
Tratado de Derecho Penal

Parte General

Dr. iur. Dr. iur. h.c. mult. HANS-HEINRICH JESCHECK

Catedrático emérito de Derecho Penal en la Universidad de Friburgo de Brisgovia
Director emérito del Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional
Magistrado jubilado del Tribunal Superior de Karlsruhe
Presidente de honor de la Asociación Internacional de Derecho Penal

y

Dr. iur. THOMAS WEIGEND

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Colonia

5.^a edición, renovada y ampliada

Traducción
de

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada

GRANADA, DICIEMBRE 2002

admisión de delitos de omisión impropia no previstos por la Ley, pero la doctrina presenta el mismo estado que la alemana⁷⁶. Lo mismo sucede con la doctrina italiana sobre la base de la equiparación entre la acción y la omisión en el art. 40 C.p., aunque falta, al igual que en Derecho español, una teoría conformadora de los deberes de garante⁷⁷. La doctrina neerlandesa, como la alemana, distingue entre delitos de omisión propia e impropia, pero todavía no ha desarrollado una fundamentación de los deberes de garante y trata la cuestión en su conjunto como un problema relativo a la causalidad⁷⁸. También el Derecho inglés conoce responsabilidad penal en caso de omisión cuando existe el deber de actuar; el problema principal reside en la delimitación de los deberes de acción⁷⁹. El Derecho norteamericano dispone de una teoría de los deberes mucho más desarrollada⁸⁰. El Derecho brasileño contiene en el art. 13 § 2 una regulación del delito de omisión impropia con referencias de las distintas posiciones de garante⁸¹.

§ 59 El tipo del delito de omisión

Aldosser, Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? 1882; *Bärwinkel*, Die Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Blei*, Garantienpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 119; *Bockelmann*, Betrug verübt durch Schweigen, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 437; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten, 1986; *el mismo*, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei

⁷⁶ Vid. *Antón Oneca*, Derecho penal págs. 170 ss. (estado anterior); *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 385 ss.; *Mir Puig*, Adiciones Tomo II págs. 841 ss., 872 ss. (estado actual). Acerca del art. 10 del Borrador de Parte General de 1990 y su correspondencia con el § 13 StGB alemán, *Jescheck*, 140 Jahre GA pág. 118 (asimismo, Art. 11 del Proyecto 1994). Frente a ello, *Silva Sánchez*, El delito de omisión pág. 369, exige la introducción de unos pocos delitos de omisión impropia para los supuestos en los que concurra una equivalencia estructural plena con el delito de comisión [El Código penal de 1995 recoge ya una cláusula específica en la que se declara la punibilidad de los delitos de resultado cometidos en comisión por omisión y en la que, además, se hace mención de la cláusula de equivalencia y de las fuentes del deber de garante. Y así, el vigente art. 11 C.p. preceptúa lo siguiente: «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» (N del T)].

⁷⁷ *Sgubbi*, Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, 1975; *Grasso*, Il reato omissivo improprio págs. 97 ss.; *el mismo*, Riv dir proc pen 1978, págs. 912 ss.; *Fiandaca*, Il reato commissivo mediante omissione, 1979; *Romano*, Commentario, art. 40 núm. 28.

⁷⁸ Vid. *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 75 ss., 164 ss.; *Hazewinkel-Suringal/Remmelink*, Inleiding págs. 162 ss. (Discusión acerca de su historia dogmática y la jurisprudencia); *Enschede*, Beginselen pág. 136 (reconocimiento de la aplicabilidad de los tipos comisivos a las omisiones).

⁷⁹ Vid. *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 4 ss.; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 19 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 45 ss. Vid., además, *The Law Commission*, Clause 20, donde en el Borrador del Criminal Code for England and Wales la punibilidad de la omisión contraria a deber se restringe al "murder, manslaughter, intentional serious injury" y a la "detention of another". Más detalladamente al respecto *Jescheck*, Tröndle-Festschrift págs. 803 ss.

⁸⁰ Profundizando en ello *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 69 ss.; *LaFavel/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 283 ss. Acerca del Derecho anglo-americano vid., además, *Grasso*, Il reato omissivo improprio págs. 83 ss.

⁸¹ Sobre el mismo vid. *Fragoso*, Lições págs. 240 ss.; *de Jesus*, Comentários, art. 13 comentario núm. 4; *da Costa jr.*, Comentários, art. 13 comentario núm. 6.

Produktfehlern, Jura 1991, pág. 533; *Bringewat*, Der Notwehler als Garant aus vorangegangenem Tun, MDR 1971, pág. 716; *v. Buri*, Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21 (1869) pág. 189; *v. Caemmerer*, Gesammelte Schriften, Tomo I, 1968; *Cramer*, Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a, GA 1961, pág. 97; *Doering*, Strafrechtliche Garantspflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft? MDR 1972, pág. 664; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo*, Der finale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 141; *el mismo*, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 247; *Fornasari*, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990; *Frellesen*, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980; *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen, 1985; *Gallas*, Strafbares Unterlassen im Falle einer Selbsttötung, JZ 1960, págs. 649, 686; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, 1963; *Geilen*, Garantpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, pág. 147; *el mismo*, Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964, pág. 385; *el mismo*, Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer, JZ 1965, pág. 469; *el mismo*, Unterlassene Verbrechenanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, pág. 426; *Geyer*, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884; *J. Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Tomo II, 1858; *Grunderath*, Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten usw., Diss. Freiburg 1961; *Grünhut*, Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931) pág. 454; *Grünwald*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 281; *Hall*, Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1964, pág. 213; *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971; *Hardwig*, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW 74 (1962) pág. 27; *el mismo*, Die Zurechnung, 1957; *Heinitz*, Anmerkung zu BGH vom 25.2.1954, JR 1954, pág. 270; *Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Herzberg*, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, pág. 881; *el mismo*, Garantpflichten auf Grund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, pág. 74; *el mismo*, Zur Garantstellung aus vorangegangenem Tun, JZ 1986, pág. 986; *Hilgendorf*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen usw., NSStZ 1994, pág. 561; *Honig*, Die Intimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 89; *el mismo*, Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 174; *Höpfner*, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte, ZStW 36 (1915) pág. 103; *Horn*, Anmerkung zu BayObLG vom 18.8.1978, JR 1979, 291; *Hruschka*, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 421; *G. Husserl*, Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, 1931; *Joerden*, Anmerkung zu BGH vom 16.11.1993, JZ 1994, pág. 422; *Kahlo*, Das Bewirken durch Unterlassen usw., GA 1987, pág. 66; *el mismo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio-sine-qua-non*-Formel usw., 1968; *Armin Kaufmann*, Unterlassung und Vorsatz, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 207; *Arthur Kaufmann*, Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ 1963, pág. 504; *Kielwein*, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, pág. 225; *Krug*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1855; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 1979; *Kugler*, Ingerenz und Selbstverantwortung, Diss. Bochum 1972; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *el mismo*, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NSStZ 1990, pág. 566; *Lackner*, Anmerkung zu KG vom 3.1.1968, JR 1969, pág. 29; *Lampe*, Ingerenz oder *dolus subsequens*? ZStW 72 (1960) pág. 93; *el mismo*, Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen, ZStW 79 (1967) pág. 47; *el mismo*, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 189; *Landscheidt*, Zur Problematik der Garantpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Lilie*, Garantstellung für nahestehende Personen, JZ 1991, pág. 541; *Maaß*, Betrug verübt durch Schweigen, 1982; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980; *A. Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, Tomo II, 1867; *Naucke*, Anmerkung zu BGH 27, 10, JR 1977, pág. 290; *Nestler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen usw., GA 1994, pág. 514; *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Odersky*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei

Gewässerverunreinigungen, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 291; *Otto*, Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, pág. 528; *Padrutt*, Verkehrssicherungspflicht bei Skipisten, SchwZStr 87 (1972) pág. 63; *Pallin*, Lage und Zukunftsaussichten der österr. Strafrechtsreform usw., ZStW 84 (1972) pág. 198; *Peters*, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, pág. 457; *el mismo*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 257; *Pfander*, Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt, Diss. Basel 1967; *Pfleiderer*, Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun, 1968; *Pfohl*, Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwasserreinigungsanlagen, NJW 1994, pág. 418; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 863; *la misma*, Anmerkung zu BGH 37, 106, JR 1992, pág. 30; *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) pág. 515; *el mismo*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *Rudolphi*, Anmerkung zu BGH 25, 218, JR 1974, pág. 160; *el mismo*, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellung, NStZ 1984, 149; *el mismo*, Anmerkung zu BGH vom 15.7.1986, JR 1987, pág. 336; *el mismo*, Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmäßige Bestrafung von Untergebenen, NStZ 1991, pág. 361; *Runte*, Straftatsystematische Probleme des "Betriebs durch Unterlassen" (§§ 263, 13 StGB), Jura 1989, pág. 128; *Samson*, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, pág. 182; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989; *Sauer*, Das Unterlassungsdelikt, GS 114 (1940) pág. 279; *Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Schlüchter*, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, pág. 793; *Schöne*, Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, pág. 150; *Schubarth*, Die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn, SchwZStr 92 (1976) pág. 370; *Schünemann*, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, pág. 231; *el mismo*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pág. 647; *Schulz*, Besprechung von Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, SchwZStr 77 (1961) pág. 208; *W. Schwarz*, Die Kausalität bei den Begehungsdelikten durch Unterlassung, Strafr. Abh. Heft 254, 1929; *Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA 1989, pág. 241; *Spendel*, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, pág. 137; *Storisberg*, Der gegenwärtige Umfang der Nothilfepflicht im StGB, Diss. Göttingen 1952; *Stree*, Garantenstellung kraft Übernahme, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 145; *el mismo*, Ingerenzprobleme, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 395; *Struensee*, Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, pág. 217; *Tenckhoff*, Garantenstellung des Wohnungsinhabers usw., JuS 1978, pág. 308; *Ulsenheimer*, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, pág. 1; *Wachsmuth/Schreiber*, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit usw., NJW 1982, pág. 2094; *Walder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977) pág. 152; *Weber*, Garantenstellung kraft Sachherrschaft? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 83; *Welp*, Anmerkung zu BGH 23, 327, JZ 1971, pág. 433; *Welzel*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe vom 15.10.1959, JZ 1960, pág. 179; *Winkelbauer*, Anmerkung zu BGH vom 15.7.1986, JZ 1986, pág. 1119; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Wolflast*, Anmerkung zu BGH vom 20.5.1980, NStZ 1981, pág. 219; *Württemberg*, Zur Kausalität der Unterlassung, ZAK 1942, pág. 167.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 58

I. La concurrencia de la situación típica

La omisión no significa un "no hacer nada", sino "no hacer algo determinado"¹. El cómo la acción esperada y omitida tendría que haberse producido, es algo que en muchos de los deli-

¹ *Blei*, Allg. Teil pág. 309; *Gallas*, Beiträge pág. 26; *el mismo*, Studien págs. 24 ss.; *Mezger*, Lehrbuch pág. 132; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 45 núm. 17; *Schönkel/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 139 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 654; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 4 antes del § 13; *Vogel*, Norm und Pflicht págs. 112 ss.

tos de omisión propia se deriva directamente de la Ley. Y así, de acuerdo con el § 123 en su segunda alternativa, quien permanece injustificadamente en espacios ajenos debe alejarse de ellos a requerimiento de la persona legitimada para ello. En otros, sin embargo, el deber de acción está descrito de forma más general. De este modo, según el § 323c hay que "prestar auxilio" en los accidentes; lo que tiene que suceder en el caso concreto se deriva aquí del conjunto de las circunstancias del supuesto de hecho. También en los *delitos de omisión impropia* el contenido del deber de acción se determina la mayoría de las ocasiones según las circunstancias. Para ello resulta determinante la finalidad de la salvaguardia del objeto protegido de la acción frente a la puesta en peligro o lesión típica.

Ejemplo: Si un niño se quema con agua hirviendo, entonces del alcance y grado de la quemadura, de la edad y de la constitución del niño, y del tiempo y lugar del accidente, se deriva lo que tiene que suceder, esto es, si resulta suficiente con aplicarle una pomada para quemaduras, si debe buscarse a un médico o si es necesario su traslado al hospital.

El supuesto de hecho del que se deriva el contenido concreto del correspondiente deber de acción es la **situación típica**². En los delitos de omisión regulados legalmente ésta es descrita ampliamente por el tipo mismo, aunque no siempre lo hace de un modo terminante. En la configuración de los delitos omisivos llevada a cabo por una reestructuración de los tipos comisivos de conformidad con el § 13, lo que falta debe ser completado de acuerdo con su sentido.

Ejemplos: En la omisión de denuncia de delitos (§ 138) la situación típica consiste en que está proyectado un delito grave concreto que todavía puede ser impedido por medio de su denuncia (RG 71, 385 [386]). Aquí la acción ordenada es la interposición a tiempo de aquella o su comunicación al amenazado, un deber de acción al que está sometido todo el que tenga un conocimiento fidedigno de los hechos. En el maltrato de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor (§ 223b I tercera forma de conducta³) existe un peligro para la salud de las personas que dependen del sujeto activo que puede ser evitado mediante el cuidado debido. La acción ordenada consiste en la prestación del cuidado necesario en función de las circunstancias del caso (alimentación, ropa, alojamiento, auxilio médico) y debe llevarse a cabo por el titular del deber de custodia. En el asesinato realizado por la madre y el hijo mayor del marido y a la vez padre, la situación típica consiste en el peligro para la vida creado por medio del plan delictivo; la acción ordenada es el impedimento del hecho y los obligados a ella son el resto de los hijos que viven en la casa (BGH 19, 167)⁴.

II. La ausencia de la acción esperada y la capacidad individual de acción

1. De acuerdo con la lógica, al tipo del delito de omisión pertenece la **ausencia de la acción necesaria** que se fundamenta en la situación típica⁵. Así sucede, por ejemplo, con el médico al que se le ha comunicado el cuadro clínico de una enfermedad grave y no presta atención a ello (BGH 17, 166) o cuando tras un accidente de tráfico los implicados ilesos no trasladan a una persona

² Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 96 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 94 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 146 antes del § 13; *Welzel*, Lehrbuch págs. 204, 211; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 678 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 11 antes del § 13; *Jakobs*, Allg. Teil 29/10 nota a pie núm. 17.

³ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 I StGB (N del T).

⁴ Al respecto vid. *Geilen*, FamRZ 1964, pág. 385.

⁵ Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 106; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 95 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 151 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1022; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Welzel*, Lehrbuch págs. 204, 211 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 708.

gravemente herida al hospital (BGH 7, 287 [288]). No concurre el tipo del delito de omisión *dolosa* cuando el autor se ha esforzado infructuosamente en cumplir con su deber de acción. Por ejemplo, si la comunicación escrita del robo de un banco llega tarde a conocimiento de la policía porque el confidente ha prescindido de avisar telefónicamente a la autoridad. De ahí que si alguien, con la intención de cumplir su deber, actúa equivocadamente o de modo inconsciente hace menos de lo debido, sólo puede ser castigado a causa de un delito de omisión imprudente⁶.

2. La **capacidad general de acción**, esto es, la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar a cabo la acción ordenada, es algo que, en el marco de la teoría de la acción, pertenece ya al concepto de la omisión como un comportamiento humano de trascendencia social (vid. *supra* § 23 VI 2b). Sin embargo, la cuestión de la tipicidad de la omisión debe estar referida a aquel sujeto que como autor de la omisión se tiene en cuenta en el caso concreto, pues sólo la omisión de una acción que precisamente hubiera sido posible en *ese supuesto* puede poseer la *calidad del injusto*. De este modo, la **capacidad individual de acción** pertenece al tipo del delito omisivo que, sin embargo, sólo resulta afirmable cuando el autor hubiera podido emplear los recursos idóneos para ello (OLG Hamm VRS 34, 149)⁷. Se presupone, además, que al autor le habría sido posible hacer lo necesario *de una forma sensata*.

Ejemplos: Posee capacidad de acción el tomador del seguro acusado por un incendio omisivo (§ 306 núm. 2) al que le habría resultado "sencillo" impedir el hecho de su mujer (RG 64, 273 [276]). Por el contrario, no puede ser castigado un funcionario de justicia por un encubrimiento personal cometido omisivamente en acto de servicio (§ 258a), si estaba sobrecargado de trabajo por encima de los límites de su capacidad de rendimiento, circunstancia ésta que le impedía despachar adecuadamente el trabajo atrasado (BGH 15, 18 [22]). Hay que negar la capacidad de acción cuando el autor sólo habría podido sustituir el resultado amenazante por otro que es igualmente grave (BGH *Dallinger* MDR 1971, pág. 361: salto por una ventana en lugar de la muerte por abrasamiento).

Mientras que el requisito de la capacidad individual de acción es reconocido mayoritariamente como tal, en cambio, la cuestión de bajo qué presupuestos puede aceptarse dicha capacidad es un tema discutido.

Por un lado, hay quienes apoyan el juicio sobre la posibilidad de actuar sobre un punto de vista exclusivamente objetivo⁸; por otro, prescindiendo de las posibilidades físicas de actuar, hay quien exige el cono-

⁶ Vid. *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 109 ss., 133 ss., 310; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 95 antes del § 13; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 204, 211 ss. Acertadamente exige *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 1049, que el autor debe haber confiado en la eficacia de sus esfuerzos si es que debe excluirse el dolo. Ejemplo: quien, en lugar de buscar a un médico, se esfuerza por atender con medios caseros a un niño inconsciente a causa de un grave maltrato, al no arriesgarse a ello por motivos derivados de su conciencia de culpabilidad (schweiz. BGE 73 IV 164).

⁷ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; *Blei*, *Allg. Teil* pág. 315; *Bockelmann/Volk*, *Allg. Teil* pág. 134; *Eser*, *Strafrecht II* núm. 26 A núms. 13 ss.; *Nagler*, *GS* 111 (1938) pág. 70; *Kielwein*, *GA* 1955, pág. 228; *Maurach/Gössel/Zipf*, *Allg. Teil II* § 46 núm. 51; *Sauer*, *GS* 114 (1940) pág. 315; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 141 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 13 antes del § 13; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* pág. 681; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 708. Por el contrario, para la cuestión de la capacidad de acción, *Maiwald*, *JuS* 1981, págs. 479 ss., se basa sobre un criterio objetivo. También *Jakobs*, *Allg. Teil* 29/10 se conforma con una "capacidad abstracta de acción".

⁸ Así, *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 143 antes del § 13; *Grünwald*, *Das unechte Unterlassungsdelikt* pág. 14; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 3 antes del § 13; *Schünemann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 30 ss.; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 709; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* pág. 681.

cimiento de la finalidad de la acción como "base cognoscitiva"⁹; también existen posturas que se fundamentan sobre la capacidad de culpabilidad del omitente¹⁰ y, finalmente, no faltan quienes consideran la aptitud para motivarse libremente como una condición previa de la capacidad de acción¹¹.

Lo correcto es buscar un término medio. Lo primero que exige la capacidad de acción es que concurran los *presupuestos externos* (cercanía espacial, medios adecuados de auxilio) para el ejercicio de la acción obligatoria y que se disponga de *recursos propios* (fuerza física, conocimientos técnicos, capacidades intelectuales). A partir de ahí el autor de la omisión debe *representarse* la acción preceptiva como una meta posible de la voluntad o, como mínimo, *poder representarse-la* por aplicación del cuidado debido¹². En ambas líneas hay que aplicar un criterio *objetivo*: lo decisivo es si, por medio de un juicio "ex ante" de los hechos, un espectador cuidadoso habría conseguido representarse la acción obligada como objetivo de su voluntad y considerar suficientes las posibilidades externas para ello¹³.

III. Resultado y causalidad en los delitos de omisión impropia

1. El **acacimiento del resultado típico** pertenece al momento consumativo del delito de omisión impropia. Así pues, debe ser comprobada, por ejemplo, la muerte del ofendido que tiene lugar por un homicidio imprudente por omisión de la acción de rescate (BGH 11, 353 [356]), la persistencia de la sospecha en el delito de acusación falsa por omisión de la rectificación (BGH 14, 240 [246]) o la muerte de la víctima por medio de la no evitación del atentado (BGH 19, 167).

2. El resultado también debe serle imputable objetivamente al autor de la omisión. En los delitos comisivos este requisito presupone que el sujeto ha causado el resultado (vid. *supra* § 28 I 1). Si, en cambio, el resultado simplemente no se evita, entonces se plantea la pregunta de bajo qué condiciones debe tener aquí lugar la *imputación objetiva*. Con otras palabras, ¿existe una "causalidad de la omisión"?

También en la omisión la Ciencia del Derecho penal se ha esforzado desde hace tiempo en evidenciar una "causa efficiens", en el sentido de una fuerza real que despliega sus efectos¹⁴. Y así, *Luden* divisó el momento causal en el hecho de que el omitente, en el momento en el que tendría que haber evitado el resultado, se encontraba desarrollando otra actividad, "siendo ésta, pues, la única causa de la consecuencia delictiva"¹⁵. Por el contrario, autores como *Krug*¹⁶, *Julius Glaser*¹⁷ y *Adolf Merkel*¹⁸, no quisieron considerar una causa simultánea sino que para ello recurrieron a una actuación previa, con lo que dieron lugar al reconocimiento del "dolus subsequens". Otros autores¹⁹ vieron en la omisión una causa desplegada de un

⁹ Así, *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 41 ss., 100 ss.

¹⁰ Así, *Honig*, *Frank-Festgabe* Tomo I págs. 191 ss.; *Storsberg*, *Nothilfepflicht* pág. 54.

¹¹ Así, *Androulakis*, *Unterlassungsdelikte* pág. 155; *E.A. Wolff*, *Kausalität* pág. 46, nota a pie núm. 26.

¹² En el mismo sentido que aquí, *Engisch*, *Kohlrausch-Festschrift* pág. 164; *Gallas*, *Beiträge* pág. 53; *Mezger*, *Lehrbuch* pág. 133; *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 1032; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 204 ss., 212.

¹³ Vid. *Gallas*, *Deutsche Landesreferate* pág. 349; BGH 14, 213 (216); 19, 295 (299). Disiente en parte, *Maiwald*, *JuS* 1981, pág. 478.

¹⁴ Vid. más detalladamente al respecto, *W. Schwarz*, *Die Kausalität* págs. 8 ss.; *Traeger*, *Unterlassungsdelikte* págs. 27 ss.; *Welp*, *Vorangegangenes Tun* págs. 166 ss.

¹⁵ *Luden*, *Abhandlungen* Tomo I pág. 474, Tomo II págs. 221 ss.

¹⁶ *Krug*, *Abhandlungen* págs. 21 ss.

¹⁷ *J. Glaser*, *Abhandlungen* págs. 289 ss.

¹⁸ *A. Merkel*, *Kriminalistische Abhandlungen* Tomo II págs. 76 ss.

¹⁹ Así, *Geyer*, *Grundriß* pág. 124; *Aldosser*, *Unterlassungen* págs. 94 ss.

efecto psíquico en la que, ante todo, la inactividad del obligado a desarrollar la acción conducía a un tercero a la idea de provocar el resultado. Las teorías de la interferencia²⁰ divisaban en la renuncia a la voluntad natural impeditiva del resultado la destrucción positiva de una condición favorecedora del mismo y, por ello, veían en la omisión un hacer positivo. Finalmente, hay quien se conformaba con una simple "causalidad jurídica"²¹ lo que, en la práctica, conducía a que fuera equiparada la causalidad con el deber jurídico de evitar el resultado. El final de esta evolución se caracterizó por una negación completa de la causalidad de la omisión²² y la discusión sobre esta cuestión apareció en definitiva "como uno de los debates más infructuosos sostenidos en la Ciencia del Derecho penal"²³.

3. Actualmente, la *causalidad de la omisión* en el sentido de una producción real del resultado es objeto de un *rechazo mayoritario*²⁴. La causalidad como categoría del ser exige una fuente de energía real que sea capaz de producir un esfuerzo, algo que precisamente está ausente en la omisión ("ex nihilo nihil fit"). Sin embargo, para el punto de vista jurídico el concepto de causalidad científico-natural no resulta tampoco determinante (vid. *supra* § 28 I 3), algo que se deriva ya del hecho de que tanto en los delitos de omisión impropia regulados en la Ley (vid. *supra* § 58 III 4) como en el mismo § 13 es presupuesta sin más la existencia de una "relación causal" entre la omisión y el resultado²⁵. No obstante, con ello no se quiere significar la presencia de una conexión causal en el sentido de la mecánica, sino que lo relevante es si la posible acción del omitente habría evitado el resultado²⁶. De acuerdo con ello, la acción omisiva y el resultado acaecido se encuentran sometidos a una relación como la que integra la causalidad en el hacer positivo (vid. *supra* § 28 II 4) **si la acción preceptiva hubiera evitado el resultado**; en otro caso, únicamente entra en juego la tentativa (BGH StV 1985, pág. 229). La fórmula interrogativa de la teoría de la equivalencia de las condiciones utilizada para la conducta activa se emplea en la omisión en el sentido de afirmar la causalidad "si no cabe imaginar la acción espe-

²⁰ v. *Buri*, GS 21 (1869) págs. 196 ss.; *Binding*, Normen Tomo II págs. 516 ss., 536 ss., 555 ss. De modo similar, *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 112 ss., así como *G. Husserl*, Negatives Sollen pág. 34.

²¹ v. *Bar*, Gesetz und Schuld Tomo II págs. 268 ss.; *Höpfner*, ZStW 36 (1915) pág. 114; *Kobler*, Studien Teil I pág. 46.

²² Así, *Gerland*, Lehrbuch págs. 166 ss.; v. *Liszt/Schmidt*, págs. 172 ss.

²³ v. *Liszt* Lehrbuch 21.ª/22.ª ed. pág. 128.

²⁴ Así, *Traeger*, Der Kausalbegriff pág. 71; *Bockelmann*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 449; *Gallas*, Beiträge págs. 25 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 61; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 214 ss.; *Lackner*, nora preliminar núm. 12 antes del § 13; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs págs. 282 ss.; *Maiwald*, Kausalität pág. 83; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 61; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Welzel*, Lehrbuch pág. 212; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 684; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1025; en cuanto al resultado también *Jakobs*, Allg. Teil 29/18. Defendiendo la postura contraria, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 239; *Blei*, Allg. Teil págs. 315 ss.; *Engisch*, v. *Weber*-Festschrift págs. 264 ss.; *Hilgendorf*, NSStZ 1994, pág. 564; *Puppe*, ZStW 92 (1980) págs. 895 ss.; *Hall*, Grünhut-Erinnerungsgabe pág. 224; *Spendel*, JZ 1973, pág. 139.

²⁵ *Grünwald*, ZStW 70 (1958) págs. 417 ss.

²⁶ Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 316; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 135 ss.; *Böhm*, JuS 1961, pág. 178; sobre todo, *Engisch*, Kausalität págs. 29 ss.; *el mismo*, MSchrKrim 1939, págs. 426 ss.; *el mismo*, JZ 1962, pág. 190; *el mismo*, Weltbild págs. 135 ss.; *Herzberg*, MDR 1971, pág. 882; *LK (11.ª)* (*Jeschek*) § 13 núms. 15 ss.; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 61; *Wessels*, Allg. Teil núm. 711; *Waldner*, SchwZStr 93 (1977) págs. 152 ss. Enérgicamente a favor de la omisión en el sentido de que esta comporta "efectos reales", *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 83 ss.; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs págs. 306, 319; *el mismo*, GA 1987, pág. 66; *Lampe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 204 ss. ("causalidad funcional"); *E. A. Wolff*, Kausalität págs. 36 ss.

rada sin que el resultado desaparezca" (así, RG 58, 130 [131]; 63, 392 [393]; 75, 49 [50]); de este modo, también aquí hay que formular las mismas reservas respecto a su utilidad (vid. *supra* § 28 II 4).

4. Para adaptar lo mejor posible el criterio que aquí sirve de base al examen de la causalidad al empleado con el hacer positivo, la jurisprudencia exige que la acción representada debería haber evitado el resultado *con una probabilidad rayana en la seguridad* (RG 15, 151 [153f.]; 51, 127; 58, 130 [131]; 74, 350 [352]; 75, 49 [50]; 75, 372 [374]; BGH 6, 1 [2]; 7, 211 [214]; BGH NStZ 1981, pág. 218 con comentario de *Wolflast*; BGH NStZ 1985, pág. 26; NStZ 1986, 217; NJW 1987, pág. 2940²⁷; acerca de la responsabilidad por el producto, BGH 37, 106 [126]²⁸). En este punto también es aplicado el principio "in dubio pro reo" (BGH StV 1985, pág. 229).

Ejemplos: No basta para la causalidad de la omisión la "perspectiva fundada" de que la persuasión sobre el conductor ebrio podría haber evitado la prosecución del viaje (BGH NJW 1954, 1047 [1048]). La omisión de la colocación de luces de advertencia junto a una zanja no es causal para el accidente si unos gamberros nocturnos habían alejado las barreras y, posiblemente, también habrían sustraído tales luces (OLG Hamm NJW 1959, pág. 1551). Quien, por el contrario, con ocasión de un incendio rechaza lanzar a sus hijos desde el ático a los brazos del personal de socorro situado debajo, causa la muerte por abrasamiento de aquéllos si de ese modo hubieran salvado con seguridad sus vidas (BGH *Dallinger* MDR 1971, págs. 361 ss.).

A pesar de todo, en la omisión no hay que exigir la plena certeza en torno a la causalidad tal y como sucede en el hacer positivo; y ello porque el examen no puede basarse sobre un curso real sino sólo sobre un posible acontecer que no se puede predecir con seguridad absoluta (*causalidad hipotética*)²⁹. No obstante, la medida de la inseguridad que permanece corresponde sólo a la delimitación del conocimiento humano (RG 75, 372 [374])³⁰. A diferencia de lo que sucede en los delitos comisivos, aquí no existe ningún motivo para hacer uso de la teoría del

²⁷ También la doctrina mayoritaria muestra su acuerdo; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 239 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Blei*, Allg. Teil pág. 316; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 61; *LK (11.ª)* (*Jescheck*) § 13 núm. 18; *Lampe*, ZStW 101 (1989) pág. 13; *Schlüchter*, JuS 1976, pág. 793; *Welzel*, Lehrbuch pág. 212; *Würtenberger*, ZAK 1942, pág. 167; *Herzberg*, MDR 1971, pág. 882. Críticamente, *Walder*, SchwZStr 93 (1977) págs. 152 ss. Rechazable resulta, por el contrario, la sentencia RG 75, 324 (328), que se conforma con un "probabilidad que se corresponda con la experiencia de la vida". Y mucho menos puede ser aprobada la opinión contraria defendida doctrinalmente de que para la afirmación de la causalidad basta con que la acción omitida hubiera mejorado las posibilidades de salvación (teoría del incremento del riesgo); así, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 23; *Roxin*, ZStW 74 (1962) pág. 430; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1028 ss.; *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip págs. 46 ss.; *Hardwig*, Zurechnung pág. 162; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 16 antes del § 13; *Schaffstein*, Honig-Festschrift pág. 172. Acertadamente en contra, *Herzberg*, MDR 1971, pág. 882; *Schünemann*, JA 1975, pág. 655. Defendiendo también (equivocadamente) un debilitamiento en el grado de seguridad exigible, *Wachsmuth/Schreiber*, NJW 1982, pág. 2094.

²⁸ Críticamente en torno a la aceptación de la causalidad hipotética entre la omisión de las actuaciones debidas del gerente de una empresa para dar marcha atrás en el evento y los daños a la salud condicionados por el producto, *Kuhlen*, NStZ 1990, págs. 569 ss.; *Puppe*, JR 1992, pág. 32; *Samson*, StV 1991, págs. 536 ss.

²⁹ Vid. *v. Weber*, Grundriß pág. 61; *Welzel*, Lehrbuch págs. 212 ss.

³⁰ Advirtiendo acertadamente sobre ello, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 135. Con ello también se eliminan las objeciones de *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 685 ss.

incremento del riesgo (vid. *supra* § 55 II 2b aa), pues falta una causalidad real del comportamiento del autor en relación con el resultado que allí integra la base para llevar a cabo la imputación objetiva del mismo.

IV. La posición de garante en el delito de omisión impropia (primer criterio de equivalencia)

1. En los delitos comisivos la imputación objetiva descansa sobre la causación del resultado típico. Por el contrario, en los delitos de omisión impropia no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para poder hacer responsable de la lesión del bien jurídico a cualquiera que posea capacidad de acción, puesto que no existe un deber de ayudar en todo momento que sea necesario cuyo incumplimiento sea punible. De ahí que desde *Feuerbach* (vid. *supra* § 58 I 2) se acepta que, básicamente, el Ordenamiento jurídico sólo impone al ciudadano el deber de omitir comportamientos *activos* a través de los cuales pueden ser menoscabados bienes jurídicos de terceros. Por ende, hay que demostrar un "**fundamento jurídico especial**" si, excepcionalmente, alguien va a ser responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una acción positiva. Por ello, la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la primera responda como "garante" de la evitación del resultado³¹. Todos los deberes de impedir el resultado descansan sobre la *idea básica* de que una persona determinada está llamada de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro, y que todo el resto de los copartícipes *confían* y *pueden confiar* en la intervención activa de esa persona³². Por este motivo, en el ámbito de la causación del resultado el § 13 I exige para la equivalencia de la omisión con el hacer positivo que el autor "tenga que responsabilizarse jurídicamente de que el resultado no acaezca". Y puesto que únicamente el garante entra en consideración como responsable de un delito de omisión impropia, estos delitos vienen a constituir auténticos *delitos especiales propios*³³.

2. La cuestión reside, sin embargo, *en el modo* en que pueden delimitarse y caracterizarse los deberes de garante que son decisivos para el Derecho penal. La división tradicional que se suministra se apoya en la *causa que origina* el deber jurídico (**teoría formal del deber jurídico**)³⁴. De

³¹ En contra del elemento del tipo de la posición de garante como criterio de equivalencia, *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen págs. 39 ss., 154 ss. En la equiparación de la omisión con los tipos comisivos *Freund* adopta una posición diferenciadora en virtud de las distintas posiciones de garante (págs. 159 ss.).

³² Vid. *E. A. Wolff*, Kausalität pág. 40; *Maiwald*, JuS 1981, págs. 481 ss.; *Seelmann*, GA 1989, pág. 256; especialmente acerca de la injerencia, *Welp*, Vorangegangenes Tun págs. 177 ss. La idea de la pregunta acerca del "rol social" la introduce *Bärwinkel*, Garantieverhältnisse págs. 111 ss. En contra, *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 132 ss., quien por su parte basa la imputación sobre la idea del "dominio acerca del motivo de la acción" (pág. 236). *Jakobs*, Allg. Teil 29/28, clasifica los deberes de garante, de acuerdo con la razón de la responsabilidad, en aquellos que proceden de la competencia organizativa (por ejemplo, deberes de aseguramiento en el tráfico e injerencia) y aquellos otros que tienen su origen en la competencia institucional (verbigracia, matrimonio o parentesco). *Orto*, Grundkurs pág. 149 y *Brammsen*, Garantenpflichten págs. 129 ss., recurren a la expectativa de una acción consolidada y generalmente reconocida.

³³ Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 208.

³⁴ Crítico con la doctrina anterior, *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 5a; *Lackner*, § 13 núms. 7 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 76f ss.; *Welzel*, Lehrbuch págs. 213 ss.; *WK (Nowakowski)* § 2 núms. 18 ss. Por el contrario, *Blei*, H. Mayer-Festschrift pág. 133, quiere limitar los deberes de garante a la Ley y al actuar precedente, a los que además deben añadirse los deberes de aseguramiento en el propio ámbito de dominio

acuerdo con ella, se han reconocido la **Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso** (RG 58, 130 [131]; 63, 392 [394]; BGH 4, 20 [22]; 11, 353 [355]), añadiéndose posteriormente las **estrechas relaciones de vida** (RG 69, 321 [323]; 74, 309; BGH 2, 151 [153]; 19, 167 [169]). Por el contrario, no pueden ser deducidos deberes de garante de la situación típica de un delito de omisión propia porque en éste se trata de deberes jurídicos que afectan a *cualquiera* (RG 64, 273 [276]; 73, 52 [55]; BGH 3, 65 [67]). Puesto que sólo entra en consideración una causa *jurídicamente* reconocida determinante de la obligación de evitar el resultado, quedan excluidos los deberes *morales* como base inmediata de la responsabilidad criminal (RG 66, 71 [73]; BGH 7, 268 [271]), algo sobre lo que actualmente se pronuncia expresamente el § 13 I.

Desde luego que esta división no permite suministrar ninguna fundamentación *de contenido* para el reconocimiento de los deberes de garante (vid. BGH 19, 167 [168]). Esta insuficiencia intenta ser remediada por la nueva teoría, fundada por *Armin Kaufmann*, de que los deberes de garante se determinan de acuerdo con puntos de vista *materiales*. Esta última visión distingue entre deberes de garante que desarrollan *una función de protección para un bien jurídico determinado* (deberes de custodia) y aquellos otros que obligan al garante a la *supervisión de una fuente de peligro* (deberes de aseguramiento o de dominio) (**teoría de las funciones**)³⁵. El punto de vista material muestra una salida para solucionar la problemática relativa a la posición de garante de acuerdo con el sentido social inherente a los distintos deberes, pero tampoco pueden perderse de vista las causas que los originan pues de lo contrario existe el peligro de que los deberes de garante sean extendidos ilimitadamente. Por ello hay que aspirar a una *conexión* entre el punto de vista formal y material³⁶.

3. Los deberes de protección relacionados con determinados bienes jurídicos pueden surgir por una vinculación natural con el titular de aquéllos, por las estrechas relaciones de una comunidad y por la asunción de su custodia. El origen de un deber de garante presupone, además, que o existe una *relación de dependencia* entre los implicados o que el titular del bien jurídico (o cualquier otra persona responsable de su protección por el motivo que sea) haya soportado

social y la perturbación de precauciones organizadas para la protección (pág. 142). Vid. también *Blei*, Allg. Teil págs. 321 ss. El § 12 AE restringe los deberes de garante a la *Ley*, a su asunción voluntaria y al actuar precedente. Con este planteamiento conecta la exposición de *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 990 ss.

³⁵ En esta línea camina la doctrina mayoritaria; vid. *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 205 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 244 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 283 ss.; *Esen*, Strafrecht II núm. 25 A núms. 49 ss.; *Henkel*, MSchrKrim 1961, pág. 190; *Jescheck/Goldmann*, ZStW 77 (1965) pág. 123; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 19 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núms. 47 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 9; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik pág. 101; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 666; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 24 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 715 ss. También *Jakobs*, Allg. Teil 29/29, utiliza la teoría de las funciones dentro de su sistema. Por su parte, *Schünemann*, Unterlassungsdelikte, pág. 280, construye una teoría material de la posición de garante sobre la idea de la "equiparación a la comisión" que distingue entre el "dominio sobre la causa esencial del resultado" y el "dominio sobre la predisposición de la víctima"; con ello, sin embargo, no se obtiene ningún beneficio para la seguridad jurídica. La diferenciación entre los deberes de custodia y de aseguramiento se encuentra también en la propuesta legal de *Jescheck*, 140 Jahre GA 1993, pág. 128, para una nueva redacción del § 13.

³⁶ Así, *Geilen*, FamRZ 1964, págs. 390 ss.; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik pág. 54; *Stree*, H. Mayer-Festschrift págs. 146 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 19; *Maurach/Güssel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 64; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 8 ss.

un *riesgo mayor* por confiar en la disponibilidad del garante o que, finalmente, haya renunciado a cualesquiera otras cautelas destinadas a su protección³⁷.

a) El motivo jurídico más poderoso y evidente del que pueden derivarse los deberes de garante viene determinado por el **vínculo natural** que, sin embargo, para poder desplegar efectos jurídico-penales debe descansar sobre una relación *jurídica*. Y en este sentido, sobre todo, son los miembros más próximos de la familia quienes están por lo general recíprocamente obligados a evitar entre sí el acaecimiento de peligros para la vida o el cuerpo; en cambio, no resulta suficiente la existencia de una relación amorosa, de amistad o de vecindad³⁸. Dudoso resulta, no obstante, hasta dónde puede alcanzar el círculo de garantes y si también pueden ser protegidos bienes jurídicos de menor importancia que la vida o el cuerpo.

Ejemplos: Los padres están obligados a proteger la vida y la integridad de los hijos que viven con ellos (BGH 7, 268 [272]; RG 66, 71 [74])³⁹; por el contrario, los hijos no están obligados en relación con sus padres a no ser que excepcionalmente éstos dependan de aquéllos (de otra opinión, BGH 19, 167, donde se afirma sin limitaciones el deber de garante de los hijos adultos⁴⁰; vid. también la BGH NStZ 1984, 149 [153]). En virtud de su vinculación natural el padre tiene el deber para con el hijo de evitar una acción abortiva por parte de la madre (RG DStr 1936, pág. 179; BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 369). En contra del criterio sostenido por la RG 56, 168 (169) ello debe regir también para el embarazo extramatrimonial. La esposa tiene el deber de evitar el incendio en las propiedades del marido (OGH 3, 1 [4]). Rige también un deber de asistencia de los abuelos para con sus nietos (RG 39, 397 [398]; 66, 316 [317]; 72, 373 [374]; OGH 1, 87 [88]) y también entre hermanos⁴¹, pero siempre hay que examinar si concurren las especiales condiciones restrictivas del deber de garante. Sobre la base del § 1353 BGB también es aceptado el deber de garante en la relación conyugal con el fin de preservarse recíprocamente de peligros que puedan acechar a la vida o al cuerpo (RG 71, 187 [189]; BGH 2, 150 [153] con comentario de *Gallas*, JZ 1952, pág. 371; BGH NStZ 1984, pág. 73; OLG Oldenburg DAR 1955, pág. 300), con lo que viene a presuponerse la concurrencia de los requisitos limitadores mencionados más arriba. La jurisprudencia extiende incluso el deber de garante al parentesco por afinidad (BGH 13, 162 [166]) y a los esponsales (BGH JR 1955, pág. 104) sin recurrir ni siquiera a una relación de custodia⁴².

b) Una reconocida fuente de deberes de garante son, además, las **relaciones estrechas de comunidad**. También es aquí determinante que, con origen en las recíprocas relaciones de dependencia y confianza, se asuman riesgos mayores o no se adopten cualesquiera otras medidas de seguridad (comunidad de peligro, convivencia análoga al matrimonio, relaciones de asistencia)⁴³.

³⁷ Subraya acertadamente lo afirmado para el deber de garante que tiene su origen en la asunción voluntaria, *Stree*, H. Mayer-Festschrift págs. 154 ss.; no obstante, estos mismos puntos de vista deben regir para el resto de los casos. En el mismo sentido, *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 49.

³⁸ Asimismo, *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 18; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 667; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 21 ss.; *Lilie*, JZ 1991, pág. 546 (va demasiado lejos con su extensión a "personas cercanas"); *Welzel*, Lehrbuch págs. 213 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 718 ss. Por el contrario, *Schünemann*, Unterlassungsdelikte pág. 357, sólo hace valer como criterio de equivalencia al "dominio personal y efectivo de la protección".

³⁹ *Gallas*, Studien págs. 94 ss., restringe el círculo de garantes derivados de una vinculación personal a la relación entre padres e hijos.

⁴⁰ Mostrando su acuerdo, *Geilen*, FamRZ 1964, pág. 391; críticamente, con razón, *H. Mayer*, Grundriß pág. 79; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 49; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 357 ss.

⁴¹ Disiente *Jakobs*, Allg. Teil 29/62.

⁴² Acertadamente en contra, *Geilen*, FamRZ 1961, págs. 155 ss.; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 18; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 49.

⁴³ Igualmente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 90 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 10;

Ejemplos: El guía de una excursión de montaña está obligado, en tanto que él mismo busca auxilio, a proveer de todas las prendas de abrigo existentes al miembro de la expedición que, a causa de su debilidad, se había quedado atrás (BG Praxis 46 [1957] pág. 302 [306]; vid., además, Obergericht Bern SchwJZ 1945, 42 [44 ss.]). El alojamiento en la propia casa de personas necesitadas de asistencia convierte en deber jurídico el cuidado necesario (RG 69, 321; 73, 389 [391]; 74, 309 [311]). El mismo criterio fue aceptado en una comunidad de vida homosexual (AG Duisburg MDR 1971, pág. 10)⁴⁴. La simple comunidad doméstica, sin embargo, no fundamenta por sí sola una posición de garante (BGH NStZ 1983, pág. 117; NStZ 1984, pág. 163; NStZ 1985, pág. 122)⁴⁵. Tampoco se deriva ningún deber de garante de la circunstancia de haber estado bebiendo juntas varias personas sino que, más bien, cada uno debe velar por sí mismo de la seguridad de su regreso (BGH NJW 1954, pág. 1047). También resulta rechazable un deber de garante genérico deducido de una comunidad de empresa y destinado a evitar daños patrimoniales (de otra opinión, BGH 2, 325 [326]).

c) Una tercera razón jurídica destinada a la fundamentación de una posición de garante es su **asunción voluntaria** frente a la persona que sufre el peligro o frente a un tercero en beneficio de aquélla⁴⁶. Especialmente importante resulta aquí que el afectado, confiando en la disponibilidad para la intervención del garante, se exponga a un riesgo mayor de lo que en otro caso haría o renuncie a cualquier otra protección, puesto que sólo entonces la asunción voluntaria justifica la responsabilidad criminal⁴⁷. La transmisión autorizada de deberes a un tercero exonera al responsable primario (BGH NJW 1964, pág. 1223; BGH 19, 286). Lo determinante para la posición de garante no es la validez jurídica del acuerdo contractual sino que, más bien, aquélla se fundamenta por su asunción material. De ahí que, excepcionalmente, el deber de garante pueda superar la duración de la validez de un contrato (RG 16, 269 [271]; 64, 81 [84])⁴⁸, aunque respecto a su contenido no pueda traspasar los límites de lo acordado (BGH NJW 1983, pág. 350).

Ejemplos: Es garante quien como alpinista experimentado dirige una excursión de montaña (BG Praxis 46 [1957] pág. 302 [307]), el médico que trata a sus pacientes (RG DR 1943, pág. 897; RG 74, 350 [354]), el médico de guardia que sustituye a otros compañeros (BGH 7, 211 [212]), la comadrona que debe aliviar el dolor evitable de su paciente (OLG Düsseldorf NJW 1991, pág. 2979) y el empresario como retenedor del impuesto sobre el salario (BGH 23, 319 [322]). Incluso el deseo de morir del suicida no exonera al médico de cabecera de su deber de garante (BGH 32, 367 [374]). El médico competente es garante de la vida del paciente al que admite de modo estacionario (BGH NStZ 1983, pág. 263); lo es asimismo el médi-

Lackner, § 13 núm. 10; *LK (11.) (Jescheck)* § 13 núm. 25; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 25; *Bärwinkel*, Garantieverhältnisse págs. 137 ss. En contra, por motivos derivados de la seguridad jurídica, *Doering*, MDR 1972, pág. 665. Acerca de la participación en la esfera íntima de otra persona como criterio para las relaciones estrechas de comunidad vid. *Honig*, Schaffstein-Festschrift págs. 98 ss.

⁴⁴ De acuerdo con este criterio, *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen pág. 169; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 91.

⁴⁵ Profundizando en ello, *Rudolphi*, NStZ 1984, págs. 149 ss.

⁴⁶ Asimismo, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 82 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 669 ss.; *LK (11.) (Jescheck)* § 13 núms. 26 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 58 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 26 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 997 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 214.

⁴⁷ Vid. *Stree*, H. Mayer-Festschrift págs. 154 ss.; *Blei*, ibidem págs. 121 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/47; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 58 ss. Acerca de la idea de la confianza vid. también *Pfander*, Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag págs. 163 ss. En contra, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1002.

⁴⁸ Demasiado lejos va, sin embargo, la RG 17, 260 (261) pues en este caso tras la expiración del contrato de asistencia el acusado dejó de ser responsable del cuidado de la víctima, para pasar a serlo el municipio. Subrayando acertadamente la limitación temporal y de contenido de la asunción voluntaria del deber, *Kienapfel*, JBl 1975, pág. 22.

co experimentado y con antigüedad de una clínica en la que aconseja a los recién iniciados (BGH NJW 1979, pág. 1258). También es garante el tabernero que incorpora al tráfico viario a un cliente seriamente embriagado y allí lo abandona a su propia suerte (BGH 26, 35, 39). Por el contrario, quien por deferencia sitúa al volante a un conductor que no está en condiciones de guiar el vehículo, no tiene que impedir que éste tras un descanso vuelva a conducir por sí mismo (OLG Karlsruhe JZ 1960, pág. 178, con comentario aprobatorio de *Welzel*). La praxis ha extendido desmesuradamente el deber de garante en virtud de su asunción voluntaria (BGH 5, 187 [190]; deber de impedir los robos en una empresa sobre la base de un contrato de trabajo; BGH 6, 198: sobre la base de un contrato de obra, se sostiene el deber de comunicar a la otra parte contratante obligada a una prestación previa la situación de insolvencia sobrevenida tras la perfección de aquél). Entretanto, sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado un deber de aclaración derivado de la relación de fidelidad y confianza (§ 242 BGB), para el pago del exceso que se produce por error en el marco de unas relaciones contractuales habituales (BGH 39, 392 [con referencias en págs. 399 ss.] con comentario aprobatorio de *Joerden* JZ 1994, pág. 422).

Los principios relativos al origen del deber de garante rigen también para *funcionarios públicos* que tienen que cuidar de un determinado círculo de deberes y que, en este marco, deben evitar con carácter general los peligros que se ciernen sobre determinados bienes jurídicos. La jurisprudencia, sin embargo, va demasiado lejos en este ámbito apelando directamente a la fundamentación formal del deber de garante consistente en que la Ley fija los concretos deberes jurídicos de carácter público. Y así, fue afirmada en múltiples ocasiones la responsabilidad como garantes de los funcionarios de policía por impedir la persecución de delitos que caían en el ámbito de su competencia, fundamentando de esta forma su responsabilidad por los mismos a título de coautores o de cómplices (RG JW 1939, PÁG. 543; BGH 8, 186 [189])⁴⁹. Frente a ello hay que mantener que sólo puede fundamentarse un deber jurídico de naturaleza pública destinado a la evitación de hechos punibles por parte de un funcionario y, con ello, el deber de garante determinante de su punibilidad, cuando el bien jurídico amenazado le está confiado directamente y su integridad depende de él personalmente (por ejemplo, en el cuidado de presos o de personas internadas o en la ejecución de la persecución penal). Demasiado lejos fue, por tanto, la aceptación de una complicidad por omisión en el delito de favorecimiento de la prostitución (§ 180a I) basada en la posición de garante del director de la oficina municipal de orden público por no intervenir en contra del establecimiento de un burdel (BGH JZ 1986, pág. 967 con comentario crítico de *Rudolphi*, JR 1987, pág. 336 y de *Winkelbauer*, JZ 1986, pág. 1119; de otra opinión para el caso de su conocimiento extraoficial, BGH NSStZ 1993, pág. 383). Tampoco la condena del alcalde de una ciudad por la autoría por omisión de un delito de contaminación del agua (§ 324 I), a causa del retraso en la eliminación de las aguas residuales (BGH NJW 1992, pág. 3247⁵⁰), puede apoyarse en la asunción voluntaria del deber de garante pues el bien jurídico de la salubridad de las aguas no está confiado al alcalde y su integridad no depende de él. La sentencia tampoco puede basarse en este caso sobre el deber de supervisión de una fuente de peligro (vid. *infra* § 59 IV 4b), pues el riesgo de contaminación no procede del municipio sino de los usuarios. En realidad, tanto el director de la oficina municipal de orden público como el alcalde únicamente pueden responder por vía disciplinaria de la omisión producida.

⁴⁹ Sobre la cuestión vid. críticamente *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 54c; *Rudolphi*, NSStZ 1991, págs. 365 ss.; *Herzberg*, pág. 356; *Grünwald*, ZStW 70 (1958) pág. 425; *Schünemann*, ZStW 96 (1984) pág. 311; *Sangenstedt*, *Garantenstellung von Amtsträgern* págs. 529 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núms. 79 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 29.

⁵⁰ Sobre la cuestión vid. *Odersky*, *Tröndle-Festschrift* págs. 295 ss.; *Pföhl*, NJW 1994, pág. 419; *Nestler*, GA 1994, pág. 530 (quien como máximo acepta una complicidad).

4. La **responsabilidad de determinadas fuentes de peligro** es la idea básica que inspira el *segundo grupo* de posiciones de garante. También hay que distinguir entre tres subgrupos. En primer lugar, por medio de un actuar precedente peligroso puede originarse una situación peligrosa para otra persona que el garante tiene que eliminar. En segundo lugar, las fuentes de peligro que están situadas en el propio ámbito de dominio social pueden desencadenar el deber de garante. Finalmente, existe el deber de control sobre la actuación de personas que el garante tiene que supervisar. La extensión de estos deberes de garante que se originan por "la cercanía del peligro" es más estrecha que la del círculo de deberes que surgen de la posición destinada a proteger un bien jurídico determinado. Mientras que en estos últimos el deber de garante se dirige a la defensa del objeto de protección frente a *cualquier* clase de menoscabo, en los primeros el garante *sólo* tiene que mantener bajo control la fuente de peligro misma.

a) El **deber de garante derivado del actuar precedente peligroso** descansa sobre la prohibición de lesionar a otro ("neminem laede"). Quien provoca el peligro de que otro sea dañado (*injerencia*) debe cuidar de que tal riesgo no se materialice en un resultado típico (RG 24, 339; 64, 273 [276]; BGH 4, 20 [22]; 26, 35 [37]; 37, 106 [115])⁵¹. Sin embargo, el deber de evitar el resultado no surge de la simple causación de un peligro sino que, más bien, la idea de injerencia debe ser restringida por tres vías⁵². En primer lugar, el actuar precedente debe haber provocado el peligro *cercano (adecuado)* del ocasionamiento del daño⁵³. En segundo lugar, la actuación previa debe haber sido *contraria a deber* (aunque no sea culpable) desde un punto de vista *objetivo* (BGH 17, 321; 19, 152; 23, 327; 25, 218; 26, 35 [38]; 34, 82)⁵⁴. Finalmente, la *contrariedad a deber* debe consistir en la infracción de la norma que sirve precisamente para la pro-

⁵¹ Asimismo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 248 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 323 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 141 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 95 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/29; *Lackner*, § 13 núm. 11; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 31 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 91; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 671; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 32; *Stree*, H. Mayer-Festschrift págs. 156 ss.; *Welp*, Vorangegangenes Tun págs. 177 ss. Limitadamente, *Pfleiderer*, Garantenstellung aus vorangegangenen Tun págs. 128 ss.; disienten *Lampe*, ZStW 72 (1960) pág. 106; *Langer*, Das Sonderverbrechen pág. 504; *Roxin*, ZStW 83 (1971) pág. 403; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 106 ss., 165 ss., 231 ss., 308 ss.; *el mismo*, GA 1974, págs. 233 ss.

⁵² Así, sobre todo, *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik págs. 110 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 38 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 34 ss.

⁵³ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Grunderath*, Vorangegangenes gefährdendes Verhalten págs. 156 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 97; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 32; *Herzberg*, Unterlassung pág. 301; *Blei*, Allg. Teil pág. 323; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik págs. 120 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 34; *Kienapfel*, JBl 1975, pág. 83; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1005 ss., quien recurre con acierto a la aptitud del comportamiento previo para la producción del resultado y el deber de su impedimento que de ello resulta. En contra, sin embargo, *Jakobs*, Allg. Teil 29/39; *AK (Seelmann)* § 13 núm. 112.

⁵⁴ Así, v. *Hippel*, Tomo II pág. 166; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. II 3d; *Mezger*, Lehrbuch pág. 147; *Blei*, Allg. Teil pág. 324; *Lackner*, § 13 núm. 11; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 33; *Henkel*, MSchrKrim 1961, pág. 183; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik págs. 157 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 35; *Welzel*, Lehrbuch pág. 216; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 673 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 725; *WK (Nowakowski)* § 2 núm. 27. Una extendida opinión, sin embargo, se conforma con *cualquier* acción fundamentadora del peligro sin consideración a su cualificación jurídica; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 248; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 141; *Grunderath*, Vorangegangenes gefährdendes Verhalten págs. 149 ss.; *Heinitz*, JR 1954, pág. 270; *Herzberg*, JuS 1971, pág. 74; *el mismo*, Unterlassung págs. 294 ss.; v.

rección del bien jurídico afectado⁵⁵; rechazable resulta, pues, el criterio mantenido por la BGH 17, 321 (323) en la que el deber de evitar el falso testimonio en un proceso de divorcio fue basado sobre una relación adúltera del acusado con la testigo (vid. también con un criterio correcto las OLG Schleswig NStZ 1982, pág. 116; OLG Hamm NJW 1992, pág. 1977). Por injerencia es también responsable quien neutraliza una condición protectora existente, quien elimina a otra persona dispuesta a la protección y quien hace surgir una nueva fuente de peligro que puede consistir en el desencadenamiento de fuerzas naturales o en la no supervisión de las personas a él confiadas.

Ejemplos: Actualmente la *cercanía del peligro* es exigida con carácter general por la jurisprudencia. Y así, la complicidad en el falso testimonio por omisión de la rectificación de una afirmación falsa, de forma que haya sido creado el peligro especial de un perjurio que no sea característico del proceso en el que se testifica (RG 75, 271 [274 ss.]; BGH NJW 1953, pág. 1399; NJW 1954, pág. 1818; BGH 17, 321 [322]); la persona ebria incapaz de conducir debe haber sido colocada en una situación de peligro intensificada (Bay OLG NJW 1953, pág. 556; OLG Karlsruhe JZ 1960, pág. 178; OLG Oldenburg NJW 1961, pág. 1938). También el requisito de la *contrariedad a deber del actuar precedente* se ha impuesto paulatinamente en la jurisprudencia (anteriormente, con una opinión diversa RG 51, 9 [12]; BGH 3, 203 [205]); no se discute en la BGH 11, 353⁵⁶. Del despacho de bebidas alcohólicas como una "forma de comportamiento reconocido generalmente como socialmente adecuado", no se sigue el deber del hostelero de impedir las acciones punibles de los clientes (BGH 19, 152 [154]; con otro criterio anteriormente, BGH 4, 20). La lesión del agresor en la legítima defensa no convierte al agredido en garante (BGH 23, 327)⁵⁷. El conductor que se ha comportado adecuadamente con las normas de tráfico no posee frente a la única víctima culpable del accidente ninguna posición de garante (BGH 25, 218 [221] con comentario aprobatorio de *Rudolphi*, JR 1974, pág. 160); diferente es el caso en el que el conductor infringe las normas de tráfico y este comportamiento se encuentra en conexión directa con el accidente (BGH 34, 82 [84] con comentario de *Herzberg*, JZ 1986, pág. 987, quien entiende que aquí se ha renunciado al criterio de la *contrariedad a deber*). La introducción en el mercado de un spray para cuero pero dañino para la salud obliga al director de la empresa a su retirada (BGH 37, 106 [115]) con comentario de *Puppe*, JR 1992, pág. 30). Ejemplos de la *neutralización del titular del bien jurídico* los ofrece la jurisprudencia en relación con el § 221 (RG 31, 165 [166]; 54, 273; BGH 4, 113 [115])⁵⁸. El padre soltero que persuade a su prometida a que busque antes del parto un lugar solitario para que el niño deba morir, *anula las instancias de protección* que en otro caso

Liszt/Schmidt, pág. 191; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 99; *Olshausen*, nota preliminar núm. 7c antes del § 47; *Vögr*, ZStW 63 (1951) pág. 403; *Welp*, Vorangegangenes Tun págs. 209 ss. (diferenciando para el caso de legítima defensa págs. 271 ss.; asimismo, *Maiwald*, JuS 1981, pág. 483). Restrictivamente, *Jakobs*, Allg. Teil 29/39. También con un criterio diferenciador, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1009, quien en el actuar precedente cubierto por el riesgo permitido, a diferencia de lo que sucede con los "derechos de intervención", niega el requisito de la *contrariedad a deber*. Vid., además, *Ortol/Brammsen*, Jura 1985, págs. 649 ss. Los casos en los que concurren deberes de aseguramiento del tráfico son tratados *infra* § 59 IV 4b; en ellos se trata de actuaciones previas permitidas.

⁵⁵ Vid. *Stree*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 399 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 33; *Wessels*, Allg. Teil núm. 725.

⁵⁶ La opinión contraria se remite sobre todo a la situación de legítima defensa y teme una especie de "situación de intranquilidad" para el agresor herido (*Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 248); pero lo hace incorrectamente pues el agredido está siempre sometido al deber de prestación de auxilio según el § 323c.

⁵⁷ La sentencia, intensamente discutida, es rechazada por *Eser*, Strafrecht II núm. 27 A núm. 11; *Herzberg*, MDR 1971, págs. 74 ss.; *Welp*, JZ 1971, págs. 433 ss. Mostrando adecuadamente su acierto, *Bringewat*, MDR 1971, págs. 716 ss.; *LK (11.ª) (Spendel)* § 32 núm. 334; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 37; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 41.

⁵⁸ Vid. al respecto *SK (Horn)* § 221 núm. 6.

existirían (RG 66, 71). El caso principal de la posición de garante derivada de un actuar precedente es la *apertura de nuevas fuentes de peligro*. Y así, en especial el conductor que contrariamente a deber sitúa a otro en peligro de muerte debe procurar como garante el auxilio médico (BGH VRS 13, 120 [122]; BGH 7, 287 [288]; vid. también la BGH 25, 218). Quien hace que otro se emborrache de forma que éste ya no pueda actuar responsablemente, debe evitar los peligros que se ciernen sobre el propio embriagado y sobre terceras personas (BGH 19, 152 [155])⁵⁹. En la autopuesta en peligro realizada responsablemente por otra persona (entrega de heroína para el propio consumo) también es defendible la posición de garante del suministrador si aquél se encuentra en peligro de muerte (BGH NStZ 1984, pág. 452; de otra opinión, OLG Stuttgart MDR 1981, pág. 157). Incluso la creación contraria a deber del peligro de comisión un hecho punible por parte de una persona plenamente capaz debe comportar responsabilidad penal por la omisión de la prevención del delito (BGH 2, 279 [283 ss.]; 17, 321 [323]), aunque sólo sea a título de complicidad por omisión⁶⁰.

b) De forma correlativa al deber de garantizar la seguridad del tráfico en Derecho civil (BGH NJW 1961, 868 [869]; NJW 1962, 791 [792])⁶¹, también en Derecho penal existe un **deber de garante para el control de fuentes de peligro** que estén situadas dentro del propio ámbito de dominio y, ciertamente, sin consideración ninguna a la asunción voluntaria de su custodia o a un actuar precedente infractor⁶² (de ahí que este punto de vista deba diferenciarse de las dos fuentes del deber de garante tratadas anteriormente⁶³). La fundamentación para ello reside en que la comunidad debe poder confiar en que, quien ejerce el poder de disposición sobre un determinado ámbito de dominio o sobre un espacio delimitado que está abierto a los demás o que puede influir sobre ellos, domina los peligros que en este ámbito pueden derivarse bien de estados o situaciones peligrosas o bien de animales, dispositivos o instalaciones.

Ejemplos: Es garante quien como arrendatario asume el deber de echar arena contra el hielo (OLG Celle NJW 1961, pág. 1939), quien asume la supervisión de los automóviles de una empresa para preservar la seguridad del tráfico (OLG Hamm VRS 20, pág. 465) o quien ante una parada repentina debe advertir al tráfico que le sigue (BGH VRS 17, 424 [428]). La omisión indebida de la iluminación de un pasillo conduce a la aplicación del § 230⁶⁴ si, a consecuencia de la oscuridad, alguien resulta herido (RG 14, 362 [363]). El deber de garante del titular de una vivienda destinado a evitar los delitos que otros cometen en su interior puede derivarse del hecho de que aquella, a causa de su estado o situación, se presente como una fuente de peligro (BGH 30, 391 [396]; BGH NJW 1993, pág. 76). La responsabilidad del titular de un vehículo por no mantenerlo en condiciones de seguridad para el tráfico reside en su deber de supervisión del mismo (BGH VRS 17, 388 [390]); lo mismo sucede si aquél no impide la conducción de un vehículo a quien no se encuentra capacitado o habilitado para ello (BGH 18, 359 [361]; BGH VRS 14, 191 [195]; VRS 20, 282). El propietario de una casa debe evitar el incendio en tanto que de éste se derive un peligro para la colectividad (§ 306) (OGH 3, 1 [3 ss.]). De la dirección de una obra se derivan deberes graduales de control para los distintos intervinientes

⁵⁹ Vid. *Cramer*, GA 1961, pág. 101; *Geilen*, JZ 1965, págs. 469 ss.

⁶⁰ Vid. *Gallas*, JZ 1960, pág. 687; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 42.

⁶¹ Vid. *v. Caemmerer*, *Gesammelte Schriften* Tomo I págs. 562 ss.; una recopilación de la jurisprudencia penal puede encontrarse en *Schünemann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 303 ss. Vid., además, *Kuhlen*, *Strafrechtliche Produkthaftung* pág. 173 nota a pie núm. 16.

⁶² Vid. *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núms. 43 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 35; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 26 ss.; *Granderath*, *Vorangegangenes gefährdendes Verhalten* págs. 161 ss.; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 675 ss.; *Sratenwerth*, *Allg. Teil* I núms. 1019 ss.

⁶³ Vid. *Kugler*, *Ingerenz* págs. 147 ss.; *Otto*, NJW 1974, pág. 532; *Schünemann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 284 ss.

⁶⁴ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

(BGH 19, 286 [288 ss.]; OLG Karlsruhe NJW 1977, pág. 1930; OLG Stuttgart NStZ 1985, pág. 124)⁶⁵. El dueño de un animal doméstico es responsable dentro de los límites de su deber de cuidado por los daños ocasionados por sus animales (OLG Bremen NJW 1957, pág. 72; OLG Bremen VRS 23, 41 [42]). Un campo de fútbol debe estar protegido de la carretera nacional (BGH VRS 18, 48 [51]). También existe un deber de aseguramiento de la circulación en las pistas de ski (BGH GA 1971, pág. 333; NJW 1973, pág. 1379)⁶⁶. Estando sobrio el alcohólico crónico que es titular de un vehículo debe incluso deshacerse del mismo (omissio libera in causa) (BayObLG JR 1979, pág. 289, con comentario de *Horn*).

Por el contrario, el hostelero no debe ser castigado por un delito de receptación basado en su colaboración en la venta cuando no impide el ofrecimiento en su local de los objetos robados (de otra opinión RG 58, 299; correctamente sin embargo OLG Schleswig NJW 1954, pág. 285), puesto que las estancias del restaurante no son ninguna fuente de peligro⁶⁷. Incluso la violación que se desarrolla en una taberna en la que el dueño deja que ésta tenga lugar sólo debe desencadenar la punibilidad en virtud del § 323c (BGH GA 1971, pág. 337). Y cuanto más si lo que se comere son unas lesiones corporales (de otra opinión, BGH NJW 1966, pág. 1763). También se formulan objeciones frente al deber de garante que se fundamenta en el alojamiento de otro en la propia vivienda (así, sin embargo, BGH 27, 10 con comentario crítico de *Naucke*, JR 1977, pág. 290)⁶⁸. Finalmente, tampoco por medio de una "posición de monopolio" en un ámbito determinado de dominio puede ser fundamentado el deber de prestación de auxilio⁶⁹; así sucede, por ejemplo, cuando el capitán de un barco descubre a un polizón a bordo y no cuida de él, de modo que éste acaba sufriendo graves daños para su salud⁷⁰. La sentencia BGH NJW 1992, pág. 3247, acerca de la responsabilidad penal del alcalde de una ciudad por la omisión de la eliminación de aguas residuales, no puede fundamentarse sobre el deber de supervisión de una fuente de peligro puesto que la contaminación del agua no deriva del municipio sino de los usuarios (vid. *supra* § 59 IV 3c *in fine*).

c) Del punto de vista relativo a la cercanía del peligro puede derivarse también **responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas** y, en verdad, sin consideración alguna a un actuar precedente o a la asunción voluntaria del deber⁷¹. Decisiva es además la idea de que la colectividad, en atención a posiciones de autoridad o vigilancia existentes, confía en que el obligado controla los riesgos que proceden de la persona a la que se supervisa.

Ejemplos: Las personas encargadas de la educación de menores de edad que se encuentran bajo su supervisión deben cuidar de que éstos no cometan delitos (BGH FamRZ 1958, pág. 211); en cambio, no sucede lo mismo con el padre respecto a su hijo ya adulto (de otra opinión la KG JR 1969, pág. 27, con comentario crítico de *Lackner*). La posición de garante de los superiores jerárquicos en la función pública (§ 357) y de los militares de mayor rango (§ 41 WStG) está regulada en la propia Ley. Para los oficiales de barco se deriva del § 108 SeemannsG la obligación de impedir los actos de contrabando de la tripulación

⁶⁵ *Gallas*, Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten págs. 32 ss.; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen págs. 259 ss.

⁶⁶ *Padrutt*, SchwZStr 87 (1972) pág. 63.

⁶⁷ En el sentido del texto, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1020; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 44; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 37; *Herzberg*, Die Unterlassung págs. 332 ss.

⁶⁸ En el sentido del texto, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 91; *Jakobs*, Allg. Teil 29/37; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1020; vid. también BGH NJW 1993, pág. 76.

⁶⁹ Así, acertadamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1020.

⁷⁰ Sobre la cuestión en su conjunto vid. *Lanscheidt*, Stellung in Räumlichkeiten págs. 73 ss. Negando con razón un deber de garante del propietario de una casa en relación con el insulto escrito en uno de sus muros, *Weber*, Oehler-Festschrift pág. 93.

⁷¹ *AK (Seelmann)* § 13 núms. 127 ss.; *Lackner*, § 13 núms. 14 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 41 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 51 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 32 ss.; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 323 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 994; *Wessels*, Allg. Teil núm. 724.

(RG 71, 176 [177]). Lo mismo sucede con el deber de garante que posee el maestro con sus alumnos respecto a los delitos cometidos en el ámbito escolar. El personal de prisiones es responsable de que los internos no cometan acciones punibles (RG 53, 292).

Por el contrario, no existe un deber jurídico del capataz en la evitación de un hurto que perjudica al empresario por parte de un trabajador subordinado a aquél (OLG Karlsruhe GA 1971, pág. 281); demasiado lejos va la decisión de hacer responsable como garante al ingeniero de caminos cuyo chófer, sin haber bebido alcohol durante el camino, provoca un accidente y respeta el deber de no alejarse del lugar del siniestro (BGH VRS 24, 34). De la comunidad de vida marital no se derivan ningún tipo de deber de impedir la comisión de delitos (con otro criterio, RG 64, 162 [166]; 74, 283 [285]; BGH 6, 322 [323 ss.]; BGH NJW 1953, pág. 591; BGH LM § 47 núm. 5; mostrando sus dudas, no obstante, BGH 19, 295 [297]; en el sentido del texto, OLG Stuttgart NJW 1986, 1767 [1768 ss.])⁷². El Tribunal Federal suizo ha aceptado un deber de intervenir del titular de la empresa frente al tráfico prohibido de armas de sus directivos (BGE 96, IV 155) ("Caso Bühle"; sobre el mismo vid. *Schubarth*, SchwZStr 92 [1972] págs. 369 ss.).

5. El deber de garante puede derivarse por varias de las causas mencionadas anteriormente (por ejemplo, el padre no rescata a un hijo que se ha puesto a sí mismo en peligro de muerte de forma negligente; vid. también el caso resuelto por la BGH JR 1957, pág. 347). Tal **concurso de deberes de garante** fortalece la exigibilidad de la acción de rescate (vid. *infra* § 59 VIII). Si concurren deberes de acción incompatibles frente a distintas personas, entonces estaremos ante un supuesto de conflicto de deberes (vid. *supra* § 47 I).

V. La correspondencia con los elementos de la acción (segundo criterio de equivalencia)

1. En los delitos de omisión impropia la imputación objetiva del resultado típico descansa sobre el hecho de que, en lugar de la causación de aquél por un hacer positivo, tiene lugar su no evitación frente a la vigencia de un deber de garante (vid. *supra* § 59 IV 1)⁷³. Frente a los delitos de causación pura como el homicidio (§ 212), lesiones corporales (§ 223), daños (§ 303) o incendio imprudente (§ 309⁷⁴), hay sin embargo infracciones penales comisivas en los que el hecho típico no consiste en la producción por sí sola del resultado, sino que ésta debe acontecer de una *forma y manera determinada*.

Ejemplos: En la estafa (§ 263) el perjuicio patrimonial debe ser provocado mediante "engaño" y en la extorsión (§ 253) por medio de "violencia o amenaza de un mal sensible". El favorecimiento de acciones sexuales por parte de menores de edad (§ 180) presupone un hecho "por mediación o suministro de la oportunidad". Sólo concurren unas lesiones corporales agravadas (§ 223a⁷⁵) cuando el perjuicio para la salud se inflige "mediante un instrumento peligroso" o de cualquier otro modo similar.

En estas disposiciones penales el injusto específico de la acción no consiste sólo en la causación del resultado típico sino, *también*, en la forma y modo de comisión del hecho. ¿Pero qué sucede en estos casos con el **injusto de acción de los delitos de omisión** si, por regla general, el sim-

⁷² H. Mayer, *Materialen* Tomo I pág. 275, a la vista de la actual praxis, habla de "responsabilidad parental". En el mismo sentido se pronuncia ahora la doctrina mayoritaria; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 59; *Tenckhoff*, JuS 1978, pág. 311; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 53; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 43; *Lackner*, § 13 núm. 14; *Wessels*, Allg. Teil núm. 724; *Geilen*, FamRZ 1961, págs. 157 ss.; *Bärwinkel*, *Garantieverhältnisse* págs. 154 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 668; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 214.

⁷³ *Arzt*, JA 1980, pág. 553, habla de la "función de filtro" de la posición de garante.

⁷⁴ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

⁷⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

ple hecho de permanecer inmóvil no puede cumplir con los elementos positivos de la acción⁷⁶; Como segundo criterio de equivalencia el § 13 exige que la omisión debe *corresponderse* con la realización del tipo legal por medio de una acción. Por lo tanto, el injusto específico de acción de la no evitación del resultado en los delitos con elementos especiales de la acción sólo puede corresponderse con el hacer positivo si el resultado se realiza aproximadamente como exige el tipo (por ejemplo, mediante engaño, violencia, procurando una oportunidad o empleando un instrumento peligroso) o de una forma que pueda equipararse valorativamente (BGH 28, 300 [307]: la omisión de la eliminación de interferencias por el tacógrafo no constituye una intervención perturbadora en el sentido del § 268 III)⁷⁷. Éste es el único sentido de la cláusula de equivalencia del § 13 I⁷⁸. En cambio, la ausencia del injusto de acción no puede ser compensada a través de una "valoración global del hecho" pues conduciría a una puesta en peligro de la seguridad jurídica⁷⁹. Lo que resulta dudoso es dónde hay que buscar los elementos de la correspondencia como, por ejemplo, cuando en la estafa el autor no engaña sino que deja que el error suceda o que se mantenga. En cualquier caso, hay que recurrir tanto al ámbito del injusto como al de la culpabilidad si el autor ha provocado (sin dolo) el error mismo o cuando ha abusado de una relación de confianza especialmente estrecha⁸⁰.

2. Determinados delitos exigen además la existencia de *elementos especiales de la autoría*. Éstos pueden concurrir sin mayor problema en el autor de la omisión cuando se trata de elementos determinantes de un status jurídico (por ejemplo, la condición de funcionario, §§ 11 I núm.

⁷⁶ *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 682, excluye siempre en estos casos la posibilidad de una omisión típica.

⁷⁷ En este sentido se pronuncia inequívocamente el E 1962 Fundamentación pág. 125; de forma imprecisa, por el contrario, BT-Drucksache VI/4095 pág. 8. La doctrina mayoritaria se muestra a favor de la limitación del segundo criterio de equivalencia a los tipos que poseen modalidades comisivas que van más allá de la causación del resultado; vid. *Gallas*, Niederschriften Tomo XII pág. 80; *el mismo*, ZStW 80 (1968) págs. 19 ss.; *Jescheck*, Niederschriften Tomo XII págs. 96 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 330; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 142; *Jakobs*, Allg. Teil 29/7, y 78 ss.; *Herzberg*, Unterlassung págs. 66 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 288; *el mismo*, JuS 1964, pág. 177; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 5 ss.; *Kienäpfel*, ÖJZ 1976, 199 ss.; *Kübl*, Allg. Teil § 18 núms. 122 ss.; *Roxin*, Einführung págs. 6 ss.; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik págs. 57 ss.; *Schönkel/Schröder/Stree*, § 13 núm. 4; *Schünemann*, ZStW 96 (1984) págs. 313 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 18; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1036; *Welzel*, Lehrbuch pág. 219; *Eser*, Strafrecht II núm. 25 A núm. 42; *Wessels*, Allg. Teil núm. 730; AE Fundamentación del § 12 *in fine*. Mostrando sus dudas frente a la fórmula de equivalencia *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 252; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen pág. 338. Por el contrario, hay que rechazar la opinión de que también en los delitos de resultado que no poseen elementos especiales de la acción debe tener lugar un segundo examen sobre la equivalencia entre la omisión y la acción; en este sentido, sin embargo, *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 219 ss.; *Kahlo*, Pflichtwidrigkeitszusammenhang pág. 322; *Henkel*, MSchrKrim 1961, págs. 178 ss.; *Arthur Kaufmann/Hassemer*, JuS 1964, pág. 153; *Pallin*, ZStW 84 (1972) pág. 200; *WK (Nowakowski)* § 2 núm. 13; österr. OGH JBl 1972, pág. 276.

⁷⁸ Disiente de una cláusula general de esta naturaleza *Nitze*, Entsprechungsklausel págs. 107 ss.

⁷⁹ En esta dirección, *Blei*, Allg. Teil pág. 331; *Arzt*, JA 1980, pág. 717; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 17; *Lackner*, § 13 núm. 16; *AK (Schild)* nota preliminar núm. 194 antes del § 13; OLG Karlsruhe MDR 1975, pág. 771.

⁸⁰ Vid. *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 5; *Roxin*, Einführung pág. 7; *Jakobs*, Allg. Teil 29/78 ss. (con ejemplos); *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1036; *Runte*, Jura 1989, pág. 130 ("la no aclaración del lado de una de las partes contratantes acerca de un cambio decisivo del sustrato fáctico se corresponde con una acción engañosa").

2, 340, o la de médico en el § 278). Por el contrario, en los delitos que presuponen una determinada forma de vida (verbigracia, en el de rufianería del § 181a) o que sólo pueden ser cometidos de propia mano (vid. *supra* § 26 II 6) está excluida una autoría por omisión porque el autor sólo puede ser quien, respectivamente, lleva esa forma de vida o realiza por sí mismo la conducta incriminada⁸¹. Además, en la mayoría de las ocasiones estas disposiciones no presuponen un resultado típico sino que se agotan con la realización de una simple actividad, de modo que por ello no pueden ser cometidas mediante una simple omisión (vid. *supra* § 59 III 1).

VI. El dolo en los delitos de omisión

Tampoco las reglas que se desarrollaron en los delitos de comisión relativas al *dolo* (vid. *supra* § 29 III) pueden ser aplicadas directamente a los delitos de omisión. Más bien, requieren una **adaptación** al hecho de que está ausente un hacer positivo portador de una voluntad de actuación. Y así, en primer lugar, en los delitos de omisión el tipo objetivo y, con ello, el propio *objeto del dolo*, está estructurado de un modo diverso al de los delitos de comisión; y, en segundo lugar, también en parte la propia *estructura del dolo* debe determinarse de una forma distinta⁸².

1. Al *tipo objetivo de los delitos de omisión* pertenecen la situación típica, la ausencia de la acción preceptiva y la capacidad individual de acción en la situación concreta (BGH NJW 1953, pág. 1838; OLG Köln NJW 1973, pág. 861). Asimismo, en los delitos de omisión impropia se añaden el resultado típico y la probabilidad rayana en la certeza de su evitabilidad. Durante mucho tiempo fue dudosa la cuestión de si, además, en el tipo objetivo del delito omisivo habría que contar también con el *deber de garante* (así ocurría anteriormente en relación con los delitos de comisión impropia, BGH 2, 150 [1551]; 3, 82 [89]; 4, 327 [331]; 5, 187 [189]; 14, 229 [2321]; acerca de los delitos de omisión propia, RG 52, 99 [102]; 75, 160 [163]; BGH GA 1959, 87 [89]; BGH JZ 1958, 506 [508]). Sin embargo, hay que decir que al tipo del delito de omisión impropia **sólo pertenecen los elementos de la posición de garante**, pero no el deber de acción mismo que se deriva de aquélla; dicho deber, al igual que sucede con la obligación de abstenerse en los delitos de comisión, es una parte integrante de la antijuricidad (BGH 16, 155 [158])⁸³.

⁸¹ Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 288; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik pág. 63; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 10.

⁸² La visión de *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss., 110 ss., 309 ss.; *el mismo*, v. *Weber-Festschrift* págs. 218 ss. y *Welzel*, Lehrbuch pág. 205, de que en los delitos de omisión no existe dolo por la ausencia de finalidad, está ya superada; vid. *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift págs. 286 ss.; *LK (11.ª)* (*Jescheck*) nota preliminar núm. 96 antes del § 13; *Roxin*, ZStW 74 (1962) pág. 530; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 21 antes del § 13; *Spendel*, JZ 1973, pág. 141; *Jakobs*, Allg. Teil 29/82; *Schönkel/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 93; *LK (11.ª)* (*Schroeder*) § 16 núms. 216 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1037. Vid., además, BGH NJW 1992, pág. 583.

⁸³ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 253 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 335; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 240 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 12; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 129 ss., 306 ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1963, págs. 504 ss.; *Lackner*, § 15 núm. 7; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 82 ss.; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift págs. 198 ss.; *Schönkel/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 94; *Wessels*, Allg. Teil núm. 732; *WK (Nowakowski)* § 2 núm. 32. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1039, exige también en relación con el deber de garante "una valoración paralela en la esfera del profano", en el sentido de que el omitente, como mínimo, haya sido consciente "de su responsabilidad por un determinado ámbito fáctico". Por el contrario, *Kohlrausch/Lange*, System nota preliminar II 3 y *E. A. Wolff*, Kausalität págs. 49 ss., sostienen que el deber de garante también pertenece al tipo.

En la misma línea camina la distinción en los delitos de omisión propia entre el supuesto de hecho descrito en el tipo y conectado con el deber jurídico de actuar y el deber de acción mismo que no pertenece al tipo (BGH 19, 295 [298])⁸⁴.

2. En los delitos comisivos el *contenido del dolo* es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal (vid. *supra* § 29 II 2). En aquéllos, el querer reside en la dirección del hacer positivo con lo que, como mínimo, el autor se conforma con la realización del tipo legal; por su parte, el conocimiento reside en que el autor al menos ha considerado seriamente el cumplimiento del tipo legal (vid. *supra* § 29 III 3a). La cuestión reside en si en la omisión existe una **relación comparable** del autor con el tipo objetivo⁸⁵.

a) Puede suceder que el autor de la omisión, a la vista de la situación típica y con conciencia de su capacidad de acción, adopte la **resolución** de permanecer inactivo⁸⁶.

Ejemplos: El médico de guardia decide no ingresar por la noche a un herido grave por no quedar ninguna cama libre (OLG Köln NJW 1957, 1609 [1610]). El taxista que ha llevado a un camino vecinal apartado a varios jóvenes y una chica se decide a no evitar la violación que se comete en su vehículo para "no tener nada que ver con el asunto" (BGH 16, 155 [159]).

En estos supuestos el conocimiento y la voluntad se comprueban y se diferencian como en el delito de comisión. Tanto el médico con su paciente como el taxista con la víctima de la agresión sexual *quieren* abandonarlos a su propia suerte, sabiendo también exactamente lo que sucede.

b) Sin embargo, no siempre es demostrable una auténtica resolución dirigida a abandonar el curso de las cosas a la vista de su desarrollo peligroso⁸⁷. Ello sucede especialmente cuando la situación típica no experimenta ninguna agravación dramática, sino que se desarrolla paulatinamente y, en consecuencia, el autor de la omisión no puede esforzarse en adoptar una resolución.

Ejemplos: La esposa descubre poco a poco que su marido proyecta el robo de un banco. Cuando una mañana aquél sale de la casa con un martillo aquélla piensa para sí misma: "ahora lo va a hacer", pero no dice nada (BGH 19, 295 [296]). Con el tiempo la esposa se da cuenta de que su amante trama acabar con la vida de su marido, pero no hace nada por evitar el asesinato (RG 73, 52).

En tales casos, difícilmente puede hablarse de una resolución a permanecer inactivo como decisión de la voluntad. En ellos, más bien, el dolo se agota en el **conocimiento** de la situación típica y en la **conciencia** de la propia capacidad de acción. Deja de estar presente una intervención de la voluntad en la omisión y, en consecuencia, tampoco es posible la "intención" como modalidad de dolo (vid. *supra* § 29 III 1)⁸⁸. En estos supuestos es suficiente con que el omitente,

⁸⁴ Así, la doctrina mayoritaria; vid. *Geilen*, JuS 1965, pág. 427; *Welzel*, NJW 1953, pág. 329.

⁸⁵ Acepta la homogeneidad entre el dolo de la acción y de la omisión, *Lampe*, ZStW 72 (1960) pág. 99; *el mismo*, ZStW 79 (1967) págs. 508 ss.

⁸⁶ De acuerdo con el parecer mayoritario de la doctrina, la posibilidad real de que ello suceda se apoya en las teorías de la interferencia sobre la causalidad de la omisión; vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 143; *Engisch*, JZ 1962, pág. 190; *Hardwig*, ZStW 74 (1962) pág. 34; *Lampe*, ZStW 72 (1960) págs. 98 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 120; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 96; *H. Mayer*, Grundriß pág. 81; *Roxin*, ZStW 74 (1962) pág. 530; *Schulz*, SchwZStR 77 (1961) pág. 209; *E. A. Wolff*, Kausalität págs. 47 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1042.

⁸⁷ Vid. *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift págs. 285 ss.; oponiendo objeciones, sin embargo, *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 32.

⁸⁸ Así, *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift pág. 289. Negando en todo caso el dolo en la omisión, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 126.

como mínimo, se mueva dentro de los límites de la conciencia⁸⁹ de aquello que sucede, de lo que debió y también de lo que pudo hacer (BGH GA 1968, pág. 336); así sucede, por ejemplo, cuando la esposa del ladrón de bancos intuíó lo que iba a suceder y se decía a sí misma que por lo menos debería intentar disuadir a su marido del plan delictivo (§ 139 III). Delitos de intención como la estafa (§ 263) son igualmente posibles si el autor se decide a no aclarar un error determinado para alcanzar así la ventaja dimanante de la disposición patrimonial de quien yerra⁹⁰. Cuando falta la resolución la dificultad reside sobre todo en la delimitación del dolo eventual de la culpa consciente, porque en absoluto tiene lugar un auténtico esfuerzo volitivo en el que pueda ser acogida la posibilidad de realización del tipo (vid. *supra* § 29 III 3a). En esta situación resulta determinante la **representación** que tenga el omitente en torno a la situación típica, la posición de garante y la posibilidad de acción (BGH *Holtz*, MDR 1984, pág. 795), así como la actitud personal ante el curso del acontecimiento: si, como sucedía con la mujer del ladrón de bancos, el omitente considera seriamente la posibilidad de que el hecho suceda y se conforma con la realización del tipo, entonces hay que aceptar la existencia de un dolo eventual; en cambio, si confía en que el otro finalmente abandone el hecho, como posiblemente sucedía con la mujer del asesinado, entonces sólo entra en juego la imprudencia consciente⁹¹.

3. La opinión mayoritaria está en contra de la teoría, ya rechazada *supra* § 59 VI nota a pie núm. 82, de que en los delitos de omisión no existe el dolo y de que aquí el injusto de acción se determina de otro modo: a saber, por medio de la *ausencia de la resolución* de llevar a cabo la acción preceptiva, cuando se ha reconocido la situación típica y la posibilidad de rescate⁹². En contra de ello habla sin embargo el hecho de que algo puramente negativo no podría sustituir al dolo. Si, como mínimo, el autor de la omisión no se ha representado la acción preceptiva "dentro de los límites de la conciencia" entonces ha actuado como mucho de forma imprudente⁹³.

VII. La imprudencia en los delitos de omisión

1. La "comisión" imprudente también entra en consideración en los delitos omisivos. En los *delitos de omisión propia* el Código penal castiga la imprudencia en algunos casos (por ejemplo, §§ 138 III, donde por lo menos es exigido el conocimiento del hecho inminente; 283 V

⁸⁹ Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 144; *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift págs. 294 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/87; *Platzgummer*, Bewußtseinsform págs. 63 ss., 82 ss.; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift pág. 201 nota a pie núm. 67; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 113; *Wessels*, Allg. Teil núm. 732. Por el contrario, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1045 y *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 24, antes del § 13, exigen sólo la representación de que podría haber concurrido una posibilidad de rescate.

⁹⁰ Así también, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 98; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 27 ss. antes del § 13; *Maaß*, Betrug verübt durch Schweigen págs. 7 ss.

⁹¹ Vid. *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 26 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 98; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1048.

⁹² Así, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss., 110 ss., 309 ss.; *el mismo*, v. *Weber-Festschrift* págs. 218 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 201.

⁹³ Vid. el ejemplo de *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift pág. 293. Pero vid. también las objeciones opuestas por *Geilen*, JuS 1965, pág. 428, en contra de premiar al autor de la omisión completamente indiferente. En el mismo sentido del texto, sin embargo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1045; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 216 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 94; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 24 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 694.

núm. 1 en conexión con el apartado 1 núm. 5; 326 IV en conexión con el apartado 2)⁹⁴. *Delitos de omisión impropia* regulados legalmente en los que es suficiente la imprudencia son la puesta en peligro del tráfico viario por no poner en conocimiento la existencia de vehículos parados o estacionados en la calzada (§ 315c I núm. 2g en conexión con el apartado 3) y la vigilancia oficial deficiente (§ 41 III WStG). En ellos se exigía anteriormente el conocimiento de la situación típica (así en los §§ 121 II, 347 II, en su redacción anterior), pero de acuerdo con el Derecho vigente es también en este punto bastante con la imprudencia (así, en el § 315c III núm. 2 y en el § 41 III WStG). Los *delitos de omisión impropia* no regulados legalmente pueden ser cometidos por imprudencia siempre que el tipo comisivo correspondiente pueda realizarse imprudentemente (por ejemplo, §§ 222, 230⁹⁵, 309⁹⁶, 345 II).

2. La **estructura de la imprudencia** en los delitos omisivos es, en principio, la misma que en los de comisión (vid. *supra* § 54 I 3 y 4), aunque se derivan posibilidades especiales de imprudencia⁹⁷.

Ejemplos: La falta de cuidado puede referirse al reconocimiento de la situación típica (el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada no se da cuenta del acaecimiento de la situación de insolvencia, § 84 GmbHG) o al examen de la propia capacidad de acción (el conductor del vehículo averiado no cae en la cuenta de que porta consigo un triángulo de emergencia, § 315c núm. 2g, III). También entra en consideración la propia ejecución defectuosa de la acción de rescate (el confidente del plan delictivo no piensa en una comunicación telefónica de la información, § 138 III; el jefe de piscina lanza un salvavidas al niño que se ahoga en lugar de sacarlo él mismo del agua; el amigo que cuida por sí mismo de quien se ha envenenado con somníferos sin requerir la ayuda de un médico [AG Duisburg MDR 1971, pág. 1027]; el compañero de piso que no cae en la idea de conducir a la oficina de protección de menores a un niño que por abandono se encuentra en peligro de muerte [BGH NStZ 1985, pág. 122], § 222)⁹⁸. Finalmente, en los delitos de omisión impropia la imprudencia puede estar referida al acaecimiento inminente del resultado típico (la madre que abandona descuidadamente a un niño pequeño durante veinticuatro horas no piensa que con ello podría ocasionar un daño a la salud, § 230⁹⁹). Esto es de importancia sobre todo para los delitos cualificados por el resultado (vid. *supra* § 54 III 2).

Por último, la imprudencia puede referirse a la existencia de la posición de garante¹⁰⁰.

⁹⁴ Ello sucede con mayor frecuencia en Derecho penal especial (vid., por ejemplo, § 401 II AktG; § 84 II GmbHG; § 21 II núm. 1 en conexión con el apartado 1 núm. 2 StVG) y es mucho más frecuente en Derecho administrativo sancionador (vid., por ejemplo, § 32 I núms. 1, 3, 7, 10-13 BtMG; § 46 I núm. 5 AtomG).

⁹⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

⁹⁶ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

⁹⁷ Vid. *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 172 ss. (bajo al restricción de la imprudencia omisiva a la tentativa fracasada de cumplimiento del mandato); *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 97; *Lackner*, § 15 núm. 54; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* pág. 695; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 207, 222 ss.; *Struensee*, *JZ* 1977, págs. 217 ss.; *Jakobs*, *Allg. Teil* 29/93 ss.; *Schöne*, *JZ* 1977, págs. 157 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 143.

⁹⁸ Quien *conscientemente* hace menos de lo que resulta necesario para el rescate actúa dolosamente; vid. el caso del schweiz. BGE 73 IV 164, citado por *Stratenwerth*, *Allg. Teil* I núm. 1049 (homicidio doloso cuando, en relación con un niño inconsciente a causa del maltrato, la madre sólo emplea medios caseros inadecuados para reanimarle por temor a que los hechos fueran descubiertos por el médico).

⁹⁹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

¹⁰⁰ En contra, *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 223.

Ejemplo: Actúa imprudentemente la maestra que desde la sala de profesores contempla el juego peligroso de unos niños que trepan, y en el que posteriormente uno de ellos sufre un accidente mortal, cuando no verifica que se trata de niños de su propia escuela a los que debería haber prohibido el juego.

VIII. La exigibilidad en los delitos de omisión

1. Al igual que en el delito comisivo (vid. *supra* § 33 V 1a), también en el omisivo el deber de acción puede concurrir con otro deber de omisión de modo que al autor no le quede otra alternativa que infringir uno u otro. En este caso el sujeto está cubierto por un *conflicto de deberes de naturaleza justificante* si cumple con la obligación de mayor rango. Aquí no se trata, pues, de un problema de exigibilidad.

Ejemplo: El clérigo, al que el autor se había confiado como guía espiritual, omite la denuncia de asesinatos inminentes de un delincuente sexual en atención al secreto de confesión (§ 139 III).

Igualmente, tampoco se trata de un problema de exigibilidad cuando concurren deberes de acción y de omisión *del mismo valor* (vid. en detalle *supra* § 33 V 1b, c).

2. Sin embargo, en determinados *delitos de omisión propia* la **inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma** hace ya decaer el deber de acción y, con ello, el propio tipo penal (vid. *supra* § 47 II 3c). Y así, para la omisión del deber de socorro (§ 323 c) rige la limitación de que nadie debe correr con un serio peligro para su persona o con pérdidas de considerable importancia al cumplir con su deber de auxilio¹⁰¹. Asimismo, de acuerdo con el § 138, está liberado del deber de denuncia quien es sospechoso de haber intervenido en el delito o en su planificación (BGH FamRZ, 1964 416 [418])¹⁰². La limitación del deber de acción por medio de la **inexigibilidad** está aquí, por tanto, **fijada por el tipo**¹⁰³. Sin embargo, los principios desarrollados en torno a los §§ 138 y 323c no pueden ser trasladados a todos los delitos de omisión, ni siquiera a todos los de omisión propia¹⁰⁴.

Ejemplos: Frente a la invitación del dueño de la casa a que se marche (§ 123 I, segunda alternativa), el delincuente que es perseguido no puede alegar el peligro de ser detenido. El conductor que no hace ver a los otros vehículos que su coche se encuentra estacionado por avería en la calzada (§ 315c I núm. 2g) no puede objetar que para él habría sido demasiado peligroso andar hacia atrás por la autopista para su señalización.

3. En los *delitos de omisión impropia* la jurisprudencia ha **aplicado** en algunas sentencias la idea de la **inexigibilidad como principio general de la restricción del deber de garante** (RG

¹⁰¹ Hay que tener en cuenta, sin embargo, la interpretación rigurosa de la exigibilidad en los casos en los que el autor de la omisión ha causado el accidente (BGH GA 1956, 120 [121]; BGH 11, 353 [354 ss.]; el peligro de persecución penal no es reconocido como causa de inexigibilidad). De acuerdo, SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 33 antes del § 13; Ulsenheimer, GA 1972, págs. 22 ss.

¹⁰² Crítico al respecto, Geilen, FamRZ 1964, págs. 386 ss.

¹⁰³ Asimismo, Dreher/Tröndle, § 13 núm. 16 *in fine*; Frellesen, Zumutbarkeit págs. 211 ss.; Grünhut, ZStW 51 (1931) pág. 467; Henkel, Mezger-Festschrift págs. 280 ss.; Lackner, § 13 núm. 5; H. Mayer, Lehrbuch pág. 119; Schönkel/Schröder/Stree, nota preliminar núm. 155 antes del § 13. A favor de la causa de justificación Jakobs, Allg. Teil 29/98; Fornasari, Il principio di inesigibilità pág. 314; Küper, Grund- und Grenzfragen págs. 97 ss.; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 690. A favor de la causa de exculpación Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 455; Peters, JZ 1966, pág. 458; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 31 antes del § 13; Stratenwerth, Allg. Teil I núms. 1054 ss.; Welzel, Lehrbuch págs. 220 ss.; *el mismo*, JZ 1958, págs. 495 ss.; Wessels, Allg. Teil núm. 731.

¹⁰⁴ LK (11.ª) (Jescheck) § 13 núm. 98.

58, 97 [98]; 226 [227]; 69, 321 [324]; 77, 125 [127]; BGH 6, 46 [57 ss.]; 7, 268 [271]; BGH NJW 1964, 731 [732]; BGH NSTz 1984, pág. 164 [no obstante, en esta última fue afirmada la exigibilidad de la denuncia contra el marido]; BGH NSTz 1994, pág. 29; OLG Karlsruhe MDR 1975, pág. 771). Este planteamiento es, sin embargo, *incorrecto* pues al garante le corresponde el deber de evitar el resultado del mismo modo que al autor del hecho comisivo el de no producir el resultado mediante un hacer positivo. La equivalencia valorativa reside en la posición de garante del autor de la omisión y, para el caso de la concurrencia de elementos especiales de la acción, en la necesaria correspondencia entre ésta y la omisión de acuerdo con el § 13 I *in fine*. La disminución del contenido de culpabilidad que por regla general reside en el delito omisivo es ya tenida en cuenta por la atenuación facultativa de la pena (vid. *supra* § 58 V 1). De ahí que la inexigibilidad en el garante sólo pueda ser considerada en el marco del estado de necesidad exculpante (§ 35)¹⁰⁵.

4. Acerca de la inexigibilidad de la acción de rescate por razones de conciencia vid. *supra* § 47 III.

§ 60 Conciencia del injusto y error sobre el mandato, tentativa y participación en los delitos de omisión

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; *Börker*, Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln, JR 1956, pág. 87; *Busch*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 165; *Frank*, Vollendung und Versuch, VDA, Tomo V, pág. 165; *Fuhrmann*, Der Irrtum über die Garantspflicht usw., GA 1962, pág. 161; *S. Glaser*, Der Versuch des Unterlassungsdelikts, MSchrKrim 1935, pág. 254; *Grünwald*, Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ 1959, pág. 46; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, pág. 195; *Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikte, MDR 1973, pág. 89; *Lönnies*, Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikte, NJW 1962, pág. 1950; *Maihofer*, Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, pág. 289; *D. Meyer*, Anstiftung zum Unterlassen, MDR 1975, pág. 286; *J. Meyer*, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975) pág. 598; *Oehler*, Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikte, JuS 1961, pág. 154; *Oppel*, Versuch beim Unterlassungsdelikte, Diss. Wien 1991; *Roxin*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 213; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 6.^a ed. 1994; *Rudolphi*, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967, pág. 1; *Schmidhäuser*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *Stree*, Teilnahme am Unterlassungsdelikte, GA 1963, pág. 1; *Vogler*, Zur Bedeutung des § 28 StGB usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 265; *Zachariä*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Parte I, 1836; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de §§ 58, 59

I. Conciencia del injusto y error sobre el mandato

1. En los delitos comisivos el *objeto de la conciencia del injusto* es la *prohibición* jurídica de una acción determinada: el autor debe saber que conforme a la Ley no puede emprender la ac-

¹⁰⁵ Asimismo, *Blei*, Allg. Teil pág. 336; *Jakobs*, Allg. Teil 29/98; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 136. Defendiendo por el contrario la aplicación general del principio de exigibilidad en el sentido de una ponderación (incontrolable) de intereses, *Schünke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 156 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 31 antes del § 13.

ción correspondiente (vid. *supra* § 41 I 3a). Por el contrario, en los delitos omisivos la conciencia del injusto se refiere al *mandato* jurídico de llevar a cabo una acción concreta: **el autor debe saber que conforme a la Ley no puede omitir la acción correspondiente**. Aunque con ello el punto de referencia de la conciencia del injusto viene a ser distinto en ambas formas básicas del comportamiento punible, sin embargo, su estructura es la misma. Todas las consideraciones hechas con ocasión de los delitos de comisión rigen también aquí (vid. *supra* § 41 I y II).

2. En los delitos omisivos existe un *error sobre el mandato* —correlativo al error de prohibición en el delito comisivo— cuando el autor se equivoca acerca de su deber de acción: **desconoce la norma preceptiva** de la que se deriva la antijuricidad material del comportamiento pasivo. Al igual que el de prohibición en los comisivos, el error sobre el mandato en los delitos omisivos no afecta al tipo sino a la *antijuricidad*. Al tipo del delito de omisión propia pertenece sólo la situación típica pero no el deber de acción que de ella se deriva (BGH 19, 295 [298]; 25, 13 [18]), y al tipo del delito de omisión impropia pertenecen sólo los elementos de la posición de garante pero no el deber de garante mismo (BGH 16, 155 [158]; BGH GA 1968, pág. 336) (vid. *supra* § 59 VI 1). De ello se deriva que el error de prohibición y el que versa sobre el mandato tienen que recibir el mismo tratamiento¹. Igualmente, lo afirmado acerca del error de prohibición, especialmente en lo relativo a la aplicación del § 17, es trasladable al error sobre el mandato (vid. *supra* § 41 II 2a).

3. Sólo para la **evitabilidad del error sobre el mandato** deben establecerse **reglas especiales**. Por un lado, el deber de actuar no se comprende en la misma medida que el deber de omitir. Por esta causa en los delitos de omisión la posibilidad de un error sobre el mandato es traída a colación con más frecuencia que en los delitos de comisión (vid. *supra* § 41 I 4). Por otro, la obligación jurídica de intervenir con la finalidad de evitar un daño es menos conocida para muchas personas que el deber de omitir un comportamiento lesivo. De forma diversa a como sucede en el delito comisivo en el que al conocimiento de la realización del tipo le sigue ya la apelación al examen de la antijuricidad, por regla general para el autor de la omisión debe existir, pues, un *motivo especial* para guiarse por la norma preceptiva que tiene ante sí (vid. BGH 19, 295 [299])². Finalmente, en los delitos de omisión impropia no regulados legalmente la norma preceptiva no sólo se deriva de la prohibición penal de menoscabar un determinado bien jurídico, sino ante todo de una norma de deber no perteneciente al Derecho penal que impone la intervención mediante un hacer positivo para la protección del bien jurídico puesto en peligro. El error del autor de la omisión, por ende, puede referirse aquí tanto a la *norma de prohibición penal* como al *deber de garante*.

Ejemplos: El error acerca del deber jurídico de prestar auxilio en caso de accidente (§ 323c) por parte de un médico que disfrutaba de la pesca durante su tiempo libre, constituye un error vencible sobre el mandato pues dicho deber, precisamente cuando resulta necesaria la intervención médica, es algo que se com-

¹ Blei, Allg. Teil págs. 335 ss.; Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 154; Börker, JR 1956, págs. 87 ss.; Busch, Mezger-Festschrift pág. 179; Dreher/Tröndle, § 16 núm. 12; Fuhrmann, GA 1962, págs. 170 ss.; Herdegen, BGH-Festgabe págs. 198 ss.; Jakobs, Allg. Teil 29/89; Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte pág. 140; Arthur Kaufmann, JZ 1963, pág. 504; Kühl, Allg. Teil § 18 núm. 129; Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 46 núm. 140; Preisendanz, § 13 comentario IV 2; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 25 antes del § 13; Schönke/Schröder/Cramer, § 15 núm. 96; Welzel, Lehrbuch págs. 206, 219 ss.; Wessels, Allg. Teil núm. 741. Por el contrario, exigen ya para el dolo la conciencia del deber Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 694 ss.; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 1039 (en el sentido de una valoración paralela en la esfera del profano).

² LK (11.ª) (Jescheck) nota preliminar núm. 100 antes del § 13; Wessels, Allg. Teil núm. 741.

prende por sí mismo (BGH 2, 296). Por el contrario, no se puede reprochar a la esposa, que ante las escasas perspectivas de éxito ni siquiera intenta disuadir al marido —de acuerdo con el § 139 III 1— del plan de robar un banco (BGH 19, 295 [296, 299]), por su error acerca del deber de acción en la medida en que éste pueda ser afirmado³. En cambio, el taxista (vid. *supra* § 59 VI 2a) no sólo conoce la prohibición de agredir sexualmente, sino la gravedad del delito ejecutado ante sus propios ojos por los clientes que portaba, razones éstas por las que debió tener claro su deber de intervención (BGH 16, 155 [156]).

II. La tentativa de omisión

La cuestión de si también puede darse en los delitos de omisión dolosos el **grado de la tentativa** se planteó tempranamente en la Ciencia del Derecho penal y, en todo caso respecto al delito de omisión impropia, ha sido afirmada mayoritariamente⁴. Hoy en día la doctrina mayoritaria admite que la tentativa entra en consideración tanto en los delitos de omisión propia como en los de omisión impropia y, en verdad, tanto si se trata de tentativa idónea como si es inidónea⁵.

1. Dado que, prescindiendo del § 138, cualquier aplazamiento de la acción preceptiva (en relación con el § 323c vid. BGH 14, 213 [215 ss.]; 17, 166 [169 ss.]) representa ya la consumación del hecho, en los **delitos de omisión propia** una tentativa es sólo imaginable en la forma de tentativa inidónea. Las disposiciones penales en las que también está castigada la tentativa de un delito de omisión propia son poco frecuentes. En primer lugar, hay que mencionar a la prevaricación (§ 336⁶). Ésta puede ser cometida por la omisión de la acción jurídicamente preceptiva (BGH 10, 294 [298]); la tentativa está castigada puesto que se trata de un delito grave⁷. En segundo lugar, está la omisión de llevar libros de contabilidad o de la confección de balances o inventarios (§ 283 III en conexión con el apartado 1 núms. 5, 7b).

³ El deber de acción es afirmado también ante la falta de perspectivas de éxito del hacer positivo por Dreher/Tröndle, § 139 núm. 5; en cambio, Geilen, JuS 1965, pág. 430, lo niega decididamente.

⁴ Vid. Zachariä, Die Lehre vom Versuche págs. 66 ss.; J. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche pág. 438; Landsberg, Die Commissivdelikte durch Unterlassung pág. 172; v. Liszt, Lehrbuch 12.^a/13.^a ed. pág. 207; Frank, VDA Tomo V págs. 209 ss.; *el mismo*, § 43 comentario V 1; S. Glaser, MSchrKrim 1935, pág. 258; Sauer, GS 114 (1940) pág. 304.

⁵ Así, Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 482; Grünwald, JZ 1959, págs. 46 ss.; Jakobs, Allg. Teil 29/113; LK (11.^a) (Jescheck) § 13 núm. 46; Kühl, Allg. Teil § 18 núm. 142; Maibhofer, GA 1958, págs. 289 ss.; Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 40 núm. 101; Oehler, JuS 1961, pág. 154; Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 27 antes del § 22; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 50 antes del § 13; LK (10.^a) (Vogler) nota preliminar núm. 60 antes del § 22; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 1057; Wessels, Allg. Teil núms. 743 ss.; Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat pág. 319. Por el contrario, según Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte págs. 204 ss. y Welzel, Lehrbuch págs. 206, 221, existe sólo una omisión de la tentativa de cumplimiento como un fenómeno característico de los delitos de omisión que sería equiparable a la tentativa inidónea acabada. De acuerdo, Haffke, ZStW 87 (1975) pág. 58. A favor de la impunidad de la tentativa inidónea de omisión Rudolphi, MDR 1967, págs. 2 ss.; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 55 antes del § 13; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 716; *el mismo*, Gallas-Festschrift págs. 96 ss. (delito putativo); en contra de ello, con razón, BGH 38, 356 (359 ss.); Kühl, Allg. Teil § 18 núm. 151; AK (Seelmann) § 13 núm. 85. Siempre a favor de la impunidad de la tentativa en el delito de omisión Herzberg, MDR 1973, págs. 89 ss. (Derecho penal de la actitud interna). La jurisprudencia austríaca acoge con reservas la tentativa de omisión; vid. al respecto Oettel, Versuch pág. 35.

⁶ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

⁷ De acuerdo, Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 41 núm. 57; Schönke/Schröder/Eser, § 22 núm. 53.

Ejemplo: Existe tentativa inidónea de prevaricación (§ 336⁸) si el juez omite conscientemente el encargo de un defensor obligatorio, a pesar de que cree erróneamente que la prisión preventiva ya ha durado más de tres meses (§ 140 I núm. 5 StPO).

2. Por el contrario, en los **delitos de omisión impropia** la tentativa tiene una considerable significación práctica (vid. el caso de la no evitación del suicidio del cónyuge, BGH NStZ 1984, pág. 73, así como el del padre que no presta su conformidad a un cambio de sangre para su hijo que es médicamente imprescindible, OLG Hamm NJW 1968, pág. 212; profundizando en ello, además, BGH 38, 356 [358 ss.]). La punibilidad se establece expresamente para algunos supuestos regulados por la Ley: permitir la comisión de una lesión corporal grave por parte de un funcionario que está de servicio (§ 340 II), permitir la perpetración de un hecho antijurídico por parte de un subordinado si, además, se trata de un delito grave (§ 357), así como en la vigilancia deficiente estando de servicio (§ 41 I, II WStG). Más importante todavía es la posibilidad de tentativa por omisión en *todos* los delitos de resultado si concurren los requisitos de los §§ 22, 23. Dudosa es la cuestión de cuándo comienza en cada caso el estadio de la tentativa. La fórmula de la "inmediata puesta en marcha de la realización del tipo" (§ 22) no conduce aquí a nada porque en el hecho omisivo no está presente un momento equiparable a la puesta en marcha de la comisión activa. Por ello, debe recurrirse al instante en el que el objeto protegido de la acción pasa a estar en peligro inmediato (vid. *supra* § 49 IV 5)⁹. A ello acude también la BGH 40, 257 (271), pero ve en él una "aplicación conforme al sentido" del criterio de la inmediata puesta en marcha previsto en el § 22. La cuestión es discutida. En la doctrina también se defiende la concepción de que la tentativa comienza ya en el *primer* instante en el que la acción habría sido posible¹⁰, pero de acuerdo con otra opinión su inicio tiene lugar con el *último* instante¹¹. Finalmente, también se acepta que tal momento opera cuando el autor se desprende del curso causal¹². La tentativa queda *inacabada* cuando el autor cree todavía poder llevar a efecto la acción preceptiva; y *acabada* cuando, de acuerdo con su representación, la realización tardía de aquélla ya no podría evitar el resultado.

Ejemplos: En la pelea que se desarrolla en una panadería un ayudante de panadero propina un golpe tan violento en la espalda de un compañero de trabajo, que hace que éste caiga con la parte superior de su cuerpo en la cuba de la masa quedando aprisionado con la palanca de la máquina de amasar (OGH 1, 357 [359 ss.]). Si el autor resuelve dejar morir al otro existe una tentativa inidónea de homicidio si todavía cree que sigue vivo cuando se comprobara que, en realidad, estaba ya muerto en el momento en el que el otro hubiera podido apagar la máquina lo más pronto posible. Por el contrario, hay que aceptar una tentativa idónea acabada si, en el último momento, el accidentado es rescatado por el maestro panadero apagando la máquina de amasar. Hay tentativa de maltrato de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor (§ 223b I, tercera forma comisiva¹³) cuando el obligado a tales prestaciones comienza a descuidar el auxilio necesario con dolo de dañar la salud y,

⁸ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

⁹ Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 317; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975) págs. 605 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 482; *Jakobs*, Allg. Teil 29/113; *LK (10.ª) (Vogler)* § 22 núm. 109; *Rudolphi*, MDR 1967, pág. 1; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 51 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1059; *Eser*, Strafrecht II núm. 31 A núm. 53; *Schönkel/Schröder/Eser*, § 22 núm. 50; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 149; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 47; *Roxin*, Einführung pág. 16; *Wessels*, Allg. Teil núms. 744 ss. Apoyándose directamente sobre la fórmula del § 22 *Maurach/Güssel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 106; *LK (10.ª) (Vogler)* § 22 núm. 115.

¹⁰ Así, *Herzberg*, MDR 1973, pág. 89; *Maihofer*, GA 1958, pág. 297; *Lönnies*, NJW 1962, pág. 1950.

¹¹ Así, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 210 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 221.

¹² Así, especialmente, *Roxin*, Maurach-Festschrift págs. 213 ss. Decisivo es si con ello es originado o incrementado un peligro inmediato para la víctima.

¹³ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 I StGB (N del T).

de este modo, la víctima comienza a sufrir. El conductor que ha atropellado a un peatón y que lo abandona en el lugar del accidente para deshacerse así de un testigo peligroso, comete un homicidio doloso intentado si cree que la víctima del atropello sigue viva y que todavía puede ser rescatada por medio de un auxilio inmediato cuando, realmente, el ofendido falleció inmediatamente (BGH VRS 13, 120 [123]); lo mismo sucede si no muere enseguida pero tampoco habría podido ser salvada mediante auxilio médico (BGH 7, 287 [288]) o cuando el herido sobrevive por la ayuda de un tercero (BGH JR 1993, pág. 29)¹⁴. La tentativa es acabada si el conductor cree que su ayuda ya no puede salvar a la víctima. Concurrir tentativa de asesinato por omisión si el autor, después de golpear a la víctima junto con otro coautor hasta que aquélla pierde la consciencia, la abandona sobre la vía del tren de cercanías—donde había sido lanzada por su compinche— para que fuera atropellada por el próximo tren que pasara (BGH 38, 356).

3. En la tentativa del delito omisivo también es posible un **desistimiento** liberador de pena conforme al § 24 (vid. *supra* § 51)¹⁵. El autor de la omisión que emprende la acción preceptiva consiguiendo, por ejemplo, avisar telefónicamente al banco que se va a atracar, después de haber omitido con anterioridad denunciar los hechos a la policía (§ 138 I); asimismo, cuando el conductor que tras el accidente se aleja del mismo pero reflexiona después y regresa al lugar del siniestro para llevar al herido al hospital donde se salva. A diferencia de lo que sucede con los delitos comisivos, el desistimiento de la tentativa de una omisión presupone siempre una *conducta activa*. Por ello surge la pregunta de si el que desiste, al igual que sucede en la tentativa acabada del delito comisivo, se hace responsable allí donde fracase la acción de rescate. Ello está justificado sólo cuando el que desiste espera tanto para intervenir, que la evitación del resultado únicamente puede alcanzarse con medios más arriesgados que las acciones a las que originariamente estaba obligado¹⁶. Antes de ese momento el fracaso del impedimento del resultado sólo se tiene en cuenta como un hecho imprudente.

III. Omisión y participación

Respecto a la problemática de la participación en la omisión hay que distinguir dos grupos de casos: la **participación** en un delito omisivo **por medio de un hacer positivo** y la **participación por omisión** en un delito de comisión o de omisión.

1. La inducción y la complicidad activas son también posibles en un delito de omisión¹⁷.

¹⁴ Incórrrectamente en contra de esta jurisprudencia, *Welzel*, JZ 1958, pág. 495; mostrando también sus dudas, *Grünwald*, JZ 1959, pág. 46.

¹⁵ Vid. más detalladamente al respecto, *Grünwald*, Das unechte Unterlassungsdelikt págs. 91 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 152; *Maihofer*, GA 1958, pág. 298; *Schönkel/Schröder/Eser*, § 24 núms. 27 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 56 antes del § 13.

¹⁶ Acertadamente sobre ello, *Lönnes*, NJW 1962, pág. 1952; *Schönkel/Schröder/Eser*, § 24 núms. 29 ss., ambos con ejemplos; asimismo, *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 153. En un sentido diverso al de aquí, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 56 antes del § 13.

¹⁷ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 573; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 19; *Jakobs*, Allg. Teil 29/108; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núm. 101; § 37 núm. 53; *Kielwein*, GA 1955, pág. 232; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 69; *D. Meyer*, MDR 1975, pág. 287; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 510 ss.; *Stree*, GA 1963, págs. 10, 14; *Schönkel/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 99 antes del § 25; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 44 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1075. La opinión contraria defendida por *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 190 ss., y *Welzel*, Lehrbuch págs. 206, 221, que pretende admitir para estos casos la autoría mediante un hacer positivo en lugar de la inducción y la complicidad, fracasa, tal y como

La *inducción* consiste aquí en la provocación dolosa de la resolución del autor a permanecer inactivo, no obstante el conocimiento de la situación típica (en los delitos de omisión impropia tal conocimiento también debe ir referido a la posición de garante) (§ 26). Una *complicidad* (por regla general de naturaleza psíquica) es igualmente posible, por ejemplo, por medio del reforzamiento de la resolución del autor a no intervenir (§ 27). Dado que se trata de inducción y complicidad activas aquí no surge la problemática del deber de garante. El § 28 I (vid. *infra* § 61 VII 4a) no es aplicable a estos casos porque los elementos de la posición de garante no son componentes personales "especiales", sino que tan sólo fundamentan la equivalencia de la comisión y la omisión¹⁸.

Ejemplos: Inducción al favorecimiento de acreedores (§ 283c) por medio de la no interposición de la solicitud de quiebra que el autor de la omisión tenía que haber planteado de acuerdo con los §§ 64, 84 GmbHG (RG 48, 18 [21]; lo mismo sucede en relación con la complicidad, BGH 14, 280 [282]). Complicidad a través de la promoción del no cumplimiento de los deberes de denuncia y entrega (RG 51, 39 [41]; 77, 268 [269]) o mediante el reforzamiento de la resolución de un soldado que se encuentra de vacaciones a que no retorne a tiempo a la compañía (§ 15 WStG) (RG 27, 157).

Concurre la *coautoría* entre varios omitentes cuando éstos no cumplen un deber que les obliga conjuntamente (RG 66, 71 [74]; BGH 37, 106 [129]) (vid. *infra* § 63 IV 2). También es aceptada la posibilidad de la coautoría entre unos autores que intervienen activamente y otros que lo hacen mediante omisión¹⁹, pero se corresponde mejor con la teoría del dominio del hecho considerar en este caso al omitente como un cómplice (vid. *infra* § 64 III 5).

Ejemplos: El hurto ejecutado en un almacén mediante el acuerdo consistente en que el vigilante deja abierta la puerta mientras y otros entran a sustraer el botín. El hijo del granjero que, de acuerdo con su madre, incendia la granja mientras que ésta permanece con una actitud pasiva (OGH 3, 1).

Finalmente, existe también *autoría mediata* cuando se determina al instrumento a omitir una acción preceptiva; así sucede cuando alguien impide el cumplimiento del mandato por medio de la fuerza o el engaño a quien se encuentra obligado a ello y quiere actuar en consecuencia (vid. *supra* § 58 II 2). En este caso el hombre de atrás asume por sí mismo el dominio del hecho a través de un hacer positivo, mientras que el instrumento permanece inactivo bajo su influencia. Por el contrario, hay que negar la posibilidad de apreciar una autoría mediata omisiva del hombre de atrás²⁰. El cuidador de un enfermo mental que deja que éste cometa una acción anti-jurídica es autor inmediato de la omisión (responsabilidad del garante por la actuación de terceras personas) (vid. *infra* § 62 IV 2).

2. Acerca de los problemas de la *participación por omisión* vid. *infra* § 64 II 6 y III 5.

demuestran los ejemplos del texto principal, tan pronto en cuanto al partícipe le falte la cualidad requerida para ser autor; por lo demás, tampoco resulta ser fundamentada. Rechazándola también, Schönke/Schröder/Cramer, nota preliminar núm. 100 antes del § 25; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 513 ss.; Jakobs, Allg. Teil 29/108; Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 50 núms. 69 ss.

¹⁸ Vid. *infra* § 61 VII 4a nota a pie núm. 59.

¹⁹ Así, Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 49 núm. 88; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 470 ss.; Schönke/Schröder/Cramer, § 25 núm. 79; LK (11.ª)(Roxin) § 25 núm. 215; Stratenwerth, Allg. Teil I núms. 1067 ss.

²⁰ Vid. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 472; LK (11.ª)(Roxin) § 25 núm. 216; Stree, GA 1963, pág. 12; Schönke/Schröder/Cramer, § 25 núm. 56; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 1066.