 27, 28 («una teoría del garante orientada a la vida social cotidiana»), 29, 46 («puntos de partida acuñados ético-socialmente») y *passim*; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 26 («Fundamentación ético-social de las “relaciones de garante”») y *passim*.

(40) La idea de la injerencia, como tercera fuente, junto a la ley y al contrato, de posiciones de garante, tiene su origen en STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867); para más detalles, cfr. TRAEGER, Enneccerus-Festgaben, 1913, pp. 30 ss.; PFLEIDERER, 1968, pp. 48 ss.; RUDOLPHI, 1966, pp. 6 ss.

«El principio de que el hacer precedente obliga a evitar el resultado se desarrolló en el siglo pasado para demostrar la causalidad de la omisión» (BINDOKAT, NJW 1960, p. 51).

mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente *omite* evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente. [Por lo que se refiere a España, el TS, por sólo citar algunas sentencias, había estimado ya que respondía del resultado producido el camionero que, después de *cargar* en su vehículo una pieza cilíndrica de gran peso (hacer precedente) *no* la calzaba convenientemente (omisión del injerente), deslizándose aquella y aprisionando así a otra persona (41); y quienes mediante un hacer precedente abrían un foco de riesgo [cavaban zanjas (42), detenían un vehículo (43)], que luego *no* señalizaban (omisión de los injerentes), produciéndose resultados típicos al colisionar otros vehículos contra los obstáculos de cuya presencia no se había advertido].

En Alemania, sobre la base de la doctrina de la injerencia, se estima, por ejemplo:

a) Que responde de un homicidio imprudente en comisión por omisión el tabernero que sirve alcohol a un cliente (hacer precedente), quien se embriaga, si luego aquél no impide que éste conduzca en ese estado su automóvil, atropellando y matando a un peatón.

b) Que responde de un homicidio *doloso*: el conductor que *sin dolo* atropella a otra persona (hacer precedente), dándose a la fuga, y no evitando así la muerte del accidentado a consecuencia de las heridas sufridas; e, igualmente, quien, sin querer, empuja al agua a otra persona (hacer precedente) y luego no la rescata de perecer ahogada.

c) Que responde de una detención ilegal *dolosa* en comisión por omisión quien, sin saber que una persona se encuentra dentro, cierra la puerta de una habitación (hacer precedente), omitiendo liberar al encerrado cuando posteriormente percibe las consecuencias de ese hacer precedente (así, la muy citada sentencia alemana RG 24, 339).

2. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA

No todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante; pues si así fuera, acciones completamente alejadas del resultado nos harían responder rocambolesca-

(41) Así el supuesto de hecho en TS 3 de mayo de 1980, A. 1800.

(42) Así el supuesto de hecho en, por ejemplo, TS 10 de febrero de 1968, A. 841.

(43) Así el supuesto de hecho en, por ejemplo, TS 6 de octubre de 1980, A. 3661, 12 de julio de 1984, A. 4043, y 30 de enero de 1985, A. 381.

mente de éste (por ejemplo, el minero que extrajo el hierro respondería de un delito contra la vida en comisión por omisión, si luego, pudiendo hacerlo, no evitaba el asesinato ejecutado con una navaja fabricada con aquel mineral), con lo que se llegaría a una situación parecida a la del *regressum in infinitum* de una teoría causal de la condición llevada hasta sus últimas consecuencias (44): «La fórmula del deber de garante en virtud de hacer precedente ya es de por sí lo suficientemente amplia (en mi opinión, demasiado amplia); pero en ningún caso debe convertirse en fundamento de responsabilidad para todo aquello vinculado de alguna manera en sucesión causal al hacer precedente, porque entonces todo se difumina y todo el mundo responde de todo» (45). Por todo ello, la doctrina absolutamente dominante establece, *como primera limitación*, que la posición de garante sólo puede provenir de un hacer precedente *peligroso* en sí para la producción del resultado (46). Pero como esa primera limitación no es suficiente para evitar una desmesurada amplitud de la responsabilidad del garante por el resultado, la dogmática ha ido estableciendo ulteriores requisitos a añadir al hacer precedente peligroso para que éste pueda considerarse creador de una posición de garante y, consiguientemente, de un delito de comisión por omisión. Desgraciadamente, sin embargo, no sólo no se ha alcanzado una unidad de criterio

(44) Cfr. GIMBERNAT, 1966, pp. 54 y ss. V. también BLEI, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 137 n. 85: «¿Deber de garante del maestro de mecánica cuyo antiguo aprendiz utiliza sus conocimientos para producir herramientas para el robo o aparatos para falsificar moneda? La cadena de posibles ejemplos acabaría otra vez en la pregunta ominosa de si los padres del asesino, en virtud de la causalidad de su anterior comportamiento, se han convertido en garantes frente a los peligros que emanan del hijo».

(45) WELZEL, *JZ* 1960, p. 180. V. también RUDOLPHI, 1966, p. 49: «Si realmente se tomase en serio la tesis de que una acción precedente no peligrosa en sí desencadena un deber de garante, siempre que en su posterior desarrollo causal lleve alguna vez a un peligro para un bien jurídico, ello conduciría a una vinculación obligatoria insoportable para cualquier ciudadano. Para liberarse del castigo por un delito imprudente de omisión tendría que vigilar y dirigir continuamente el ulterior curso de todas sus acciones –pues todas ellas pueden llevar alguna vez, en el lejano futuro, al peligro de un bien jurídico protegido contra menoscabos culposos–. Si uno se representa de qué múltiples, de qué miles de maneras ello tendría que ocurrir, resulta claramente que el individuo se convertiría en un esclavo de sí mismo. Día a día tendría suficiente que hacer con controlar el ulterior desarrollo de procesos causales desencadenados alguna vez por él y, en su caso, con evitar los peligros para terceros provenientes de aquéllos».

(46) Cfr., por todos, HERZBERG, 1972, p. 301; el mismo, *JZ*, 1986, p. 992; ARZT, *JA* 1980, p. 75; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 648; STREE, *Klug-Festschrift II*, 1983, p. 396; WESSELS, *AT*, 1996, n. m. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 n. m. 34.

sobre esas limitaciones, sino que las opiniones aparecen caóticamente dispersas.

a) Por lo que respecta a si una acción típica, pero *justificada*, constituye un hacer precedente en el sentido de la teoría de la injerencia –por ejemplo, sobre si constituyen un hacer precedente las lesiones causadas en legítima defensa para quien, posteriormente y una vez desaparecida la agresión, permite que el herido muera a consecuencia de esas heridas– se mantienen dos soluciones contrapuestas: para unos, quien deja morir a quien previamente ha lesionado justificadamente, responde de un delito contra la vida en comisión por omisión (47); para otros, sólo de una omisión (propia) del deber de socorro (48).

(47) Cfr., en este sentido, v. BURI, GS 1869, p. 211; TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, p. 106; DROST, GS 1937, pp. 21/22; VOGT, ZStW 63 (1951), p. 403; ARTHUR KAUFMANN/HASSEMER, JuS 1964, p. 153; WELP, 1968, p. 273; el mismo, JZ 1971, p. 434; MAURACH, AT, 1971, p. 609; HERZBERG, JuS 1971, p. 76; el mismo, 1972, p. 297; el mismo, JZ 1986, p. 989; BAUMANN/WEBER, AT, 1985, p. 248: «Incluso cuando el hacer precedente creador del peligro fue uno conforme a Derecho fundamenta también un deber de garante de evitación del resultado; de otra opinión, sin embargo, la moderna jurisprudencia del BGH, con el argumento de que el atacado no debe responder más severamente que un tercero no implicado ni afectado por el ataque. Esta opinión, por motivos incomprensibles, escamotea a la acción adecuada a Derecho de la relación de causalidad y recuerda sospechosamente a ideas sobre la pérdida de la paz para el atacante» (BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 68, abandonan ahora esta posición defendida todavía en la edición previa de BAUMANN/WEBER); SONNEN, JA 1987, p. 335; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 206.

(48) En este sentido, la jurisprudencia del BGH (indicaciones en: RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 41). Y en la doctrina: SAUER, *Frank-Festgabe I*, 1930, p. 216; el mismo, AT, 1955, p. 93; v. HIPPEL, II, 1930, p. 166; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 191; MEZGER, 1933, *Strafrecht*, p. 147; EB. SCHMIDT, *Niederschriften 2*, 1958, pp. 152, 269; WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 215; KOHLRAUSCH/LANGE, 1961, StGB, p. 8; MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 106; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 1965, p. 426; RUDOLPHI, 1966, pp. 181/182; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 41; PFLEIDERER, 1968, pp. 149 («Sería incomprensible que quien ha conseguido salvarse con apuros de una agresión asesina se convirtiera, por su parte, en un homicida si no se ocupa del agresor herido, mientras que un peatón cualquiera que pasa de largo ante el lesionado y para quien el agresor es, sólo y realmente, un “miembro desamparado de la comunidad” sólo respondiera de una omisión del deber de socorro en el sentido del § 330 c StGB»), 157; BRINGEWAT, MDR 1971, p. 718; SCHÜNEMANN, 1971, p. 314; NICKEL, 1972, p. 190; CURY, *Teoría*, 1973, p. 301; OTTO, NJW 1974, p. 534; MAIWALD, NJW 1981, p. 483; STRATENWERTH, AT, 1981, n. m. 1009; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/39 y 54; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 393; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 1984, p. 594; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 649; ROXIN, *NStZ* 1985, p. 321; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, pp. 138, 141; BRAMMSEN, 1986, p. 436; GALLAS, 1989, p. 90; SEELMANN AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 52; FREUND, 1992, pp. 285/286; VOGEL, 1993, p. 200; WESSELS, AT, 1996, n. m. 726; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 37; KÖHLER, AT 1997, p. 225.

Para HENKEL, las acciones cubiertas por una legítima defensa no fundamentan una posición de garante, a no ser que entre agresor y agredido-defensor exista un «contacto

A su vez, algunos autores distinguen dentro de las causas de exclusión de lo injusto y mantienen que en la legítima defensa no, pero que en el estado de necesidad justificante (49) el hacer precedente sí que fundamenta una posición de garante (50).

b) A pesar de lo que acabamos de exponer, en otro caso: en el que quien cierra una puerta sin saber ni poder prever que una persona se halla dentro de la habitación, la doctrina absolutamente dominante (51) estima que, en todo caso, existe una detención ilegal en comisión por omisión desde el momento en que, consciente de que una persona ha quedado encerrada, no abre la puerta el que previamente la cerró. Y todo ello, a pesar de que ese hacer precedente –por no concurrir en el momento de ejecutarlo ni dolo ni imprudencia– no es tampoco, de acuerdo con la correcta doctrina dominante, antijurídico (52).

social», porque el «agresor lesionado se encuentra en la esfera de dominio del atacado, por ejemplo, en su vivienda» (MSchrKrim 1961, p. 184 n. 13). En el mismo sentido BLEI, AT, 1983, p. 329. También diferencia entre distintas situaciones de legítima defensa DENCKER, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 173 ss., para quien «por lo general, no existe punibilidad por un delito impropio de omisión en virtud de injerencia después de una acción cubierta por legítima defensa» (p. 175, subrayado añadido).

(49) En el sentido de la teoría de la diferenciación (sobre esta teoría, cfr. sólo GIMBERNAT [1974], 1990, *passim*).

(50) Cfr. SEELMANN, GA 1989, p. 255: «Por lo demás, el criterio de la antijuridicidad no es mantenido consecuentemente por sus partidarios, ya que lo derogan en los casos importantes de justificación por estado de necesidad: si un ciclista sólo puede salvar su vida subiéndose a una acera y lesionando allí a un peatón, porque en una calle angosta venía en dirección contraria, e infringiendo las normas de tráfico, un camión, nadie duda, aunque su comportamiento se considera justificado, que tiene un deber de salvamento de garante frente al peatón lesionado»; el mismo, AK, 1990 y NK, 1996, § 13 n. m. 118; JAKOBS, AT, 1991, 29/43; WESSELS, AT, 1996, n. m. 727; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 40 a. Sobre el tema posición de garante y conducta adecuada a Derecho, v. inmediatamente *infra* b).

(51) Que se adhiere así a la doctrina establecida en una famosa sentencia del Reichsgericht (RG 24, 339): cfr., por ejemplo, WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 215; NOVOA, PG, 1960, p. 345; KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 1961, p. 8; RUDOLPHI, 1966, p. 154; COUSIÑO, I, 1975, p. 562; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/50; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 119/120; BRAMMSEN, 1986, p. 326; JESCHECK, LK 1993 ss., § 13 n. m. 33 [«Hay que observar una particularidad en los delitos permanentes: si el autor crea en un principio la situación conforme a Derecho (por ejemplo, encerrando en legítima defensa al atacante), está obligado a suprimir inmediatamente la situación, en el momento en que finaliza la situación de legítima defensa»].

(52) «Pero no sería correcto negar el deber de garante en todos los casos en los que el “hacer precedente” es conforme a Derecho. En el caso de la legítima defensa, ello es correcto; pero en muchas acciones peligrosas y conformes a Derecho (por ejemplo, participación en el tráfico rodado y, en general, todas las conductas “peligrosas” permitidas) es necesario reconocer un deber de garante» (EB. SCHMIDT, Niederschriften 2, 1958, pp. 152/153). V. también MEYER-BAHLBURG, 1962, pp. 106/107:

c) En el caso del conductor que atropella sin dolo a otra persona y se da a la fuga, se defienden las siguientes posiciones:

– Sólo el atropello imprudente, pero no el fortuito, puede servir de base a una posición de garante por injerencia, por lo que únicamente en el primer caso responderá de un delito doloso contra la vida en comisión por omisión, si, a pesar de que hubiera podido evitarlo, permite que se muera el accidentado (53).

«Según los Comentarios de SCHÖNKE/SCHRÖDER y KOHLRAUSCH/LANGE sólo acciones previas antijurídicas pueden fundamentar posiciones de garante, y no, en cambio, las ajustadas a Derecho. SCHRÖDER expone como ejemplo de ello que quien lesiona a otro en legítima defensa, y después no le ayuda, con lo que muere desangrado, no puede ser castigado por homicidio, sino sólo por omisión del deber de socorro. Estoy de acuerdo en la decisión de ese caso, pero ello no puede residir en la conformidad con el Derecho del hacer precedente. Quien encierra a un ladrón en el sótano, para entregarlo a la Policía, actúa conforme a Derecho. Pero si después cambia de opinión y deja que el ladrón se muera de hambre, entonces seguramente que SCHRÖDER y LANGE aceptarían un homicidio doloso y no sólo una omisión del deber de socorro. Quien cava una zanja en su finca, quien abre en su terreno un camino para el tráfico público, quien aparca en el arcén un camión al que le han fallado las luces, quien conduce su automóvil –todas estas personas no se comportan antijurídicamente y son, sin embargo, garantes–. Por consiguiente, no es correcta la limitación del principio del hacer precedente a acciones previas antijurídicas». Cfr., además en el mismo sentido de distinguir, dentro de las acciones conformes a Derecho, entre las cubiertas por una legítima defensa, que *no* fundamentan una posición de garante (a no ser –nueva excepción– que la acción de legítima defensa dé lugar a la lesión *permanente* de un bien jurídico: cfr. la cita de JESCHECK *supra* nota 51), y las que se ejecutan conforme al riesgo permitido, que *sí* la fundamentan, y entre otros, ARZT, JA 1980, p. 715; MAIWALD, JuS 1981, p. 482; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 273; SEELMANN, 1989, p. 255. De otra opinión, sin embargo, LANDSCHEIDT, 1985, pp. 120/121: quien encierra a otro sin culpa ni dolo no se convierte en garante de su liberación.

(53) En este sentido, rectificando la anterior doctrina que consideraba que también el atropello fortuito fundamentaba una posición de garante, la moderna jurisprudencia alemana (indicaciones en SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 35, y RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 41). Y en la ciencia: HÖPFNER, ZStW 36 (1915), pp. 116/117; RUDOLPHI, 1966, pp. 177/178; el mismo, JR 1974, p. 160; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 41; GALLAS, 1989, pp. 88/89; OTTO, NJW 1974, pp. 530, 535 (aunque estableciendo ulteriores diferenciaciones dentro del comportamiento correcto del conductor); COUSIÑO, I, 1975, pp. 562/563 n. 1098; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/54; el mismo, Studienbuch, 1982, p. 393; HUERTA, CPC 17 (1982), pp. 250/251 n. 103: «Lo que ahora me interesa resaltar es que, si algún sentido tiene el aludido párrafo [sc. el párr. 3 del art. 489 ter CP 1973] –y si no se quiere llegar a la conclusión de que es superfluo por inaplicable– es el de agravar la responsabilidad en el caso de no auxilio a una víctima de una conducta lícita llevada a cabo por el propio omitente (ej.: atropello *fortuito*). No otra interpretación me sugiere el término “accidente” empleado en dicho párrafo. Si, por el contrario, la víctima lo fuera por motivo de una conducta *imprudente* del que, a renglón seguido, omite el auxilio, creo que habría que calificar, si aquella muere como consecuencia de dicha omisión, de homicidio doloso en comisión por omi-

– Tanto el atropello fortuito como el imprudente constituyen un hacer precedente en el sentido de la teoría de la injerencia (54).

– Ni el atropello fortuito ni el imprudente son aptos para fundamentar una posición de garante (55).

d) En el caso del tabernero que sirve alcohol y luego no impide que el cliente embriagado conduzca su automóvil, frente a la antigua jurisprudencia alemana que hacía responsable a aquél, en todo caso, por homicidio imprudente, si el conductor después mataba a alguien negligentemente, la moderna doctrina del BGH, con la opinión favorable de la ciencia (56), ha rectificado, limitando la responsabilidad

sión, dado que el actuar precedente (conducta *imprudente*) origina una posición de garantía en el autor de la imprudencia, y, por otra parte, resultaría, a mi juicio inadecuado construir un concurso entre homicidio imprudente y omisión agravada del deber de socorro, no sólo porque ello supondría una desvirtuación del sentido gramatical del tercer párrafo del art. 489 bis [posteriormente, artículo 489 ter CP 1973] (accidente no hay, a tenor del art. 8, 8º, cuando hay culpa), sino porque no es la imprudencia la causante única del resultado de muerte, sino en conexión con la omisión posterior que puede ser, incluso, debida a un dolo directo de matar posteriormente sobrevenido» (subrayados añadidos) [interpreta el 489 ter CP 73 en el mismo sentido que HUERTA, SÁNCHEZ-VERA, ADPCP 1995, p. 239, n. 143]; *la misma*, 1987, pp. 263, 267, 273; STREE, Klug-Festschrift II, 1983, p. 403; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, p. 582; RANFT, JZ 1987, p. 865; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 142; GALLAS, 1989, p. 88; JAKOBS, AT, 1991, 29/41; WESSELS, AT, 1996, n. m. 726; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 407; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 35.

V. también SCHÜNEMANN, wistra 1982, p. 44 n. 33: «En la práctica [jurisprudencial alemana] la posición de garante por injerencia sólo tiene la función de hacer posible la punición por un hecho omisivo doloso subsiguiente a una acción previa imprudente».

(54) Así: NIETHAMMER, 1937, p. 457; WELP, 1968, p. 265 y *passim*; HERZBERG, JuS 1971, p. 75; el mismo, JZ 1986, p. 990; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 207.

(55) Cfr. TRAEGER, Enneccerus-Festgaben, 1913, p. 71; WELZEL, quien se muestra muy crítico, en general, con el criterio de la injerencia (v. *infra* nota 59), califica a las sentencias alemanas que condenan por homicidio o asesinato al conductor que abandona a la víctima a la que previamente ha atropellado fortuita o imprudentemente de «decisiones equivocadas trágicas e incompatibles con el Derecho vigente» (JZ 1958, p. 495 n. 5); ARMIN KAUFMANN, 1959, pp. 290/291; OEHLER, JuS 1961, p. 154; PFLEIDERER, 1968, p. 139; GIMBERNAT, ADPCP 1970, p. 726. En este sentido, también la jurisprudencia española que, durante la vigencia del CP 1973, nunca hizo responder por un delito contra la vida doloso, sino sólo por una omisión del deber de socorro agravada del 489 ter párrafo último al conductor que después de atropellar fortuita o imprudentemente a un peatón, se daba a la fuga; cuando el hecho precedente es imprudente, el vigente artículo 195.3 establece una omisión *propia* agravada frente al supuesto en el que el origen es fortuito, pero no una omisión impropia: cfr. GIMBERNAT, 1996, I 1.

(56) V., por ejemplo, RUDOLPHI, 1966, pp. 166 ss.; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 44; OTTO, NJW 1974, p. 534; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 650. Niegan una

del hostelero a *sólo* determinados casos, a saber: a aquellos en los que el cliente-conductor se embriaga hasta el punto de convertirse en inimputable (57) y, en general, cuando, en contra de la prohibición establecida en el § 16, párr. 1, de la Ley alemana de Hostelería, se sirven bebidas alcohólicas a una persona ya embriagada (58).

3. EL RECHAZO DE LA INJERENCIA COMO FUENTE DE POSICIONES DE GARANTE

Una minoritaria dirección, que tiene su impulsor principal en Schönemann, niega que el hacer precedente pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o partícipe de un delito de comisión por omisión (59). Según Schönemann, una vez que ha tenido

responsabilidad del hostelero en cualquier caso, SCHÜNEMANN, 1971, p. 313 («... muy responsable posadero ciertamente que le cerrará el grifo de la cerveza a un cliente embriagado, pero no le arrancará a continuación las llaves del coche; cuando la jurisprudencia le convierte en tales casos en un alguacil, ello supone una intromisión del Derecho penal en el Derecho comercial, que desconoce tales deberes»), quien, por lo demás, rechaza radicalmente el criterio de la injerencia (cfr. *infra* 3); ROXIN, NStZ 1985, p. 321; SEELMANN, NK, 1990 y AK, 1996, § 13, n. m. 118; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 34.

(57) Así OLG Karlsruhe 15.10.1959, con comentario favorable de WELZEL, JZ 1960, p. 180; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 127 ss.; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 134; JAKOBS, AT, 1991, 29/37; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 40.

(58) Referencias jurisprudenciales en BRAMMSEN, 1986, p. 43 n. 39; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 44. Sobre la injerencia, a propósito del caso «Lederspray», veremos *infra* VII F 2 b.

(59) En contra del criterio de la injerencia se han manifestado también HELLMUTH MAYER, Strafrecht AT, 1967, p. 79: «A pesar de la tradición de este principio [el de la injerencia], es dudosa su aplicación en el caso concreto, pues la persona tiene que correr riesgos todos los días sin que pueda contrarrestar todas las consecuencias más alejadas»; BACIGALUPO, ADPCP 1970, p. 45: «Como se ve, la idea de la injerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal argentino, por lo que la fundamentación de la responsabilidad por una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general ... en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. La ley no establece en ninguna parte una posición de garante semejante, ni permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido» [en PG, 1997, pp. 406/407, BACIGALUPO, en cambio, acepta el principio de la injerencia]; ROXIN —«posiblemente por influencia de las investigaciones de su discípulo [sc. SCHÜNEMANN]» (HERZBERG, 1972, p. 288 n. 23 a)—, ZStW 83 (1971), p. 403: «Hoy más bien me inclino por la opinión de que la posición de garante en virtud del hacer precedente no se podrá mantener desde el punto de vista del principio nullum crimen»; LANGER, 1972, pp. 504/505; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, II, 1989, p. 172: «El mayor problema de la acción precedente como fuente del deber de garantía es que resulta ... violatorio de la reserva y representa un recurso inadmisibles a la costumbre»; SEEBODE, Spendel-Festschrift, 1992, p. 344: «La responsabilidad juridicopenal por inje-

lugar el hacer precedente (por ejemplo, una vez que se ha atropellado sin dolo al peatón), «el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y este no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial)» (60). «Ahora es posible percibir», sigue exponiendo Schünemann (61), «lo que es en el fondo la responsabilidad por injerencia: Una sucesora, compensada por el principio de culpabilidad, del *dolus indirectus* del Derecho común, un principio del *versari in re illicita* reducido al *dolus subsequens*. Si bien mediante la exigencia de

rencia es ... incompatible con el principio *nullum crimen*». Muy crítico también con el criterio de la injerencia, FRANK, StGB, 1931, p. 18; WELZEL, JZ 1958, p. 495: «la fundamentación de un deber de evitar el resultado desde el hacer precedente sigue siendo, a pesar de todas las afirmaciones en sentido contrario, un problema abierto»; el mismo, JZ 1960, p. 180; el mismo, Strafrecht, p. 216: «El "principio jurídico" sobre la posición de garante del "hacer precedente", manejado por la actual jurisprudencia con seguridad apodíctica, es cualquier cosa menos evidente e inobjetable»; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 272: «... hasta hoy no se ha conseguido fundamentar la fuerza obligatoria de la injerencia de una manera simple y convincente»; SAGENSTEDT, 1989, pp. 319 ss., 409/410, 432/433, 447, 502/503 (desarrollando y asumiendo los argumentos de SCHÜNEMANN); MIR, PG, 1996, pp. 312 ss.. Contra el criterio de la injerencia, en España, GRACIA, CDJ XXIII (1994), p. 93 (v. también p. 93, n. 148, con ulteriores referencias a autores nacionales que descartan la injerencia como fuente de posición de garante).

BRAMMSEN, 1986, pp. 392, 403, 413, 417, 420, 421, 436 y passim, fundamenta la responsabilidad del injerente *no en una omisión, sino en una acción: el causante del resultado permite que una condición que él ha puesto en marcha (sin dolo y/o sin imprudencia) produzca un resultado típico que ha podido evitar cuando ya (después de la injerencia, pero antes de la lesión) habían surgido el dolo y/o la imprudencia: «Mientras el injerente tenga todavía la posibilidad de dirigir el acontecimiento y de evitar el resultado, mientras tanto puede surgir el dolo. Sólo esta concepción cumple las exigencias legales del § 16 y s. StGB, según las cuales el dolo debe concurrir "al cometerse el delito"» (p. 413). La construcción de BRAMMSEN de convertir en una acción la responsabilidad por omisión del injerente ha sido unánimemente rechazada por la doctrina: cfr. HERZBERG, JZ 1986, pp. 988/989, n. 20; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 205; SAGENSTEDT, 1989, pp. 144 n. 43, 334 ss.; JAKOBS, AT, 1991, 29/28 n. 53; FREUND, 1992, pp. 179/180 n. 75; VOGEL, 1993, pp. 347/348 n. 245; DENCKER, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 162/163; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 38.*

(60) SCHÜNEMANN, 1971, p. 316.

(61) *Op. cit.*, p. 323.

una posibilidad de evitación se suprime el fallo cardinal de ese antiguo principio, no obstante sigue en pie que se imputan las consecuencias de la acción no en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino en virtud de una actitud subjetiva del autor existente en un momento posterior: ... la mala voluntad pasiva se equipara a la acción injusta activa» (62).

Sobre la base de estas consideraciones, es decir: de que no se puede imputar un resultado (doloso) de muerte a quien cuando desencadena el proceso causal (por ejemplo: mediante el atropello fortuito o imprudente) no actuaba dolosamente, porque ello supondría dar entrada de alguna manera al *dolus subsequens*, Schünemann rechaza que la injerencia pueda servir de base a una omisión impropia (63). *De lege ferenda*, Schünemann mantiene que si bien el injerente debe seguir respondiendo –como cualquier otro no-garante– por una omisión propia, no obstante esa responsabilidad debería verse agravada, tal como hace actualmente el Derecho español en el párr. 3 –que no tiene correspondencia en el vigente StGB– del artículo 195 (y hacía antes su equivalente art. 489 ter CP 1973) (64).

(62) Por lo demás, el fantasma del dolo subsiguiente siempre ha planeado sobre la teoría de la injerencia: cfr. TRAEGER, Enneccerus-Festagben, 1913, p. 32; SCHWARZ, 1929, pp. 16/17; FRANK, StGB, 1931, p. 18; KISSIN, 1933, p. 19; WELP, 1966, p. 172 («pues el ensamblaje en una “unidad” de la cualidad causante de la acción precedente con la pasividad de la omisión subsiguiente ... no lleva más allá del *dolus subsequens* y está sometido, por consiguiente, a las objeciones formuladas contra éste»).

(63) SCHÜNEMANN ha seguido manteniendo sus tesis en ulteriores publicaciones: cfr. GA 1974, p. 233; 1979, p. 100; 1984, p. 236 («Como una fruta especialmente dudosa del pensamiento causal-monista hay que mencionar, finalmente, la posición de garante por injerencia en los delitos impropios de omisión, cuyo criterio de equiparación –el desnudo vínculo causal– supone un completo cuerpo extraño en la moderna teoría del garante»); ZStW 96 (1984), pp. 291/292, 294 y 308; Internationale Dogmatik, 1995, pp. 58 ss.

(64) SCHÜNEMANN, 1971, p. 381, propone introducir una modificación en el § 330 c StGB (que se corresponde con nuestro art. 195, menos en el párrafo 3), en el siguiente sentido: «Quien omitiere la prestación de ayuda del párr. 1, a pesar de que ha causado el peligro ... será castigado (más gravemente)». V. también el mismo, Internationale Dogmatik, 1995, p. 60; GRACIA, CDJ XXIII (1994), pp. 89, n. 134 (con ulteriores referencias bibliográficas a autores españoles que proponen la creación de omisiones propias agravadas), 102/103.

Por su parte, DENCKER, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 169 ss., propone que siempre que la comisión por omisión se fundamente en una posición de garante por injerencia se aplique «obligatoriamente» la atenuación de pena prevista en el § 13.II StGB.

VI. LA AMPLIACIÓN DE LAS FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE.

A) Introducción

Sobre todo a partir de los años 30, y coincidiendo con el movimiento doctrinal que da abierta entrada a los deberes morales y sociales como fundamentadores de posiciones de garante (*supra* V A 1 *in fine*), la jurisprudencia alemana, con el apoyo de la ciencia, inicia –en un proceso que se extiende hasta la actualidad– una ampliación expresa e ininterrumpida de las fuentes de garante. Aunque formalmente la dogmática, mayoritariamente, sigue operando, como fundamento teórico, con el criterio del *deber extrapenal de actuar* (65), materialmente ese criterio parece abandonarse en algunas de las fuentes que exponemos a continuación, siendo sustituido por una tópica incontrolada e incontrolable [«tendencia de mancha de aceite» (66)] que va dando paso a nuevas posiciones de garante cuya existencia se da por hecha sin que apenas se hagan esfuerzos para justificarlas.

B) La ampliación de las posiciones de garantía dentro del ámbito familiar

Desde el punto de vista del Derecho privado y en un sentido estricto, en el ámbito familiar el deber de velar y socorrer *solo existe entre los cónyuges* (art. 67 CC: «El marido y la mujer deben ... ayudarse mutuamente»; art. 68 CC: «Los cónyuges están obligados a ... socorrerse mutuamente») y *en la relación de los padres con los hijos no emancipados* (67) (art. 39.3 CE; art. 154 CC: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos ... y comprende los

(65) Cfr. *supra* V A 2.

(66) Cfr. *supra* nota 11.

(67) En Alemania ni siquiera en todos los casos, ya que en la filiación no matrimonial, y a diferencia de lo que sucede en el Derecho español (art. 110 CC: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores»), el progenitor es un mero «Zahlvater» (padre pagador), sin ulteriores derechos ni obligaciones frente a su hijo. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemanas están de acuerdo en que también ese «Zahlvater» es garante de su hijo: cfr. SCHAFFSTEIN, Gleispach-Festschrift, 1936, p. 78; SAUER, GS 1940, p. 348; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 18; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 48.

En contra, en cambio, SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, p. 667, n. 26; JAKOBS, AT, 1991, 29/62; FREUND, 1992, p. 275.

siguientes deberes: ... velar por ellos») (68). La doctrina dominante entiende, no obstante, que la posición de garante con fundamento familiar debe extenderse más allá de lo que dispone el CC (o el BGB), y, sobre la base de la «estrecha relación vital» (*infra* VII A) y/o de la «comunidad de vivienda» (*infra* VII B), extiende la obligación extrapenal de actuar y, consiguientemente, la posición de garante por la integridad de los bienes jurídicos amenazados –más allá de las relaciones entre los cónyuges y de los padres para con los hijos no emancipados (69)– a los padres respecto de sus hijos emancipados y viceversa (70), a cualquier ascendiente respecto de sus descendientes y viceversa (71), a los hermanos entre sí (72), e incluso a parientes más lejanos (tíos-sobrinos, padres políticos-hijos políticos, cuñados) (73).

(68) Sobre si estos garantes lo son sólo de la vida y de la integridad física del garantizado o si el deber de impedir el resultado alcanza también a eventuales daños al patrimonio del familiar, *cfr. infra* VII A *in fine*.

(69) La obligación de alimentos como tal, existente entre los cónyuges, los ascendientes, los descendientes y, excepcional y limitadamente, entre los hermanos (art. 143 CC) y que, en definitiva, se puede sustanciar con el pago de una pensión económica periódica (art. 149 CC) no comprende, al contrario que la patria potestad y la relación matrimonial, deberes genéricos de velar y socorrer. En este sentido *cfr.*, entre otros, NIETHAMMER, 1937, p. 445; TORIO, ADPCP 1984, pp. 703/704; GALLAS, 1989, p. 93 («las obligaciones alimenticias ... no son obligaciones de velar»).

(70) *Cfr.*, por ejemplo, HONIG, 1975, p. 96; BRAMMSEN, 1986, p. 156; WESSELS, AT, 1996, n. m. 718.

En contra, JAKOBS, AT, 1991, 29/62; FREUND, 1992, p. 291.

(71) Así, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 18; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 48; KÖHLER, AT, 1997, p. 216

En contra, JAKOBS, AT, 1991, 29/62.

(72) *Cfr.*, por ejemplo, HERZBERG, 1972, pp. 213, 215/216; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622; MIR, PG, 1996, p. 309: «La cuestión de las formas de parentesco distintas a las existentes entre padres e hijos pequeños que pueden originar posición de garante, no ha de resolverse, por tanto, de forma genérica, sino en función de la concreta presencia de la requerida dependencia. Así, si ésta concurre, podrán ostentar posición de garante los cónyuges y los hermanos entre sí, o incluso familiares en sí más lejanos (p. ej. afines), pero que en el caso particular, por la existencia de estrechas relaciones, comunidad de vida, etc., tengan bajo su personal responsabilidad a otros. Pero, lógicamente, cuanto más se aleje la relación familiar, mayores precauciones deberán tomarse para estimar la comisión por omisión»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 18; KÖHLER, AT, 1997, p. 216.

(73) En este sentido la jurisprudencia alemana (referencias en SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 136; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 18) y un sector de la doctrina: *cfr.*, por ejemplo, BRAMMSEN, 1986, p. 155: «Por ello hay que aprobar la jurisprudencia que, desde siempre, reconoce efecto fundamental de un deber de garante al pupilaje y a la relación de los padrastros con los hijastros»; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13, n. m. 33. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, la reciente sentencia del TS de 18 de diciembre de 1996, A. 9661, considera que «los tíos del menor eran garantes de la no realización del tipo

C) La sustitución (expansiva) de la posición de garante derivada de contrato por el criterio de la «asunción fáctica»

Actualmente existe unanimidad en que la presencia o no de una posición de garante dentro del marco del contrato no depende de la validez de éste (74), sino de la llamada «asunción fáctica» de que se va a velar por un determinado bien jurídico (75).

penal del art. 452 bis b) [CP 1973]», condenando a dichos tíos, que no impiden que el sobrino adolescente se masturbe ante otras personas, por un delito de corrupción de menores en comisión por omisión.

Críticamente contra la extensión de la posición de garante más allá de la relaciones paternofiliales y conyugales, GALLAS, 1989, p. 69. V. también SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/44, y Studienbuch, 1982, p. 389 (que rechaza la posición de garante entre padres e hijos políticos); JAKOBS, AT, 1991, 29/62 n. 129: «Absolutamente sin límites, BGH 13, pp. 162 ss.: posición de garante entre cuñados»; FREUND, 1992, p. 291; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622, n. 41 (quien niega que exista posición de garante entre cuñados); RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 49 (que niega que exista relación de garante de los hijos respecto de sus padres, entre los hermanos y entre los parientes políticos).

(74) Cfr., por ejemplo, DROST, GS 109 (1937), p. 11: «La afirmación de que alguien es responsable de un homicidio doloso o imprudente porque no ha cumplido frente al muerto un deber contractual es simplemente incorrecta. El ordenamiento jurídico castiga con una pena la lesión de deberes contractuales no de manera general, sino sólo en determinados casos: lo que está previsto para este acontecimiento juridicoprivado son sólo consecuencias juridicoprivadas. ¿Es que se pretende, en serio, hacer depender la punibilidad de una persona de algo —que sirve a fines completamente distintos— como el enjuiciamiento juridicoprivado de un comportamiento?»; STREE, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 152: «La celebración del contrato crea ciertamente y de manera inmediata deberes jurídico-obligacionales, pero no deberes jurídicos juridicopenalmente relevantes de actuar»; HERZBERG, 1972, pp. 10, 221; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 271; MAIWALD, JuS 1981, p. 481; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/45, y Studienbuch, 1982, p. 391; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 23/24; REUS/VOGEL, MDR 1990, p. 870: «Entretanto se considera unánimemente superada una posición de garante sobre la base sólo de una asunción contractual, ya que una dependencia de los presupuestos contractuales civiles conduce a “consecuencias insoportables” y a resultados absurdos: una posición de garante, por tanto, es independiente de presupuestos contractuales. Todo depende, más bien, de la asunción fáctica de la posición de garante»; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 100; JAKOBS, 1991, 29/70; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 623; MIR, PG, 1996, p. 310 RUDOLPHI, StGB, 1997, § 13 n. m. 62; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 408: «El artículo 11 CP se refiere sólo al *contrato*, pero no es posible que este término sea entendido en el sentido estricto de los arts. 1254 y 1261 C. Civ., sino sólo como *acuerdo natural de voluntades*. De lo contrario la posición de garante quedaría neutralizada por todas las causas que afectan a la validez del contrato como negocio jurídico» (subrayados en el texto original).

(75) En este sentido, por ejemplo y entre otros muchos, HARDWIG, 1957, p. 154; HENKEL, MschrKrim 1961, p. 185; MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 69; STREE, Hellmuth

Ello permite, por una parte, extender la posición de garante a supuestos en los que no se ha creado relación obligacional alguna (la «baby-sitter» encargada por la madre del cuidado de un recién nacido respondería de la vida y de la salud de éste, aunque el contrato fuera *nulo* porque alguna de las partes era un menor no emancipado o porque prestó su consentimiento bajo violencia o intimidación) (76); y, por otra, mantener la permanencia de esa posición de garante —igualmente sobre la base de la «asunción fáctica»— aún después de la extinción temporal del contrato (por consiguiente: aunque haya sido contratada *sólo hasta las doce de la noche*, y aunque los padres no regresen del espectáculo al que han asistido hasta las dos de la madrugada, la «canguro» seguiría siendo garante hasta esta última hora y, si abandonaba al niño, respondería —como si lo hubiera causado— por los eventuales daños en su vida o en su salud).

Una vez sustituido el criterio del contrato por el de la asunción fáctica, éste desarrolla ya sus propios principios internos y lleva, por ello y en algunas ocasiones, a *restringir* —en vez de a ampliar— el ámbito de la posición de garantía, negándose su presencia en supuestos en los que civilmente está fuera de discusión que existe ya una obligación contractual; y así, si la «canguro» no comparece a la hora acordada en el domicilio de los padres, de ese incumplimiento sólo podrían derivarse consecuencias jurídico-privadas para aquélla, pero no penales, pues los garantes de los bienes jurídicos del niño —y *mientras no se produzca el relevo*— siguen siendo *únicamente* los padres, y

Mayer-Festschrift, 1966, pp. 149 ss.; BLEI, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 121, 124; el mismo; AT, 1983, p. 325; RUDOLPHI, 1966, p. 29; WELP, 1968, p. 65; MAURACH, AT, 1971, pp. 606/607; MAURACH/GÖSSEL II, 1989, pp. 201/202; SCHÜNE-MANN, 1971, p. 227; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/47, y Studienbuch, 1982, p. 391; ARZT, JA 1980, pp. 652, 713 (si bien con algunos matices críticos sobre que la «asunción fáctica» pueda fundamentar, *por sí sola*, una posición de garante); OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 594; BRAMMSEN, 1986, p. 183; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 64; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, pp. 138, 139; GALLAS, 1988, p. 6; ROMEO CASABONA, LH del Rosal, 1993, p. 931; el mismo, Omisión e imputación objetiva, 1994, p. 39; WESSELS, AT, 1996, n. m. 270.

De otra opinión, KÖHLER, AT, 1997, p. 218: «Hay que contemplar críticamente, por consiguiente, la opinión de que todo depende sólo de la asunción “fáctica” y de que no importa la vigencia del contrato. Pero la fundamentación jurídica del deber presupone condiciones normativas de vigencia. Un deber de garante no lo pueden fundamentar ni un contrato ineficaz para un menor ni uno nulo por atentar a las buenas costumbres».

(76) Cfr. por todos, SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13, n. m. 33 («... si la baby-sitter comienza su servicio, la eventual nulidad del contrato no puede dejar sin efecto la posición de garante») y 100.

no la persona que, a pesar de estar obligada a ello, no ha asumido aún fácticamente el cuidado del pequeño (77).

VII. ULTERIORES POSICIONES DE GARANTE QUE SE HAN IDO AÑADIENDO A LAS TRADICIONALES DE LA LEY, EL CONTRATO Y EL HACER PRECEDENTE

La «tendencia de mancha de aceite» (78) de las fuentes de la posición de garante no sólo se manifiesta en la –como acabamos de ver– relajación de lo que hay que entender por deber de evitar el resultado derivado de la ley o del contrato, sino también por el *nacimiento de nuevos criterios* a añadir a los tradicionales que fundamentarían ulteriores deberes de evitar el resultado y ulteriores posibilidades, con ello, de que una inactividad se convierta en un delito de comisión por omisión.

En lo que sigue paso a enumerar y a exponer de qué situaciones se afirma que pueden dar lugar también a una posición de garante (79).

A) La estrecha relación vital

Según este criterio, no sólo son garantes los padres respecto de los bienes jurídicos de los hijos, los cónyuges entre sí e –incluso y como hemos visto– otros parientes cuyo deber de evitar daños a familiares más lejanos no encuentra ya base (extrajuridicopenal) alguna (*vide supra* VI B), sino también otras personas que están recíprocamente

(77) En este sentido y entre otros muchos, cfr., por ejemplo, EB. SCHMIDT, *Niederschriften* 2, 1958, p. 269: «Si, por ejemplo, alguien contrata sus servicios como cuidadora para encargarse de un niño en ausencia de sus padres, pero no inicia sus funciones, y, no obstante, los padres salen de viaje pensando que la cuidadora vendrá y se hará cargo del cuidado personal, en ese caso no ha sido la cuidadora, sino los padres los que han lesionado su deber de garante»; SCHÜNEMANN, 1971, pp. 67, 346; MAIWALD, *JuS* 1981, p. 482; GALLAS, 1989, p. 79; ROMEO CASABONA, *LH del Rosal*, 1993, p. 931; el mismo, *Omisión e imputación objetiva*, 1994, p. 39; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 218.

(78) V. *supra* nota 11.

(79) Críticos, en mayor o menor medida, contra la ampliación de las posiciones de garante a la estrecha relación vital y a las comunidades de vivienda y de peligro, KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 1961, pp. 8/9; NOVOA, 1984, pp. 143/144; TORIO, *ADPCP* 1984, p. 704; SEELMANN, *GA* 1989, p. 254; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/70; SEEBODE, *Spendel-Festschrift*, 1992, pp. 342 ss.; BAUMANN/MITSCH, *AT*, 1995, § 15 n. m. 76.

ligadas entre sí por lazos estrechos, pero *extrafamiliares*; sobre esta base, se extiende la posición de garantía a las relaciones existentes entre novios, entre prometidos (80), y entre parejas pre- o extramatrimoniales de carácter hetero- u homosexual (81).

(80) Cfr., por ejemplo, HERZBERG, 1972, p. 336: «El deber moral con validez general de evitar daños a los semejantes se multiplica en determinadas relaciones personales —especialmente estrechas— de tal manera que puede ser adecuado subsistir en un tipo de resultado del Código penal una inactividad que daña a un semejante» (cfr., sin embargo, en la misma obra de HERZBERG, pp. 343/344); SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/42 n. 26, y Studienbuch, 1982, p. 389

En contra GEILEN, FamRZ 1961, pp. 155 («el compromiso matrimonial [no] puede servir para fundamentar posiciones de garante»), 157 («la extensión de los deberes matrimoniales de protección y ayuda a comunidades análogas al matrimonio debe ser rechazada, incluso aunque se den en conexión con la existencia de un compromiso matrimonial»); MAIWALD, JuS 1981, p. 481; BLEI, AT, 1983, p. 320, quien califica a la «estrecha relación vital» como una «fundamentación de un deber de garante dudosa en todos los sentidos»; JAKOBS, AT, 1991, 29/65; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622 n. 41; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 17; KÖHLER, AT, 1997, p. 217.

(81) Cfr., en este sentido, BÄRWINKEL, 1968, pp. 182/183 (aunque estableciendo algunas limitaciones); ARZT, JA 1980, p. 713 («También en una convivencia análoga al matrimonio y sin propósito de contraerlo, es decir, sin compromiso matrimonial, habrá que aceptar una posición de garante recíproca ... Una posición de garante puede seguirse también de una comunidad de vida análoga a la matrimonial entre homosexuales»); SCHMIDHÄUSER, Studienbuch, 1982, p. 389 («También es imaginable un deber de garantía sobre la base de una comunidad de vida análoga al matrimonio»); RUDOLPHI NSTZ 1984, p. 153; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 51; LANDSCHEIDT, 1985, p. 150 («El Derecho penal moderno no moraliza, sino que sirve preferentemente a la protección de bienes jurídicos»); KONRAD, 1986, pp. 96 («La pareja en la comunidad análoga al matrimonio funda su relación, por consiguiente, bajo un deber de auxilio tácito y recíproco contra el peligro contra la integridad física, la vida y la libertad ... En la medida en que se vean afectados bienes jurídicos distintos de la vida, la integridad física y la libertad, no puede presuponerse un deber recíproco de garante»), 110/111; BRAMMSEN, 1986, p. 170; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 139 («También relaciones personales que no se han condensado hasta llegar a vínculos familiares pueden fundamentar una relación de comunidad, en virtud de la cual el uno tiene el deber de evitar peligros al otro.— Así el compromiso matrimonial y una comunidad de vida análoga a la matrimonial, pero no la amistad ni la pertenencia a una misma asociación o partido político»); MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 204; LILIE, JZ 1991, p. 546, limitando la garantía a «bienes jurídicos extremadamente valiosos»; WESSELS, AT, 1996, n. m. 719; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 25, 49 («El intento originario de fundamentar tales relaciones de garante en preceptos del Derecho de familia, no tiene en cuenta las circunstancias relevantes. La obligación de garante dentro de relaciones personales estrechas es el precio que hay que pagar por el respeto a la esfera personal por parte de terceros»), 53 y 54; MIR, PG, 1996, p. 309 n. 35 («Esto abre la puerta a la posibilidad de afirmar posición de garante en casos de efectiva comunidad de vida de personas no emparentadas formalmente: así, relaciones cuasi-matrimoniales, homosexuales, etc.»); KÖHLER, AT, 1997, p. 217: «Por ello actúa como fundamentador de un deber [de evitar el resultado] también

A su vez, este criterio de la estrecha relación vital se entremezcla, en ocasiones, con el de la comunidad de vivienda (*infra* B), y de ahí se hace seguir que para que surja la posición de garante se precisa, además de un vínculo interpersonal estrecho, que el garante y el garantizado *convivan* dentro de una morada común (82).

una comunidad de vida no formalizada juridicofamiliarmente de intensidad análoga [al matrimonio]».

En contra, p. ej., GEILEN, FamRZ 1961, p. 153: «Habría que tener en cuenta, también *de lege ferenda*, que el concepto de la estrecha comunidad vital, como tal, es borroso e impracticable ... Por ejemplo, ¿tiene que impedir la empleada de hogar, bajo la sanción penal del delito de homicidio, el suicidio del dueño de la casa? ¿Dónde debe terminar la comunidad fundamentada sobre una descendencia común?; ¿debe abarcar sólo a los hermanos o también a otros parientes colaterales, y, en ese caso, se debe exigir también, para que de ahí se desencadene una posición de garante, una comunidad de vida fáctica, por ejemplo, dentro de un ámbito de morada común? Todo esto son preguntas a las que aquí no podemos contestar, pero que ilustran suficientemente la ausencia de contornos del concepto de comunidad de vida y con ello, *de lege ferenda*, también lo objetable que sería asumir legal e irreflexivamente esta figura jurídica»; STRATENWERTH, AT, 1981, n. m. 1014: «... la ampliación de los deberes de garante se ha producido, sobre todo, bajo el lema de la estrecha relación vital. En tanto en cuanto y sin embargo, domina una dimensión de inseguridad que descalifica de la manera más radical, y desde la perspectiva de un Estado de Derecho, esta fuente de origen [sc. la estrecha relación vital como fundamentadora de una posición de garante]»; SAÍNZ CANTERO, Lecciones, 1982, p. 282; JAKOBS, AT, 1991, 29/66: «No existe una relación sustitutoria del matrimonio, reconocida jurídicamente, por la que comunidades de vida más o menos análogas al matrimonio generen, *per se*, deber alguno, sino, a lo sumo, en virtud de una especial confianza en cuya fundamentación no desempeña papel alguno la analogía con el matrimonio. Por consiguiente y en contra de una habitual argumentación, a las parejas homosexuales duraderas no les alcanzan, “por lo menos”, los deberes de los esposos; pues la confianza fáctica en la evitación no puede fundamentarse jurídicamente; si los grupos íntimos fuera del matrimonio estuvieran asegurados por deberes de garante, entonces se destruiría el monopolio matrimonial».

(82) Cfr. HERZBERG, 1972, p. 348: «Así, por ejemplo, uno no es responsable, como garante, ni de sus arrendatarios ni de su tía ni de su madre política. Pero opino que existe una relación de garante cuando alguien tiene como arrendataria a una pariente tan relativamente cercana y vive con ella desde hace tiempo bajo el mismo techo»; HONIG, 1975, pp. 98/99, quien exige, para que surja una posición de garante, además de una comunidad de vivienda, la existencia de una relación de «intimidad» entre el omitente y la persona en peligro; ARZT, JA 1980, p. 713: «... la regla empírica es que hay que considerar garantes incluso a los parientes lejanos si conviven en común»; MAIWALD, JuS 1981, p. 481: «Por otra parte, la convivencia análoga al matrimonio ... puede crear una posición de garante desde la perspectiva de la relación de convivencia»; SONNEN, JA 1987, p. 335.

En la jurisprudencia española, la sentencia del TS de 3 de julio de 1985, A. 3870, comentada por SILVA, ADPCP 1987, pp. 451-477, imputa el resultado de muerte (imprudente) en comisión por omisión al procesado que no evita la muerte por suicidio de la compañera con la que llevaba conviviendo bajo el mismo techo desde hacía

La estrecha relación vital no sólo ha servido para extender el campo de aplicación de la comisión por omisión, sino, en ocasiones y excepcionalmente, también para restringirlo: si lo que fundamenta la posición de garante es la mutua confianza derivada de una relación interpersonal, entonces aquélla puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada, incluso aunque desde un punto de vista juridicoprivado siga vigente la obligación de velar por el otro. Sobre la base de estas consideraciones, se niega que el cónyuge que no evita un riesgo para la vida o la salud del otro responda, en comisión por omisión, de un delito contra la vida o la integridad física si la relación matrimonial se encuentra deteriorada (83) o si —y aquí el criterio de la relación vital se vuelve a entremezclar con el de la comunidad de vivienda— viven separados de hecho o de derecho (84).

pocos meses. A su vez, la sentencia del TS de 30 de abril de 1997, A. 3383, establece, como «obiter dicta», que «la obligación de evitar el resultado como garante de un determinado bien jurídico ... pudiera estar representada por el *compañero habitual* de la víctima que conoce el estado crítico de la mujer y percibe la necesidad de ayudarla, a pesar de lo cual no hace nada» (subrayados añadidos).

(83) Cfr., en este sentido, OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 538; LILIE, JZ 1991, p. 546; FREUND, 1992, p. 290; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 33; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 51.

En contra de que el deterioro de la relación pueda afectar a la posición de garante, GEILEN, FamRZ 1964, p. 390, con el argumento de que «en una comunidad no deteriorada carece en cualquier caso de actualidad el caso de que se omita dolosamente salvar la vida»; HERZBERG, 1972, p. 343: «Los esposos se encuentran obligados recíprocamente como garantes, aunque vivan separados y/o el matrimonio esté deteriorado».

(84) Cfr., en este sentido, la sentencia del BGH 2, pp. 153 ss. (citada en BÄRWINKEL, 1968, p. 59), según la cual el deber jurídico de los cónyuges de protegerse recíprocamente, en la medida de sus fuerzas, de peligros contra la vida, se mantiene, por lo menos, «mientras las partes carecen del derecho a vivir separados y mientras ambas partes ... viven en una comunidad de vivienda». Este principio es asumido por la doctrina dominante en la ciencia: cfr. RUDOLPHI, NSTZ 1984, p. 153: «no existe posición de garante cuando los esposos no han establecido nunca una comunidad conyugal de vida, o la han disuelto, o cuando el hijo adulto no mantiene ninguna relación con su padre»; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 50; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997 § 13 n. m. 137 (los hijos responden de los padres si viven juntos); KÖHLER, AT, 1997, p. 217: «la disolución fáctica de un matrimonio formalmente existente pone fin al deber de garante».

En contra, GEILEN, FamRZ 1961, p. 149; el mismo, FamRZ 1964, p. 391; WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 214: «En cambio, es objetable la limitación del deber jurídico de garante en los supuestos de deterioro matrimonial o de separación de hecho»; HERZBERG, 1972, p. 339: «Los parientes en línea directa y los hermanos están obligados entre sí como garantes, independientemente de que vivan juntos o separados o de que tengan o no tengan trato entre ellos» (v. también la cita de HERZBERG en la nota anterior); BRAMMSEN, 1986, p. 158 (cfr., sin embargo, también p. 162); JAKOBS, AT, 1991, p. 29/64; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 23: «En principio no se necesita

Finalmente, y dentro del marco de la estrecha relación vital y tanto por lo que se refiere a posiciones de garante con fundamento juridico-privado como sin él, no existe pleno acuerdo sobre el *ámbito de los bienes jurídicos* cuya lesión hay que impedir si no se quiere incurrir en un delito de comisión por omisión: «que se castigue como “homicidio por omisión” a quien deja morir a la tía enferma con la que convive», no significa, porque sería «grotesco», que el sobrino responda igualmente por «daños por omisión» si omite alimentar al canario de la tía o regar sus flores» (85). Dentro del matrimonio, al cónyuge, en cambio, sí que se le hace garante no sólo de la vida y de la integridad física del otro cónyuge, sino también de su patrimonio –por lo que si no impide la lesión de este bien jurídico respondería de un delito contra la propiedad en comisión por omisión–, si bien la garantía por el patrimonio de la esposa (o, en su caso, del esposo), para que constituya delito, se suele restringir a aquellos supuestos en los que la no evitación del daño patrimonial traiga consigo *la ruina total* del garantizado (86).

añadir al lazo familiar existente una comunidad de vivienda de hecho para desencadenar el deber de garante. Por consiguiente, los cónyuges están obligados recíprocamente a prestarse ayuda –al menos cuando hay peligro para la integridad física o para la vida–, aunque vivan separados. Sin embargo, la comunidad de vivienda no carece por completo de significado. En relaciones familiares más alejadas habrá que presuponer además la existencia de una comunidad de vivienda efectiva para poder afirmar un deber de garante»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13. n. m. 19. Para BÄRWINKEL, 1968, p. 137, el cónyuge deja de ser garante del otro cuando viven separados y, además, el matrimonio se encuentra deteriorado, pero sigue siendo garante *si sólo concurre una de esas circunstancias*.

(85) GRÜNWALD, 1956, p. 76; el mismo, ZStW 70 (1958), p. 424 n. 25. Estos ejemplos de GRÜNWALD, con los que trata de demostrar que las posiciones de garante no hacen responder, en comisión por omisión e indiscriminadamente, por todos los bienes jurídicos (vida, propiedad, etc.) del garantizado, han hecho fortuna en la doctrina posterior, que se remite frecuentemente a los ejemplos de GRÜNWALD del canario y de las flores de la famosa tía: cfr. Armin KAUFMANN, JuS 1961, p. 175; GEILEN, FamRZ 1961, p. 159; MEYER-BAHLBURG, 1962, pp. 120/121; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 53.

(86) Cfr. BÄRWINKEL, 1968, p. 147: «Si un marido contempla como un cartista distrae a su esposa en una aglomeración 5 marcos, a aquél no le afecta ningún deber jurídico juridicopenalmente relevante de evitarlo, ya que 5 marcos no constituyen un bien patrimonial existencialmente importante de la esposa. Por consiguiente, el § 247, párrafo 2 [hurto] no entra en juego. Otra cosa sucede cuando el ladrón sustrae la cartilla de ahorros de la mujer que tiene todo su patrimonio en el banco. En ese caso existe el deber jurídico del marido de evitación, ya que se trata de un bien existencialmente importante; aquí entra en juego el § 247, párrafo 2». En el mismo sentido, SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/44: «En relación a objetos patrimoniales una garantía de protección originaria de los parientes más próximos sólo se puede admitir

B) La comunidad de vivienda

Esta situación de hecho, como tal y *aisladamente*, se utiliza a veces (y en ese caso con carácter *extensivo*) para fundamentar posiciones de garante entre personas que conviven bajo el mismo techo, aunque no exista entre ellas una *estrecha relación vital* (sentimental), pero sí, al menos, *algo más* que la mera circunstancia de compartir una misma vivienda sin la concurrencia de algún vínculo ulterior; y así, se afirma que existe un deber de garantía recíproco entre empleados del hogar y empleadores (87), si bien, acudiendo a criterios de

cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, la pérdida o el deterioro del objeto significa una amenaza existencial para el pariente»; el mismo, Studienbuch, 1982, p. 390; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 542; BRAMMSEN, 1986, p. 165; LILIE, JZ 1991, p. 544: «Un deber recíproco de cuidado del patrimonio sólo entra en consideración cuando está en juego la existencia financiera»; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 21; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 53; KÖHLER, AT, 1997, p. 216: «la salvaguardia del patrimonio familiar».

En contra HERZBERG, 1972, pp. 338/339

(87) Sobre la comunidad de vivienda como eventual fundamentadora de una posición de garante, y con distintos matices, cfr., por ejemplo, SAUER, GS 1940, pp. 308/309; MAURACH, AT, 1971, p. 607: «Hay que adherirse en lo fundamental a las resoluciones [del RG y del BGH] que aprecian en la comunidad de vivienda –que abarca a la familia más cercana, incluyendo a los parientes presentes necesitados de cuidado y a los empleados de hogar– un círculo de especial vinculación»; SCHÜNE-MANN, 1971, p. 356; DOERING, MDR 1972, p. 665; HONIG, 1975, pp. 90/91 (v. también la cita de HONIG *supra* nota 82); BLEI, AT, 1983, p. 327: «quien establece con otro una comunidad de vivienda confía y, dentro de ciertos límites, crea confianza en una ayuda recíproca, de la misma manera que el mundo circundante confía en que compañeros de vivienda se ayuden entre ellos y, consiguientemente, no tengan que depender de ayuda externa»; RUDOLPHI, NStZ 1984, p. 152: «La comunidad de vida en una vivienda sólo tiene relevancia como fundamento para el origen de posiciones de garante cuando al mismo tiempo representa una cooperación –de acuerdo con el principio de la división del trabajo– para domeñar tareas comunes y para repeler peligros»; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 56; LANDSCHEIDT, 1985, p. 150: «Como la mera existencia fáctica de una comunidad de vivienda no basta, tomada por sí sola, para fundamentar una relación de custodia, es necesario que mediante la acogida de un tercero en la vivienda, o mediante el establecimiento conjunto de una situación doméstica o de una vivienda-comuna, se exprese la asunción de una posición de deber individual y específica» OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 540: «Es correcto rechazar una posición de garante *sólo* sobre la base de una comunidad de vivienda» (subrayado añadido); BRAMMSEN, 1986, pp. 180/181; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 139: «En cambio meras comunidades de casa o de vivienda no fundamentan una posición de garante ... Ciertamente que la jurisprudencia ha derivado reiteradamente deberes de garante de comunidades de casa. Pero por lo general ha apoyado el deber de evitar el resultado en consideraciones *complementarias*» (subrayado añadido) (en parecido sentido, BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 76); HUERTA, 1987, p. 176; RANFT, JZ 1987, p. 865; SAGENSTEDT, 1989, p. 445: «Ejemplos típicos [de posición de garante] es la comunidad de vida [no matrimonial] en una vivienda ..., en la

moral sexual ortodoxa, a veces se excluye la posición de garante por comunidad de vivienda cuando se trata, por ejemplo, de la amante del marido que vive con el matrimonio (88) o de una pareja de homosexuales (89). Otras veces, en cambio, la comunidad de vivienda se emplea como criterio *adicional e imprescindible* (y, por consiguiente, *restrictivo*) para que una relación familiar o sentimental pueda servir de base para una posición de garante (90).

C) La comunidad de peligro

La doctrina dominante opina que cuando varias personas resuelven conjuntamente llevar a cabo una empresa arriesgada (por ejemplo, un grupo de montañismo que decide escalar una montaña) todas ellas se convierten en garantes de los restantes miembros del equipo, y en esa condición responderán de un delito contra la vida o la integridad física si no auxilian a aquél que se tiene que enfrentar con una situación apurada (91).

medida en que el sentido de la convivencia vaya más allá de una vivienda común para repartir sobre varios hombros los pequeños y grandes esfuerzos y penalidades para domeñar la existencia cotidiana»; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 104: «En las comunidades de vivienda hay que atender al caso concreto. Si se han establecido como comunidad de vida habrá que admitir en principio un deber de garante, independientemente del parentesco e incluso de su grado»; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 25; WESSELS, AT, 1996, n. m. 719; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 53: «La mera convivencia no puede ser lo decisivo. Lo esencial es, más bien, la manifestación de una estrecha relación personal entre los afectados establecida para durar»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 25; KÖHLER, AT, 1997, p. 217: «meras relaciones sociales sin una unidad familiar de vida inequívoca, como comunidades de casa o de vivienda, no bastan [para crear una posición de garante]».

(88) En este sentido la sentencia del RG 73, 56, a la que se adhieren MAURACH, AT, 1971, p. 608; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 204.

(89) V. *supra* nota 81. Cfr., además, a favor de la existencia de una posición de garante entre parejas de homosexuales, OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 540, quienes objetan (p. 540, n. 127) a la opinión contraria de JAKOBS (v. *supra* nota 81 *in fine*) que la [por JAKOBS] «temida destrucción del “monopolio matrimonial” hace décadas que se ha consumado ya»; BRAMMSEN, 1986, p. 169.

(90) V. también *supra* nota 82. Y, además, ARZT, JuS 1981, p. 481: «si los hijos son mayores de edad una posición de garante sólo podrá admitirse si viven en la comunidad de vivienda».

En España, la sentencia del TS de 17 de abril de 1997, A. 3526, ha condenado por homicidio doloso en comisión por omisión al *verno* que no impide la muerte del *suegro*, con quien convivía en la misma casa (a la hija del fallecido se la condena también por una parricidio, del art. 405 CP 1973, en comisión por omisión).

(91) Cfr., entre otros muchos, SCHÜNEMANN, 1972, p. 355; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/46; ARZT, JA 1980, p. 713; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 593; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, p. 581; HUERTA, 1987, p. 176; SEELMANN, AK, 1990 y

Esa comunidad de peligro sólo puede fundamentar una posición de garante cuando se trata de una empresa arriesgada concertada por anticipado y no, en cambio, cuando se ha originado de una manera *casual* (los náufragos que se encuentran en un bote salvavidas en medio del océano no se encontrarían vinculados entre sí por ningún deber de garantía) (92).

D) El dominio de la cosa (Sachherrschaft)

En 1913, al ocuparse de la detención ilegal en comisión por omisión por parte del que, sin saberlo previamente, encierra a una persona a quien luego no libera (93), Traeger (94) construye el caso de quien, por curiosidad o para realizar un robo, penetra en una bodega ajena, cerrándose la puerta, que sólo puede ser abierta desde afuera, *a consecuencia de un golpe de viento*. A pesar de que aquí *no existe un hacer precedente*, porque la puerta ha sido cerrada por una fuerza de la naturaleza, y no por el propietario de la cueva, no obstante —y sobre la base del criterio del «dominio de la cosa»— Traeger considera que en este caso concurre también un deber de actuar generador de una comisión por omisión: «Ese deber hay que admitirlo porque sólo aquel en cuya zona de dominio se ha producido una situación de peligro para otras personas es quien puede acabar con esa situación.

NK, 1997, § 13, n. m. 104; JAKOBS, AT, 1991, p. 827; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 25; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 63; MIR, PG, 1996, p. 310; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 23 y 24; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 55; KÖHLER, AT, 1997, p. 218.

(92) Doctrina dominante: cfr., por ejemplo, WELZEL, Strafrecht 1969, p. 218; BLEI, AT, 1983, p. 327; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 139; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13, n. m. 104; SEEBODE, Spendel-Festschrift, 1992, p. 342; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 62; MIR, PG, 1996, p. 310; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 24.

Críticamente, ARZT, JA 1980, p. 713: «La doctrina dominante niega ... el surgimiento de deberes de evitación del resultado en comunidades originadas por desgracias. En mi opinión, ello es demasiado indiferenciado. El aislamiento de otros vínculos comunitarios existentes en situaciones de desgracia encuentra su elemental contrapeso en la vinculación y en el recíproco deber de ayuda de los miembros de tales comunidades de desgracia. Los supervivientes de un naufragio que se encuentran —realmente y en sentido figurado— en el mismo barco tienen que evitar en mi opinión, en la medida de sus fuerzas, los daños de los demás; hay que afirmar, por consiguiente, una posición de garante. En cambio, entre los clientes de una discoteca que se incendia no se origina una auténtica comunidad de desgracia. La duración de la situación desgraciada y el aislamiento del mundo exterior son esencialmente distintos en ambos ejemplos (bote de salvamento, fuego)».

(93) Sobre este caso v. *supra* V B 2 b.

(94) Cfr. Enneccerus-Festgaben, 1913, pp. 95, 107/108.

Mientras que en una situación de peligro producida por un hacer [precedente] inculpable es indiferente si alguien ha encerrado a otro en su propia vivienda o en una ajena, aquí, en cambio, se precisa que la situación de peligro se haya producido en la zona dominada por el obligado a contrarrestarla, por ejemplo, en su vivienda, en su patio, etc.» (95). Y continúa Traeger (96): «Si alguien intenta, sea para recuperar el sombrero que se le ha volado, sea por curiosidad o incluso con propósito de robar, saltar el muro de mi jardín y sufre un accidente, permaneciendo caído y desamparado con el pie roto, entonces, y si se ha caído en mi jardín, tengo la obligación de actuar para evitar ulteriores consecuencias dañosas ... En cambio, si se ha caído fuera del muro, no tengo ese deber [sc. fundamentador de una comisión por omisión]. Lo mismo habría que decidir si el tripulante de un globo aerostático se estrella y cae en mi jardín».

Sobre la base de todas esas consideraciones, Traeger establece el deber de garante –diferenciado de la injerencia– originado por el «dominio de la cosa» con las siguientes palabras: «Por consiguiente, el deber de actuar no sólo surge para quien ha causado una situación de peligro mediante una acción precedente inculpable [aquí Traeger se refiere a quien fortuitamente cierra la puerta de una habitación (propia o ajena) sin saber que dentro de ella se encuentra una persona], sino también –y a ello no se le suele prestar atención– para aquel en cuya zona de dominio surge una situación de peligro con la que sólo él puede acabar, independientemente de que esa situación se haya producido por el azar o incluso por la culpa de un tercero» (97).

El criterio del dominio de la cosa como fuente de posición de garante entró durante bastante tiempo en un estado de latencia (98), porque la discusión posterior sobre el delito de omisión impropia se centró en las tres fuentes clásicas de la posición de garante, y en la eventual ampliación de éstas dentro del ámbito familiar (*supra* VI B) o en el papel que desempeñan principios como el de la estrecha rela-

(95) TRAEGER, Enneccerus-Festgaben, 1913, p. 108.

(96) *Op. cit.*, pp. 108/109.

(97) *Op. cit.*, p. 109. En el mismo sentido de TRAEGER, BRAMMSEN, 1986, p. 264; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 47. En contra LANDSCHEIDT, 1985, pp. 88 ss., quien en este caso haría responder al titular de la vivienda por una omisión del deber de socorro; VOGEL, 1993, p. 268 n. 135.

(98) Se ocupan de él, por ejemplo, pero sólo superficialmente, GALLAS, ZStW 80 (1968), p. 18; RUDOLPHI, 1966, p. 177. Lo mencionan también superficialmente, pero para rechazarlo, MEZGER, Strafrecht, 1933, p. 143, y WELP, 1968, pp. 249 ss., para quien el dominio de la cosa es insuficiente, por sí solo, para fundamentar una posición de garante si quien tiene ese dominio no es también injerente.

ción vital (*supra* VII A) o las comunidades de vivienda (*supra* VII C) y de peligro (*supra* III B 4 c).

Muchos años más tarde, sin embargo, la ciencia vuelve a ocuparse del dominio de la cosa, coincidiendo todo ello con las insuficiencias y dudas que empiezan a surgir sobre el criterio de la injerencia, diferenciándose este criterio del dominio de la cosa del ulterior de los «deberes de aseguramiento del tráfico» (*infra* E), en que mientras que allí la «cosa» (una vivienda, un terreno), en principio, *no es peligrosa*, en estos últimos, en cambio, de lo que se trata es de prevenir un *riesgo potencial inherente al objeto* (explotación de minas, tráfico ferroviario), cuya no lesividad hay que asegurar (99). [Naturalmente que esa diferencia entre uno y otro criterio la establezco por aproximación y a los únicos efectos de claridad expositiva, dado que ninguno de ellos, especialmente el del dominio de la cosa, goza de un reconocimiento generalizado, y dado también que si por algo se caracteriza la moderna dogmática de los delitos de omisión es por que, por una parte, no hay acuerdo ni sobre el contenido ni sobre la extensión de cada una de las fuentes de las posiciones de garante, y por que, por otra parte y a su vez, los distintos criterios tienen contornos difusos y entremezclados, sin que sea siempre fácil distinguir dónde comienza uno y dónde termina otro].

Al criterio del «dominio de la cosa» vuelve Henkel en 1961, al discutir el problema (*supra* V B 2 a) de si una acción cubierta por una legítima defensa puede considerarse un hacer precedente desencadenante de una comisión por omisión. Con la doctrina dominante, Henkel se pronuncia en el sentido de que el defensor legítimo no se convierte por su acción justificada anterior en garante del atacante lesionado; pero establece una excepción: «El caso de la legítima defensa debe ser enjuiciado de otra manera si el agresor lesionado se encuentra en la esfera de dominio del atacado, por ejemplo, en su vivienda» (100). A partir de Henkel, la doctrina recupera la vieja idea de Traeger, y empieza a ser sometida a discusión la tesis de hasta qué punto el morador de una casa o el encargado de un establecimiento, como titulares del dominio de la cosa, tienen la obligación (de garante) de impedir las lesiones de bienes jurídicos reconducibles a

(99) V. también OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 87: «En estrecha relación con la posición de garante en virtud del dominio sobre un sector de peligro hay que contemplar a la *posición de garante en virtud de tener a su cargo un sector de dominio generalmente no peligroso*» (subrayados en el texto original).

(100) MSchrKrim 1961, p. 184, n. 13. En el mismo sentido, BLEI, AT, 1983, p. 328.

accidentes o a acciones delictivas de terceras personas, que amenacen con producirse *dentro de su esfera de dominio*.

De entre los que conceden algún valor al dominio de la cosa (101), la opinión mayoritaria estima que, por ejemplo, el mero hecho de ser titular de una vivienda no le obliga a impedir las lesiones de los bienes jurídicos que pudieran sobrevenir dentro de su ámbito de dominio, a no ser que «la vivienda se emplee como medio de la comisión del hecho, es decir: que no sólo sea el lugar donde se lleva a cabo el hecho punible, sino que en virtud de su *peculiaridad* desempeñe un papel en el desarrollo concreto del hecho» (102). *Otto*, en cambio, cree ver el fundamento del dominio de la cosa, más que en las peculiaridades del objeto que puedan favorecer la lesión de un bien jurídico, en la relación de confianza que ese dominio puede despertar en terceros: «Quien tiene a su cargo un sector de dominio responde como garante de que los terceros que se encuentran en esa esfera de dominio –sobre la base de una *confianza* especialmente creada y que, por consiguiente, pueden presuponer que aquél estará a su lado en la

(101) Además de los autores citados *supra* nota 98, rechazan igualmente el criterio del dominio de la cosa, entre otros, STRATENWERTH, AT, 1981, n. m. 1020; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 71/72, 79, 88 ss., 104 ss. y *passim*; JAKOBS, AT, 1991, 29/37 a; FREUND, 1992, p. 239.

(102) RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 37 (subrayado añadido); v. también, el mismo, NSTZ 1984, p. 154. En el mismo sentido la moderna jurisprudencia alemana (indicaciones en RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 37); BLEI, AT, 1983, p. 329; SCHÜNEMANN, ZStW 96 (1984), p. 310: «Como un deber del titular de la vivienda como “policía auxiliar” no puede ser hecho plausible y como una admisión fugaz de huéspedes no significa una asunción de funciones de protección en el sentido de una estrecha relación vital, sólo entra en juego una responsabilidad de garante del titular del derecho doméstico cuando la vivienda no es sólo el lugar en el que se desarrolla el hecho punible, sino cuando, *a consecuencia de su peculiaridad*, desempeña un papel en el desarrollo concreto del hecho punible, es decir, cuando, por ejemplo, (y porque está cerrada con llave) facilita el ataque del autor» (subrayados añadidos); REUS/VOGEL, MDR 1990, pp. 874/875; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 133; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 44: «Una tal posición de garante sólo puede ser fundamentada cuando la vivienda misma, por su estructura o situación de lugar, ha sido aprovechada para el hecho punible. Ello sería el caso cuando un espacio cerrado, sobre el que otra persona tiene una posición de dominio, es utilizado como guarida de delincuentes, como base para preparar empresas criminales o como almacén para el botín, o cuando el ataque a la víctima se ve facilitado por la configuración de la vivienda o cuando esa configuración dificulta a la víctima la defensa o la huida»; WESSELS, AT, 1996, n. m. 720; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 54.

En contra LANDSCHEIDT, 1985, p. 101, quien califica de «vacío de contenido» el criterio de la posición de garante sobre la base de un «especial acondicionamiento o situación del recinto que convierten a éste en peligroso más allá del aislamiento que le es propio». V. también KÖHLER, AT, 1997, pp. 221, 225.

defensa de peligros— no se vean amenazados por daños procedentes de peligros que no se han asumido conscientemente» (103).

Por lo que se refiere al desarrollo de esos principios generales, la doctrina científica ha rechazado que responda del resultado en comisión por omisión el propietario de la casa que omite retirar frases injuriosas contra terceros pintadas con «spray» en su muro (104), el hotelero que no interviene para evitar la venta de objetos robados dentro de su local (lo que, de haberse admitido la posición de garante, le hubiera hecho responsable de una receptación en comisión por omisión) (105), ni el que permanece inactivo ante la violación que tiene lugar en su establecimiento (106). En cambio y por ejemplo, estaría fundamentada una comisión por omisión del propietario de un solar que no interviene cuando terceras personas arrojan en su propiedad desechos de productos peligrosos para el medio ambiente (107), y la del propietario del establecimiento que no interviene para evitar el robo con homicidio cometido contra una *persona a la que ha acogido como huésped* (108).

E) Los deberes (de aseguramiento) del tráfico (*Verkehrssicherungspflichten, Verkehrspflichten*) (109)

Probablemente sea también Traeger quien por primera vez formula de una manera mínimamente coherente, y junto al criterio del dominio de la cosa (*supra* D), el principio de que los deberes de aseguramiento del tráfico —que entonces todavía no se llamaban así— generan también una obligación de evitar el resultado y, con ello, una comisión por omisión.

(103) OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 89 (subrayado añadido). Al dominio de la cosa se acude también actualmente como criterio de concreción de los deberes de aseguramiento del tráfico: v. *infra* E y también (en relación con el caso «Lederspray») F 2 c.

(104) Cfr. JAKOBS, AT, 1991, 29/36 a; OTTO, AT, 1996, n. m. 91; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 628 n. 28; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 44.

(105) Cfr. JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 627.

(106) Cfr. JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 627; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 90.

(107) Así la jurisprudencia alemana (indicaciones en SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 44). En el mismo sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *op. cit.*, loc. cit.; en contra OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 91, y RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 28.

(108) En este sentido BGH 27, 10, publicada en JR 1977, pp. 289-290; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 646; LANDSCHEIDT, 1985, p. 122 ss.; WESSELS, AT, 1996, n. m. 720. En contra NAUCKE, JR 1977, p. 292.

(109) Las expresiones deberes de aseguramiento del tráfico y deberes del tráfico se suelen utilizar indistintamente: cfr. LANDSCHEIDT, 1985, pp. 81/82; KUHLEN, 1989, p. 10 n. 52; VOGEL, 1993, pp. 264 ss.; y, sobre todo y muy especialmente, LARENZ/CANARIS, Schuldrecht II/2, 1994, pp. 399 ss.

Al estudiar la injerencia, Traeger es consciente de que no toda acción precedente –independientemente de su mayor o menor peligrosidad o de si ha sido realizada o no dolosa o imprudentemente– da lugar a un deber de evitar el resultado, porque ello, «a la vista de la ilimitada relación de causalidad objetiva de los acontecimientos, significaría, nada menos, que un deber general e incondicionado de ayudar al prójimo. Quedaría difuminada la frontera de la responsabilidad si cada uno tuviera que responder por sí mismo de las consecuencias más alejadas de sus acciones» (110). Pero a la hora de delimitar, de entre los hechos precedentes, *cuáles pueden fundamentar y cuáles no*, una omisión impropia, se fija en una categoría especial, caracterizada por que *aunque la acción previa no tiene por qué encerrar ningún peligro para el resultado y aunque se haya realizado sin dolo y sin imprudencia, no obstante*, y, a pesar de que «falta ... un precepto legal expreso [téngase en cuenta que Traeger escribe estas líneas en 1913, cuando prácticamente no existía aún una regulación jurídica de la circulación]», generan una obligación de evitar el resultado: «Nadie dudará que el conductor de un vehículo tiene la obligación jurídica de parar o de desviarse si de la continuación de la marcha por la dirección que se ha tomado amenaza un accidente, por ejemplo, para los niños que juegan en el camino o para el perro que duerme allí; y esa obligación existe aunque desde un principio no pudiera contarse en absoluto con que se pudieran encontrar personas o animales en el camino acotado. No necesita fundamentación alguna que cualquiera que pone en movimiento una fuerza natural tiene que adoptar las precauciones necesarias para evitar resultados antijurídicos no sólo en el momento de la puesta en movimiento, sino que también, y mientras dura la actividad de la fuerza puesta en movimiento, tiene que dirigir su atención para que no surjan consecuencias dañosas. El principio de que quien lleva a cabo una actividad peligrosa, y, en especial, quien pone en movimiento una fuerza natural, debe adoptar continuamente las medidas de cuidado exigidas por el tráfico aparece tan evidente que el legislador no ha estimado necesario pronunciarlo expresamente en esos o en parecidos términos. Ese principio tiene validez no escrita, tal como se reconoce de manera general por la teoría y la práctica [sc. del Derecho privado]» (111). Al igual que con el «dominio de la cosa» este criterio permaneció «hibernado»

(110) Cfr. 1913, p. 100; v. también esta objeción en los autores citados *supra* V B 2. Sobre los límites que la moderna doctrina establece para que un hacer precedente pueda fundamentar una omisión impropia, cfr. *supra* V B 2 a ss., e *infra* F 2 b.

(111) TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 97/98.

durante décadas (112) hasta que en 1968, *como una especie del género injerencia*, Welp, en su monografía sobre la omisión, dedica un amplio apartado (113) a los deberes de aseguramiento del tráfico como fundamentadores de una omisión impropia, en los que él ve un argumento más a favor de que también las acciones conformes a Derecho pueden dar origen a una responsabilidad por injerencia, siendo la idea central de este criterio –traspasado del Derecho privado– que quien crea una fuente de peligro –por ejemplo, una industria–, «abriéndola al tráfico», tiene el deber de «asegurarla» mientras se mantenga la situación de peligro (114).

Pero es Schünemann quien en 1971, y sobre un terreno que había sido preparado ya en los años precedentes por Meyer-Bahlburg (115), Welp (116) y Pfleiderer (117), desarrolla por primera vez, amplia y estructuradamente, como criterio autónomo de posición de garante, el de los deberes de aseguramiento del tráfico (118), estableciendo además la tesis de que la injerencia debe desaparecer como fundamentadora de la comisión por omisión (119), ya que, por una parte, todos aquellos casos de hacer precedente que justifican materialmente la imputación de un resultado son, en realidad, subsumibles en los deberes de aseguramiento del tráfico, y ya que, por otra, estos deberes son también los que, como criterio independiente, explican cómo es posible reconducir un resultado a una omisión en otros casos en los que el hacer precedente no aparece por ningún lado (120).

(112) De pasada reconoce a los deberes de aseguramiento del tráfico una significación independiente de otras posiciones de garante, GALLAS, ZStW 80 (1968), p. 18; el mismo, 1989, pp. 87/88. También se ocupa de esos deberes, igualmente de pasada, para incorporarlos genéricamente a la posición de garante derivada de ley, MEZGER, Strafrecht, 1933, p. 143

(113) Cfr. WELP, 1968, pp. 241-249.

(114) En estos términos, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del BGH, define WELP, 1968, pp. 243/244, los deberes de aseguramiento del tráfico.

(115) Cfr. la cita de MEYER-BAHLBURG *supra* nota 52.

(116) Cfr. *supra* notas 113 y 114.

(117) Cfr. PFLEIDERER, 1968, pp. 128 ss.

(118) Cfr. SCHÜNEMANN, 1971, pp. 281 ss. y *passim*, y 1979, pp. 89/90. V. también el mismo, ZStW 96 (1984), pp. 294/295, 305, 309/310.

(119) Cfr. *supra* V B 3, y también SCHÜNEMANN, 1971, p. 303: en los deberes del tráfico «se encuentra el núcleo justificado de todas las teorías de la injerencia».

(120) Según SCHÜNEMANN el propietario de una casa responde de los daños que se pueden causar a otros por el desprendimiento de tejas que, con el transcurso del tiempo, se han ido descolocando, responsabilidad por omisión que, de acuerdo con SCHÜNEMANN, hay que fundamentarla en los deberes de aseguramiento del tráfico, y no en la injerencia, ya que, en el caso de compra de la casa por persona distinta de quien la construyó, «como el nuevo propietario no ha fundamentado el peligro, sino

Schünemann expresa que «todas las clases de deberes del tráfico pueden reconducirse al *dominio sobre una fuente potencial de peligro*» (121), con lo que el criterio del dominio de la cosa empieza a diluirse dentro de los deberes de aseguramiento del tráfico, especialmente en la concepción de Schünemann, para quien el comitente por omisión se caracteriza por tener el «*dominio* sobre el fundamento del resultado» (122).

Los deberes de aseguramiento del tráfico, bien como *especies* de las otras fuentes tradicionales de posiciones de garante (ley, contrato, injerencia), bien con una significación *autónoma*, pasan a convertirse, a partir de los años 70, en uno de los criterios que justifican la equiparación de una omisión a una acción (123).

que se lo ha encontrado ya previamente dado, es obvio que su posición de garante no se puede fundamentar en la responsabilidad del injerente» (1971, p. 284). V. también, por ejemplo, LANDSCHEIDT, 1985, p. 87: «No parece que hoy pueda dudarse que el punto de vista determinante para el nacimiento de deberes de aseguramiento del tráfico surge independientemente de la cuestión de quién es el que ha abierto el tráfico. La opinión contraria de WELP ha sido rechazada con razón, porque no permite proporcionar una fundamentación convincente de por qué, cuando hay un cambio de propietario, surgen también para el sucesor los correspondientes deberes de aseguramiento del tráfico de un inmueble abierto al tráfico desde hace tiempo»; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 27: «los deberes del tráfico no se fundamentan en el principio de injerencia».

(121) Cfr. 1971, p. 282 (subrayados en el texto original). V. también *op. cit.*, p. 288: «Con ello hemos aclarado definitivamente el fundamento de los deberes del tráfico: reside en el *dominio sobre un sector de peligro*, que ha de ser concebido, no obstante, no estática, sino dinámicamente» (subrayados en el texto original), aclarando posteriormente (p. 290) que «si se quiere designar el contenido de los deberes de tráfico con un lema, se nos ofrece el término “disposiciones para prevenir accidentes” [“Unfallverhütungsvorschriften”] o también el de deberes de aseguramiento ... El espacio de dominio propio debe ser asegurado de tal manera que no encierre ningún peligro para los demás».

(122) Cfr. SCHÜNEMANN, 1971, pp. 236 ss. y *passim*. En el mismo sentido que SCHÜNEMANN, SAGENSTEDT, 1989, pp. 381 ss., da el mismo contenido al criterio del dominio de la cosa (Sachherrschaft) que al de los deberes de aseguramiento del tráfico.

(123) Cfr. por ejemplo y entre otros, SCHMIDHAÜSER, AT, 1975, pp. 16/57 ss.; el mismo, Studienbuch 1982, p. 395; ARZT, JA 1980, p. 653 («En un grupo importante de casos la posición de garante derivada de contrato se encuentra en estrecha relación con la posición de garante derivada del deber de aseguramiento del tráfico, la cual, por su parte, reúne en ella elementos de la posición de garante en virtud de ley y en virtud de hacer precedente»); LANDSCHEIDT, 1985, pp. 84 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 600; BRAMMSEN, 1986, pp. 237 ss.; el mismo, GA 1993, pp. 110 ss.; SCHUMANN, 1986, p. 118; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 45 ss., 121 ss.; KUHLEN, NStZ 1990, p. 567; JAKOBS, AT 1991, 29/29 ss.; BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 740; HILGEDORF, 1993, pp. 140 ss.; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 35 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, pp. 626 ss.; VOGEL, 1993, pp. 262 ss.; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 85 y 86; MIR, PG, 1996, pp. 315/316; WESSELS, AT, 1996, n. m. 723;

F) La responsabilidad por el producto: el caso «Lederspray» (spray para el cuero)

1. INTRODUCCIÓN

El caso «Lederspray» presenta, desde el punto de vista de la comisión por omisión, unas *características especiales* (124), que no concurren en otros famosos casos de responsabilidad por el producto, como lo pueden ser, en Alemania, en caso Contergan, o, en España, el caso de la colza (125). Pues si el producto –como en estos dos últimos supuestos– *se introduce* en el mercado imprudente o doloso eventualmente –*comercialización* de ansiolíticos sin advertir de los riesgos para las mujeres embarazadas, *venta* de aceite no apto para el consumo humano–, esos comportamientos *activos* son ya típicos, por lo que, en principio, de lo que se trata en ellos es de un delito de acción; y si, sobre la base de la posición de garante por un *hacer precedente contrario al deber*, se quisiera construir también una omisión impropia por la no retirada del correspondiente producto del mercado los problemas que se plantearían –dado que la acción precedente es anti-jurídicamente dolosa o culposa– no diferirían de los que pueden presentarse en la teoría general de la injerencia (126).

La particularidad del caso «Lederspray» reside en que el comportamiento activo de comercializar el producto fue durante muchos años *juridicopenalmente irreprochable* –el hacer precedente fue, por consiguiente, conforme a Derecho (127)– por lo que, sobre la base de las reglas que rigen la posición de garante por injerencia, no resulta fácil fundamentar la obligación del fabricante de retirar el producto causante de los daños. Esa particularidad es la que explica la polémica que, precisamente en relación con la omisión impropia, ha desatado

SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB 1997, § 13 n. m. 11 ss., 43 y 44; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 27 ss.; KÖHLER, AT, 1997, p. 219.

(124) También desde el de la relación de causalidad entre el producto y el resultado lesivo (v. sólo *infra* nota 129), y desde el de la responsabilidad de los directivos de las empresas. Todo ello ha llevado a calificar a la sentencia del «Lederspray» de «leading case» (MEIER, NJW 1992, p. 3199), de «hito» (BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 738), de «iniciadora de nuevos caminos» (BRAMMSEN, GA 1993, p. 101), en relación con la responsabilidad juridicopenal por el producto.

(125) Sobre el caso de la colza v. *infra* 3, y también *infra* G 3 b.

(126) Sobre la injerencia cfr. *supra* V B. Sobre la calificación –como acción como omisión o como ambas– de los hechos punibles en los que aparecen comportamientos activos y pasivos, cfr. GIMBERNAT, ADPCP 1994, pp. 11 ss.

(127) De otra opinión, sin embargo, el BGH; pero equivocadamente, como ha demostrado contundentemente la unánime doctrina científica (cfr. *infra* 2 b).

en Alemania el caso Lederspray, cuyos aspectos fundamentales, desde el punto de vista de la comisión por omisión, paso a exponer a continuación.

El BGH, en su sentencia de 6 de julio de 1990 (128), se ocupa del caso de una empresa que desde hacía bastante tiempo se dedicaba, entre otras actividades, a la fabricación de sprays para el cuidado de artículos de cuero y piel (zapatos, prendas de ante, etc.), siendo comercializado el producto por dos sociedades filiales de aquélla.

Durante ese primer período de tiempo los sprays para el cuero habían llegado a los consumidores sin que hubieran causado daño alguno. Pero «a partir de finales del otoño de 1980 se recibieron noticias en el grupo de empresas en las que se informaba que diversas personas habían sufrido daños en la salud después de utilizar los sprays para el cuero de la referida marca. Esos daños se exteriorizaban, casi siempre, en dificultades respiratorias, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. Los afectados tuvieron que solicitar, en muchas ocasiones, asistencia médica, necesitando a menudo tratamiento hospitalario de carácter estacionario, y teniendo que ser ingresados, en algunos casos, por su estado de peligro para la vida, en unidades de cuidados intensivos. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones (edemas pulmonares). En la mayoría de los afectados se produjo enseguida una mejoría radical, especialmente después de la administración de preparados de cortisona, que llevó a la total curación».

Ante las primeras noticias de los daños personales que estaban causando sprays hasta entonces considerados inocuos, se llevaron a cabo en la empresa investigaciones internas que no consiguieron poner de manifiesto defecto alguno de fabricación, no obstante lo cual a principios de 1981 se introdujeron algunas modificaciones en la composición del producto. Pero como, a pesar de ello, siguieron llegando noticias de ulteriores consumidores que padecían menoscabos en su salud, el 12 de mayo de 1981 tuvo lugar una reunión de crisis de la dirección de la empresa, a la que asistió el jefe del departamento de química de la firma, quien manifestó que, «de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta entonces, no existía indicio alguno de propiedades tóxicas ni, consiguientemente, de peligrosidad de los sprays, por lo que no existía tampoco motivo alguno para retirar el producto», propuesta que fue asumida unánimemente por la citada dirección. El

(128) BGHSt 37, 106. La sentencia se reproduce también, entre otras revistas jurídicas alemanas, en NJW 1990, pp. 2560-2569, que es el texto que he manejado, y del que proceden también las citas entrecomilladas de la resolución.

producto se siguió comercializando y causando ulteriores daños en la salud –nunca la muerte– de consumidores, hasta que el 20 de septiembre de 1983 se produce la intervención de la Oficina Federal de Salud que ordena la paralización de las ventas y la retirada de los sprays que se encontraban en el mercado.

El BGH distingue, como antes lo había hecho ya el tribunal de instancia (la Audiencia Provincial de Mainz), entre, por una parte, 10 *lesiones dolosas cometidas por acción*, en relación con la decena de consumidores que resultaron afectados en su integridad física por sprays que fueron *producidos y/o introducidos en el mercado después de la reunión de 12 de mayo de 1981*. Por otra parte, condena, en cuatro casos, por *lesiones imprudentes en comisión por omisión* causadas por no haber retirado el producto ya en el mercado cuando se tuvieron las *primeras noticias* de su nocividad y *antes de* la reunión del gabinete de crisis de 12 de mayo. Finalmente, y por lo que se refiere a los menoscabos en la integridad física causados por productos *no retirados* del mercado después de la reunión de mayo –28 casos–, el BGH condena por lesiones –*ahora ya dolosoeventuales*, a la vista de la conciencia que los directivos habían adquirido entretanto de la peligrosidad de los sprays– en comisión por omisión.

El BGH distingue, por consiguiente, cuatro tramos temporales que merecen calificaciones jurídicas distintas:

– Teniendo en cuenta que, en un principio, los sprays para el cuero se habían fabricado de acuerdo con los conocimientos técnicos del momento, sin que nada hiciera prever que podían ser peligrosos para la salud, y que, de hecho, durante un período prolongado de tiempo, nadie sufrió quebranto físico por su utilización, las primeras lesiones padecidas por los usuarios al cabo de varios años de comercialización de un producto aparentemente inocuo no fundamentan condena alguna, dado que el resultado típico debe ser reconducido –por ausencia de dolo y de culpa– a un caso fortuito.

– El segundo tramo se inicia cuando a la empresa fabricante y a sus dos filiales comercializadoras les llegan las primeras noticias que hacen sospechar que los sprays hasta entonces tenidos por inofensivos estaban causando, según todos los indicios, daños en la salud. La *no retirada* entonces del producto –cuando ya existen datos que señalan que el spray puede ser peligroso, por mucho que se desconozca cuál es la sustancia concreta que provoca las enfermedades (129)– constituye

(129) En su sentencia de 6 de julio de 1990, el BGH expone lo siguiente sobre el nexo causal entre el uso del producto y las lesiones sufridas por 42 personas: «[La Audiencia Provincial de Mainz], dentro del marco de su descripción del supuesto de

para el BGH una imprudencia y, en concreto, y como la conducta consiste en la *pasividad* de permitir que se siga utilizando el producto, una imprudencia en comisión por omisión por cuatro casos de lesiones.

– El tramo ulterior se inicia después de la reunión de mayo de 1981. La acumulación de indicios de que los sprays para el cuero eran efectivamente peligrosos para la salud y la *persistencia* en la *no retirada* del producto, cambia el título de imputación inicialmente imprudente, estimándose que a partir de ese momento las 28 lesiones posteriores deben ser consideradas cometidas, igualmente, en comisión por omisión, pero ahora ya a título doloso (eventual).

– Finalmente, la conducta *activa* de *introducir* nuevos sprays en el mercado, después de la reunión de 12 de mayo de 1981, es calificada por el BGH de lesiones dolosas *por acción*.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CASO «LEDERSPRAY»

Desde el punto de vista de la omisión impropia, los que aquí nos interesan son los tramos segundo y tercero y cómo se puede eventualmente demostrar que existe una obligación de garante de retirar productos, siendo así que éstos fueron puestos en el mercado sin dolo ni imprudencia, dado que nada hacía prever su nocividad en los primeros años de comercialización.

Sobre si existen –y en ese caso por qué existen– lesiones (imprudentes en un primer grupo de casos; dolosas, en el segundo) *en comisión por omisión* se pueden distinguir en la jurisprudencia y en la doctrina alemanas tres posiciones diversas.

a) *Existencia de posición de garante de los directivos sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico*

Una primera posición, mantenida por el tribunal de instancia, y que no es asumida –ni tampoco rechazada– por el BGH es la de

hecho, ha constatado expresamente que la causa de los sucesos sólo puede residir y sólo ha residido “en algunos mecanismos de eficacia toxicológica de algunas materias primas por sí solas o, al menos, en combinación con otras materias primas”. Esta constatación vinculante para el Tribunal de Revisión [el BGH] es suficiente para afirmar la relación de causalidad. Y ello no lo modifica en nada que hasta ahora –como reconoce el propio Tribunal de instancia– no haya sido posible identificar exactamente, desde un punto de vista científiconatural, qué sustancia o combinación de sustancias fueron la que confirieron a los productos su específica propiedad para causar daños en la salud».

Sobre el problema causal en el caso español de la colza, que se plantea en términos semejantes al del «Lederspray», cfr. *infra* 3 b.

operar, para fundamentar la omisión impropia, con el deber de aseguramiento del tráfico (130). La sentencia del BGH de 6 de julio de 1990 resume así la posición adoptada por el Tribunal de Mainz: «La Sala de lo Penal [la Audiencia de Mainz] deduce este deber de impedir el resultado [de retirar el producto del mercado] del deber juridicoprivado de aseguramiento del tráfico, a saber, del deber de observación del producto, y se apoya directamente en los principios que han sido desarrollados por la jurisprudencia del BGH [Sala de lo Civil] para el ámbito de la responsabilidad juridicoprivada por el producto. Ciertamente que existen argumentos para afirmar que los mismos deberes que son determinantes para la responsabilidad civil por el producto pueden constituir también el fundamento de la responsabilidad penal, especialmente porque la obligación de indemnizar por los daños de productos defectuosos se concibe como un supuesto de responsabilidad extracontractual [§ 823 ss. BGB (= art. 1902 ss. CC)]. Pero, por otra parte, los principios de responsabilidad del Derecho civil, orientados a la reparación del daño, no deben ser utilizados automáticamente para determinar la responsabilidad penal. Si –y, en ese caso, en qué medida– los deberes civiles de prevenir daños coinciden con los fundamentadores de la responsabilidad penal, no es necesario decidirlo en esta sentencia. Pues en cualquier caso aquí, sobre la base de los hechos probados, se daba una posición de garante de los acusados que, de acuerdo con los principios juridicopenales, les obligaba a impedir el daño. Esta posición de garante se sigue de un comportamiento peligroso previo contrario al deber (injerencia)».

La tesis de la Audiencia de Mainz de que las lesiones producidas por los sprays se han realizado –primero, imprudente, y luego, dolosamente– en comisión por omisión porque los *deberes del tráfico* obligaban a los directivos, como garantes, a retirar los productos del mercado, con lo que se hubieran evitado los daños en la salud que sufrieron diversos consumidores, ha encontrado un amplio eco en la doctrina (131).

(130) Sobre esta fuente de posición de garante v. *supra* VII E.

(131) Antecedentes teóricos de esta posición se encuentran ya en SCHUMANN, 1986, pp. 116 ss.; FRISCH, 1988, pp. 199 ss.; KUHLEN, 1989, pp. 17 ss., 173 n. 16 (sobre la posición actual de KUHLEN, después de hacerse pública la sentencia del «Lederspray», cfr., sin embargo, *infra* 142).

En este sentido se han manifestado, entre otros, Seelmann (132), Freund (133), Jakobs (134), Puppe (135), Hilgendorf (136), y Brammsen (137).

(132) AK, 1990, y NK, 1997, § 13 n. m. 125: «Si los peligros que exceden de lo habitual [como, por ejemplo, el inherente a la fabricación y distribución de los productos de consumo] tienen consecuencias dañosas, en ese caso el obligado es responsable, *independientemente de que el comportamiento previo sea o no contrario al deber*, y a no ser que la víctima, imputablemente, se haya puesto en peligro por sí misma ... Con ello, decae también el argumento de que los deberes de salvamento para el obligado al aseguramiento del tráfico no serían compatibles con la responsabilidad por injerencia (limitada, supuestamente, al comportamiento precedente contrario al deber)» (subrayados añadidos).

(133) Después de exponer FREUND, 1992, p. 215 (subrayados añadidos), el supuesto de hecho del que se va a ocupar, y que coincide con el del caso «Lederspray» («La peligrosidad del producto ... puede resultar también de que, *aunque al introducirle en el mercado se haya respetado el standard de seguridad exigible*, a posteriori surjan peligros en cuya evitación existe un interés lo suficientemente importante»), FREUND defiende (p. 217) la siguiente solución: «La cuestión ... del comportamiento (omisivo) típico y equivalente a la acción es más difícil en los casos en que ciertos peligros –en los que hasta entonces nadie había pensado ni, de acuerdo con un enjuiciamiento normativo correcto, nadie tenía por qué pensar– sólo se ponen de manifiesto a posteriori, es decir, en aquellos casos en los que una responsabilidad (juridicopenal) no se puede vincular a una lesión de la norma de comportamiento cometida en (o hasta) la introducción en el comercio del producto. Ya hemos visto anteriormente, en conexión con peligros inmediatos del propio círculo organizativo, que la mera circunstancia de que un peligro haya surgido del propio círculo originario de organización, de una manera que jurídicamente es irreprochable, no significa nada sobre ... la no responsabilidad por ese peligro. Un tal desplazamiento total del riesgo por los daños a la víctima potencial no es, en absoluto, la solución adecuada al conflicto de intereses que hay que regular. Esto es algo que nos pueden mostrar precisamente ciertas constelaciones de peligros derivados de productos. En todo ello hay que pensar, preferentemente, en la responsabilidad por peligros derivados de medicamentos, la cual no termina, en modo alguno, con la venta de un preparado concreto, sino que conlleva actividades evitadoras de daños, mientras ello sea posible, es decir, mientras lleven a deberes de observación, de retirada del producto y de advertencia». V. también, pp. 241/242.

(134) Cfr. AT, 1992, 29/42.

(135) En este sentido parece pronunciarse en JR 1992, p. 30.

(136) Cfr. 1993, pp. 140-143: «... los fabricantes de bienes peligrosos tienen la obligación de garante desde el punto de vista de la apertura de una fuente de peligro, independientemente de si, en el momento de la producción y de la comercialización de los bienes, los peligros eran ya objetivamente cognoscibles o no. KUHLEN no tiene suficientemente en cuenta que en el presente caso [“Lederspray”] se puede deducir una posición de garante ... de los deberes de aseguramiento del tráfico que concurren en cualquier titular de una industria peligrosa por las fuentes de peligro que caen dentro de su ámbito de responsabilidad. Este es el camino que había tomado la Audiencia Provincial de Mainz en la instancia previa».

(137) Para BRAMMSEN, GA 1993, p. 113 n. 1, «el llamado deber de retirada del producto, materialmente, no es más que una concreción específica –derivada de su posición– del deber general de aseguramiento del garante-vigilante, es la transforma-

Frente a la tesis de este sector de la doctrina que acabamos de exponer, y de la Audiencia de Mainz, de que en el presente caso estaríamos ante unas lesiones en comisión por omisión *porque* los directivos de la empresa tendrían una posición de garante fundamentada en sus *deberes de aseguramiento del tráfico* que les obligaba a retirar el producto, con lo que se hubieran evitado los perjuicios que realmente se ocasionaron, se ha objetado que tales deberes sólo fundamentan una posición de garante mientras el obligado tiene la cosa bajo su dominio, pero no cuando aquélla ha salido de su esfera de influencia y, como en el caso «Lederspray» y por ejemplo, se encuentra ya en manos de los consumidores (138).

b) *La tesis de la injerencia*

Como hemos visto ya, el BGH fundamenta la comisión por omisión de los directivos por no retirar el producto, una vez que se tuvo noticia de los daños que estaban causando, en el hacer precedente de aquéllos de haberlo *introducido* en el mercado. Pero teniendo en cuenta que en aquel momento –en el de la acción– no era cognoscible que se tratara de un producto defectuoso, y que la tesis que, con algunas matizaciones, se había ido imponiendo sobre el criterio de la injerencia, tanto jurisprudencial como doctrinalmente –y a fin de evitar un *regressum in infinitum*– era que la acción previa, para poder fundamentar una responsabilidad por injerencia, tenía que ser contraria al deber (139), por ello el BGH se ve obligado a acudir a un *artificio*

ción del deber de aseguramiento “relativo a la empresa” bajo las condiciones típicas cotidianas. Una transformación así en deberes de garante del garante-vigilante no es en absoluto desacostumbrada, como lo demuestra la transformación –generalmente aceptada– de deberes de aseguramiento en deberes de vigilancia, de organización o de salvamento». De acuerdo con ello, BRAMMSEN, *op. cit.*, p. 120, concluye que «si se quieren hacer compatibles los deberes penales de retirada del producto con el concepto de responsabilidad del Derecho vigente, con las premisas de la teoría personal de lo injusto y con los principios de la doctrina del garante, entonces el recurso al hacer precedente peligroso (injerencia) [esto es: el recurso al que acude el BGH en su sentencia del «Lederspray»] aparece como un principio de fundamentación inapropiado. El fundamento que origina estos deberes de evitación del daño no es el hacer precedente, sino la facultad –de hecho o de Derecho– de influjo, de dominio o de disposición del fabricante sobre los productos defectuosos. Los deberes juridicopenales de retirada del producto son un caso de aplicación de los deberes de aseguramiento en el ámbito empresarial, esto es, de los deberes de vigilancia».

Cfr. también KÖHLER, AT, 1997, p. 223.

(138) Sobre esta objeción, v. detalladamente *infra* c.

(139) V. *supra* B 2. Y, además y por ejemplo: JESCHECK, LK 1993 ss., § 13 n. m. 33: «... el comportamiento previo peligroso tiene que ser objetivamente contrario al deber (aunque no necesariamente culpable), porque de la causación conforme a Dere-

–rechazado unánimemente por la doctrina– a fin de justificar que la comercialización del spray para el cuero en el caso «Lederspray» fue un comportamiento incorrecto. Según el BGH, «la posición de garante se siguió de un comportamiento de peligro anterior y contrario al deber (injerencia)», ya que «el comportamiento previo –fundamentador del peligro– de los acusados fue objetivamente contrario al deber. Ello se sigue de que el ordenamiento jurídico prohíbe en principio –si bien, no sin excepciones– crear peligros de los que en el ulterior devenir se desarrollen daños corporales para terceros si no se interviene en el curso de los acontecimientos. Esto rige también aunque no sea posible encontrar una norma legal específica que aplique sanciones a tales comportamientos de puesta en peligro, ni, especialmente, una que haga al causante jurídicopenalmente responsable. La protección general de la que goza el bien jurídico de la integridad corporal proporciona ya el fundamento jurídico ...– La contrariedad objetiva con el deber del comportamiento previo no presupone que el agente haya lesionado ya, con ello, sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente ... En tanto en cuanto, basta con la desaprobación jurídica del resultado del peligro, siendo irrelevante si el comportamiento de quien lo ha provocado es reprochable en el sentido de la culpabilidad personal. De acuerdo con ello, la creación de una situación de peligro fundamenta una posición de garante que obliga a la evitación del daño, incluso aunque en todo ello no resida ninguna *infracción* del cuidado debido; el comportamiento previo del garante no tiene por qué ser culpable ...– De la posición de garante –cuya existencia, de acuerdo con lo expuesto, hay que afirmar– deriva aquí ... la obligación de retirar los sprays para el cuero peligrosos para la salud y que se hallaban ya en el comercio».

Un sector de la doctrina está de acuerdo con el BGH en que los directivos de la empresa deben responder en comisión por omisión por la no retirada de los sprays y que la razón por la cual existe una obligación de impedir el resultado hay que buscarla en el criterio de la *injerencia*; pero, por lo que alcanzo a ver, y como ya he señalado,

cho no puede surgir la pesada carga de un deber de garante para la evitación de los daños provenientes del peligro», JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 625; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15, n. m. 66 y 67: «De acuerdo con la doctrina dominante, sólo un comportamiento contrario al deber fundamenta una posición de garante ...– Esta limitación de la posición de garante al comportamiento previo contrario al deber es correcta»; WESSELS, AT, 1996, n. m. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 35: «Como ulterior presupuesto de una posición de garante por un hacer precedente hay que añadir, por consiguiente, el de que el comportamiento previo haya sido contrario al deber, es decir, que pueda ser ya desaprobado como tal».

existe unanimidad en rechazar la tesis del BGH de que el hacer precedente de introducir el producto en el mercado pueda ser considerado «objetivamente contrario al deber».

Así, y por lo que se refiere a este último aspecto, escribe Kuhlen (140): «Del primero [del requisito de que el hacer precedente tiene que ser contrario al deber para que pueda fundamentar una injerencia] se prescinde evidentemente [en la sentencia del BGH] cuando se apunta al resultado jurídicamente desaprobado del peligro o se basa la contrariedad objetiva con el deber de la comercialización sobre la peligrosidad –constatada ex post– de los productos introducidos en el mercado ... En la discusión sobre la injerencia, en cambio, para que se dé el requisito del comportamiento previo contrario al deber, se exige una creación de riesgo desaprobada ex ante. Incluso, y aunque ello no se destaque expresamente, esa comprensión del requisito en cuestión deriva, sin más, de la doctrina hoy dominante en el Derecho penal de que lo injusto del comportamiento sólo puede ser determinable ex ante. Los deberes jurídicos deben motivar a sus destinatarios a un determinado comportamiento, y, por ello, un comportamiento sólo puede ser (objetivamente) contrario al deber cuando va vinculado a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cognoscible (objetivamente) en el momento de la acción.– Esto tiene como consecuencia que la introducción en el mercado de los sprays acondicionadores sólo habría sido contraria al deber cuando ya en esa introducción en el mercado se hubiera podido conocer su peligrosidad ... Por consiguiente, hay que partir de que la introducción en el mercado *no* se realizó de una forma contraria al deber.– Si, no obstante, el BGH afirma esa posición de garante por injerencia, con ello ... abandona, materialmente, el requisito de la injerencia de que la producción del resultado debe descansar en un comportamiento previo contrario al deber. El que la Sala [del BGH] no diga claramente que está cambiando su jurisprudencia debe ser criticado, como lo debe ser el intento –dogmáticamente inidóneo– de encubrir ese cambio con la ayuda de una contrariedad al deber objetivo determinada ex post» (141).

(140) NStZ 1990, p. 568. V. también el mismo, GA 1994, p. 349: «Pues esta admisión [del BGH de un deber de garante de retirada del producto basada en la injerencia] descansa en que el BGH abandona, materialmente, el presupuesto de la injerencia, aceptado en sentencias anteriores, de un comportamiento previo contrario al deber».

(141) En el mismo sentido de KUHLEN, criticando que el BGH –para fundamentar la responsabilidad por injerencia– afirme, erróneamente, que la acción previa de introducir los sprays en el mercado –cuando aún no era cognoscible su peligrosidad– fuera contraria al deber, cfr. BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 739: «... el resultado desaprobado debe ser por lo menos previsible, porque, en otro caso, no se puede hablar de infracción del deber, y al introducir en el mercado los primeros sprays para el cuero

Si existe acuerdo en la doctrina, por consiguiente, en que la introducción en el mercado de los sprays para el cuero, por no ser cognoscibles

faltaba precisamente esa previsibilidad. Por consiguiente, no es posible fundamentar una posición de garante [por injerencia] con la argumentación del BGH»; PUPPE, JR 1992, p. 30; FREUND, 1992, p. 219 n. 84; HILGENDORF, 1993, pp. 138 ss.; el mismo, NSzZ 1993, p. 16 n. 88; BRAMMSEN, GA 1993, pp. 108-109: «Solamente pueden calificarse de objetivamente contrarios al deber aquellos comportamientos cuya peligrosidad fuera, al menos, objetivamente previsible para los destinatarios de la norma y evitable mediante un comportamiento conforme a la norma. Por consiguiente, la previsibilidad y la infracción del cuidado debido son los presupuestos constitutivos mínimos del juicio de infracción del deber en todos los comportamientos jurídico-penalmente relevantes. Contra la opinión expresada por el BGH en la sentencia del "Lederspray", hay que exigir para la determinación de la infracción objetiva del deber en la situación de injerencia que el agente, al menos, pudiera prever y evitar mediante un comportamiento gobernable la peligrosidad de su hacer precedente (=la introducción en el mercado de productos nocivos para la salud) ...- Los deberes de garante por injerencia sólo surgen -sin excepciones- con acciones previas que sean, por lo menos, objetivamente imprudentes-antijurídicas»; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 40 c, quien imputa al BGH la «errónea fundamentación de afirmar que la entrega conforme al deber de cuidado de la mercancía [de los sprays], que sólo con posterioridad aparece como defectuosa, constituye una hacer precedente contrario al deber»; MEIER, NJW 1992, p. 3196: «Si se puede constatar que el producto ha sido introducido en el comercio con una infracción del deber, entonces de ese comportamiento previo contrario al deber resulta un deber de garante de retirada del producto de las personas competentes de acuerdo con la jerarquía empresarial.-El caso en que la comercialización del producto ha lesionado deberes de diligencia es, por consiguiente, aporoblemático en su enjuiciamiento jurídico. En cambio, surgen considerables dificultades cuando la peligrosidad del producto no se conoce hasta un momento en el que el producto se ha introducido ya en el comercio. El comportamiento previo que va vinculado a la posición de garante por injerencia no es, entonces, contrario al deber y no cumple con los presupuestos exigidos por la doctrina dominante para fundamentar la posición de garante. Esto es lo que sucedió en el caso "Lederspray": cuando fueron cognoscibles los efectos perjudiciales para la salud, el producto se encontraba ya, desde hacía muchos años, en el comercio; por consiguiente, los peligros que amenazaban a los consumidores sólo se hubieran podido evitar, bien retirando los botes de spray, bien haciendo públicas, al menos, advertencias en relación a la peligrosidad. ¿Existía también en este caso de comportamiento previo objetivamente no contrario al deber una obligación de garante de llevar a cabo una acción de advertencia o de retirada del producto?.- El BGH contesta a esta pregunta afirmativamente: como la peligrosidad del spray era cognoscible al menos en el momento de dictar sentencia, existía un deber de retirada del producto -basado en la injerencia- de la empresa fabricante. Pero esta fundamentación no puede ser correcta. Si se toma en serio el criterio de la infracción del deber para fundamentar la injerencia, entonces la responsabilidad por omisión se justifica desde el mismo punto de vista que la responsabilidad por imprudencia: al autor se le hace responsable por la causación de la lesión de un bien jurídico porque mediante su comportamiento (previo) ha sobrepasado los límites del hacer permitido. Pero si la peligrosidad de un producto no es cognoscible al tiempo de su introducción en el mercado, entonces el autor justamente no ha sobrepasado los límites de la actividad permitida y falta cualquier punto de apoyo para la injerencia».

su defectos, no infringió el cuidado debido, entonces la única posibilidad de fundamentar una omisión impropia por injerencia es la de modificar el planteamiento hasta ahora dominante y admitir que la posición de garante por un hacer precedente puede surgir también aunque éste haya sido plenamente conforme a Derecho. Este es el camino que siguen, entre otros, Kuhlen, Beulke/Bachmann, Rudolphi, Hirte y Meier.

Así, para Kuhlen (142), «el fabricante y las sociedades comercializadoras puestas en funcionamiento por aquél tienen –sobre la base de su perspectiva, de sus conocimientos especializados y de su organización– una esencialmente “mayor posibilidad de actuación” que cualquier otro tercero, por lo que su incremento de asunción de deberes aparece exigible bajo la especie de una protección efectiva de los bienes jurídicos ...–Para la dogmática de la omisión ello trae como consecuencia que la posición de garante por injerencia ya no presuponga un comportamiento previo contrario al deber, consecuencia que, efectivamente, hay que extraer. Ciertamente que sería ir demasiado lejos considerar suficiente cualquier comportamiento que sea adecuado para producir el peligro de una lesión del bien jurídico. Pero, en contra de la doctrina dominante, hay que afirmar que, para llevar a cabo la necesaria y ulterior delimitación, la *infracción* del deber no proporciona el criterio necesario y apropiado. Frente a ello, en la literatura científica gana terreno crecientemente la limitación –defendida con muchos matices– de la injerencia a casos de peligro por un comportamiento de *riesgo incrementado* en relación con la conducta normal y cotidiana. Ciertamente que todo ello necesita de ulteriores concreciones. Pero la producción y la introducción en el comercio de bienes imponen en la sociedad actual una actividad tan arriesgada que desencadena una posición de garante del fabricante y del distribuidor, independientemente de si, al tiempo de la distribución, era cognoscible o no una peligrosidad anormal de determinados productos» (143).

(142) NStZ 1990, pp. 568/569 (subrayados en el texto original). Cuatro años más tarde, KUHLEN, GA 1994, p. 361, se muestra algo más escéptico sobre su solución de afirmar una omisión impropia en el caso «Lederspray»: «... la problemática juridicopenal de tales casos [como el del «Lederspray»] reside en la tentación de, en casos de realización de “grandes riesgos” con *desgracias espectaculares*, llegar a una punibilidad por lesiones u homicidio, a pesar de que, de acuerdo con una imputación correcta –lo que quiere decir, sobre todo: de una que se realice *ex ante* y que tenga en cuenta la complejidad de la situación a decidir–, habría que llegar a la impunidad. Desde un punto de vista de dogmática juridicopenal, se trata de un viejísimo problema: del de una injusta *responsabilidad por el resultado*» (subrayados en el texto original).

(143) En parecido sentido, JAKOBS, AT, 1991, 29/42: «... se debe tratar de un comportamiento con un riesgo superior del del comportamiento cotidiano necesario»;

BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 740: «Opiniones de compromiso no plantean en referencia a la injerencia la alternativa: comportamiento previo contrario o conforme al deber, sino que se esfuerzan por encontrar criterios diferenciados. Ciertamente que la renuncia total a la contrariedad al deber del comportamiento previo llevaría a una responsabilidad sin límite ... El requisito incondicional de un comportamiento previo contrario al deber limita demasiado el deber del omitente. De ahí que surja la pregunta de si los distintos sectores de la vida –aquí, por consiguiente, el del productor de mercancías– son accesibles a un tratamiento diferenciado ... Si alguien –contrariamente al deber o no– ha causado una situación peligrosa y dispone –al contrario de lo que le sucede a la persona sometida al peligro– de los conocimientos oportunos y de los medios para prevenir el peligro, entonces –y en cualquier caso– está obligado a contrarrestar el peligro, cuando reclama para sí –con su acción causante del peligro– una libertad de movimientos que encierra un riesgo especial para todos aquellos que se mueven dentro del marco de la libertad de movimientos de aquél ... Este punto de arranque lleva también en el presente caso [«Lederspray»] a una solución adecuada. El productor dispone de unas posibilidades de actuación esencialmente mayores que los terceros, frente a los cuales –y además– adopta una posición preponderante por el mero hecho de que fue él quien introdujo los productos en el comercio. De ahí surge para el productor, en consecuencia, una responsabilidad frente al consumidor de sus productos, esto es: le corresponde una posición de garante.– El peligro de la ausencia de límites de la responsabilidad, que se quiere contener, preferentemente, con el criterio de la contrariedad con el deber del comportamiento previo, desaparece con una posición de garante, así entendida, específica del fabricante. La objeción de que siempre que el hacer precedente fuera conforme a Derecho el lesionado no era dependiente específicamente, en su integridad, del omitente, queda rebatida precisamente con los casos de los productos peligrosos para la salud»; HIRTE, JZ 1992, p. 257; MEIER, NJW 1992, p. 3196: «En efecto, existen argumentos a favor de que, en los casos en los que la peligrosidad del producto sólo sea cognoscible después de su introducción en el mercado, hay que admitir un deber de garante para realizar operaciones de advertencia y de retirada del producto.– Un punto de partida para la fundamentación de esta consecuencia se encuentra en la doctrina, defendida desde hace poco en la literatura científica, según la cual debe ser garante por injerencia aquel cuyo comportamiento previo supone un “riesgo incrementado” para la lesión amenazadora del bien jurídico. Con ello se quieren aprehender aquellos casos en los que el comportamiento previo supera el ámbito de los peligros contra los cuales todo el mundo, normalmente, toma precauciones por sí mismo ... En este punto de partida se trata, en definitiva, de un reparto de riesgo, a decidir de acuerdo con puntos de vista normativos, entre autor y víctima. La evitación del peligro amenazante es tarea de aquel a cuya esfera de riesgo hay que atribuir el peligro. Aplicando esta teoría a la responsabilidad jurídicopenal por el producto, ello lleva, en el grupo de casos aquí discutido, a afirmar la posición de garante por injerencia: las empresas de fabricación y distribución tienen una responsabilidad claramente predominante por los peligros dimanantes de su producto para terceros ajenos ...– Es indiscutible que esta nueva teoría no posibilita una delimitación tan clara de la posición de garante como aquellas otras que hacen decidir la contrariedad con el deber del comportamiento previo o que se bastan con la mera causalidad: cuándo estamos ante un comportamiento de “riesgo incrementado” es algo que no es sencillo de responder en todos los casos. Pero, por otra parte, con el punto de vista del comportamiento de “riesgo incrementado” se ofrece un criterio que puede fundamentar, materialmente, el deber de evitación de riesgos amenazantes: incluso aunque al autor, por faltar la cognoscibilidad del peli-

c) *El rechazo de la existencia de una omisión impropia en el caso «Lederspray»*

Un sector de la doctrina, encabezado por Schünemann, estima que en el caso «Lederspray», o en cualquier otro de estructura análoga en la fabricación y comercialización de productos que luego resultan perjudiciales para los bienes de la salud –o, incluso, de la vida–, no es posible fundamentar una posición de garante de los directivos de las empresas, por lo que éstos sólo pueden responder de una omisión del deber de socorro del § 330 c StGB (= art. 195 CP).

Según esta dirección doctrinal, y en contra de la tesis del BGH, la introducción en el mercado del producto no constituye un hacer precedente en el sentido del criterio de la injerencia (144), ya que en el momento de la acción no era cognoscible que se trataba de una mercancía defectuosa, por lo que le falta el requisito de un comportamiento activo contrario al deber (145). Por otra parte, y frente a los autores

gro, no se le pueda imputar una *infracción* del deber, no obstante debe evitar aquellos peligros cuyo origen y desarrollo puede conocer mejor –por los medios especiales que tiene a su disposición– que el perjudicado. Para el enjuiciamiento juridicopenal de su deber de garante no debe haber diferencias entre si era ya cognoscible, al tiempo de la acción, el peligro que ha desencadenado, o si sólo fue cognoscible a posteriori: en ambos casos el conocimiento del peligro debe dar origen a la actuación del autor y desencadenar, con ello, el deber de evitación de la lesión amenazante del bien jurídico»; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 40 c: «Si un empresario entrega, conforme al deber de cuidado, un producto del que sólo a posteriori se pone de manifiesto que es defectuoso, entonces al empresario y a sus empleados encargados de ello les afecta un deber de garante [por injerencia] de combatir, mediante la retirada del producto u otra forma apropiada, los peligros emanantes de su producto»; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 407: «riesgo especialmente elevado».

(144) Como ya hemos expuesto *supra* IV B 3, SCHÜNEMANN rechaza, de forma general, la omisión impropia derivada de injerencia, pero la crítica a la sentencia del BGH destaca que, aún admitiendo ese criterio, no se puede hablar de injerencia cuando el comportamiento anterior era conforme a Derecho en el momento de la acción.

(145) Cfr., en este sentido, además de los autores citados *supra* notas 140 y 141, también SAMSON, STV 1991, p. 184: «Pero con ello, el BGH entró en un dilema. De acuerdo con una jurisprudencia que, entretanto, se había convertido en constante, la posición de garante por injerencia presupone un actuar anterior antijurídico. Sin embargo, la antijuridicidad de la entrega del spray no se podía fundamentar, al tiempo determinante, en la falta objetiva de cuidado, porque ésta, en aquel momento y por faltar una previsibilidad dada ex ante, no existía.– A pesar de estas circunstancias, el BGH concluye, con una extraña y en los resultados insostenible construcción, que la entrega fue antijurídica ...– En cambio, si se tienen en cuenta elementos de peligrosidad de la acción, que no eran cognoscibles ex ante a un participante cuidadoso en el tráfico, sino que sólo pueden percibirse más tarde –ex post– por el proceso causal originador de daños, entonces, en realidad, se está renunciando a la antijuridicidad de la acción precedente.– ... [El BGH] ha adoptado una solución que sólo es posible con la

que, reconociendo que, en efecto, falta un hacer precedente al menos imprudente, pero que afirman, no obstante, una posición de garante por injerencia (146), estableciendo ad hoc el *nuevo criterio* de que en la responsabilidad por el producto, por tratarse de un comportamiento de «riesgo incrementado» y porque es el fabricante quien tiene mayores posibilidades –como consecuencia de su posición privilegiada– de evitar el resultado, la responsabilidad por omisión impropia por injerencia puede derivar también de una conducta previa conforme a Derecho, frente a ellos se objeta que entonces –al faltar el requisito de la contrariedad con el deber– el criterio de la injerencia perdería cualquier contorno de concreción y abarcaría, de forma prácticamente ilimitada, a cualquier condición del resultado (147).

renuncia a la antijuridicidad de la acción precedente y, o bien no se ha dado cuenta de ello, o bien ha intentado encubrirlo mediante formulaciones oscuras sobre la contrariedad objetiva con el deber»; HASSEMER, 1996, p. 52: «Existe la tendencia a que la responsabilidad de personas, que dentro del marco de la responsabilidad penal por el producto no desarrollan actividades (a su debido tiempo) para salvar a otras personas de los peligros para la salud derivados de productos defectuosos, se lleve a cabo con la omisión y con el instituto de la injerencia: en casi todos los casos la peligrosidad de los productos se irá estableciendo sólo poco a poco y posteriormente, y las noticias sobre la peligrosidad no siempre serán fiables, o bien se verán neutralizadas por noticias en sentido contrario: en no pocos casos cuando la sospecha de peligrosidad se vaya concretando o, incluso, se haya convertido en certeza, una parte de los productos ya habrá sido distribuida. En estas constelaciones el peligro se trajo al mundo activamente indirectamente en virtud de una acción que difícilmente se puede calificar de contraria al deber: en aquel momento nadie contaba con un peligro, ni nadie tenía por qué contar con él».

(146) Indicaciones *supra* notas 142 y 143.

(147) Cfr., por ejemplo, HILGENDORF, 1993, p. 139: «Si basta únicamente la creación de peligro [por una acción previa conforme a Derecho], entonces la posición de garante por injerencia sufre una fuerte ampliación»; BRAMMSEN, GA 1993, pp. 102, 109; HASSEMER, 1996, pp. 54/55: («En esta sentencia [del «Lederspray»] el BGH se aparta, materialmente, del requisito de una *infracción* del deber –digna de tal nombre y aprehensible– del hacer precedente como presupuesto de la punibilidad por omisión. Esta argumentación [del BGH] se basta para la punibilidad con un aumento difuso de los peligros cotidianos. El puro requisito del aumento del riesgo como un presupuesto de la punibilidad –si es que realmente llega a imponerse– traerá consigo no sólo inseguridad para los implicados, sino también una importante ampliación de la punibilidad ...– Los contornos de la responsabilidad por omisión se difuminan y se convierten en imprevisibles»), 57.

Incluso los autores que defienden en el caso «Lederspray» una responsabilidad en omisión por omisión por injerencia, a pesar de reconocer que la fabricación y comercialización del producto se realizaron durante muchos años sin infringir norma de cuidado alguna, son conscientes de los peligros que encierra su tesis: cfr., por ejemplo, KUHLEN, NSTZ 1990, p. 569, quien admite que su solución precisa de «ulteriores concreciones»; JAKOBS, AT, 1991, 29/n. 93 a: «que un comportamiento previo conforme a Derecho pueda desencadenar una omisión impropia por injerencia supone

Rechazada, con ello, la posibilidad de fundamentar en el caso «Lederspray» una omisión impropia por injerencia, la única forma de mantener una comisión por omisión sería la de construirla –tal como hizo la Audiencia de Mainz y tal como hace un sector de la doctrina (148)– sobre una posición de garante derivada de los deberes de aseguramiento del tráfico. Pero esta posibilidad es igualmente rechazada, ya que, así se argumenta, dichos deberes sólo entran en juego mientras el omitente tiene el dominio de la cosa («Sachherrschaft») (149), es decir, mientras, por ejemplo, en el caso del producto –spray, medicamento, conserva alimenticia, etc.–, éstos están siendo elaborados y puestos a punto para ser introducidos en el comercio: si *durante ese tiempo de dominio*, y a consecuencia de una omisión contraria al deber, porque, por ejemplo, la mercancía *no* es sometida a un control preceptivo, aquélla sale al mercado defectuosamente, produciendo la lesión de bienes jurídicos, entonces dicha lesión le será imputada al responsable como omisión impropia por *infracción* de los deberes del tráfico; pero si, durante el tiempo de dominio al que nos acabamos de referir, la persona o personas competentes se comportan conforme a Derecho y no realizan ninguna acción ni omisión que no sean las correctas –contempladas *ex ante*–, y posteriormente, y no obstante la observancia previa del cuidado debido, se pone de manifiesto algún defecto del producto, entonces –como el producto ya ha salido de la esfera de dominio del fabricante–, éste se encuentra frente a los daños que eventualmente pueda causar la mercancía en la misma situación que *cualquier otro tercero*, y sólo se le podrá hacer responsable, en consecuencia, de una omisión del deber de socorro, pero no de una impropia: de acuerdo con esta tesis, por consiguiente, los deberes de aseguramiento del tráfico sólo generarían –desde el punto de vista de la comisión por omisión– deberes de aseguramiento, como tales, pero no deberes de salvamento.

En este sentido, y argumentando su rechazo a admitir, sobre la base de los deberes del tráfico, una responsabilidad por omisión impropia por la no retirada de un producto que fue introducido en el mercado mediante una acción previa conforme al deber, escribe Schü-

una solución ilimitadamente amplia»; BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 740: «Ciertamente que la renuncia total a la contrariedad al deber del comportamiento previo llevaría a una responsabilidad sin límite»; MEIER, NJW 1992, p. 3196: «Es indiscutible que esta nueva teoría no posibilita una delimitación tan clara de la posición de garante como aquellas otras que hacen decidir la contrariedad con el deber del comportamiento previo».

(148) Cfr. *supra* a.

(149) Sobre este criterio, en general, v. *supra* VII D.

nemann (150): «Lo que en definitiva hace el BGH [en la sentencia del “Lederspray”] es transponer íntegramente al Derecho penal el deber de retirada del producto desarrollado en la responsabilidad extracontractual del Derecho civil, lo que no puede convencer. La obligación juridicoprivada de retirada del producto es un derivado de la pretensión quasinegatoria y, por ello, en Derecho civil puede deducirse convincentemente, siendo el deber de observación del producto –desarrollado igualmente en Derecho civil– precisamente el que crea los presupuestos del deber de retirada del producto. Pero para la imputación penal el papel decisivo lo desempeña, no la pretensión negatoria del Derecho privado, sino el principio del dominio, y, de acuerdo con éste, no es posible poner en cuestión que el fabricante ha perdido cualquier dominio de la cosa sobre un producto que se encuentra ya en el comercio. Su conocimiento –adquirido tal vez con posteriori-

(150) 1995, pp. 67/68. SCHÜNEMANN mantiene la misma posición, consecuentemente, desde su tesis doctoral publicada en 1971, y antes de que el problema adquiriera la actualidad con la que se discute en los años 90, con motivo de la sentencia del «Lederspray». Cfr., en este sentido, SCHÜNEMANN, 1971, pp. 83 ss., 290 («Por consiguiente, el dominio sobre un ámbito de peligro sólo genera *deberes de aseguramiento* y no *deberes de salvamento*. El motivo material de esta diferenciación reside en el requisito de la equivalencia con la acción: el no cumplimiento de un deber de salvamento puede ser, moralmente, todo lo censurable que se quiera e incluso merecedor de pena [como omisión del deber de socorro], pero no es equivalente a la acción porque sólo puede establecer una relación potencial del omitente con el resultado», subrayados en el texto original); el mismo, 1979, pp. 99 («Cuando la nocividad de los objetos distribuidos ... sólo es cognoscible a posteriori –es decir, después de que se han introducido en el comercio–, entonces el deber existente en Derecho civil de retirada de las cosas ya distribuidas no puede ser equiparado a un deber de garante juridicopenal, porque ya no se corresponde con un dominio continuado de la cosa»), 101 («Además y desde un punto de vista material, existe una diferencia decisiva entre no impedir una causa del resultado que se encuentra dentro del propio ámbito de dominio y el intentar influir, posteriormente, en el destino de los productos empresariales que han entrado ya en el comercio general. Como la empresa no posee ningún poder jurídico para influir en el destino ulterior de las mercancías que se encuentran ya en el comercio, una advertencia emitida posteriormente por aquélla no se diferencia en nada de, por ejemplo, la advertencia de una autoridad estatal o de un experto independiente. En todos estos casos se trata de la simple evitación de accidentes amenazadores y, con ello, de un comportamiento que –independientemente de a quien le sea exigido– se corresponde con el desvalor característico del § 330 c [omisión del deber de socorro]. Lo que podría discutirse sería, como mucho, la creación de un tipo penal especial; pero la retirada omitida del producto no puede ser castigada, en forma alguna, de acuerdo con el tipo comisivo ...–Como resultado de estas consideraciones, se puede retener que la lesión de un eventual deber de retirada del producto no fundamenta una equivalencia comisiva de la omisión y que, por ello, no puede legitimar una punición por un delito de resultado de homicidio, de lesiones, etc.»), 210-213; el mismo, wistra 1982, pp. 44-45.

dad— sobre la peligrosidad del producto no puede, por sí sólo, sustituir al inexistente dominio, pues ese conocimiento lo pueden tener muchos —por ejemplo, una organización de prueba de materiales, la organización de consumidores o la policía—, sin que nadie pueda pensar que a éstos les corresponde una posición de garante. Por consiguiente y en principio, estamos sólo ante un deber de socorro conforme al § 323 c StGB, que afecta por igual a cualquiera que posea la información» (151).

(151) En el mismo sentido que SCHÜNEMANN, negando que en casos como estos se pueda fundamentar una posición de garante con el deber de aseguramiento del tráfico, BRAMMSEN, 1986, p. 275: «Por otra parte, el comportamiento inculpable [en la introducción del producto en el mercado] no permite fundamentar una posición de garante. Falta la posibilidad directa de influencia del titular de la industria cuando la cosa ha abandonado su ámbito de dominio ... No concurre una “obligación de retirada del producto” cuando el productor depende de la colaboración de personas que se encuentran fuera del sector social especial de influencia que se le ha “encomendado”. Si no se quiere afirmar una pura responsabilidad por el resultado, para todo el futuro, por las mercancías que una vez se fabricaron —lo que exigiría, entre otras cosas, un inmenso aparato técnico-administrativo—, entonces habrá que rechazar una responsabilidad de garante cuando la fabricación o la distribución defectuosas han acontecido inculpablemente. La correspondiente expectativa de comportamiento se dirige a la detentación de un ámbito de dominio que debe ser asegurado y que aquí justamente no existe» [bajo el impacto del caso «Lederspray», sin embargo, y como ya hemos visto *supra* nota 137, BRAMMSEN se inclina ahora, abandonando su posición de 1986, por afirmar una omisión impropia fundamentada en los deberes de aseguramiento del tráfico]. Por su parte, SAMSON, StV 1991, p. 184, quien rechaza en el caso «Lederspray» una omisión impropia —ni por deber de aseguramiento del tráfico, ni por injerencia (v. *supra* nota 145)—, acepta implícitamente la tesis de SCHÜNEMANN de que al fabricante sólo se le podría imputar una omisión del deber de socorro, si bien propone, de lege ferenda, una regulación penal especial de la responsabilidad por el producto: «Aquí también lo mejor sería que el legislador pudiera introducir una regulación penal, porque la dogmática juridicopenal de la Parte General no está en situación de establecer regulaciones exclusivamente para sectores vitales determinados». V., además, BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, quienes, adhiriéndose a SCHÜNEMANN (p. 740 n. 39), escriben en la p. 740: «Así, en la literatura juridicopenal, por lo general, sólo se reconocen como deberes (de aseguramiento) del tráfico fundadores de responsabilidad aquellos vinculados espacialmente o, por lo menos, a instalaciones. Detrás de ello se esconde la idea de que al outsider no le es posible actuar sobre el ámbito espacial del responsable, por lo que tiene que confiar en que éste mantenga la seguridad dentro de su espacio. Pero esta ratio ya no es aplicable —al menos, de manera generalizada— a los deberes de tráfico del productor que aquí estamos discutiendo [caso «Lederspray»], dado que su producto se encuentra ya en manos de los consumidores».

V. también HASSEMER, 1996, p. 57, quien, en referencia a la sustitución que lleva a cabo un sector de la doctrina del comportamiento previo contrario al deber por el de «riesgo incrementado» como requisito de la injerencia (v. *supra* notas 142 y 143), escribe lo siguiente: «Si ya el criterio del comportamiento de riesgo incrementado es objetable en relación con la determinabilidad de las exigencias que hay que hacer a un comportamiento, su combinación con la constatabilidad *ex post* de la peligrosidad

d) *Resumen*

La aparición del caso «Lederspray» pone de manifiesto —escandalosa e impresionantemente— que no existe un aparato dogmático previo, mínimamente seguro, que permita dar una solución inequívoca y unitaria a los supuestos de omisión, en la medida en que éstos, con mayores o menores novedades, se van manifestando en la realidad.

Para empezar, y desde el punto de vista de su calificación jurídica, y a pesar de la enorme diferencia de penas según cuál sea la solución que se adopte, no se sabe muy bien si la no retirada del producto ha de ser calificada de omisión impropia (así, las opiniones recogidas *supra* a y b) o de propia (así, la postura reflejada *supra* c).

Por otra parte, y dentro de quienes proponen que el caso «Lederspray» sea considerado como uno de comisión por omisión, el desconcierto imperante, desde el punto de vista de cómo fundamentar ese resultado, es clamoroso.

Para la Audiencia Provincial de Mainz —y para los autores que la siguen— el deber de retirada del producto sería consecuencia de una posición de garante derivada de los deberes de aseguramiento del tráfico —postura que no es rechazada ni asumida por el BGH—, argumentándose en contra (*supra* c), que el producto, que en su momento se introdujo en el mercado sin infringir la diligencia debida, se encuentra ya fuera del dominio y del alcance del fabricante.

Para el BGH, en cambio, la omisión impropia derivaría de una posición de garante por injerencia, pero como esta exigía hasta ahora —según la doctrina dominante— un hacer precedente contrario al deber, el Tribunal no tiene inconveniente en, para argumentar su fallo, vulnerar un principio elemental del moderno Derecho penal: el de que la calificación de un comportamiento como conforme a Derecho o anti-jurídico *debe realizarse siempre desde una perspectiva ex ante*, y lo considera contrario al deber porque —y a pesar de que sólo— *ex post* se ha manifestado su nocividad para el bien jurídico de la integridad física, lo que —como ha sido denunciado (152)— supone, práctica-

tendrá para los destinatarios un efecto directamente explosivo»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 45 (subrayados en el texto original): «El deber derivado de esta posición [deberes de aseguramiento del tráfico] sólo se extiende a la supresión de peligros agudos, y no a la evitación de ulteriores daños resultantes de la lesión inmediata. Si, por ejemplo, un peatón resulta lesionado por una teja, sin que al propietario de la casa [de cuyo tejado se ha desprendido aquélla] se le pueda imputar una lesión del deber, entonces, y frente al lesionado, no tiene ninguna obligación de socorro que exceda de la obligación general dimanante del § 323 c [omisión del deber de socorro]».

(152) Cfr. la cita de KUHLEN *supra* nota 142.

mente, resucitar la responsabilidad por el resultado. El sector doctrinal que –como el BGH– fundamenta la omisión impropia en la injerencia rechaza, sin excepciones, la tesis jurisprudencial de considerar el comportamiento previo contrario al deber, pero al precio de apartarse del requisito –generalmente reconocido– de que la posición de garante por un hacer precedente exige que éste sea antijurídico, con lo que –como ha sido igualmente destacado y denunciado (153)– la injerencia amenazaría con perder todos sus contornos, aproximándose, peligrosamente, a un *regressus in infinitum*.

Pero las contradicciones e incertidumbres no sólo caracterizan las argumentaciones de quienes defienden que el caso «Lederspray» es uno de comisión por omisión: los partidarios de calificarlo de omisión propia, como Schünemann o Samson, no se opondrían, sin embargo, a una modificación legal –introducida *ad hoc* para la responsabilidad por el producto– que permitiera castigar –sin que se nos explique sobre qué fundamento material– la no retirada del producto como una omisión impropia (154).

Esta última «solución» de, mediante una intervención legislativa, configurar específicamente la responsabilidad por el producto –al margen ya de injerencias o de deberes del tráfico– como una omisión impropia es defendida también, recientemente, por Kühne y por Freund, quienes se muestran partidarios, además, de aprovechar esa eventual reforma legislativa para proponer que en la responsabilidad por el producto –y al contrario de lo que sucede en cualquier otro tipo delictivo– sea suficiente la firme sospecha –y no la seguridad– de que ha sido el producto concreto el que ha *causado* la lesión del bien jurídico. «El productor», escribe Kühne (155), «que fundamenta un riesgo –y esto lo hacen hoy prácticamente todos los productores– mediante la fabricación o la combinación de materiales potencialmente peligrosos debería responder jurídicopenalmente, *sin que sea necesaria acreditar la causalidad*, por los daños que surjan dentro de esta conexión. Formulado radicalmente, ello significaría que toda producción tendría lugar, por así decirlo, con una reserva jurídicopenal. Con la primera aparición de supuestos de daños surgirían para el responsable, al mismo tiempo, *deberes de acción* que llevarían, en lo fundamental, a poner fin a la comercialización, a la retirada del pro-

(153) Cfr. *supra* nota 147.

(154) Cfr. SCHÜNEMANN, 1979, p. 101: «Lo que podría discutirse sería, como mucho, la creación de un tipo especial»; SAMSON, StV 1991, p. 184: «Aquí también lo mejor sería que el legislador pudiera introducir una regulación penal».

(155) NJW 1997, p. 1954 (subrayados añadidos).

ducto o a indicaciones de advertencia para los consumidores que estuvieran ya en posesión del producto. Una imposición de un deber jurisdicopenal de estas características puede ser considerado, en nuestra sociedad química de riesgos, como plenamente adecuado y positivo. Sin embargo, no es tarea de la jurisprudencia crear un tal Derecho penal de riesgo, *sino que ello le está reservado únicamente al legislador*». Por su parte, el presidente (Freund) de un Grupo de Trabajo de Profesores (alemanes) de Derecho Penal ha propuesto, a título individual (sin que se haya adherido el resto de los miembros del referido Grupo), introducir en el StGB un nuevo § 231 («Peligro para la vida o para la salud como consecuencia de productos»), que en su párrafo primero contiene el siguiente texto: «El responsable de que un objeto se introduzca en el comercio *o permanezca en él*, o lo mantenga preparado para que se introduzca en el tráfico, a pesar de que aquél es apropiado o de que existe la fuerte sospecha de que puede lesionar antijurídicamente la vida o la salud de otros, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años o con multa» (156)

3. EXCURSO. REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: EL CASO DE LA COLZA

Aunque sólo sea de pasada, y dada la relativa extensión que he dedicado al caso «Lederspray», quiero hacer dos observaciones sobre el de la colza, el más importante de responsabilidad por el producto del que se han ocupado los Tribunales españoles.

a) *El caso de la colza como delito de acción*

A diferencia del caso «Lederspray», donde la acción de introducción del producto en el mercado fue *correcta* y, por ello, el eventual juicio de desvalor jurisdicopenal tenía que girar, necesariamente, en torno a la «omisión de la no retirada del producto», en el de la colza (157) –en el que unos industriales desaprensivos introdujeron en el mercado de comestibles «[aceite] de colza importado no ... destinado a la alimentación humana, sino a otras actividades industriales

(156) V. FREUND, ZStW 109 (1997), p. 479, donde se reproduce ese texto, y a continuación (pp. 479/480) los motivos de la propuesta.

(157) TS 23 de abril de 1992, A. 6783 (mientras no se haga otra referencia distinta, las frases entrecomilladas que figuran a continuación están contenidas en esa sentencia del TS). La sentencia de instancia (núm. 48/1989, de 20 de mayo, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) ha sido publicada en el Boletín de Información del CGPJ, 2.ª etapa, año IX, número extraordinario, junio de 1989.

que resultaban ser, casi exclusivamente, las siderúrgicas», aceite desnaturalizado con «anilina», cuyo «carácter venenoso [era] de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites»–, estamos ante conductas positivas causantes dolosoeventualmente (158) de –al tiempo de dictarse la sentencia de instancia– «330 muertos y más de 15.000 afectados».

Esta aparentemente indiscutible calificación del caso de la colza como de delito de *acción*: las muertes y las lesiones son consecuencia del *comportamiento activo* de introducir en el mercado aceite envenenado con anilina, ha sido cuestionada en la doctrina por Paredes, quien, en referencia a uno de los acusados (Ramón Ferrero, comerciante que «sabía que compraba, para destinarlo luego al consumo, aceite excluido del mismo, más aún, desnaturalizado para el consumo humano»), traslada el centro de gravedad de un comportamiento activo a otro omisivo –antes de venderlo a los consumidores, Ferrero «envió aceite a refinar a dos factorías»–, especulando a lo largo de decenas de páginas (159) sobre si a dicho acusado se le podía imputar el resultado en *comisión por omisión*, teniendo en cuenta que «el reo había cumplido escrupulosamente con los requisitos administrativos [de refinado] exigidos en materia de comercialización de aceites comestibles» (160), y preguntándose igualmente si, sobre la base del «principio de confianza», el acusado había *omitido* controlar el procedimiento de refinado llevado a cabo por aquellas dos factorías, dado que la aplicación de dicho principio, escribe Paredes (161), «no puede ser excluida por el hecho de que la actividad emprendida por el sujeto en cuestión [Ramón Ferrero] resulte peligrosa (precisamente para las mismas es especialmente importante dicha restricción del “deber de cuidado”), o incluso sea ilícita (puesto que ello constituiría una versión para el caso del principio *versari in re illicita*)». Según Paredes (162), «si se acude a estas reglas generales, se comprobará que también a la posición del director [sc. del acusado-recurrente, Ferrero] de un proyecto (incluso aunque éste sea peligroso, y también si *el mismo es ilícito*) le es aplicable la figura del principio de confianza.

(158) La AN había estimado que los resultados lesivos se habían producido sólo imprudentemente; en cambio, el TS estimó, con razón, que se habían producido con dolo eventual.

(159) Cfr. PAREDES, RFCHS, I (1994), pp. 220-226; el mismo, PJ 33 (1994), pp. 421-438; el mismo, 1995, pp. 133-191.

(160) PAREDES, PJ 33 (1994), p. 427.

(161) PJ 33 (1994), p. 432 (subrayados añadidos).

(162) PJ 33 (1994), pp. 434-435 (subrayados añadidos, puntos suspensivos en el texto original).

Así dicho director *sólo será responsable por delito –aquí imprudente (163)– de resultado* en virtud de esa culpa in vigilando cuando en el seno del correspondiente sector del tráfico jurídico exista una expectativa tal en torno a su actuación de control de las actividades de subordinados, suministradores ..., que conviertan ese *incumplimiento del deber de vigilancia* en una auténtica fuente de riesgo idéntica en cuanto a su potencia y características a la constituida por la realización de una conducta activa de creación de peligro. *Situación ésta que difícilmente es imaginable en el curso de un proceso de producción y comercialización. Pues, efectivamente, en la inmensa mayoría de las ocasiones no es posible decir que el director de la empresa que no cumple con su deber de controlar la calidad del producto ha matado, lesionado ..., igual que aquel que proporcionó o produjo la sustancia lesiva: a lo sumo, se le podrá hacer responsable como autor de un delito de omisión propia, si es que existe, o como partícipe en comisión por omisión (si actúa con dolo). De este modo queda claro que, por lo que se refiere al delito de resultado, también el director del proyecto puede “confiar” en la actuación diligente de los restantes intervinientes [de los que refinaron el aceite]. Aunque, ciertamente, dicha “confianza”, cuando contradiga deberes de vigilancia inherentes al cargo, podrá conllevar algún otro tipo de responsabilidad penal (además de la responsabilidad civil, laboral o administrativa que corresponda)».*

Frente a Paredes hay que decir que plantear el caso de la colza en términos de omisión (164) supone desconocer los elementos esenciales del supuesto de hecho tal como éste tuvo lugar en la realidad. Pues al recurrente, Ferrero, no se le condena por haber *omitido controlar* el proceso de refinado que él mismo había encargado a dos factorías del ramo: al acusado se le condena *por la acción de poner a la venta*

(163) Como la AN, y en contra del acertado criterio del TS, PAREDES estima que el caso de la colza es uno de imprudencia y no de dolo eventual en relación a los resultados típicos causados.

(164) El único acusado al que el TS imputa una comisión por omisión es a Fernando Bengoechea, absuelto por la AN, de quien «no se ha probado una participación activa ... en los envíos de aceite», no obstante lo cual se le condena por una omisión impropia por su «posición de garante ... por su calidad de administrador» de RAPSA, sociedad que envió aceite de colza desnaturalizado para su consumo humano, por lo que está «obligado a hacer lo que sea posible y exigible según las circunstancias para lograr que el producto peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado [por otros] sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él» (los subrayados del texto de la sentencia del TS han sido añadidos). De la calificación de la conducta de Fernando Bengoechea como una omisión impropia imprudente me ocupo *infra* G 3 b.

aceite envenenado (165), sabiendo que lo estaba, siendo a estos efectos jurídicamente irrelevante que adoptase, después de adquirir el producto y antes de comercializarlo, la medida de refinarlo, pues, como con razón señala el TS, tal medida de precaución está prevista jurídicoadministrativamente «para situaciones ordinarias y, por lo tanto, para aceites normales [sc. destinados *ab initio* para la alimentación]», pero no, obviamente, para que un productor pueda liberarse de su responsabilidad cuando su *comportamiento positivo es ab initio ilícito*, ya que lo que *hace* es distribuir entre consumidores de alimentos un aceite destinado a la industria siderúrgica al que se le ha agregado una sustancia venenosa, como lo es la anilina. El comportamiento del acusado fue uno *activo* –sobre el que sobran, por consiguiente, todas esas prolijas consideraciones de Paredes sobre la dogmática de la omisión–, como lo sería también, por ejemplo, por ser igualmente ilícito desde un principio, el de quien vendiera –por mucho que lo hubiera sometido a un proceso de refinado– gas-oil para el consumo alimenticio y como es asimismo un comportamiento *positivo* –pues el resultado se desencadenó también por una *acción* antijurídica desde su origen (166)– el de los responsables del atentado de Hipercor (167), a quienes se les condenó por un asesinato *activo* por colocar en el aparcamiento de un hipermercado un coche-bomba que, al explotar, ocasionó la muerte de 21 personas y heridas graves a otras víctimas, sin que hasta ahora nadie haya tenido la ocurrencia –lo que sería consecuente con las tesis y con los esquemas de Paredes– *de darle la vuelta al supuesto de hecho del caso Hipercor* y empezar a especular sobre si los etarras, *en vez de ser responsables de un delito comisivo, lo serían o no por uno omisivo*, y si podían, en consecuencia, quedar exentos de responsabilidad penal, acogándose al «principio de con-

(165) «En consecuencia», como establece el TS, «las *acciones* de Ferrero han producido muertes y lesiones» (subrayado añadido).

(166) La imputación a un comportamiento positivo ilícito desde un principio de las consecuencias típicas causadas imprudente o dolosoeventualmente, obviamente, y en contra de lo que afirma PAREDES, no tiene nada que ver con el *versari in re illicita*: el *versari in re illicita* se caracteriza, por el contrario, por la imputación a una acción originariamente ilícita de resultados que, *precisamente, no han sido causados ni imprudente ni dolosoeventualmente, sino sólo fortuitamente*: que la venta de aceite envenenado o la colocación de una bomba en el aparcamiento de un hipermercado produzcan muertes y lesiones es cualquier cosa menos un acontecimiento fortuito, y la única duda que puede suscitarse, legítimamente, desde un punto de vista interpretativo, es la de si esos resultados se han producido con imprudencia o con dolo eventual.

(167) Sobre el caso Hipercor, cfr. GIMBERNAT, 1989 [1990], pp. 39-42; el mismo, ADPCP 1990, pp. 424-426.

fianza», ya que, como dos horas antes de que estallara el artefacto avisaron a la policía municipal y a la dirección del establecimiento, según los criterios de Paredes *no tendrían ya la obligación de realizar una supuesta y absurda acción omitida* de comprobar que la policía y los empleados de Hipercor cumplieran con su deber de desalojar efectivamente de clientes los locales del establecimiento.

Por siguiente y resumiendo: En el caso de la colza se castiga a unos productores por la acción *positiva* de comercializar aceite envenenado causante en numerosas personas de muertes y lesiones a consecuencia del síndrome tóxico, sin que se alcance a comprender cómo —con esos antecedentes— se puede pretender la impunidad de los comerciantes, alegando que no cometen un delito de acción, sino, a lo sumo, uno de comisión por omisión, y que éste no concurriría porque el productor no estaba obligado a controlar los resultados de un refinado previsto juridicoadministrativamente para, por ejemplo, el aceite de oliva, pero no, naturalmente y por ejemplo también, para un condimento hecho a base de cianuro.

b) *La relación de causalidad en el caso de la colza*

Tanto la AN como el TS dan por probada la relación de causalidad entre la ingestión del aceite de colza envenenado y las muertes y las lesiones de los consumidores, a pesar de que no pudo establecerse cuál fue, en concreto, el mecanismo causal de la sustancia desnaturalizada con anilina que produjo el síndrome tóxico.

La AN, en su sentencia de 20 de mayo de 1989, expone lo siguiente: «Se estima probada la relación de causalidad entre la distribución del aceite de colza inicialmente señalado con anilina al 2 por 100 y el síndrome tóxico, de manera que esa distribución se reputa *conditio sine qua non* de la enfermedad ...— Y se entiende porque pericialmente se ha concluido que la relación causal está científicamente demostrada; y porque del resto de las pruebas se desprenden hechos que amén de estar recogidos en las bases de los argumentos científicos, confirman, en una apreciación estrictamente procesal, aquella conexión, y, por el contrario, no se desprenden hechos que la pongan fundadamente en duda». El TS se muestra de acuerdo con la AN, y hace suya, expresamente, la doctrina establecida por el BGH en la sentencia del «Lederspray» en el sentido de que «si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido según un análisis y los

conocimientos científico-naturales el fundamento último de esa causalidad», rechazando la tesis «según la cual no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal».

Frente a la doctrina jurisprudencial establecida por la AN y por el TS, Paredes, siguiendo las tesis establecidas por algunos autores alemanes (168), como Puppe (169) y Hassemmer (170), en relación con los casos «Contergan» y «Lederspray», afirma «que sólo sobre la base de leyes fenoménicas causales científicamente válidas puede afirmarse legítimamente como probada la existencia de una relación de causalidad» (171), por lo que la condena por los tribunales españoles de los comerciantes que distribuyeron aceite envenenado entre la población «creó ... un grave vicio de indefensión en la decisión judicial, por la falta de motivación suficiente de la resolución, susceptible de ser atacada en amparo» (172). Con ello, Paredes se opone a «la posición sostenida por cuantos se contentan con una “causalidad general”», ya que de esa manera se «[dan] por probados hechos meramente plausibles» (173)

(168) Referencias bibliográficas en KUHLEN, 1989, pp. 63 ss.

(169) Cfr., por ejemplo, entre los últimos escritos de PUPPE, JZ 1994, pp. 1149/1150: «para la demostración de la causalidad ... es precisa ... una teoría causal que explique esta conexión [entre el comportamiento del autor y el daño] y que pueda ser contrastada sobre su coincidencia con otras teorías que estén aceptadas ya de forma general» (p. 1150); la misma, NK, 1997, antes del § 13 n. m. 86: «En cambio, no puede bastar una prueba indirecta de indicios tal como hace el BGH en el caso Lederspray. Si no es posible ni siquiera designar la sustancia que habría causado los daños, entonces no se está legitimado para suponer que los daños no puedan ser explicados con otras causas naturales que tampoco se pueden designar».

(170) V. 1996, p. 42: «No puedo comprender –y en ello coincido con PUPPE y con SAMSON– cómo se pueden excluir con seguridad factores causales extraños, cuando no se conocen plenamente y con seguridad los factores causales relevantes. La exigencia de las hasta ahora vigentes teorías causales juridicopenales de que el juez debe estar en posesión de las leyes empíricas relevantes, para poder atribuir la causalidad con seguridad, no es un desatinado escrúpulo de perfección, sino una garantía contra equivocaciones».

(171) 1995, p. 70.

(172) 1995, p. 130.

(173) 1995, p. 103 n. 181. En el mismo sentido, PAREDES, RPCHS 1 (1994), p. 219: «de acuerdo con las reglas de formación del pensamiento científico, sólo es posible afirmar la existencia de una “relación de causalidad” entre una acción y un resultado cuando puede afirmarse una conexión –precisamente la conexión causal– entre los mismos en virtud de una ley científicamente comprobada. Por lo tanto, la afirmación de la causalidad exige siempre un previo conocimiento científico sobre ese ámbito de la realidad, y es imposible sin él». Críticamente también contra la afirmación jurisprudencial de la existencia de una relación de causalidad en el caso de la colza, TORÍO, 1997, pp. 376-379.

Esta opinión de Paredes, y de los autores alemanes en los que se apoya, ha de ser rechazada. El tipo objetivo de los delitos de lesión exige únicamente *que el autor haya causado* el resultado típico, sin que sea necesario –porque la tipicidad no lo requiere– saber *cómo* lo ha causado (174). En el caso de que se encuentre en el domicilio del acusado de un hurto la cosa sustraída, y que aquél se reconozca como autor del delito, pero, por el motivo que sea, se niegue a esclarecer en el juicio oral si se apropió de lo ajeno en la calle, en un autobús o en medio de la aglomeración de unos grandes almacenes, con ello basta y sobra para que el Tribunal aplique el artículo 234 CP, pues lo único que exige el tipo objetivo de esa disposición es la constatación de que, en efecto, el comportamiento del autor *ha causado* el despojo de la cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, sin que sea necesario, para que se cumpla ese tipo objetivo, que se tenga que determinar, *además, cómo* se ha causado.

De seguirse la tesis que aquí se combate, hasta el siglo XVII no se habría podido condenar por asesinato a quien arrojaba desde una ventana una piedra de doce kilos para matar a su enemigo, consiguiendo su propósito al destrozarle el cráneo, ni tampoco por lesiones al autor despedido que desfiguraba el rostro de su antigua amante vertiendo desde el balcón el agua hirviendo contenida en una olla, pues con anterioridad a aquel momento histórico lo único que se conocía era la «ley general de la causalidad» (175) de que si alguien soltaba un objeto éste se caía, pero *por qué* se caía, esto es: *cuál era el mecanismo cau-*

(174) Así, con razón, KUHLEN, 1989, pp. 57 («... el delito puro de lesión de un resultado ... no exige tampoco, desde un punto de vista juridicomaterial, una relación de causalidad de una determinada índole. Si consta *de manera general* que concurre la causalidad, basta, por consiguiente y desde un punto de vista procesal, el convencimiento del juez de que un comportamiento determinado ha producido “de alguna manera” –pero también: en todo caso– un resultado de lesión», subrayados en el texto original), 61, 69/70 («Cuando el “mecanismo causal” de una sustancia peligrosa “no sea conocido en concreto”, ello puede ser motivo suficiente para que un bioquímico niegue la pregunta de si los efectos producidos pueden explicarse satisfactoriamente de acuerdo con el estado de la ciencia del momento. Sin que haya que entrar en conflicto con esa concepción, no obstante el juez puede alcanzar –de manera jurídicamente irreprochable– el convencimiento de la causalidad de la sustancia para los efectos producidos, ya que lo único que le interesa es la prueba de una relación causal existente en general y no de una de índole completamente determinada»); el mismo, NStZ 1990, p. 567: «En el delito simple de resultado ... basta con que el resultado presupuesto típicamente se haya causado *de alguna manera* por el comportamiento», subrayados en el texto original); HIRTE, JZ 1992, p. 257.

(175) Sobre el «problema de la causalidad general», cfr. Armin KAUFMANN, (1971), 1982, pp. 182 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, pp. 28 ss.; KUHLEN, 1989, pp. 63 ss.; PUPPE, NK, 1997, antes del § 13 n. m. 86; ROXIN, AT, 1997, § 11 n. m. 15-17.

sal que hacía que ni la piedra ni el agua hirviendo se mantuvieran en el aire, en suspensión, ello es algo que, *como ley científiconatural concreta*, no se establece hasta que, en 1687, Newton descubre la ley de la gravitación: una buena noticia para la física, pero indiferente para el Derecho penal, donde nunca se ha dudado –aunque no se supiera la razón de ello– que el causante de que a alguien le mataran, hundiéndole la cabeza, era justamente quien le había tirado la losa de doce kilos encima (176).

El síndrome tóxico, según se declara en los hechos probados de la sentencia, es «una *enfermedad nueva*, por cuanto combinaba síntomas, signos y hallazgos patológicos *de manera extremadamente original ... y ... no se parece a las descritas científicamente con anterioridad*». Pues bien: en el tiempo, esa insólita enfermedad no se presenta ni en el siglo XVI, ni en el XIX, ni tampoco en 1930; y en el espacio, no afecta a los ciudadanos de Ohio, ni de Sydney ni de Roma: el síndrome tóxico aparece por primera vez en la historia de la medicina en un momento concreto: a principios de los años 80 del presente siglo, y en un lugar concreto: no en España de forma generalizada, sino sólo en aquellos lugares de nuestro país –Torrejón de Ardoz, Orense, etc.– donde precisamente se ha distribuido el producto, afectando únicamente a personas que lo han ingerido (177); y además y finalmente: esa enfermedad sin antecedentes clínicos vuelve a desaparecer de la faz de la tierra en el momento en que el aceite de colza se retira del mercado (178). A la vista de este cúmulo de evidencias –una enfermedad hasta entonces desconocida, que aparece fugazmente en la historia de la humanidad, afectando únicamente a las per-

(176) Cfr. también GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, p. 30: «La aplicación de una ley causal general no implica, pues, un pleno conocimiento y explicación científico natural, lo que equivale a decir que la afirmación de que existe una relación de causalidad general no exige el pleno conocimiento y explicación científicos de la ley causal general de la que es manifestación externa».

(177) PAREDES no respeta los hechos probados de la sentencia del TS (donde se dice: «Esta comprobación, por otra parte, ha sido obtenida mediante prueba pericial, que, en lo referente a la correlación existente entre el *antecedente de la ingestión* y las consecuencias de la muerte o las lesiones, no ha sido puesta en duda», subrayados añadidos), y, sin ulteriores explicaciones, afirma, gratuitamente [RFCHS, I (1994), p. 220], que «había un porcentaje relativamente elevado de casos en los que la aparición del “síndrome tóxico” había ido precedida de la ingestión de aceite adulterado ... pero también otros numerosos casos en los que no se comprobó que fuese así» (puntos suspensivos en el texto original).

(178) El TS expone que «se ha podido comprobar, además, que la interrupción del envío de aceite al mercado ha coincidido con la desaparición de casos de síndrome tóxico».

sonas que en un momento (principios de 1980) y en unos lugares (algunos puntos de España) han ingerido un aceite de colza que, adulterado con el veneno de la anilina, se estaba distribuyendo por primera vez justamente en esos tiempos y en esos sitios, y que vuelve a desaparecer en el preciso instante en que el producto se retira del mercado—, la pregunta de si es aquel aceite el que *ha causado* el síndrome tóxico sólo puede tener una respuesta: verde y con asas.

Los problemas de causalidad que plantea la responsabilidad por el producto en, por ejemplo, los casos de la colza y «Lederspray» están poniendo en peligro la claridad conceptual alcanzada después de un esfuerzo dogmático de muchos años: se habían abandonado definitivamente las teorías jurídicas de la causalidad (adecuación, interrupción del nexo causal, etc.), y se había concluido que el tipo objetivo consistía, en primer lugar y por una parte, en la *causación científico-natural del resultado* que debía ser decidida exclusivamente con *criterios ontológicos*, y que si a esta primera pregunta se le respondía de manera afirmativa, entonces había que determinar, en segundo lugar y para completar ese tipo objetivo, pero ahora ya desde *puntos de vista estrictamente normativos*, si al causante material del daño típico éste le era también *imputable objetivamente* (179).

Pero últimamente se vuelven a oír voces que conciben la causalidad como un concepto normativo (jurídico) (180), o, incluso, como uno que sólo se puede establecer con criterios de probabilidad (181).

(179) De todas estas cuestiones me he ocupado ampliamente en mi libro «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», 1966, y en mis artículos recogidos en Estudios, 1990, pp. 92-96 (1985) y pp. 209-217 (1987), así como en el publicado en ADPCP 1994, pp. 5-60 (v., especialmente, pp. 7-10 y 25-37).

(180) Cfr., por ejemplo, KUHLEN, NSZ 1990, p. 567: «... la diferencia entre la respuesta jurídica afirmativa de la causalidad y la respuesta científiconatural indecisa o negativa puede venir determinada, en ciertas circunstancias, porque esa respuesta no está fundamentada empírica, sino *normativamente*» (subrayado añadido); el mismo, JZ 1994, p. 1145, haciendo expresamente suya la doctrina del TS español en el caso de la colza que se reproduce a continuación; TS 23 de abril de 1992, A. 6783: «De todo lo anterior es posible deducir que en el marco de las ciencias naturales la cuestión de cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerada como una ley causal natural, es una *cuestión normativa* sobre la que no existe unanimidad ...— Si se admite que los tipos penales de los delitos de resultado constituyen una especie de “ley en blanco” que se debe completar con la opinión de los especialistas de un determinado ámbito científico, será preciso admitir también que al menos respecto de la *cuestión normativa* implícita en la ley natural de causalidad no es posible excluir la tarea interpretativa de los tribunales como una auténtica cuestión de Derecho, dado que este *aspecto normativo* admite muy diversas determinaciones en las ciencias naturales» (subrayados añadidos).

(181) Así PUPPE: cfr. sólo, de esta autora, NK, 1997, antes del § 13 n. m. 135: «de modo que no queda más remedio que fundamentar la imputación del resultado

Frente a este concepto normativo –funesto en la historia de la dogmática juridicopenal– o probabilístico de la causalidad, hay que seguir manteniendo que la relación causal entre un comportamiento y un resultado consiste en un enlace fisiconatural –independientemente de que se conozca o no su concreto mecanismo de actuación– entre un antecedente y un consiguiente y que –por dar ejemplo de objetos materiales de tres delitos– a la víctima decapitada, a la persona carnalmente accedida y al documento con una firma falsificada, no le corta la cabeza, ni le penetra vaginalmente ni le altera la rúbrica una norma o una probabilidad, sino algo tan concreto y material como, respectivamente, un hacha, un pene y una pluma estilográfica que se desliza sobre el papel.

G) La responsabilidad en comisión por omisión por resultados típicos originados por delitos cometidos por terceras personas o por accidentes

Una ulterior posibilidad de responder de un resultado típico en comisión por omisión derivaría de la inactividad de quien no interviene para impedir un delito de un tercero a quien el omitente, por su posición familiar, funcional o empresarial, estaría obligado a vigilar (182). Si se acepta esta posición de garante, entonces la responsabilidad del omitente va vinculada al *delito autónomo cometido por una tercera persona*, con lo que, a su vez, se abre el nuevo problema de si esa inactividad de quien, por ejemplo, no evita el homicidio cometido por un tercero a quien supuestamente debería controlar, genera para el vigilante la imputación de una *autoría* de homicidio en comisión por omisión (porque no evita el resultado típico muerte) o más bien la de una *participación* (a título de coautor ejecutivo, de cooperador necesario o de cómplice) en el homicidio ajeno (183).

sobre explicaciones probabilísticas, con otras palabras: sobre incrementos de riesgo».

(182) De la eventual posibilidad de *responder por delitos ajenos* sobre la base de una relación puramente *material* (dominio de la cosa) nos hemos ocupado ya *supra* A.

(183) En el presente apartado G nos vamos a ocupar *únicamente* de exponer las distintas opiniones sobre si el omitente responde del resultado causado delictivamente por otro o de si, por el contrario y a lo sumo, su comportamiento sólo sería subsumible en la *omisión propia* tipificada en el artículo 450 CP (para el supuesto de que el hecho punible no evitado pertenezca a los enumerados en dicho precepto). Prescindimos en cambio, por las razones expuestas *supra* I *in fine*, de abordar el problema de si en el caso de que a una persona como omitente (impropio) se le haga responder de un delito *doloso* ajeno, esa responsabilidad sería a título de autoría o de participación.

[*Ocasionalmente*, también nos vamos a ocupar, en lo que sigue, de la posible responsabilidad en comisión por omisión por la no evitación de lesiones de bienes jurídicos que no tienen su origen en una conducta humana constitutiva de delito –por ejemplo, de la inactividad de bomberos ante un incendio del que han sido avisados, y que produce daños en las cosas o, incluso, la muerte o la lesión de alguna persona–].

1. DENTRO DEL ÁMBITO FAMILIAR

La tesis de que el cónyuge que, pudiendo hacerlo, no impide los delitos cometidos por el otro cónyuge responde de aquéllos en comisión por omisión, encuentra su origen probablemente en un equívoco: una cosa es que, en virtud de ley, el matrimonio genere obligaciones *recíprocas* de ayuda y socorro para preservar los bienes jurídicos *propios* (vida, libertad, patrimonio) de los respectivos cónyuges, y otra cosa –que no figura en ley extrapenal alguna– es que al marido, por ejemplo, le corresponda el deber de evitar que su mujer lesione los bienes jurídicos de *terceras personas*.

Frente a una posición todavía no definitivamente abandonada del BGH alemán (184), según la cual «de la comunidad de vida matrimonial se sigue el deber de cada cónyuge de apartar al otro de la comisión de acciones punibles», equivaliendo «la *infracción* [de ese deber] a la colaboración activa, al menos cuando la acción tiene lugar en el domicilio conyugal» (185), la doctrina ha reaccionado unánimemente, rechazando ese principio y argumentando que todo ello conduciría a una (medieval) «corresponsabilidad por delitos cometidos dentro de la estirpe» («Sippenhaftung») (186): «Así [de acuerdo con la jurisprudencia]

(184) Indicaciones jurisprudenciales en SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 128, y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 53.

(185) BGH NJW 1953, p. 591.

(186) Así H. MAYER, 1954, p. 275; el mismo, Studienbuch, AT, 1967, p. 79. También advierten del peligro de un reconocimiento de la «Sippenhaftung»: GEILEN, FamRZ 1961, p. 148; FREUND, 1992, p. 289, n. 9; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 55; WESSELS, AT, 1996, n. m. 724; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 53.

Cfr. también GRÜNWALD, ZStW 70 (1958), p. 427, n. 32; BÖHM, JuS 1961, p. 181: «Ciertamente que la pareja matrimonial está obligada entre sí a prestarse ayuda, pero no se hace cargo frente a la comunidad de impedir los hechos punibles del cónyuge»; RUDOLPHI, 1966, p. 95; el mismo, NSTZ 1991, p. 364; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 20 y 52; GALLAS, Beiträge, 1968 [1960], p. 187, n. 66: «La comunidad de vida matrimonial no fundamenta responsabilidad jurídicopenal alguna por los hechos punibles cometidos por el otro cónyuge contra terceros»; WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 214;

dencia alemana] un cónyuge estaría obligado a impedir los hechos punibles del otro. Esta valoración se tomó en una época en la que el comportamiento de los cónyuges se entendía, como forma ideal, como conformación de un mundo común, y el matrimonio se entendía, en consecuencia y por así decirlo, como una “empresa” común que abarcaba toda la vida de ambos cónyuges; con la transformación de esa concepción del matrimonio esa jurisprudencia ha quedado superada» (187)

En cambio, y dentro de la relación paterno-filial, la doctrina dominante estima que mientras el hijo no alcance la mayoría de edad los padres responden en comisión por omisión por los delitos que aquél realiza, tesis que ha sido también la adoptada por el TS en una famosa sentencia de 30 de enero de 1945 (A. 109), donde se condena a un padre por un delito de robo en comisión por omisión, aplicándole el artículo 14 CP 73 (188), ya que «el concierto de un tercero con la niña

MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, pp. 196, 201; SCHÜNEMANN, 1971, p. 332; el mismo, ZStW 96 (1984), p. 307; HERZBERG, 1972, p. 321: «... de la comunidad de vida matrimonial no nace deber alguno de evitar los hechos punibles del cónyuge»; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/43; el mismo, Studienbuch, 1982, pp. 389/390; GÖHLER, Dreher-Festschrift, 1977, p. 620; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1983, p. 541; SCHULTZ, 1984, p. 155; LANDSCHEIDT, 1985, p. 31; BRAMMSEN, 1986, pp. 153 y 163; RANFT, JZ 1987, p. 911; SAGENSTEDT, 1989, pp. 533/534 n. 85; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 128; JAKOBS, AT 1991, 29/37 y 63; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 43: «De la comunidad de vida matrimonial no resultan deberes de evitación alguno en relación a hechos punibles ... El deber de la comunidad de vida matrimonial (§ 1353 BGB) al que apela para ello la jurisprudencia [alemana] sólo abarca la protección y la ayuda a favor del otro cónyuge, pero no la salvaguardia contra éste de bienes jurídicos ajenos»; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 628; SEEBODE, Spindel-Festschrift, 1992, p. 340; ROMEO, L H del Rosal, 1993, pp. 930/931; el mismo, 1994, p. 39; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 56 y 57; KÖHLER, AT, 1997, p. 217; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 406.

V. también Fundamentación del § 12 AE, AT, 1966, p. 47: «El deber de la comunidad matrimonial de vida (§ 1353 BGB) no puede llevar a castigar por complicidad a un cónyuge cuando no se opone al falso testimonio de su cónyuge; pues, y en contra del resultado al que llega la jurisprudencia, mediante el matrimonio no se convierte en garante de la indemnidad de la Administración estatal de Justicia, ni mucho menos en cuidador de su cónyuge».

(187) JAKOBS, AT, 1991, 29/37.

(188) Si bien sin acabar de decidir cuál de los tres números del artículo 14 CP 73 considera aplicable, aunque parece inclinarse por una inducción en comisión por omisión: «... aplicado el artículo 14 [en comisión por omisión] correctamente ... es indiferente», se expone en la referida sentencia de 1945, «a los fines represivos que la categoría de autor se señale, como hace la sentencia recurrida, con relación al número tercero del artículo 14, o que la omisión eficaz en que incurrió el reo se entienda comprendida en el número primero del mismo artículo, por referirla a la participación directa en la ejecución del hecho, mediante su no impedimento y su indudable fomento en el ámbito de la menor, o, en último término, por atribuirle a inducción directa, no

de catorce años, hija del recurrente, a presencia del mismo y con su conocimiento para ir a robar, lo que seguidamente efectúan el tercero y la menor, con el tácito consentimiento del padre de ésta, unido en el ánimo de lucro con el otro procesado, y la distribución la misma noche entre éste y aquél de los efectos sustraídos, denotan una conducta voluntaria, consistente en las omisiones del deber de educar a su hija y al uso de la facultad de corregirla, que establece el artículo 155 del Código Civil, conducta antijurídica que alcanza categoría punible, cuando se produce el robo concertado a su presencia, que, por su silencio, interpreta su hija como aquiescente y reforzadora de la débil, vacilante o inexperta voluntad de ésta, robo que constituye el resultado penado por la Ley, y que dada la sucesión de los hechos en la forma expuesta, se ha de entender producido por la omisión voluntaria y punible del reo, como causa eficaz y próxima del delito». Esta sentencia del TS ha encontrado una favorable acogida en la doctrina española (189).

La responsabilidad de los padres inactivos (y de los tutores y de los padrastros) por los delitos cometidos por los hijos o pupilos menores de edad se fundamenta en «su posición jurídica dominante frente al niño que, en principio, excluye la intervención de otros, y, sobre todo, del Estado», por lo que «los padres deben impedir también, en lo posible, los hechos punibles de sus hijos, ya que son garantes frente a la comunidad de la educación fiel al Derecho de sus hijos», si bien «esa obligación existe sólo hasta la mayoría de edad de los hijos, pues en ese momento cesan los derechos de educación de los padres frente a los hijos» (190). Para *Bockelmann/Volk*, sin embargo, el criterio de

obstante la actitud silenciosa del padre respecto a la hija para que ésta aceptase la proposición criminal y realizara el robo, hipótesis esta más conforme con la exposición del hecho probado y con el principio espiritualista que inspira nuestro Código Penal».

(189) Cfr., por ejemplo, ANTÓN, PG, 1949, p. 174 n. 2; R. MOURULLO, PG, 1977, p. 379; QUINTANO, NEncJ Seix, tomo IV, 1975, p. 475; DEL ROSAL, I, 1976, pp. 674/675. En contra, TORÍO, ADPCP 1984, p. 704 n. 15.

(190) BÖHM, JuS 1961, p. 181. En el mismo sentido, NIETHAMMER, ZStW 57 (1937), 443: «Si el padre sabe que el hijo está a punto de dejar la casa para cometer un robo, y no le retiene a pesar de que podría retenerle, porque aprueba el propósito del hijo y le quiere apoyar, entonces se le hace justicia al padre si se le declara culpable de complicidad en el robo cometido por el hijo»; GALLAS, Beiträge 1968 [1960], p. 187 n. 66; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 201; SCHÜNEMANN, 1971, pp. 324/325, 333; el mismo, ZStW 96 (1984), p. 310; RUDOLPHI, Dünnebieer-Festschrift, 1982, p. 575; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 33 y 34; LANDSCHEIDT, 1985, p. 102; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, pp. 541/542: «Sobre la base de la ausencia de propia responsabilidad de los hijos menores postulada por nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad espera de los padres la evitación del comportamiento delictivo»; SCHULTZ, 1984, pp. 155/156; BRAMMSEN, 1986, pp. 153 ss.; SAGENSTEDT, 1989, pp. 402 ss.; SEELMANN, AK, 1990 y

la mayoría de edad penal no siempre opera como límite rígido de la posición de garante, ya que «los jóvenes en el umbral de la mayoría de edad difícilmente pueden ser gobernados» (191).

La responsabilidad por delitos de menores se extiende también a los educadores (por ejemplo, maestros) que no impiden delitos de sus educandos menores de edad, si bien sólo dentro del marco de la actividad escolar (192).

2. DENTRO DEL ÁMBITO FUNCIONARIAL

a) *La tipificación legal expresa como omisión impropia de la no evitación de delitos por parte de funcionarios*

Algunos preceptos del CP hacen responder *expresamente*, en comisión por omisión –y, en consecuencia, *igual y con igual pena*, que si hubieran realizado los hechos punibles mediante una acción– a determinados funcionarios que no evitan el hecho punible de un tercero. Ello es lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 176 («*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes [que tipifican torturas cometidas activamente*

NK, 1997, § 13 n. m. 128; JAKOBS, AT, 1991, 29/35; FREUND, 1992, pp. 247 ss.: «Por la ausencia de responsabilidad de estas personas [de los menores] existe una necesidad vital de colocar a su lado a una persona responsable que garantice en cierta medida la desactivación de la peligrosidad resultante de la falta de responsabilidad de una persona que en una determinada medida compense el déficit de responsabilidad» (p. 248); VOGEL, 1993, p. 102; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 628; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 406; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52

La jurisprudencia alemana (indicaciones en JAKOBS, AT, 1991, 29/35, n. 75) considera también a los educadores garantes de la no comisión de delitos por parte de los educandos.

(191) AT, 1987, p. 140. V. también SAGENSTEDT, 1989, p. 408, quien se refiere a «una “imagen rectora” legal, de acuerdo con la cual la intensidad del cuidado de los padres se delimita continuamente desde el nacimiento del menor hasta la entrada en su mayoría de edad, lo que concede al menor en una medida correspondiente y creciente márgenes de maniobra para un autodesarrollo no reglamentado».

(192) Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, 1971, p. 325: «Dominio y deber de vigilancia del profesor ... se encuentran limitados al sector escolar»; SCHULTZ, 1984, p. 156; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 102, 105; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 140; SAGENSTEDT, 1989, pp. 560 ss. (v. también p. 561 n. 158); SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 128; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52: «Un maestro responde penalmente si no impide los hechos antijurídicos de sus alumnos ... El deber del profesor está limitado; sólo tiene que evitar aquellos delitos que el alumno amenaza con cometer durante la actividad escolar (también durante una excursión)»; KÖHLER, AT, 1997, pp. 227, 228.

por funcionarios] a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, *permittere* que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos») y 432 («La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o *consintiere que un tercero*, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años»).

También la ley penal alemana tipifica en ocasiones explícitamente comisiones por omisión de funcionarios; así en el § 357 StGB («1. La autoridad que induzca a sus subordinados a cometer un hecho delictivo durante el ejercicio de sus funciones o que lo provoque o que *permita que suceda* el hecho antijurídico de sus subordinados, será castigada con la pena amenazada para ese hecho antijurídico. 2. La misma disposición se aplicará al servidor público al que se le ha transferido la vigilancia o el control sobre los asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último servidor pertenezca a los asuntos sometidos a la vigilancia o al control»); §§ 30.1 y 2. («Quien maltrate físicamente a un subordinado o le cause daños en su salud será castigado con la pena de tres meses hasta cinco años de privación de libertad. La misma pena se impondrá el que promueva o *consienta*, con *infracción* de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho contra otro soldado»), 31.2 («La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con *infracción* de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho [tratar indignamente a un subordinado] contra otro soldado») WStG (193).

b) *¿Comisión por omisión de funcionarios cuando falta una tipificación expresa?*

Al margen ya de tipificaciones expresas de omisiones impropias de los funcionarios en el StGB, las principales dudas de si puede imputárseles o no el resultado causado por actividades delictivas de

(193) Sobre estos preceptos, detalladamente, SAGENSTEDT, 1989, pp. 474 ss., con ulteriores referencias; v. también SCHÜNEMANN, 1979, pp. 63/64. Aunque en Derecho español no existe un precepto expreso como el del § 357 StGB o el de la WStG alemanas, BACIGALUPO, PG, 1990, p. 254, entiende, *no obstante*, que «el funcionario de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de los bienes o intereses de los particulares responde indudablemente como si hubiere causado él mismo esos resultados» (subrayados añadidos) (en PG, 1997, p. 410, BACIGALUPO, aunque ha suprimido esa frase, parece seguir defendiendo la misma posición).

otro se han planteado en relación a omisiones de policías, de funcionarios de prisiones y de bomberos, y, especialmente, de autoridades medioambientales; de las de éstas últimas, por la importante discusión a la que está sometida en la actualidad [se ha convertido en un «tema de moda» (194)], vamos a ocuparnos en un apartado independiente (*infra c*).

A favor de que la no intervención de los funcionarios del orden público para evitar delitos atraiga para aquéllos una responsabilidad en comisión por omisión por el hecho punible cometido por el delincuente y no evitado, se han manifestado, entre otros: Böhm («el funcionario de policía de servicio, por ejemplo, tiene el deber jurídico de proteger todos los bienes jurídicos. Por ello, el ordenamiento jurídico otorga a la policía determinados derechos especiales y limita, mediante disposiciones sobre la tenencia de armas, etcétera, la autoayuda de los ciudadanos contra delitos, ya que cuenta con que cada funcionario de policía, dentro de su sector de servicio, impida en lo posible cualquier delito ... Si infringiendo su deber no impide un robo con violencia o intimidación o con fuerza en las cosas se le castigará por complicidad en esos delitos») (195); Jescheck («... un funcionario de policía que no interviene contra un delito que se está cometiendo es... [responsable] de complicidad») (196); y Otto («En la situación de peligro concreto para la integridad física, la vida o la libertad del individuo, el deber funcional del policía de defensa de peligros concretos para la seguridad y el orden fundamenta, al mismo tiempo, un derecho subjetivo de la persona en peligro a que se la defienda y, con ello, una posición de garante frente a aquélla») (197).

En contra se argumenta «... que aquí va demasiado lejos la admisión de un deber de garante [por parte del funcionario de policía] para

(194) SAGENSTEDT, 1989, p. 27. V. también el mismo, *op. cit.*, p. 632: «Se puede decir sin exageración alguna que la materia aludida [responsabilidad de los funcionarios medioambientales en comisión por omisión] se ha elevado de forma absoluta a constituir la problemática más discutida de la responsabilidad penal por omisión»; DE VICENTE, 1993, p. 101: «El problema ... de la responsabilidad penal de los funcionarios es uno de los puntos más tratados por los autores tras la entrada en vigor de los nuevos parágrafos 324 y ss. del Código Penal alemán [delitos contra el medio ambiente]».

(195) JuS 1961, p. 181.

(196) LK, 1993 ss., § 13 n. m. 29.

(197) AT, 1996, § 9 n. m. 68. Cfr. también, en el mismo sentido, SCHULTZ, 1984, p. 164; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, pp. 596/597; BRAMMSEN, 1986, pp. 193/194; GALLAS, 1989, p. 84; SAGENSTEDT, 1989, pp. 610 ss., 615/616; JAKOBS, 1991, 29/77 d; FREUND, 1992, pp. 293, 295.

vigilar a delincuentes potenciales ... A causa del anonimato del círculo de personas que entra en consideración carece [el funcionario de policía] de cualquier posibilidad de llevar a cabo mediante medidas preventivas (en el sentido más real de la palabra, medidas de *vigilancia*), es decir, le falta cualquier posibilidad de maniobra» (198); y que «entre el ciudadano individual y el funcionario concreto falta la necesaria y específica relación de dependencia para afirmar una posición de garante» (199).

Según la doctrina dominante en Alemania (200) los bomberos tienen un deber de garante en relación a los bienes jurídicos amenazados por los incendios o catástrofes cuya extinción o contención forma parte de sus cometidos profesionales: «si, por ejemplo, a pesar de una llamada de auxilio o de una alarma de fuego, desatienden acudir y adoptar las medidas apropiadas y exigidas técnicamente para contener el riesgo, entonces, sobre la base del § 13 [que regula la comisión por omisión en la Parte General del StGB], pueden responder penalmente tanto de incendio por omisión de los §§ 306 ss., como de un delito de lesiones o de homicidio realizado pasivamente, en la medida en que a consecuencia de su inactividad mueran o sufran lesiones de su integridad física personas que, de haberse intervenido conforme al deber, se hubieran salvado» (201).

Por lo que se refiere a los funcionarios de prisiones, la doctrina dominante [por ejemplo, Otto/Brammsen (202), Bockelmann/Volk (203), Sagenstedt (204), Seelmann (205), Freund (206), y Jescheck/Weigend (207)] estima que si no impiden los delitos de los

(198) LANDSCHEIDT, 1985, pp. 107/108.

(199) RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 36 (v. también n. m. 54 c). En el mismo sentido cfr. también SCHÜNEMANN, ZStW 96 (1984), pp. 310/311; el mismo, wistra 1986, pp. 243/244; RANFT, JZ 1987, pp. 914/915.

Indeciso SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/61: «... todo depende del análisis del caso concreto».

(200) Indicaciones en SAGENSTEDT, 1989, p. 598 n. 16 y p. 599 n. 21. V. además FREUND, 1992, p. 295.

(201) SAGENSTEDT, 1989, p. 605.

(202) Jura 1985, p. 599: «De un funcionario de prisiones se espera que durante su tiempo de servicio –y sólo entonces– impida, mediante el ejercicio de los medios coercitivos que se le han conferido jurídicamente a ese fin, consecuencias dañosas (es decir, lesiones de bienes jurídicos) ocasionadas por “sus” internos». V. también BRAMMSEN, 1986, p. 196 n. 260.

(203) V. AT, 1987, p. 140.

(204) Cfr. 1989, pp. 486/487, 566 ss.

(205) Cfr. AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 129.

(206) V. 1992, pp. 256/257, 258/259.

(207) V. AT, 1996, p. 628.

internos responden de aquéllos en comisión por omisión, pues el interno «se encuentra plena o parcialmente incapaz de cumplir la tarea –que primariamente le corresponde a él– de protegerse a sí mismo y a sus bienes jurídicos, por lo que, en consecuencia y correlativamente a esa falta de protección, se le imponen al Estado y a sus funcionarios un deber de protección» (208)

c) *La omisión de los funcionarios medioambientales en el Derecho penal alemán*

aa) *Introducción*

En 1980 el legislador alemán introduce en la Parte Especial del StGB un nuevo Apartado 28 en el que se tipifican, por primera vez, los «delitos contra el medio ambiente», figurando entre ellos el § 324, cuyo texto es el siguiente:

«(1) El que contamine las aguas sin autorización o, de otra manera, modifique perjudicialmente sus propiedades será castigado con prisión de hasta cinco años o multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) Si el autor actúa imprudentemente la pena será de prisión de hasta dos años o multa» (209).

A raíz de la entrada en vigor del § 324 se ha planteado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, la posible responsabilidad del funcionario como autor (o partícipe) de un delito hidráulico en comisión por omisión (210) en relación con las tres siguientes inac-

(208) RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 54 c (v. también n. m. 35); el mismo, Dünnebler-Festschrift, 1982, p. 575. V. además, en el mismo sentido, KÖHLER, AT, 1997, p. 228.

(209) Los delitos contra el medio ambiente han sido modificados y ampliados en Alemania por una Ley de 27 de junio de 1994 (sobre el contenido y el alcance de esta reforma, ampliamente, MÖHRENSCHLAGER, NSTZ 1994, pp. 513-519, 566-569), que no ha afectado al texto del § 324, que permanece inalterado.

(210) En cambio, la doctrina está de acuerdo en que no cabe la responsabilidad del funcionario en comisión por omisión en otros delitos medioambientales distintos del de la contaminación de las aguas (delito *común*, tipificado aparte en el § 324), como la contaminación del aire o la emisión ilegal de ruidos (§§ 325 y 325 a), dado que esos delitos son *especiales*, en cuanto que sólo pueden ser cometidos por ciudadanos (no-funcionarios) sin más, pero no por funcionarios (cfr., por todos, HORN, NJW 1981, p. 1; HORN/HOYER, JZ 1991, pp. 704/705; RUDOLPHI, NSTZ 1984, p. 248). Esta situación ha experimentado algún cambio, sin embargo,

tividades: primera, cuando el funcionario, que ha concedido una licencia ilegal, pero sólo anulable (211), que permite intrusiones contaminadoras, *se abstiene* posteriormente de revocarla (212); segunda, cuando el funcionario *se abstiene* de revocar una autorización otorgada en su día de acuerdo con el Derecho entonces vigente, pero que ha dejado de cumplir con los requisitos administrativos ahora en vigor, bien a consecuencia de un cambio de las normas medioambientales (por ejemplo, porque se han modificado los niveles de contaminación tolerados), bien por haber variado las

con la reforma alemana de 1994 (cfr., otra vez, MÖHRENSCHLAGER, citado en la nota anterior).

(211) En Derecho alemán la concesión indebida de esa licencia no constituye una prevaricación, y la aislada opinión contraria de un juzgado de lo penal de Frankfurt que, en una sentencia de 26 de agosto de 1984, condenó a un funcionario municipal por prevaricación, ha sido unánimemente rechazada por la doctrina, siendo revocada finalmente esa sentencia de instancia por la Audiencia Provincial de la misma ciudad (para más detalles sobre esta sentencia cfr. SCHÜNEMANN, wistra 1986, p. 246; PAPIER, NJW 1988, p. 1114).

La razón de todo ello reside en que en Derecho alemán la prevaricación de funcionario del § 336 hace referencia a una resolución que tiene por objeto *decidir* sobre un «conflicto jurídico» («Rechtssache»), es decir, a aquellos supuestos en los que el funcionario tiene que «tomar decisiones “como un juez”» (PAPIER, NJW 1988, p. 1114), lo que no es el caso en la concesión de licencias (v. SCHÜNEMANN, wistra 1986, p. 246).

(212) De acuerdo asimismo con la doctrina absolutamente dominante, el particular que, al *amparo de una licencia eficaz, aunque sea anulable*, efectúa vertidos que degradan las aguas no realiza una conducta punible en el sentido del § 324 StGB, ya que se considera: bien que el hecho no es típico (referencias a la doctrina alemana en DE LA MATA, 1996, pp. 104/105), porque no se ha actuado «sin autorización» (elemento que, sobre la base del principio de la «accesoriedad administrativa del Derecho penal», ha de ser interpretado de acuerdo con los principios internos del Derecho administrativo, que otorga *eficacia* también a los actos administrativos anulables); bien que el hecho, aún siendo típico, no es anti-jurídico [así, por ejemplo, HORN, NStZ 1981, p. 3; HORN/HOYER, JZ 1991, p. 703, y, en España, GONZÁLEZ GUTIÁN, 1995, p. 131 (para ulteriores referencias, v. DE LA MATA, 1996, pp. 105 ss.)]. [Otra cosa sucede cuando la licencia es nula de pleno Derecho: cfr. sólo SCHÜNEMANN, wistra 1986, p. 240: «cuando la autorización adolece de un defecto material tan grave que, según los principios del Derecho administrativo general, es nula, de acuerdo con la opinión generalizada es irrelevante también para el Derecho penal, de tal manera que, presuponiendo el dolo tanto del usuario como del funcionario porque todo ello se ha desarrollado, por ejemplo, dentro del marco de un acuerdo de cohecho, el usuario responderá de una contaminación de las aguas conforme al § 324.1 y el funcionario por partícipe de ella»]

Sobre estas cuestiones, cfr. en la literatura alemana, por todos, FRISCH, 1993, *passim*. En España informan ampliamente sobre el estado de la cuestión en Alemania: GONZÁLEZ GUTIÁN, 1991, *passim*; DE VICENTE, 1993, pp. 86 ss. y *passim*, y, sobre todo, DE LA MATA, 1996, *passim*.

circunstancias de hecho (213); y tercera, cuando el funcionario medioambiental *se abstiene* de intervenir para que cesen los vertidos antijurídicos a las aguas procedentes de una industria o de un particular que actúan sin autorización, o al margen de ella por no respetar las condiciones impuestas en una licencia previamente dada.

bb) La supuesta posición de garante del funcionario medioambiental

Los criterios fundamentales seguidos en la discusión posterior sobre la responsabilidad en comisión por omisión de los funcionarios por un delito del § 324 los establece Horn en un artículo publicado en 1981, a los pocos meses de la entrada en vigor de la ley de 1980 (214). Sobre la base de los principios dominantes vigentes para la omisión impropia, Horn (215) estima que la concesión inicial de la autorización fundamenta una garantía por injerencia, ya que aquélla ha abierto una fuente de peligro que convierte al funcionario en «garante-vigilante» (216). Frente a la posible objeción de que no

(213) Sobre las dos primeras inactividades, cfr., en Derecho español, el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955:

«1. Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación.

2. Podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente.

3. La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por la causa señalada en el párrafo anterior comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren».

(214) Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden? NSTZ 1981, pp. 1-11.

(215) Cfr. NSTZ 1981, p. 6; v. también HORN/HOYER, JZ 1991, p. 705.

(216) La teoría de las funciones, fundada por Armin KAUFMANN (cfr. 1959, p. 283), y admitida actualmente de manera generalizada, divide entre posiciones de garante que consisten en «la vigilancia de una determinada fuente de peligro», en cuyo caso es indiferente cuáles son, en particular, los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente —«Überwachergarant», «Aufsichtsgarant» (garante-vigilante)—, y aquellas otras en las que el garante está encargado «de la defensa de un bien jurídico absolutamente determinado contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencia» —«Beschützergarant», «Obhutsgarant» (garante-protector).

siempre el funcionario competente para revocar la licencia tiene que *coincidir personalmente* con quien la concedió (con lo que aquél no sería, en sentido estricto, injerente), Horn argumenta que el «garante es siempre el funcionario como “organismo”. Por consiguiente, no tiene que existir una identidad personal entre el que ha abierto la fuente de peligro y el que entra en juego como garante de vigilancia inactivo. De ahí que también pueda ser garante por injerencia un funcionario que no ha concedido la autorización ahora antijurídica en la medida en que sea el organismo al que pertenece tanto el que responde de la concesión de la autorización como el competente para revocarla o modificarla» (217).

En cambio, cuando el bien jurídico «pureza del agua» se ve amenazado por la acción (delictiva o no) de un tercero o por un accidente de la naturaleza, el funcionario que, estando obligado, no interviene para poner fin a la degradación, responderá de un delito del § 324 en comisión por omisión, porque en este caso es «garante-protector» del bien jurídico lesionado (218).

Como ulterior manifestación de la accesoriedad administrativa del Derecho penal (219) dentro del marco de los delitos ecológicos, Horn afirma también que en las tres inactividades mencionadas –no revocación de la licencia *ab initio* ilegal, pero eficaz; no revocación de la licencia en un principio ajustada a Derecho pero devenida posteriormente antijurídica por modificaciones normativas o fácticas; no intervención del funcionario para impedir vertidos contaminantes no autorizados o que rebasan una autorización concedida–, y dado que la posición de garante exige que éste esté *obligado* extrajuridicopenalmente a actuar, *sólo se podrá hablar* de una omisión impropia cuando el funcionario tenga realmente, de acuerdo con las normas extrapenales (en este caso, *administrativas*), el *deber* de intervenir, lo que no sucede cuando al funcionario le está «atribuido un arbitrio» que le permite revocar o no la licencia o que deja en manos de la discrecionalidad administrativa intervenir o no contra la industria degradadora de las aguas: «Lo que “le está permitido” juridico-administrativamente a la autoridad, le está permitido tam-

(217) NStZ 1981, p. 6. V. también SCHULTZ, 1984, p. 168.

(218) Cfr. HORN, NStZ, 1981, p. 10: «Así ... el funcionario de policía es “garante de la pureza del agua” cuando al hacer su ronda percibe o debería percibir que el fuel-oil está fluyendo en un agua subterránea, y responde de contaminación del agua en comisión por omisión si no interrumpe ese suceso, avisando, por ejemplo, a los bomberos o impidiendo el hacer activo del tercero».

(219) En España es básico sobre este problema el libro de DE LA MATA citado en la bibliografía.

bien jurídico-penalmente» (220). Con otras palabras: El funcionario sólo cometería un delito contra el medio ambiente en comisión por omisión cuando la intervención omitida fuera jurídicoadministrativamente, no facultativa, sino preceptiva.

En los años posteriores y hasta la actualidad la doctrina dominante en Alemania (221) ha asumido en sus líneas generales los criterios tempranamente establecidos por Horn, en el sentido de establecer la responsabilidad del funcionario medioambiental en comisión por omisión cuando no interviene para revocar una licencia ilegal –pero eficaz– *ab initio* o *ex post* o para impedir los vertidos contaminantes que –sin licencia o al margen de ella– está efectuando un tercero (222). En consecuencia, existe un amplio acuerdo en que para que se pueda hablar de una omisión impropia de los funcionarios medioambientales es *requisito sine qua non* que su margen de arbitrio haya quedado reducido a cero, viniendo *obligado jurídicoadministrativamente* a realizar la acción omitida, ya que «sólo es posible un castigo cuando se le puede reprochar al funcionario una lesión inequívoca de un deber» (223), por lo que, si existe un margen de arbitrio, éste, que se debe decidir según las reglas del Derecho administrativo, establece «limitaciones a la posibilidad judicial de control», como «emanación de la división de poderes que vincula, por tanto, a los tribunales penales y civi-

(220) Cfr. HORN, NJW 1981, p. 7; HORN/HOYER, JZ 1991, p. 705. «Si y cuándo, y en qué medida, la decisión de la Administración de no hacer es definitiva y no revisable lo decide exclusivamente el Derecho administrativo, y, además, vinculando al Derecho penal» (HORN, *op. cit.*, *loc. cit.*).

(221) De ella discrepa, en parte, un minoritario sector al que nos referiremos *infra cc.*

(222) Cfr., por ejemplo, MEINBERG, NJW 1986, pp. 2224/2225; BRAMMSEN, 1986, pp. 197/198; RANFT, JZ 1987, pp. 916/917; PAPIER, JZ 1988, pp. 1114/1115; ODERSKY, Tröndle-Festschrift, 1989, pp. 294/295; SAGENSTEDT, pp. 650 ss., 669 ss., 692 ss.; JAKOBS, AT, 1991, 29/77 c, n. 156; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 139; FREUND, 1992, pp. 260, 310 ss.; NESTLER, GA 1994, pp. 523 ss.; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 69 y 70; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52. Por lo que se refiere a la jurisprudencia alemana, que coincide con la doctrina dominante en la ciencia, v. sólo, prescindiendo de las numerosas resoluciones de tribunales inferiores (indicaciones en RANFT, JZ 1987, p. 916; SAGENSTEDT, 1989, p. 34 n. 29, y p. 39 n. 40), la primera sentencia en la que el BGH (BGH 38, 332, reproducida en NJW 1992, pp. 3247-3251) condena a un funcionario (en ese caso a un alcalde) por un delito medioambiental en comisión por omisión al no haber evitado los vertidos contaminantes de sus vecinos.

En España sigue la tesis dominante en Alemania, DE VICENTE, 1993, pp. 76/77, 84, 94 ss., 123 ss.

(223) MEINBERG, NJW 1986, p. 2225.

les» (224): el arbitrio «tiene que haberse condensado en un deber concreto» (225). En este mismo sentido se han pronunciado, entre otros, Schünemann (226), Papier (227), Sagenstedt (228) y Eser (229).

cc) Posiciones restrictivas

Frente a la tesis dominante, un minoritario –pero cualificado– sector de la doctrina alemana matiza y restringe el campo de punibilidad de los funcionarios en comisión por omisión en el delito de contaminación de aguas.

Y así, para Rudolphi esa punibilidad sólo es posible en los supuestos de *injerencia*, esto es: en aquellos casos en los que el funcionario se abstiene de evitar el daño ecológico, a pesar de que, mediante un *hacer precedente* otorgó una licencia irregular, o en aquellos otros en

(224) MEINBERG, *op. cit.*, *loc. cit.*

(225) MEINBERG, *op. cit.*, *loc. cit.*

(226) Cfr. wistra 1986, p. 237: «... una responsabilidad jurídicopenal del funcionario puede fracasar porque al funcionario de la administración hidráulica, tanto en la concesión de licencias, de acuerdo con la legislación de aguas, como en la intervención contra conductas no autorizadas, le está atribuido ... un *espacio de arbitrio*, cuyo relleno es competencia de la Administración, que debe ser respetado por todos los tribunales, empezando por los tribunales penales».

(227) V. NJW 1988, p. 1114: «El deber jurídicopenalmente relevante de evitar el resultado no puede llegar más lejos que la posición de deber jurídicoadministrativa. Sólo en el caso de la reducción del arbitrio a cero –un supuesto extremadamente raro en el Derecho administrativo– ... es imaginable un deber jurídicopenal de garante. Cualquier otro punto de vista significaría que las reglas del Derecho administrativo material se verían “arrolladas” por las del Derecho penal».

(228) V. 1989, pp. 665 («Si la omisión del funcionario permanece dentro del espectro de las alternativas de acción o reacción permitidas por el Derecho hidráulico queda excluida desde un principio la punibilidad. Ésta sólo puede entrar en consideración donde el arbitrio de intervención se ha condensado en dirección a una decisión preceptiva»), 683-696.

(229) V. 1992, pp. 14/15: «... la punibilidad de los funcionarios queda limitada a los casos en los que, de acuerdo con las leyes administrativas correspondientes, *estaban obligados a evitar en cualquier caso* el peligro ecológico en cuestión» (subrayados añadidos).

Cfr. además, y en el mismo sentido de dar paso a una omisión impropia sólo en el caso de que la acción omitida por el funcionario medioambiental sea jurídicoadministrativamente preceptiva: GEISLER, NJW 1982, p. 13; RUDOLPHI, NJW 1982, p. 3; el mismo, *Dünnebieber-Festschrift*, 1982, pp. 570, 581/582; el mismo, NSZ 1984, p. 199; el mismo, NSZ 1991, p. 364; FREUND, 1992, p. 310; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52. En la literatura española, v. DE VICENTE, 1993, p. 85: «El deber de evitación del resultado penal nunca puede ir más lejos que el deber administrativo del funcionario en la situación concreta».

los que la autorización, en un principio correcta, ha dejado posteriormente de serlo por una modificación de las circunstancias normativas y/o fácticas. Frente a la eventual objeción de que en estos supuestos no siempre existe una *identidad personal* entre el funcionario que otorgó la licencia y el que posteriormente viene obligado a revocarla (230), Rudolphi expone lo siguiente: «El titular de la posición de garante es en estos casos, en primer lugar y ciertamente, la autoridad hidráulica competente como tal [sc. la que otorgó la licencia], pero el funcionario competente en cada momento pasa a ocupar esa posición de garante con la *asunción fáctica* de su actividad funcional. La responsabilidad de garante le corresponde siempre, con ello, al —de acuerdo con la organización interna del servicio— funcionario competente en el momento de la omisión contraria al deber de garante, y todo ello independientemente de si ha concedido o no el permiso de vertidos defectuoso desde un principio o a posteriori fundamentador de la posición de garante» (231).

En cambio, y en contra de la opinión dominante, Rudolphi mantiene que no existe delito de contaminación de aguas en comisión por omisión cuando, fuera ya de los supuestos de injerencia, el funcionario se limita a permanecer inactivo, no interviniendo para poner fin a unos vertidos delictivos efectuados por un tercero. Consecuente con la tesis de un sector (posiblemente, todavía minoritario) de la doctrina alemana (232) —en el que figura el propio Rudolphi— de que no cabe responsabilidad en comisión por omisión de los funcionarios por la no evitación de delitos cometidos por terceros *imputables* y de que, por consiguiente y por ejemplo, el funcionario policial no responde de un homicidio ni de un robo en comisión por omisión si permanece inactivo cuando personas *penalmente responsables* van a cometer esos delitos (233), Rudolphi expone: «La generalidad de la jurisprudencia

(230) Sobre esta objeción cfr. ya *supra* nota 217.

(231) Dünnebieber-Festschrift, 1982, p. 578 (subrayados añadidos). En el mismo sentido se expresa RUDOLPHI en NStZ 1984, p. 199 y en SK, 1997, § 13 n. m. 36 a y 40 b.

(232) Indicaciones *supra* notas 198 y 199. La doctrina dominante alemana, como ya se ha expuesto, sostiene lo contrario: cfr. *supra* notas 195-197.

(233) «Entre el ciudadano individual y el funcionario concreto falta la necesaria y específica relación de dependencia para afirmar una posición de garante» (RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 36).

En cambio, y como se ha expuesto también y en general, la doctrina dominante —indicaciones *supra* notas 190-192 y 202-208—, a quien en este punto sigue también RUDOLPHI, se manifiesta en el sentido de hacer responsable en comisión por omisión de los delitos cometidos por *menores* al cuidado de adultos (así, de los realizados por los niños cuando no han sido evitados por padres o maestros) o de los cometidos por internos en un establecimiento penitenciario, cuando no han sido impedidos por los

dencia y de la doctrina reconoce que entre las fuentes de peligro que deben ser vigiladas por un garante no sólo entran en consideración cosas muebles o inmuebles peligrosas, sino también personas. Desde este punto de vista se justifica, por ejemplo, las posiciones de garante de los padres y de los profesores para vigilar a sus hijos o escolares inculpables, del médico para contener los peligros procedentes de los enfermos mentales que le están confiados, y del vigilante de prisiones para evitar hechos punibles de “sus presos”. Sin embargo, lo típico y lo esencial de estas posiciones de garante es que el garante, sobre la base de una facultad especial de vigilancia y de mando que le ha sido atribuida por el ordenamiento jurídico, ejerza el *dominio* sobre la persona vigilada. Únicamente ese *dominio* sobre una persona (peligrosa) atribuido por el ordenamiento jurídico puede fundamentar una responsabilidad de garante por el comportamiento antijurídico de aquella persona. Lo que sucede es que esa relación de vigilancia y mando no existe entre la autoridad hidráulica y el ciudadano que contamina el agua. Este último no se encuentra en ninguna relación especial de sometimiento con los funcionarios competentes de la autoridad hidráulica. La autoridad hidráulica y el ciudadano se contraponen aquí, por el contrario, únicamente dentro del marco de la relación general ciudadano-Estado. Con ello queda constatado, al mismo tiempo, que no es posible fundamentar con este punto de vista una posición de garante general de la autoridad hidráulica para impedir contaminaciones antijurídicas del agua por parte de terceros» (234). Por otra parte, continúa Rudolphi, hay que negar que a las «autoridades hidráulicas el legislador les haya encomendado de una manera tan intensiva el bien jurídico “agua pura” que existan entre aquéllas y las aguas la estrecha relación de custodia que exige una posición de garante-protector. Ciertamente que el bien jurídico ecológico “pureza del agua” pertenece a la comunidad. Pero ello no quiere decir que no tenga titular, es decir, que esté desprotegido en general y que, por ello, precise de la protección por garantes. Lo que sucede, más bien, es que todos los ciudadanos son titulares del bien jurídico “pureza del agua”. Como cotitular de ese bien jurídico cada ciudadano individual, por consiguiente, no sólo tiene la posibilidad real, sino también el deber garantizado penalmente, de acuerdo con el § 324 StGB, de, en interés de sus conciudadanos, no menoscabar ese bien jurídico que le perte-

funcionarios competentes, ya que el interno «se encuentra plena o parcialmente incapaz de cumplir la tarea –que primariamente le corresponde a él– de protegerse a sí mismo y a sus bienes jurídicos» (RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 54 c).

(234) Dünnebier-Festschrift, 1982, pp. 575/576 (subrayados añadidos).

nece a él y a los demás y a protegerle de daños. Esta posibilidad y este deber de cada ciudadano no se limita sólo, de ninguna manera, a omitir las propias contaminaciones de las aguas, sino que se extiende también a combatir los peligros de una contaminación de las aguas que tengan su origen en el propio terreno social de dominio. Si se reflexiona sobre estas posibilidades de protección de todos los cotitulares del bien jurídico “pureza del agua”, entonces difícilmente se puede afirmar que está desprotegido porque no tiene ningún titular y que, por consiguiente, precisa de la protección de garantes. Por el contrario: si todos los ciudadanos cumplen esa protección que les está atribuida, entonces la pureza de las aguas pertenece a los bienes jurídicos mejor protegidos.— ... Si se quisiera afirmar, con la doctrina dominante, una posición de garante de las autoridades hidráulicas para la protección de la pureza de las aguas, entonces el contenido de la tarea de protección atribuida, con ello, a las autoridades hidráulicas consistiría únicamente en impedir contaminaciones antijurídicas del agua, es decir: la vigilancia de todos los ciudadanos con la finalidad de impedir los hechos procedentes de ellos y antijurídicos en el sentido del § 324 StGB. Ello desembocaría, en definitiva, en la afirmación de una posición de garante de las autoridades hidráulicas para vigilar la fuente de peligro “persona”, a pesar de que —como se ha expuesto— no se dan los presupuestos para ello» (235).

En el mismo sentido que Rudolphi, Schünemann (236) parte de que «no se puede hablar de una posición de garante genérica de las

(235) Dünnebier-Festschrift, 1982, pp. 578/579. En el mismo sentido se expresa RUDOLPHI en NSTz 1991, p. 363 y en SK, 1997, § 13 n. m. 36 a y 54 d («... falta la relación —imprescindible para el reconocimiento de una posición de garante-protector— de una protección y de un cuidado reales entre, respectivamente, el Estado y los bienes jurídicos ecológicos. A ello hay que añadir que la opinión contraria llevaría a una extensión ilimitada de los deberes de garante de los funcionarios. Pues si realmente se quisieran reconocer, como deber de garante, los deberes estatales de evitación de peligro y, con ello también, el deber consagrado en el artículo 1 párrafo 3 GG de respetar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces el Estado, con sus órganos y sus funcionarios, se convertiría en un garante universal y sería responsable penalmente, en la persona de su órganos y funcionarios en cada momento competentes, de que los ciudadanos no cometieran delito alguno»).

(236) Contra RUDOLPHI —y también contra SCHÜNEMANN— objeta SAGENS-EDT, 1989, pp. 638/639, 654, 669 ss. que (p. 639), si bien los «garantes-protectores originarios» son aquellos que tienen un «poder de disposición real» sobre las aguas, esto es y por ejemplo: los propietarios y arrendatarios de los inmuebles donde se realizan los vertidos, no obstante, ello sólo quiere decir que los «funcionarios encargados de vigilar las aguas no pueden ser considerados *garantes-protectores originarios* de la pureza de las aguas». Sin embargo, sí que les corresponde la cualidad de «garantes secundarios» administrativos, por lo que, en el caso de que los originarios no

autoridades hidráulicas a favor del bien jurídico “pureza del agua”» (237). Ciertamente que, también al igual que Rudolphi, Schünemann (238) mantiene que existe una posición de garante funcional cuando «una contaminación de las aguas no tolerable según las circunstancias actuales descansa en una licencia administrativa obsoleta», ya que, en ese caso, «la autoridad, entendida como aquella persona que debe decidir vinculadamente sobre la continuación de la licencia, tiene, sin duda alguna, el *dominio sobre el fundamento del resultado* y, por consiguiente, está obligada, como garante, a adaptar la autorización a los requisitos vigentes en cada momento». Argumentando, como Rudolphi, con que la policía, aunque pudiera impedirlo, no responde en comisión por omisión por los hechos punibles que cometen los delincuentes (239), Schünemann niega por parte de la Administración «la asunción de una función de protección dirigida primariamente a la pureza de las aguas, por lo que al funcionario de la Administración hidráulica no se le puede atribuir –menos aún que al policía genérico– una posición de garante juridicopenal en el sector que tiene a su cargo» (240).

dd) Excurso. Referencia al Derecho español: el nuevo artículo 329.1 CP 1995

La responsabilidad por omisión de los funcionarios medioambientales –problema del que en la doctrina sólo se había ocupado en España, con una cierta amplitud, De Vicente, para asumir, en lo fundamental, la tesis alemana dominante que acabamos de exponer (241)–

impidieran el resultado contaminante, los secundarios –esto es: los funcionarios– pasarían a ocupar su posición y responderían de un delito hidráulico por omisión impropia si no evitaran el resultado.

(237) Wistra 1986, p. 243.

(238) Wistra 1986, p. 244 (subrayados en el texto original). En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, 1995, p. 66.

(239) V. *supra* nota 199.

(240) Wistra 1986, p. 244. Cfr. también SCHÜNEMANN, ZStW 96 (1984), p. 310/311; 1995, p. 66.

También limitan el campo de aplicación de la omisión impropia a los funcionarios por los delitos hidráulicos: GEISLER, NJW 1982, pp. 13 ss. y, además y entre otros (indicaciones bibliográficas en SAGENSTEDT, 1989, p. 35, n. 31), CZYCHOWSKI, GIESEKE-WIEDEMANN-CZYCHOWSKI, SALZWEDEL, SCHINK y TIEDEMANN. Ulteriores indicaciones en NESTLER, GA 1994, p. 523 n. 31.

(241) Cfr. DE VICENTE, 1993, pp. 76/77, 84, 94 ss., 123 ss. En cambio, DE LA MATA, 1997, pp. 402 ss, se ha manifestado cercano a las tesis defendidas por RUDOLPHI y SCHÜNEMANN.

se aborda ahora por el legislador español, que en el artículo 329.1 CP dispone lo siguiente:

«La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere [sic] informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones *hubieran silenciado* la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será [sic] castigado [sic] con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.»

Según se deduce de la penalidad cumulativamente impuesta por el legislador, de la remisión a otro precepto del CP [al art. 404 (prevaricación)] y del Capítulo donde figura el artículo 329 («De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»), la omisión funcional de no impedir vertidos o emisiones contaminantes presenta una *doble* desvaloración que afecta a *dos* bienes jurídicos distintos.

Por una parte y como el autor es, no un particular, sino un funcionario, se considera que su abstención de dictar una resolución que ponga fin a la actividad contaminante lesiona —como la prevaricación en sentido estricto del artículo 404— el bien jurídico protegido por aquel tipo del «correcto ejercicio de la función pública» (242). Ello no significa que esa abstención constituya una prevaricación en comisión por omisión, pues, como este delito es uno de aquellos que *sólo* se puede cometer mediante un comportamiento activo («dic-tare») (243), lo que el artículo 329.1, *in fine*, hace es tipificar una con-

(242) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, Comentarios PE, 1996, p. 1130, con referencias jurisprudenciales.

(243) Cfr. *supra* nota 17.

Cuando el art. 11.1 CP limita la comisión por omisión a «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado» no está restringiendo la omisión impropia a los que aquí hemos llamado delitos de lesión (v. *supra* nota 19), sino que la comisión por omisión es imaginable, también y naturalmente: en los delitos de peligro (v. *supra* nota 15) —que son una especie de los delitos de actividad—, ya que, y por ejemplo, se comete un delito nuclear de peligro del artículo 341 cuando quien está al cuidado del foco de riesgo *omite* impedir la liberación de energía atómica; y asimismo en los de actividad en sentido estricto, los cuales, como he puesto de manifiesto en otro lugar (GIMBERNAT, EPC XV, 1992, p. 145), «no se caracterizan por que no producen un resultado, sino únicamente por que el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad», ya que, y por ejemplo, realiza un delito de abusos sexuales del artículo 181.2.1.º en comisión por omisión el

ducta *distinta* y que se crea *por primera vez*, a saber: la de «no dictar» la resolución prohibitiva que exigía el «correcto ejercicio de la función pública», abstención que, por afectar al mismo bien jurídico, se castiga, con la remisión al artículo 404, *como si* de una prevaricación en sentido estricto –esto es: activa– se tratara.

Pero como esa omisión *no sólo* lesiona el interés: «correcto ejercicio de la función pública», sino que es una «no-decisión» de la que *también* derivan consecuencias sobre el bien jurídico adicional del «medio ambiente», de ahí que el legislador –teniendo en cuenta los daños ecológicos *no evitados*– establezca la ulterior pena para el funcionario inactivo (244) de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. A pesar de que aquí existe por parte de funcionario medioambiental no interviniente, y en el sentido del artículo 11 *a*) CP, «una específica obligación legal» de actuar para evitar las contaminaciones o vertidos, no obstante el artículo 329.1 *no considera su inactividad una comisión por omisión*, esto es: una omisión equivalente a una acción, pues la pena prevista para el que mediante una conducta activa contamina es la *acumulada* de prisión de seis meses a cuatro años, multa e inhabilitación especial, *mientras que* la del funcionario teóricamente garante del artículo 11 *a*) es sólo la menos grave privativa de libertad de seis meses a tres años o, *alternativamente*, otra de carácter pecuniario (245).

padre que permite que el bebé que tiene en sus brazos juegue insistentemente con los órganos genitales de aquél.

Por consiguiente, el artículo 11.1 es plenamente aplicable a los delitos de peligro y de actividad, porque éstos, y como acabamos de ver, también tienen un «resultado», y lo único que quiere decir ese precepto con su referencia expresa al «resultado» es que quedan excluidos de la omisión impropia los hechos punibles que no consisten en la *mera causación de un resultado*, sino que exigen una *determinada forma activa de comisión*, tal como sucede en la prevaricación, donde la lesión del bien jurídico «correcto ejercicio de la función pública» ha de causarse precisamente mediante la acción positiva de «dictar una resolución», y tal como sucede en la «violación» de «acceso carnal vaginal» del artículo 179, donde la lesión de la libertad sexual se produce a través del movimiento corporal de la penetración.

(244) Las funciones de vigilancia para velar por el medio ambiente están encomendadas primordial, pero no exclusivamente, a la Guardia Civil (art. 12.1.B.e LOFCS), en la que se ha creado el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA), sobre cuya misión, actividades y estructura informa GARCÍA ROBLEDÓ, 1995, pp. 192 ss.

(245) El artículo 329.1 (como el 189.2 y el 195.3) constituye *un ulterior ejemplo* de que ni la obligación legal ni contractual de actuar ni la injerencia convierten a una omisión en impropia mientras la inactividad no supere el filtro del art. 11.1 de «equivaler, según el sentido del texto de la Ley, a su causación» (para más detalles cfr. GIMBERNAT, 1996, I 1).

3. DENTRO DEL ÁMBITO EMPRESARIAL

a) *La situación en Alemania*

El presente artículo está adquiriendo tal extensión que, a estas alturas, no sé cuáles pueden seguir siendo las capacidades de atención –y de resistencia– de sus eventuales lectores: en cualquier caso, las mías están llegando a su límite y lo único que deseo es poner ya el punto final.

Por ello, y en relación a si los superiores jerárquicos responden en comisión por omisión por la no evitación de los delitos (robos, lesiones, cohechos activos) que subordinados plenamente responsables cometan dentro del marco de la actividad empresarial, me limito a indicar que, en la doctrina alemana (246), Stree (247) estima que dicha responsabilidad sólo existe «cuando el empleado comete un delito abusando de su posición en la empresa y de esta misma (hecho punible conectado a la empresa, “betriebsbezogene Straftat”). En cambio, el empresario no puede ser hecho responsable por su no intervención por delitos que los empleados cometan con ocasión de una actividad empresarial». En contra se afirma que «hay que rechazar una posición de garante general del empresario por los delitos de los empleados cometidos en la empresa» (248).

b) *Excursus. Referencia al Derecho español: otra vez, el caso de la colza*

A pesar de lo que acabo de decir unas líneas más arriba sobre las capacidades ajenas y propias de atención y de resistencia, no quiero concluir este artículo sin tomar posición ante un problema *específico* de la responsabilidad en comisión por omisión de órganos y directivos de empresas por las consecuencias de delitos (dolosos) cometidos por terceras personas.

Como algunas industrias generan focos de peligro y como éstos pueden ser *desestabilizados dolosa y delictivamente* por terceras personas (pertenecientes o no a la empresa), causando entonces la

(246) Sobre la situación en Derecho español, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, pp. 196 ss., con exhaustivas referencias bibliográficas.

(247) SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 53.

(248) JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 45. Sobre el estado de la cuestión con ulteriores indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales, cfr. RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 35 a; KÖHLER, AT, 1997, p. 224 n. 65; y, especialmente, BOTTKKE, 1994, pp. 25 ss.

lesión de bienes jurídicos, surge la pregunta de si el directivo o directivos competentes para la vigilancia de esos focos responden en comisión por omisión (generalmente imprudente, aunque es también perfectamente imaginable que la inactividad sea dolosa) por no haber evitado las consecuencias dañosas producidas por otro como autor *inmediato*.

Para ilustrar el planteamiento del problema con un ejemplo tomado de la jurisprudencia española voy a referirme, nuevamente (249), al caso de la colza (250). En él, uno de los socios de una pequeña empresa (RAPSA), Juan Miguel Bengoechea, que era el «auténtico director y gestor de todas las operaciones comerciales», había introducido en el mercado aceite de colza envenenado, produciendo con ello, a título de *dolo eventual*, la muerte y las lesiones de numerosas personas; en referencia a otro socio de RAPSA –al hermano de aquél, Fernando Bengoechea–, a quien había absuelto la AN, y del que no se había «probado una participación activa ... en los envíos de aceite», el TS se plantea si es viable que responda, igualmente y no obstante, en comisión por omisión imprudente por los resultados lesivos causados de forma *inmediata* y *dolosa* por Juan Miguel Bengoechea, preguntándose el TS si Fernando, «que tuvo conocimiento de que su empresa había enviado aceite de colza desnaturalizado..., en su calidad de socio-administrador y jefe inmediato de los almacenes y de la factoría, se encontraba en posición de garante respecto de los bienes jurídicos que pudieran ser afectados por la acción peligrosa de su hermano y socio», respondiendo el TS afirmativamente, ya que «en tanto la empresa comerciaba con productos peligrosos para tales personas, tales productos constituyen una fuente de peligro que los directivos de aquélla estaban obligados a cuidar para evitar que se produjeran daños en bienes jurídicos personales», y ya que «cada administrador resultaba obligado a hacer lo que 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».

La eventual responsabilidad en comisión por omisión imprudente de Fernando Bengoechea por las lesiones y muertes causadas por el aceite de colza debe ser examinada dentro del contexto más amplio de la obligación de las personas que tienen a su cargo focos de peligro

(249) Para otros aspectos de caso de la colza, cfr. *supra* F 3.

(250) Los datos sobre las sentencias de instancia y de casación del caso de la colza se indican *supra* nota 157.

para que éstos no se desestabilicen, rebasando el nivel del riesgo permitido (251), ni causen, entonces, lesiones de bienes jurídicos.

Como he expuesto en otro lugar (252), la vigilancia puede estar atribuida, simultáneamente, a varias personas, por lo que, en tal caso, y si no atienden a su deber, *todas ellas* son responsables en comisión por omisión de los resultados típicos producidos por el foco de peligro desestabilizado (253), siendo indiferente que el control de dicho foco haya de realizarse al margen (por ejemplo, con ocasión de una intervención quirúrgica) o dentro de una actividad empresarial (por ejemplo, con ocasión del funcionamiento de una industria aceitera).

Teniendo en cuenta lo expuesto, es correcta la imputación imprudente en comisión por omisión de las muertes y de las lesiones que le hace el TS a Fernando Bengoechea; pues una obligación elemental del «socio-administrador y jefe inmediato de los almacenes y de la factoría» de una pequeña empresa de alimentación es la de que el producto objeto de su actividad llegue en buenas condiciones a los consumidores, independientemente de que el deterioro del producto se haya generado por un accidente, o por la acción imprudente o dolosa de un tercero.

Por lo demás, esta *yuxtaposición de responsabilidades imprudentes de órganos y directivos con otras dolosas* en el Derecho penal de la empresa es un fenómeno que puede presentarse *también* en supuestos en los que todos los intervinientes ejecutan *sólo delitos de acción*, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la discoteca «Alcalá 20» (254), una

(251) O si están ya desestabilizados, de adoptar las contramedidas de precaución necesarias para reconducir el foco a los límites jurídicamente tolerados.

(252) Cfr. GIMBERNAT, ADPCP 1994, pp. 21 ss., con amplias referencias a la jurisprudencia del TS, entre la que se encuentran las dos sentencias de las que me ocupo *infra* nota 253.

(253) Por consiguiente, responsabilidad conjunta por homicidio imprudente en comisión por omisión del arquitecto, del director técnico de la obra, del ingeniero industrial y del director técnico de la estructura por *no impedir* que el obrero fallecido trabajara a una altura de 18 metros, sin barandillas ni pasarelas ni redes, desde donde cayó al vacío (así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 15 de mayo de 1989, A. 6738). E igualmente responsabilidad conjunta por homicidio imprudente en comisión por omisión del anestesista que *dejó* de vigilar al paciente que estaba siendo operado, del cirujano, director de la operación, que *permitió* que aquel otro médico se ausentara, y del director del hospital que, conociendo el limitado número de médicos-anestesiastas, *toleró* que éstos tuvieran que asistir, al mismo tiempo, a varias operaciones (así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 4 de septiembre de 1991, A. 6021).

(254) Enjuiciado en instancia por la sentencia (no publicada) de 20 de abril de 1994 de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y en casación por la sentencia del TS de 17 de julio de 1995, A. 6827.

pequeña empresa que explotaba ese local madrileño, abriéndose éste al público sin respetar las normas más elementales de protección contra incendios, siendo posteriormente condenados los cuatro socios propietarios del establecimiento por 82 muertes imprudentes, así como por las lesiones y los daños culposos que se originaron al quedar atrapados muchos de los clientes por un fuego que se extendió con efectos devastadores (255). Tanto ante la Audiencia Provincial como ante el TS los acusados alegaron en su defensa que, como también reconoció el Tribunal de instancia, en el juicio oral no se consiguió esclarecer cómo se originó el fuego, sin que pudiera descartarse que fuera la consecuencia de la *acción dolosa* de un tercero. Pero este argumento no puede influir para nada en la responsabilidad imprudente de los condenados, pues como establece con razón el TS, acogiendo las tesis de la Audiencia Provincial de Madrid: «Llegados a este punto, es menester destacar en primer término que, respecto de la causa del incendio producido en la “Discoteca Alcalá 20”, el día de autos, el Tribunal de instancia dice expresamente (al folio 241, de la sentencia) que “en definitiva, debe concluirse que no se ha acreditado la causa del incendio. Y que, como acertadamente indicó el Ministerio Fiscal, *la causa del incendio es secundaria, y si hubiese sido provocado, ello sólo habría determinado que se sentase una persona más en el banquillo de los acusados* [sc. para responder de un delito doloso], ya que nadie acusa a los procesados por la producción del incendio, sino por la total ausencia de las medidas de seguridad necesarias para evitar la propagación del incendio y garantizar la salida del público”» (subrayados añadidos).

Según mi concepción de la omisión impropia (256), la abstención equivale desvalorativamente a un delito de acción cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la *transformación* de ese foco de permitido en ilícito o la *no reconducción* al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados. Aplicando esa doctrina al caso de la colza –y tal como estableció, con razón, el TS–, Juan Miguel Bengoechea respondería de un delito de

(255) Como he tratado de argumentar en otro lugar (GIMBERNAT, ADPCP 1994, p. 21), los socios propietarios de «Alcalá 20» cometieron un delito imprudente, no de comisión por omisión, sino de *acción*, «porque el comportamiento activo de *abrir el local* al público es el *único* que puede fundamentar una responsabilidad imprudente (por acción), mientras que las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la ulterior adición de conductas positivas, no constituyen injusto penal alguno».

(256) Desarrollada en: ADPCP 1994, pp. 5 ss.; Comentarios I, 1999 (en prensa); ZStW 111 (1999) (en prensa).

acción por los resultados de muertes y lesiones producidos doloso-ventualmente con la introducción en el mercado del aceite envenenado; y su hermano Fernando, por un delito imprudente de omisión impropia causante de los mismos resultados por no haber impedido que un foco de peligro (aceite) por encima del riesgo permitido llegara a los consumidores.

La tesis que aquí se mantiene no puede ser compartida por quienes opinan (257) que si el resultado típico ha sido producido inmediatamente por un delito doloso, entonces las aportaciones imprudentes serían impunes porque presuntamente sólo podrían ser constitutivas de una participación imprudente (atípica) en el hecho principal (doloso). Frente a ello hay que decir, con la doctrina dominante, que «autor de un delito imprudente lo es todo aquel que, lesionando el cuidado exigido en el tráfico, contribuye a realizar el tipo» (258), y que, por consiguiente, en la imprudencia no caben formas de participación, sino sólo la autoría, siendo indiferente –en principio, y a no ser que entren en juego consideraciones de imputación objetiva– que la producción última e inmediata del resultado típico sea reconducible a circunstancias materiales o a la actividad dolosa de un tercero.

Tomando como ejemplo, en primer lugar, el caso de «Alcalá 20», la posición que considera inviable la yuxtaposición de responsabilidades imprudentes con dolosas llevaría a resultados incompatibles con la justicia material y con el fin de protección de la norma. Con la justicia material, porque a pesar de que en la instalación de la discoteca se infringieron masivamente las normas de seguridad establecidas para atajar el fuego, para impedir su propagación, y para hacer posible la evacuación del local, y de que esa ausencia de precauciones contribuyó decisivamente a las muertes, a las lesiones y a los daños sobrevenidos, no obstante y *según la tesis que se rechaza nadie respondería* de ellos, ya que los socios-propietarios –aplicándoles el *in dubio pro reo*, que exigiría suponer para ellos lo más favorable: *que el incendio había sido provocado dolosamente por un desconocido*– se habrían limitado a ser partícipes imprudentes (conducta supuestamente atípica) en un hecho principal doloso de incendio cuyo autor

(257) Como LUZÓN PEÑA, PG, 1996, pp. 507 ss.

(258) JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 655. V. también CEREZO, PG II, 6.^a ed., 1998, p. 185 n. 103: «La distinción entre autoría y participación imprudente no es posible, a mi juicio, pues, en los delitos imprudentes, autor es todo el que contribuya causalmente a la producción del resultado delictivo con una acción que no responda al cuidado objetivamente debido».

sería desconocido. Y es incompatible también con el principio del fin de protección de la norma (259), porque las normas extrapenales que determinan qué medidas de precaución se deben adoptar en locales de espectáculos donde se puede concentrar un gran número de personas, a fin de impedir y, en lo posible y en su caso, de controlar el fuego y de facilitar que los asistentes alcancen rápidamente la vía pública, están destinadas a conjurar el peligro de muerte y lesiones de los clientes *ante la eventualidad de un incendio*, y tan incendio es el que se ha originado en un cortocircuito como el que ha sido provocado por una (desconocida) mano asesina que prendió fuego con un mechero a una cortina (antirreglamentariamente) no ignifugada del local.

Análogamente: En el caso de la colza, si se negara la compatibilidad entre la responsabilidad en *comisión por omisión imprudente* de Fernando Bengoechea con la *activa y doloso eventual* de su hermano Juan Miguel, aquél resultaría absuelto –como hizo, en efecto, la AN, siendo rectificadas esa absoluciones, correctamente, por el TS–, lo que no puede convencer; pues si Fernando tenía a su cargo la vigilancia de que los alimentos que producía la empresa llegaran al público en buenas condiciones, en eso consistía obvia y precisamente su obligación, que se incumplió en el momento en que permitió que saliera al mercado un producto deteriorado, y éste lo está *exactamente igual* (de deteriorado) cuando se comercializa activamente *por imprudencia* como por la actividad *dolosa* de otra persona.

VIII. EPÍLOGO

A lo largo de este artículo se ha puesto de manifiesto la ausencia de directrices mínimamente seguras de la dogmática alemana sobre cuándo se puede decir que un resultado ha de ser imputado a una omisión. Esa inseguridad contrasta con la dogmática del delito de acción, en el que el nivel alcanzado por la teorías de la causalidad y de la imputación objetiva permite decidir con una relativa facilidad si se ha cumplido o no el tipo objetivo.

Frente a la multitud de criterios que deberían determinar cuando existe una omisión impropia expuestos en el presente trabajo –crite-

(259) Que no sólo sirve para excluir la tipicidad de acciones causantes de resultados típicos, por no ser éstos objetivamente imputables a aquéllas, sino también para establecer qué acciones u omisiones son las que el legislador ha querido prohibir.

rios en los que, además y como también se ha visto, no existe ni un mínimo acuerdo sobre cuáles de ellos son válidos y, para el caso de que lo sean, sobre cuál es su contenido—, en otros trabajos (260) me he esforzado en establecer como *única* circunstancia que convierte a una abstención en una comisión por omisión —porque sólo entonces existe una equivalencia desvalorativa total del delito de omisión impropia con el delito de acción— la que concurre en quien, estando obligado a vigilar un foco de peligro que posteriormente causa un resultado típico, *permite* (dolosa o imprudentemente) la transformación de ese foco de permitido en ilícito, o no lo reconduce a los niveles jurídicamente tolerados cuando aquél (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado.

En otro lugar (261), me he opuesto a la dirección defendida por Herzberg, Behrendt y Jakobs, y según la cual, y a fin de salvar la unidad del sistema, se convierte a toda acción en una omisión, y que ha culminado hasta ahora en la siguiente afirmación de Jakobs: «En definitiva y por consiguiente, no sólo el autor omisivo, sino también el autor activo, debe ser un *garante* si es que ha de responder de un delito de resultado por acción» (262). Pero como al homicida o al falsificador se les atribuye el resultado por *acción*, no porque sean *garantes*, sino simplemente por que *han condicionado* —siéndoles objetivamente imputable— el resultado típico, de ahí que el camino que propongo discurra en una dirección opuesta a la seguida por Jakobs. En mi opinión, hay que arrancar de la dogmática de los delitos de acción —mucho más elaborada y avanzada que la de los de omisión—, para, a continuación, transponer los conocimientos relativamente asegurados de que disponemos sobre esos delitos de acción a los delitos de omisión impropia. Si, por el contrario, y tal como hace, por ejemplo, Jakobs, se parte de la dogmática —considerablemente más retrasada— de la omisión, para transponerla a los hechos punibles cometidos mediante comportamientos positivos, con ello quedan diluidos los sólidos conocimientos adquiridos, con un gran esfuerzo, sobre la estructura de los delitos de acción, con lo que al final ya no vamos a saber ni lo que es un delito de acción ni lo que es uno de omisión.

(260) Citados *supra* nota 256.

(261) Cfr. GIMBERNAT, [1987], 1990, pp. 203/204.

(262) AT, 1991, 7/58, subrayado añadido. V. también el mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 32/33: «Todo lo que expongo sobre la acción puede ser transpuesto, por consiguiente, a la omisión; tanto en ésta como en aquélla de lo que se trata no es de leyes de la naturaleza, sino de *atribuciones a garantes*» (subrayados añadidos).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- (AE) «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches», *Allgemeiner Teil*, presentado por BAUMANN y otros, 1966.
- (AK) «Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch (AK)», tomo 1, §§ 1-21, 1990, dentro de la colección *Alternativ-Kommentare* (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva) (263).
- ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963.
- ANTÓN, *Derecho penal, tomo I, Parte General, 1949* [hay 2.^a ed., de 1986, anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez].
- ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikte*, JA, 1980, pp. 553-561, 647-654, 712-717.
- BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1970.
- , *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, ADPCP 1970, pp. 35-48
- , *Principios de Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., 1990; 4.^a ed., 1997.
- BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968.
- BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., 1985.

(263) 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, aún 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 nitidamente 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. (Cfr. también *infra* nota 264).

- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 10.^a ed., 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).
- BEULKE/BACHMANN, *Die «Lederspray-Entscheidung»* – BGHSt 37, 106, JuS 1992, pp. 737-744.
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertretungen. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, tomo II: Schuld und Vorsatz, 1.^a Parte: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, reimpresión de la 2.^a ed., 1914, 2.^a Parte: Der rechtswidrige Vorsatz, reimpresión de la 2.^a ed., 1926. (Toda la obra ha sido reimpressa en 1965 en Aalen).
- BINDOKAT, *Negative Beihilfe und vorausgegangenes Tun*, NJW 1960, pp. 2318-2320.
- BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 119-143.
- , *Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 18 ed., 1983.
- BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 1987.
- BÖHM, *Metodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, JuS 1961, pp. 177-181.
- BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994. (Hay traducción española de Gracia y Alastuey, publicada en «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto», coordinado por Mir y Luzón Peña, Barcelona 1996, pp. 129-197).
- BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986.
- , *Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?*, GA 1993, pp. 97-120.
- BRINGEWAT, *Der Notwehler als Garant aus vorangegangenem Tun*, MDR 1971, pp. 716-718.
- BURI, V. *Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung*, GS 21 (1869), pp. 189-218.
- CEREZO, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998.
- COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, 3.^a ed., 1990.
- COUSIÑO, *Derecho penal chileno, tomo I*, 1975.
- CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 2.^a ed., 1973.
- DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, ZStW 59 (1939), pp. 133-183.
- DENCKER, *Ingenenz: Die defizitiäre Tathandlung*, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 159-181.
- DOERING, *Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft*, MDR 1972, pp. 664-665.
- DROST, *Der Aufbau der Unterlassungsdelikte*, GS 109 (1937), pp. 1-63.
- ESER, *Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht*, *International Conference on Environmental Criminal Law*, Taiwan 1992, pp. 1-20.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental, vol. II: Teoría general del delito y punibilidad*, 2.^a ed., 1989.

- FERRER, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, 1946.
- FEUERBACH, V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14 ed., editada por Mittermaier, 1847.
- FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18 ed., 1931.
- FREUD, *Zur Psychopathologie des Alltagslebens [1901]*, *Gesammelte Werke*, tomo IV, 7.ª ed., 1978.
- FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992.
- , *Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, ZStW 109 (1997), pp. 455-489.
- FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.
- , *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993.
- GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht, Deutsche Landesreferate zum IV Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954*, editado por Wolff, 1955, pp. 344-350
- , *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, ZStW 80 (1968), pp. 1-31.
- , *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 165-202 = JZ 1960, pp. 649 ss. y 686 ss.
- , *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989.
- GARCÍA ROBLEDO, *La Guardia Civil en la protección jurídica del medio ambiente, Derecho del medio ambiente, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, Colección «Cursos», vol. 16, 1991, pp. 187-205.
- GEILEN, *Garantenpflicht aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft*, FamRZ 1961, pp. 147-160
- , *Stillschweigen der Angehörigen beim Mordkomplott*, FamRZ 1964, pp. 385-392.
- GEISLER, *Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht*, NJW 1982, pp. 11-15.
- GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, 1938.
- GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 [hay reimpresión de 1990].
- , *Recesión de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión*, ADPCP 1970, pp. 724-726.
- , *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad (1974)*, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, pp. 218-230. (La versión alemana de este artículo, con el título «Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem», se ha publicado en *Welzel-Festschrift*, 1974, pp. 485-497).
- , *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre exposición de las ideas (el caso Vinader)* (1985), *Estudios*, 3.ª ed. 1990, pp. 92-96.
- , *¿Qué es la imputación objetiva?*, (1987), *Estudios*, 3.ª ed., 1990, pp. 209-217.
- , *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, (1987), *Estudios*, 3.ª ed., 1990, pp. 182-208. (La versión alemana de este artículo, con el

- título «Handlung, Unterlassung und Verhalten», se ha publicado en Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, pp. 159-179).
- , *Consideraciones sobre la sentencia de Hipercor*, (1989), Estudios, 3.^a ed., 1990, pp. 39-42.
- , *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, ADPCP 1990, pp. 421-441.
- , *Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los arts. 13 y 15 del Código Penal)*, EPC XV, 1992, pp. 99-123.
- , *Causalidad, omisión e imprudencia*, ADPCP 1994, pp. 5-60 (del fascículo II).
- , Prólogo a la 2.^a ed. (1996) del CP de la Editorial Tecnos, preparada por Gimbernat, con la colaboración de Mestre, y recogido en las sucesivas ediciones.
- , *Das unechte Unterlassungsdelikt*, ZStW 111 (1999), fascículo 2, (en prensa).
- , *Comentario al art. 11 del CP*, Comentarios al Código Penal, dirigidos por Cobo del Rosal, 1999 (en prensa).
- GÖHLER, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen*, Dreher-Festschrift, 1977, pp. 611-621.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*. Derecho penal. Parte General, 1984.
- , *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, *Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente*, EPC XVI, 1991, pp. 107-135.
- GRACIA MARTÍN, *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, CDJ XXIII (1994), pp. 55-104.
- GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, Göttingen 1956.
- , *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, ZStW 70 (1958), pp. 412-432.
- HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
- HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., 1996, (264)

(264) La 1.^a ed. de este libro (1994) ha sido traducida al castellano, con notas de Derecho español, por MUÑOZ CONDE, siendo publicada con el título: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995.

La supuesta «autoría conjunta» de la que habla MUÑOZ CONDE en el Prólogo de la obra, consiste en una parte escrita íntegramente por este autor («La responsabilidad por el producto en el Derecho penal español»), y en no identificar en la parte considerablemente más extensa redactada por HASSEMER cuáles son las notas de Derecho español, lo que ha dado lugar, nuevamente (cfr. *supra* nota 263), a que en la biblio-

- HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, MSchrKrim 1961, pp. 178-193.
- HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlín 1993.
- , *Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft? –Ein Überblick–*, NStZ 1993, pp. 10-16.
- HIRTE, *Comentario a una sentencia del BGH de 6.7.1990* [caso «Lederspray»], JZ 1992, pp. 253-259.
- HERZBERG, *Garantenpflicht aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens*, JuS 1971, pp. 74-77.
- , *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín 1972.
- , *Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, JZ 1986, pp. 986-992.
- HIPPEL, V. *Deutsches Strafrecht, tomo II, Das Verbrechen*, Allgemeine Lehren, 1930.
- HONIG, *Die Itimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen*, Schaffstein-Festschrift, 1975, pp. 89-103.
- HÖPFNER, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte*, ZStW 36 (1915), pp. 103-132.
- HORN, *Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?*, NJW 1981, pp. 1-11.
- HORN/HOYER, *Rechtsprechungsübersicht zum Umweltstrafrecht*, JZ 1991, pp. 703-709.
- HUERTA, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, CPC 17 (1982), pp. 231-255 [Este artículo figura también recogido en el libro de Huerta que se cita a continuación, pp. 281-308].
- , *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987.
- JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2.^a ed., 1991. (Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995).
- , *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 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, 1981, ha sido traducida al castellano por Mir y Muñoz Conde; la 4.^a edición por Manzanares, 1993).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, El delito, 3.^a ed., 1965.
- KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.
- , *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, JuS 1961, pp. 173-177.
- , *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren (1971)*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge, 1982, pp. 173-195.

grafía penal española se atribuyan, lógica y necesariamente, a HASSEMER/MUÑOZ CONDE ideas y frases que, en realidad, son sólo producto del esfuerzo y del talento del autor alemán.

- KAUFMANN/HASSEMER, Arthur, *Der überfallene Spaziergänger*, JuS 1964, pp. 151-157.
- KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, 1933.
- KÖHLER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997.
- KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43 ed., 1961.
- KONRAD, *Probleme der eheähnliche Gemeinschaft im Strafrecht*, 1986.
- KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989.
- , *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, NSTZ 1990, pp. 566-570.
- , *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA 1994, pp. 347-367.
- KÜHNE, *Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland*, NJW 1997, pp. 1951-1954.
- LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, Berlín 1985.
- LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972.
- LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht, II/2*, 13 ed., 1994.
- LILIE, *Garantenstellungen für nahestehende Personen*, JZ 1991, pp. 541-546.
- LISZT/SCHMIDT, V. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, tomo I, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26 ed., 1932.
- (LK) STRAFGESETZBUCH, *Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., editada por Jähne, *Laufhütte y Odersky*, 1993 ss. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Parte General, I, 1996.
- MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, JuS 1981, pp. 473-483.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico*, Parte General, 1998.
- MATA, *De la Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, 1996.
- , *La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares*, *Delitos contra la Administración pública* (ed. por Adela Asúa), 1997, pp. 391-406.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ein Lehrbuch, 4.^a ed., 1971. (La 2.^a ed. alemana de esta obra, con notas de Derecho español y con el título: «Tratado de Derecho penal», 2 tomos, 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., 1989. (Hay traducción al castellano de Bofill Genzsch, Buenos Aires 1995).
- MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953.
- , *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, *Materialien zur Strafrechtsreform*, tomo 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, pp. 259-277.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer Studienbücher, 1967

- MEIER, *Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der «Lederspray»-Entscheidung des BGH*, NJW 1992, pp. 3193-3199.
- MEINBERG, *Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden*, NJW 1986, pp. 2220-2228.
- MEYER-BAHLBURG, *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte*, Hamburgo 1962.
- , *Die Garantienstellungen bei den Unterlassungsdelikten*, GA 1966, pp. 203-207.
- MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., 1933 = 3.^a ed., 1949. (La obra ha sido traducida al castellano, con notas de Derecho español, por Rodríguez Muñoz con el título: Tratado de Derecho penal, tomo I, 3.^a ed., 1955; tomo II, 3.^a ed. [adicionada y puesta al día por Quintano], 1957).
- MIR, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988, pp. 661-683.
- , *Derecho penal, Parte General*, 4.^a ed., 1996.
- MÖHRENSCHLAGER, *Revision des Umweltstrafrechts – Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, NSTZ 1994, pp. 513-519, 566-569.
- NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS 111 (1938), pp. 1-121.
- NAUCKE, *Commentario a una sentencia del BGH de 6.10.1976*, JR 1977, pp. 289-292.
- NESTLER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen der Bürger*, GA 1994, pp. 514-530.
- NICKEL, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz «nullum crimen sine lege» (Art. 103 Abs. 2 GG)*, 1972.
- NIEDERSCHRIFTEN *über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo 2, Allgemeiner Teil, Sesiones 14 a 25, 1958.
- NIETHAMMER, *Strafbares Unterlassen*, ZStW 57 (1937), pp. 431-458.
- (NK) *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, Allgemeiner Teil, situación: abril de 1996 (3.^a entrega). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- NOVOA, *Curso de Derecho penal chileno*, Parte General, tomo I, 1960.
- NOVOA, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal, Parte General*, Teoría jurídica del delito, 2.^a ed., 1986.
- ODERSKY, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen*, Tröndle-Festschrift, 1989, pp. 291-304.
- OEHLER, *Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt – BGHSt 14*, 282, JuS 1961, pp. 154-156.
- OTTO, *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, NJW 1974, pp. 528-535.
- , *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.^a ed., 1996.
- OTTO/BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, Jura 1985, pp. 530-542, 592-602, 646-654.

- PAPIER, *Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, NJW 1988, pp. 1113-1116.
- PAREDES, *Límites de responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»*, PJ 33 (1994), pp. 421-438.
- , *El «caso de la colza» o los dilemas de la protección penal de los consumidores*, Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales (Universidad Pública de Navarra) (RFCHS), 1 (1994), pp. 213-227.
- PAREDES/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995 (de este libro se cita sólo de los capítulos atribuidos a Paredes).
- PFLIEDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, 1968.
- PUPPE, Comentario a una sentencia del BGH de 6.7.1990 [caso «Lederpray»], JR 1992, pp. 27-34.
- QUINTANO, *Delito de omisión*, *NEncJ Seix*, tomo VI, 1975, pp. 478-480
- QUINTERO/MORALES/VALLE/PRATS/TAMARIT/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996
- RANFT, *Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten*, JZ 1987, pp. 859-866, 908-917.
- REUS/VOGEL, *Zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers*, MDR 1990, pp. 869-875.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio*, RFDUM 1961, pp. 333-360
- , *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*, 1966.
- , *Derecho penal, Parte General*, 1977.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva politicriminal*, LH del Rosal, 1993, pp. 925-938
- , *Límites de los delitos de comisión por omisión, Omisión e imputación objetiva*, editado por Gimbernat/Schünemann/Wolter, 1994, pp. 33-49.
- ROSAL, *Del*, Tratado de Derecho penal español, Parte General, vol. I, 2.^a ed. revisada y corregida por Cobo, 1976.
- ROXIN, *Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems*, ZStW 83 (1971), pp. 369-404.
- , *Comentario a una sentencia del BGH de 9.11.1984*, NStZ 1985, pp. 319-321.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre 3.^a ed., 1997. [La 2.^a ed. (1994) de esta obra ha sido traducida al castellano por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid 1997).
- RUIZ, Servio Tulio, *Conducta omisiva y delito de omisión*, L H Luis Carlos Pérez, 1984, pp. 77-88.
- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966.
- , *Comentario a una sentencia del BGH de 19.7.1973*, JR 1974, pp. 159-160.
- , *Probleme de strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen*, Dünnebieber-Festschrift, 1982, pp. 561-582.

- , *Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen?*, NSTZ, 1984, pp. 149-154.
- , *Primat des Strafrechts im Umweltschutz?*, NSTZ 1984, pp. 193-199, 248-254
- , *Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmässige Bestrafung seiner Untergebenen*, NSTZ 1991, pp. 361-367.
- SAGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantspflicht von Amtsträgern*, 1989.
- SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, tomo II: Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad), 1982.
- SAMSON, *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, StV 1991, pp. 182-186.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, ADPCP 1995, pp. 187-263.
- SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, Frank-Festgabe I, 1930, pp. 202-229.
- , *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.^a ed., 1955. (Hay traducción española de del Rosal y Cerezo, Barcelona 1956).
- SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 70-114.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Studienbuch, 1982.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25 ed., 1997. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva fundada por Schönke y continuada posteriormente, hasta su fallecimiento, por Schröder).
- SCHULTZ, *Amtwarterunterlassen*, 1984.
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.
- SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971.
- , *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, GA 1974, pp. 231-242.
- , *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.
- , *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).
- , *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, Grundfragen, 1984, pp. 1-68. (Publicado en español en «El sistema del Derecho penal: cuestiones fundamentales», introducción, traducción y notas de Silva, Madrid 1991, pp. 31-80).
- , *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, ZStW 96 (1984), pp. 287-320.
- , *Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht*, wistra 1986, pp. 235-246
- , *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, Internationale Dogmatik, editado por Gimbernat/Schünemann/Wolter, 1995, pp. 49-82. (Versión ampliada del artículo, traducido al español por Silvina Bacigalupo, aparecido en Omisión e imputación objetiva, 1994, pp.11-24).

- , *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, ADPCP 1996, pp. 186-217 (traducción de Manuel Cancio).
- SCHÜRMAN, *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, 1986.
- SCHWARZ, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929.
- SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, Spindel-Festschrift 1992, pp. 317-346.
- SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantpflichtdogmatik*, GA 1989, pp. 241-256.
- SILVA, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, ADPCP 1987, pp. 451-477.
- (SK) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* 6.^a ed., situación: noviembre de 1997 (entrega 27). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- SONNEN, *Garantenstellung auf Grund der Zugehörigkeit zu einer Wohngemeinschaft und aus vorangegangenem Tun*, JA 1987, pp. 334-336.
- STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Die Straftat, 3.^a ed., 981. (Hay traducción española de Gladys Romero de la 2.^a ed. alemana, Madrid 1982).
- STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 145-164.
- , *Ingenzprobleme*, Klug-Festschrift, tomo II, 1983, pp. 395-404.
- TORIO, *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, ADPCP 1984, pp. 693-707.
- , *Acción peligrosa y dolo*, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, ed., por Romeo Casabona, 1997, pp. 369-385.
- TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 5-126.
- VICENTE, De, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, 1993.
- VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993.
- VOGT, *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, ZStW 63 (1951), pp. 381-411.
- WEBER, V., *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948.
- WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín 1968.
- , *Comentario a una sentencia del BGH de 29.7.1970*, JZ 1971, pp. 432-434.
- WELZEL, *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, JZ 1958, pp. 494-497.
- , *Comentario a una sentencia del OLG Karlsruhe de 15.10.1959*, JZ 1960, pp. 178-180.
- , *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11 ed., 1969. (La Parte General de esta obra ha sido traducida al castellano por Bustos y Yáñez, con el título: «Derecho penal alemán. Parte General», 1970).
- WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Die Straftat und ihr Aufbau, 26 ed., 1996.