

LA POSICIÓN DE GARANTE

M.^a ÁNGELES CUADRADO RUIZ

Prof. Dra. del Departamento de Derecho penal y procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Sujeto activo en los delitos de comisión por omisión: el garante. II. ¿Comisión por omisión de cualquiera? III. Razón de ser de la posición de garante. IV. Propuestas de solución al problema de las fuentes de la posición de garante. A. Introducción. B. Las fuentes formales: 1. La ley. 2. La normativa comunitaria. 3. El contrato. 4. Las relaciones especiales. 5. La injerencia. C. La tesis de Armin Kaufmann: la teoría funcional. D. Otras propuestas de solución de la dogmática alemana al problema de las fuentes de la posición de garante. E. La tesis de Jakobs. F. La tesis de de Schünemann. G. La tesis de Gracia Martín. H. La tesis de Silva Sánchez. I. La tesis de Freund. J. La solución del artículo 11 CP. V. Conclusiones.

I. Sujeto activo en los delitos de comisión por omisión: el garante

1. El concepto jurídico de autor¹ abarca, en un sentido amplio, a todo el que causa el resultado típico y en su sentido restrictivo al que realiza la acción típica². En este sentido, la opinión común de la doctrina en cuanto a la determinación de los criterios de autor en su con-

¹ STS 30.11.1990. F. Jur. Decimotercero, apartado 1. Ampliamente cfr. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona 1990.

² Así STS 30.11.1990, F.J. Decimotercero.

cepto restrictivo, señala que las cualidades y cantidad *objetivas* de la aportación causal del sujeto al curso causal (adecuado) que conduce al resultado —«contribución esencial», o «determinación objetiva y positiva del hecho»³— será, por tanto, la clase de juicio a la que se habrá de acudir para que tal sujeto sea considerado autor del correspondiente delito de resultado⁴.

2. Terminológicamente, se habla también de autor en los delitos de comisión por omisión⁵, aunque aquí el sujeto activo *no hace* lo que en el tipo penal, en el delito o falta que consiste en la producción de un resultado, se describe⁶. Se trata, en sentido estricto, no de un sujeto activo, sino de un sujeto *omisivo*⁷. Los requisitos que debe cumplir alguien para ser considerado autor de un delito en comisión por omisión se derivan de la propia naturaleza de esta forma de imputación. En los delitos de comisión por omisión, junto a la ausencia de la acción debida es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado. Sin embargo, la omisión no cobra relevancia jurídico-penal por el simple hecho de no haber evitado el resultado prohibido⁸. El ordenamiento jurídico lleva aquí una selección entre todas las omisiones que no impidieron el resultado y dota de *relevancia jurídico-penal*, tan sólo, a las omisiones de *quienes* se encuentran en una situación tal, que fundamenta el deber jurídico de evitar el resultado prohibido. Esto es lo que se llama posición de garante. Precisamente, la doctrina dominante había definido al garante en función de la fundamentación del deber jurídico de actuar. Son pues, relevantes jurídico-penalmente tan sólo las omisiones de aquellos que se encuentran en una situación que fundamenta un deber jurídico de garantía respecto a la no verificación del resultado⁹. Si bien lo anterior puede ser cierto, a ello hay que añadir, conforme al Código

³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, págs. 528 y ss., 532-534.

⁴ Vid. ampliamente, CUADRADO RUIZ, M.^a A., *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1998; también, la misma, *Protección penal de la salud de los consumidores*, en Protección jurídico penal de la salud pública y el medio ambiente, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.

⁵ El artículo 11 dice expresamente «al infringir un especial deber jurídico del autor».

⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/9.

⁷ CUADRADO RUIZ, M.^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998.

⁸ La STS de 28 de enero de 1994, en su fundamento sexto expresa los elementos del delito de comisión por omisión: «los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo». En este sentido, CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1998.

⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión del deber de socorro*, pág. 68.

penal vigente que, autor de un delito de comisión por omisión, en virtud del art. 11 del Código penal de 1995 es *aquel que infrinja un especial deber jurídico que equivalga, según el sentido del texto de la Ley a la causación del resultado típico descrito en una norma prohibitiva*. Que se produzca el resultado es un requisito necesario, pero no suficiente. Además, debe ser también imputable al omitente¹⁰, obligado jurídicamente a evitarlo. ¿Quiénes pueden ser estos sujetos? Pues sólo aquellos que tengan ese especial deber jurídico, o en terminología de Freund, aquellos a quienes incumbe la relación de garantía. Por tanto, no hay delito en comisión por omisión si no hay un garante del bien jurídico protegido cuya omisión no haya evitado el resultado. Es decir, autor de un delito de comisión por omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* que se evite el resultado (deber de garante)¹¹. La posición de garante (Garantenstellung)¹² es una característica de los delitos de comisión por omisión, en general¹³. Se ha postulado de forma autónoma como elemento del tipo y como piedra angular de estos delitos: sólo el garante podrá ser el autor del delito en comisión por omisión. El primer elemento, pues, en la determinación de la tipicidad en los delitos de comisión por omisión es el círculo de posibles garantes que, en virtud de su deber de responder, no hubiese impedido el resultado.

3. En un primer momento, el garante sirve de solución a la dificultad de la equiparación de acción y omisión. De ahí que la posición de garante se encuentre en el corazón de la problemática de los delitos de comisión por omisión, ya que determina el círculo de personas que pueden ser autores en este tipo de delitos¹⁴. Es decir, no todo sujeto indiferenciado puede ser autor de un tipo de comisión por omisión, sino únicamente aquellos que son garantes de la no producción del resultado¹⁵.

4. Para afirmar la relevancia de una omisión o su tipicidad cuando estemos en presencia de una norma prohibitiva, no se precisa que el sujeto omitente haya contrariado el deber jurídico de obrar sino, únicamente, que se encuentre en una situación que fundamente dicho deber. Encontrarse en una situación fundamentadora de un deber jurídi-

¹⁰ JESCHECK, H.-H., *Tratado DP PG*, pág. 851.

¹¹ JAKOBS, G., *DP PG.*, 29/26.

¹² FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, pg. 39.

¹³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 20 ed., pg. 251 y ss.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 40 ed., págs. 305 y ss.; VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1996, pg. 84 y ss.; QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 196, págs. 85 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *DP PG*, pág. 309; BUSTOS RAMÍREZ, J., *DP PG*, 30 ed., pg. 20; GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLES, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pg. 73.

¹⁴ ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungssdelikt*, pág. 553.

¹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *DP PG*, 10 ed., pág. 309.

co de actuar y haber infringido efectivamente este deber son dos cosas distintas. La determinación del primer supuesto entraña un simple juicio de hecho, en tanto la determinación del segundo presupone un auténtico juicio valorativo. La situación que fundamenta el deber de obrar, o sea, la posición de garantía que fundamenta un deber de garantía respecto a la no verificación del resultado es una característica del tipo.

II. ¿Comisión por omisión de cualquiera?

1. En los delitos de comisión por omisión, el *especial deber jurídico del autor*, hace que éste como *garante* tenga que atender a la evitación del resultado. Este elemento de la posición de garante se convierte, de este modo, en una especial característica objetiva de la autoría¹⁶ y, por ello, los delitos de comisión por omisión adquieren el carácter de delitos especiales¹⁷ propios¹⁸.

2. Según la definición formal más extendida, delitos especiales son aquellos en los que el ámbito personal de la autoría se encuentra restringido a un determinado círculo de personas¹⁹. Es decir, autor de un delito especial no puede serlo cualquiera, como en un delito común, sino sólo determinadas personas que pertenecen a un círculo definido²⁰, que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley²¹, en este caso *un especial deber jurídico*. En este sentido los delitos de comisión

¹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *DP PG*, 10 ed., pág. 309.

¹⁷ WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, pág. 287; JESCHECK, H.H., *Tratado DP PG*, pág. 564; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el CP*, pg. 97; Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 73; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, pág. 227, Cap. XIV; ROMEO CASABONA, C. M.^a, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectivas político criminal*, pág. 929, 935; BUSTOS RAMÍREZ, J., *DP PE*, 30 ed., pág. 20; OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios*, pág. 67; TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, München, 1972, pág. 28, el mismo, *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, pág. 167.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos especiales*, pg. 31 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, págs. 229 y ss., 252 y ss.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 30 ed., pág. 221: «son delitos especiales propios aquellos en los que el comportamiento sólo es punible a título de autor si es llevado a cabo por ciertos sujetos, de modo que los demás que lo ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de otro delito común».

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1973, pág. 11, 14 y ss.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, pág. 54, también, el mismo, en *La responsabilidad penal de los órganos de las persona jurídicas*, pág. 156.

²¹ MIR PUIG, S., *DP PG*, 30 ed., pág. 220.

por omisión son delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), en los que se infringe la conducta esperada en función del papel social que se desempeña²².

En los delitos especiales propios, el legislador ha elevado a la categoría de autor sólo a personas calificadas de un modo especial²³. En estos supuestos el dominio del hecho lo tiene quien, además de dominarlo materialmente²⁴, tiene un deber específico de impedir el resultado típico²⁵, lo que caracteriza al autor del delito de comisión por omisión.

3. Jakobs²⁶, sin embargo, ha apuntado que el concepto de delito especial no está totalmente definido. Hay que distinguir entre delito especial en sentido amplio y en sentido estricto. En el primer caso, la relación del autor con el bien jurídico protegido sólo se crea a través del comportamiento delictivo, mientras que en el segundo es independiente que el autor del comportamiento delictivo tenga una relación especial con el bien jurídico protegido. En los delitos especiales en sentido amplio sólo puede ser autor una persona con determinadas características o en determinada situación. Esta diferencia que hace Jakobs no se puede confundir con la que hace la doctrina dominante entre delito especial y delitos de deberes especiales, pues, en estos últimos, la cualificación del autor viene definida por una obligación extrapenal. La clasificación del delito de comisión por omisión como delito especial (*Sonderpflichtdelikte*) es sólo consecuente bajo la hipótesis de que le siga una norma prohibitiva. Frente a esto sostiene Vogel²⁷ que se trata de la formación de una norma especial puramente penal. Es decir, un de-

²² Los delitos de infracción de deber han sido desarrollados conceptualmente por ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.ª ed., 1990, pg. 352 y ss., 459 y ss., 651 y ss.; el mismo, *Política criminal y sistema penal*, (trad. MUÑOZ CONDE), 1972, pg. 49. En ellos aparece una responsabilidad por la lesión de un especial deber de cuidado de un bien. Esta relación autor-bien, la relación del interviniente con el bien, es siempre directa y siempre en concepto de autor. Viene definida positivamente por el estatus del autor en relación con el bien (padres, funcionarios) y ese estatus es el que fundamenta un deber especial en sentido estricto y lo que determina la responsabilidad del autor. En los delitos de infracción del deber se encuentran todos los delitos cuyos autores están obligados, como garantes, a la tutela de un bien jurídico; JAKOBS, G., *DP PG*, 7/70, 21/116.

²³ JESCHECK, H.H., *Tratado DP PG*, pág. 240; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*. Ed. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 14.

²⁴ Para GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, Cap. IV; el mismo, *Responsabilidad de directivos, órganos, y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, pág. 27, se trata del «dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico», denominando a estos delitos especiales «delitos de dominio social», que desde el punto de vista de la comisión por omisión son a la vez «delitos especiales de garante».

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, pág. 178.

²⁶ JAKOBS, G. 6/91.

²⁷ VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, pág. 136.

lito especial sería aquel cuya obligación no se constituya a partir de una prohibición sino a partir de otra disposición penal.

4. ¿Qué significado tienen los reconocidos deberes que se desprenden de una determinada posición social privilegiada²⁸ —el empresario, el director de empresa, el administrador, el gerente, el técnico—?

Freund considera que la «responsabilidad especial» (*Sonderverantwortung*) existe, precisamente, cuando el peligro para el bien jurídico protegido surge del ámbito de protección de autor, pues, es éste el que vendría obligado a evitar el resultado por los reconocidos deberes que se desprenden de su condición. En ella fundamenta la punibilidad tanto de la acción como de la omisión en los delitos de resultado. Se pregunta si el «dominio actual» de lo omitido «sobre la base del resultado» constituye una fuente fidedigna de la equiparación con el rol social. El deber jurídico de la comisión por omisión se definiría a través de la «responsabilidad especial»²⁹, criterio este último que se apoya directamente en el concepto de deber en virtud de responsabilidad por organización (*Organisationszuständigkeit*)³⁰ y de deber en virtud de competencia institucional (*institutionelle Zuständigkeit*)³¹ de JAKOBS³². Sin embargo, estas complejas relaciones, no nos colocan, de por sí, frente a un concepto de posición de garante. En todo caso, los límites de este concepto rozarían la concepción de HERZBERG de los delitos de resultado, que define como «la no evitación de un resultado que se puede y se debe evitar» (*vermeidbares Nichtvermeiden eines Erfolges in Garantenstellung*), en el que se mencionaría la posición de garante, aunque sin especificarla expresamente³³.

5. Schünemann critica los planteamientos anteriores porque no proporcionan un criterio objetivo de delito especial, y porque convierten a los delitos de comisión en una pura normatividad carente de todo contenido. Para este autor, la característica principal de los delitos especiales hay que buscarla en la relación del sujeto con el bien jurídico protegido. Define, así, los delitos especiales como «delitos de dominio social», puesto que en ellos el autor, por su posición social, domina la vulnerabilidad del bien jurídico³⁴. Por ello, el que el juicio jurídico de

²⁸ BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin 1986, pg. 27.

²⁹ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 2, 145 y ss.

³⁰ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/29 y ss., 29/101 y ss.

³¹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/57 y ss., 29/106 y ss.

³² Vid. infra. Estos conceptos los desarrollaré en el apartado dedicado a *La tesis de JAKOBS*.

³³ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 147-148.

³⁴ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 93 y ss.

desvalor —establecido descriptivamente— se sustituya por una responsabilidad especial conduciría, según Schünemann, a una sistemática equivocada. ¿En qué consiste la equivalencia o coincidencia entre acción y omisión que exige la ley en la comisión por omisión? FREUND responde a esta cuestión reduciendo la relación de dominio fáctico exigida por la ley para la autoría en los comportamientos activos, a la *responsabilidad especial, Sonderverantwortung*³⁵. De ahí que la conexión con el comportamiento que fundamenta el dominio del hecho, no significa otra cosa, según Schünemann, que todo el que actúa es responsable y, que no se exige, por ello, una posición especial del autor, existente con independencia de la situación típica, y establecida con anterioridad a ésta. El concepto de responsabilidad especial es, por tanto, para Schünemann un concepto inservible³⁶. Por ello, la responsabilidad especial y el ámbito de organización se convierten en Freund³⁷, bajo la óptica de Schünemann, en sinónimos y conducen al concepto negativo de acción de Herzberg³⁸ que abarca tanto a la acción como a la omisión bajo el mismo concepto general de «la no evitación evitable del resultado en posición de garante». Bajo la perspectiva de Schünemann³⁹, Freund⁴⁰ confunde el dominio preestablecido sobre la fuente de peligro o sobre el desamparo del bien jurídico con la mera posibilidad de evitación del resultado en el sentido de una cuasicasualidad. Desde esta visión normativista también auspiciada por Jakobs⁴¹, la delimitación entre los delitos de omisión y los delitos de comisión por omisión se diluye.

6. En nuestra doctrina, Gracia Martín siguiendo a Schünemann, aunque con un planteamiento propio, entiende que el fundamento material de los elementos de la autoría en los delitos especiales reside en el *ejercicio de una función* que determina a su vez una estrecha y *peculiar relación —relación de dominio social*⁴²— entre el sujeto competente para su ejercicio y el bien jurídico o los bienes jurídicos involucrados en el

³⁵ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 145.

³⁶ SCHÜNEMANN, B., *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, Centro de estudios judiciales, Ministerio de Justicia, 1994, págs. 14-17.

³⁷ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 148.

³⁸ HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, págs. 169 y ss.

³⁹ SCHÜNEMANN, B., *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, pág. 16.

⁴⁰ FREUND, G., *op. cit.*, págs. 149-150.

⁴¹ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 20 ed. 1991, págs. 31, 34 y ss.: la diferencia entre la comisión de un resultado típico y una omisión (*bloßen Bewirken*) no resulta de la consideración de los elementos naturales del transcurso del daño ni de las circunstancias concomitantes, sino que depende de la finalidad de la norma.

⁴² GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, pág. 354 y ss.

ejercicio de aquella función. Por lo tanto, no todos los delitos especiales son «delitos de dominio social», sino sólo aquellos en los que el elemento de la autoría describe una función social o institucional del sujeto cualificado de cuyo ejercicio es expresión la propia acción típica⁴³.

7. En definitiva, se podría decir que ese conjunto de personas que pueden ser autores en los delitos de comisión por omisión, se circunscribe a los garantes, pues los bienes jurídicos que están en juego se encuentran en su ámbito de dominio social. Es decir, en el ámbito relativo a la función y competencia que desarrollan. Efectivamente, autor de un delito de comisión por omisión no puede serlo cualquiera, sino sólo aquel sujeto que permanece inactivo estando obligado a lo contrario, es decir, aquel que se encuentra en la situación fundamentadora del deber jurídico de garantía. En este sentido, los delitos de comisión por omisión son auténticos delitos especiales⁴⁴, y la posición de garante realiza una función de selección de los sujetos que pueden realizar el tipo de comisión por omisión⁴⁵. La categoría de delito especial está presente por la abstención de actuaciones que no eviten resultados lesivos a los mismos por quien tiene un deber específico de impedirlo, y, no sólo, porque emanen de una determinada situación social especial en el ámbito de una organización.

III. Razón de ser de la posición de garante

1. Ciertamente, debiera esperarse que la dogmática de los delitos de omisión formulara una dogmática paralela a la de los delitos de comisión; y así ocurrió en un principio, aunque la significación ha sido defectuosa, fragmentaria e incompleta. Por ejemplo, la relación de cau-

⁴³ GRACIA MARTÍN, L., *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, en *Actualidad Penal*, n.º 16, abril 1993, pág. 230; el mismo, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, I, pág. 406.

⁴⁴ WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 11.ª ed., 1970, págs. 287 y 289; Wiener Kommentar zum StGB, Viena 1982, parágrafo 2 ÖStGB, pág. 18; JESCHECK, H.H., *Tratado* pág. 564; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el CP*, pág. 97; Díez Ripollés/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 73; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pág. 260; ROMEO CASABONA, C. M.^a, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectivas político criminal*, págs. 929, 935; BUSTOS RAMÍREZ, J., *DP PE*, 3.ª ed., pág. 20; OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios*, pág. 67; TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, München, 1972, pg. 28, el mismo, *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, pg. 167.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, págs. 73-74.

salidad en los delitos de comisión se trasladó a los delitos de omisión, pero el trasvase resultó poco satisfactorio, ya que una mera comprobación —*ex-post*— de la posibilidad de evitar el resultado no se correspondía con la relación de causalidad de los delitos de un hacer positivo. Tras este fracasado intento los caminos se dividieron: en el ámbito de los delitos de comisión los esfuerzos correctivos se encaminaron hacia el dolo y la culpa mientras que en los delitos de omisión se experimentó, en cierto modo, con un elemento objetivo adicional, la posición de garante.

2. Fue Nagler el creador de la teoría del garante, que vino a situar este elemento crucial de la problemática de la equiparación entre acción y omisión, en la tipicidad y no en la antijuridicidad. No toda omisión de una conducta activa que hubiese impedido el resultado da lugar a comisión por omisión. Para que la omisión de una acción esperada jurídicamente que no ha evitado el resultado lesivo al bien jurídico protegido sea típica, es necesario que el omitente se halle situado en una «especial posición», de la que se derive inmediatamente una obligación, por su parte, de garantizar la indemnidad de determinados bienes jurídicos, alejando así el peligro que sobre los mismos se ciernen⁴⁶.

Sin embargo, desde ese momento se considera que la posición de garante, en el fondo, cumple una doble misión: por un lado, debía ofrecerse como sustitución de la relación de causalidad de los delitos de comisión⁴⁷ y, por otro lado, debía delimitar el ámbito de la criminalidad de los comportamientos omisivos. Además, es necesario probar siempre que el comportamiento del garante equivalga al de un delito comisivo⁴⁸. Es decir, la posición de garante como criterio de equivalencia ha de garantizar la misma valoración que un hacer positivo⁴⁹.

3. O expresado de otro modo, en nuestro ordenamiento y desde una interpretación armónica del art. 11, la equiparación entre acción y omisión sólo será posible, según el sentido del texto de la Ley, cuando exista un garante que haya infringido un especial deber jurídico⁵⁰. La

⁴⁶ NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, en GS, n.º 11, 1938, pg. 1 y ss., cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pág. 64; MIR PUIG, C., *La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ), 1994, pág. 256.

⁴⁷ ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, págs. 553 y ss.

⁴⁸ Lo que sí exige ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 197 y ss.

⁴⁹ Vid. CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1998, especialmente el apartado relativo al parágrafo 13 StGb.

⁵⁰ Así CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

posición de garante es, por lo tanto, un elemento necesario, pero no suficiente para afirmar la comisión por omisión⁵¹. Es, en mi opinión, un elemento singular y definitorio de los delitos de comisión por omisión.

IV. Propuestas de solución al problema de las fuentes de la posición de garante

A. Introducción.

1. En los delitos de comisión, la imputación objetiva descansa en la realización del resultado típico. En los delitos de comisión por omisión, no basta, por el contrario, el hecho de que una posible acción hubiese evitado el resultado, sino que sólo al titular de un deber de responder para que se evite el resultado podrá imputársele el mismo⁵². La posición de garante integra necesariamente la problemática de la imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión⁵³. En estos delitos se presupone al autor un «especial deber jurídico⁵⁴ de actuar», en el sentido de un «deber de garantía»⁵⁵. Con un deber jurídico de características muy concretas, el obligado se convertirá en garante de la no producción del resultado, y podrá fundamentarse una responsabilidad criminal respecto del resultado no impedido⁵⁶.

2. ¿De qué forma pueden caracterizarse y delimitarse claramente los deberes de garante relevantes para el Derecho penal? La determina-

⁵¹ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, pág. 219, enfoca el problema de la posición de garante sólo si se dan los elementos que garantizan la equivalencia con el hacer positivo, pero con tal que la posición de garante no pueda ser, por sí misma, elemento decisorio del tipo de la comisión por omisión; BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, pág. 108; en contra FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 148; JAKOBS, G., *Strafrecht AT, 7/57*, para quienes la posición de garante no es exclusiva de los delitos de comisión por omisión, sino que autor de un resultado mediante un comportamiento activo también puede ser un garante. VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, págs. 135-136 entiende que la teoría de FREUND no resulta exitosa ni en sus aspectos terminológicos ni conceptuales.

⁵² JESCHECK, H.H., *DP PG*, 3.^a ed. pág. 854; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/26.

⁵³ JAKOBS, G., *DP PG*, págs. 965 y ss.; FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, págs. 42 y ss.

⁵⁴ Así, por ejemplo, en el art. 11 CP fundamento de un deber de evitar el resultado sólo puede ser un deber jurídico y no un deber moral o ético. En este sentido, WESSELS, *DP PG*, pg. 215.

⁵⁵ La STS de 31.10.91 identifica «deber jurídico de obrar» con «deber jurídico de actuación de garante» (F.J. 31).

⁵⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, pág. 111.

ción del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General⁵⁷. Hasta hoy no se ha encontrado un único principio en el que fundamentar la posición de garante y que haya sido ampliamente aceptado. Los numerosos intentos para formular tal principio terminan, hasta ahora, en criterios tan abstractos que una subsunción del concepto no conduce en la práctica a ningún resultado unívoco. Sin embargo, para la práctica judicial es urgentemente necesario disponer de un catálogo de posiciones de garante ampliamente reconocidas⁵⁸. Y quizás por ese sentido práctico, el legislador español de 1995 haya dado un repertorio de fuentes bastante amplio: *una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente* (art. 11 CP).

3. En la doctrina alemana, por el contrario, las distintas circunstancias que fundamentan esta posición de garante no aparecen descritas en la ley⁵⁹, sino que deben ser deducidas del texto legal a través de la interpretación. La clasificación tradicional se basa en la fuente de la que surge ese deber jurídico (teoría formal del deber jurídico), mencionándose, por lo general, la ley, el contrato y el actuar peligroso precedente. Pero de esta orientación sistemática y «solución» del problema de la equiparación entre acción y omisión se giró de manera brusca hacia «comportamientos fácticos» a los que se identifica con elementos del tipo y, por tanto, se consideran comportamientos de garante. Así aparecen palabras claves como «estrecha comunidad de vida», «comunidad de peligro», «aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras y de asistencia» y también «situaciones jurídicamente fundadas en el ámbito familiar». Es decir, junto a la ley, el contrato o la injerencia se añadieron, posteriormente, algunas estrechas comunidades vitales⁶⁰.

De aquí en adelante la controversia se desenvuelve en el ámbito de reconocer qué comportamientos son comportamientos de garante⁶¹: localizado uno de estos comportamientos la doctrina alemana considera que el resultado producido por la auténtica omisión del garante equivale a la realización activa del mismo⁶².

⁵⁷ JESCHECK, H.H., *DP PG*, 3.ª ed. pág. 855; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/26.

⁵⁸ KÜHL, K., *Strafrecht AT*, 1994, pág. 569 5/42.

⁵⁹ WESSELS, J. *Derecho penal...*, págs. 210 y 215.

⁶⁰ JESCHECK, H.H., *DP PG*, 3.ª ed. pág. 855; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/26 señala que al complementar con fuentes jurídicas no formales como la injerencia y la estrecha comunidad de vida la teoría formal del deber jurídico, se suprime la estrecha conexión de la comisión por omisión con deberes jurídicos formales extrapenales.

⁶¹ BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen...*, págs. 149 y ss., 224 y ss.

⁶² Sin embargo, tras esta brillante solución se esconden, ciertamente, conceptos vagos, equívocos y ambiguos. ROXIN entiende que el deber de garantía consiste en un

La teoría formal del deber jurídico arrastra un grave defecto: no se fija en el contenido del deber jurídico. No puede indicar, por consiguiente, ningún elemento material de delimitación porque de la razón jurídica no cabe inferir con qué amplitud ha de delimitarse, en cada caso, el círculo de personas que cabe gravar con un deber de garante y qué deberes puedan suponerse a las mismas⁶³.

4. Armin Kaufmann⁶⁴ inicia la teoría de las funciones, que trata de delimitar y ordenar los deberes de garante de acuerdo con su contenido, es decir, con arreglo a criterios materiales. Así, distingue entre deberes que consisten en la protección de un determinado bien jurídico (garante de protección) y aquellos otros en los que el garante está obligado al control de una fuente de peligros en favor de todos los bienes que potencialmente pueden venir afectados (garante vigilante). A pesar de que esta teoría abría las puertas de una posible solución al problema de las fuentes de la posición de garante, sobre la base del sentido social de los distintos deberes, tampoco pueden, sin más, perderse de vista las fuentes formales de las que éstos surgen sino que, en mi opinión, deben complementarse⁶⁵.

5. Junto a estas ya tradicionales teorías, la doctrina alemana ha ido pormenorizando innumerables propuestas de solución al problema de la fundamentación de la posición de garante⁶⁶. Sin embargo, las últimas tendencias jurisprudenciales en Alemania⁶⁷ han renunciado a

deber de evitación del resultado previo al Derecho penal. Este deber previo debe ser ejercitado fácticamente, debe haber sido ejercitado de hecho. En este sentido, el deber prejurídico ejercido realmente, de ROXIN, coincide prácticamente con la teoría del dominio de SCHÜNEMANN. Vid. infra, *La tesis de SCHÜNEMANN*. Si no es así, según ROXIN, no puede hablarse de comisión por omisión, ROXIN, *Jornadas Hispano-Alemanas...*, Madrid 26-28 de enero de 1994. No obstante, esta teoría es criticable, en tanto en cuanto, los deberes extrapenales no estén definidos de forma concreta y clara, habrán de ser delimitados por el juez, lo que podría dar lugar a una ampliación de la comisión por omisión. Mientras que en España se necesita además, que la omisión equivalga a la acción, según el sentido del texto de la Ley.

⁶³ JESCHECK, H.H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos del CGPJ, «Jornadas sobre la Reforma del Derecho penal en Alemania», pág. 86.

⁶⁴ KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 283 y ss.

⁶⁵ RUDOLPHI, H.J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pág. 101.

⁶⁶ Entre ellas, JAKOBS, de forma algo distinta a KAUFMANN, pero coincidiendo en la idea básica, divide los deberes de garante en deberes en virtud de responsabilidad por organización y deberes en virtud de responsabilidad institucional, JAKOBS, G., *DP PG*, 29/29 y ss. 29/57 y ss. Para SCHÜNEMANN, no obstante, es clave la idea de un «dominio» para fundamentar la posición de garante. Vid. infra *Otras propuestas de solución al problema de las fuentes*.

⁶⁷ En este sentido CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, vid. la sentencia *Lederspray*, de 6 de junio de 1990, BGHSt 37, 106 ss.

una deducción dogmático-sistemática de la posición de garante, limitándose a argumentos *ad hoc*, que se reducen cada vez más a consideraciones puramente político-criminales⁶⁸.

6. Si, como ya se ha dicho, el ordenamiento alemán no menciona específicamente los deberes que fundamentan la posición de garante ni en el párrafo 13, ni en el tipo legal del delito comisivo (que sólo describe expresamente la acción positiva), el nuevo Código penal español menciona en el art. 11 a) *una específica obligación legal o contractual de actuar* y b) *que el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente* como fuentes de la posición de garante al equipararse en estos casos la omisión a la acción. Se ha zanjado, en parte, una de las principales dificultades con la que tropezaban otros ordenamientos a la hora de establecer la posición de garante. El legislador español ha optado por enumerar, aunque con otra terminología, las fuentes formales, al tiempo que complementa esta formulación con criterios materiales ya que, expresamente, alude a que *el especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación* lo que nos llevaría a deberes de protección y deberes de vigilancia del garante. De ahí que considere como meramente indicativa la mención de los apartados a) y b).

A continuación iremos viendo cada una de estas soluciones.

B. Las fuentes formales.

1. Feuerbach situó el problema de la responsabilidad penal por omisión, no en el plano causal, sino en el plano normativo, representando, así, la primera formulación de una dirección que más adelante tendría amplio eco en la doctrina alemana: la teoría del deber jurídico-

⁶⁸ HASSEMER, W., *Strafrechtliche Produkthaftung*, comentario a la sentencia del 6.7.1990 de los pulverizadores para productos de piel, en JuS 1991, pág. 253; MEIER, B.D., *Verbraucherschutz durch Strafrecht?*, en NJW 1992, pág. 3199; SAMSON, E., *Probleme der strafrechtlicher Produkthaftung*, en StV 4/1991, pg. 184; SCHMIDT-SALZER, J., *Strafrechtliche Produktverantwortung*, en NJW 1990, pg. 2966; KUHLEN, L., *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, en NStZ 1990, pág. 567; BEULKE/BACHMANN, *Die Lederspray Entscheidung*, en JuS 1992, pág. 739-740; BRAMMSEN, J., *Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?*, en GA, 3, 1993, págs. 101 y ss., 114 y ss.

SCHÜNEMANN, B., *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, traducida por Silvína BACIGALUPO, *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, ponencia presentada con ocasión del nombramiento del Prof. Dr. Claus Roxin como Dr. honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, enero 1994, págs. 18 y ss.

formal. El fundamento de la punición de la comisión por omisión en un elemento añadido al «no hacer» lo encuentra este autor en la existencia de «un deber jurídico» de actuar basado en la ley o el contrato. Dentro de su concepción del Derecho penal propia de un Estado liberal, en el que rige el principio de no injerencia en los derechos subjetivos ajenos, el deber jurídico de actuar opera en «casos excepcionales» procediendo el ilícito penal, generalmente, por medio de una conducta de hacer. La cuestión de la equiparación entre el hacer y el omitir, se sitúa, en el terreno de la antijuridicidad formal.

2. Se puede decir que es con STÜBEL cuando aparece una concepción tripartita de las fuentes del deber de actuar. Es este autor el que introduce por primera vez la idea de la injerencia como origen de un deber de actuar para evitar un resultado dañoso. Dicho de otra forma, para STÜBEL el deber de actuar existe, cuando una persona coloca a otra en una situación tal de la que no puede escapar sin ayuda de aquélla⁶⁹.

3. Dentro de las fuentes tradicionales de las que surge una posición de garante —el deber de garante—, el Tribunal Supremo alemán⁷⁰ y también el Tribunal Supremo español⁷¹ han venido enumerando, siguiendo la línea de orientación formal de las fuentes del deber de actuar de NAGLER: la ley⁷², el contrato y la creación de una fuente de peligro por una acción precedente del omitente (ingerencia)⁷³, a las que añaden, una estrecha comunidad de intereses (*enge Gemeinschaften*)⁷⁴.

1) La Ley.

La ley es la fuente menos problemática, que más claramente fundamenta el deber jurídico de la posición de garante y a la que tradicionalmente han acudido los Tribunales. El sometimiento a la Ley tanto de las personas como de las instituciones de un Estado es el significado del Estado de Derecho, proclamado en el art. 1 de la CE. ¿Qué se entiende por ley? En sentido amplio la específica obligación legal de actuar ha-

⁶⁹ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1987, pg. 29 y ss.

⁷⁰ BGHSt 19, 167, en ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, JA, 1980, pág. 648.

⁷¹ En la STS de 31.10.91 en la que se condena a R.R.V. como coautora de un delito de lesiones por omisión, el Tribunal explicita que «la fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente» (F.J. 31)

⁷² STS 22.VI.1991; 31.X.1991; 2.II.1996.

⁷³ STS 31.I.1986; 26.VI.1990; 6.IV.1992; 28.I.1994.

⁷⁴ Vid infra, *Las relaciones especiales*.

bría que buscarla en el conjunto del ordenamiento jurídico. Fuentes de esa obligación legal de actuar pueden ser cualquier tipo de leyes (orgánicas, ordinarias, estatales, de las CCAA), legislación delegada, decretos leyes, reglamentos, etc., y no sólo las penales. También la normativa comunitaria. La referencia a la ley, en realidad, nos dice todo y nada, aunque confiere seguridad jurídica a la fundamentación del deber de actuar. Es, meramente, una fuente formal de la posición de garante.

Seguidamente vamos a ver algunas específicas obligaciones de actuar surgidas de la ley.

1') *La normativa comunitaria.*

Si bien es cierto que con el Derecho vigente los órganos comunitarios carecen de competencia para crear un «*Derecho penal de ámbito comunitario*», esto es, uniforme para todos los Estados miembros, con un Código penal común y con unos tribunales y con unos funcionarios de prisiones comunes⁷⁵, no es menos cierto afirmar que los órganos comunitarios gozan de un «*ius puniendi*» negativo y positivo en el ámbito de los Estados miembros⁷⁶.

Si por un lado el Derecho comunitario reduce el campo de la actuación de lo penal, pues en las materias comunitarias el legislador nacional ya no es «libre» para elegir las conductas que desea incriminar⁷⁷ —aunque la elección de la clase de intervención (penal, administrativa...) sigue perteneciendo a cada Estado⁷⁸—; también, aunque con me-

⁷⁵ 8.º Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, mayo 1974, pág. 87: El Derecho penal «es un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro». No obstante, los esfuerzos por concretar un *Corpus iuris* de ámbito europeo siguen avanzando.

⁷⁶ VERVAELE, J., *La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire. Vers un «espace pénal communautaire»?*, en Rev. de Science criminelle et de Droit Pénal Comparé, n.º 1, 1990, pág. 37. Traducción de Adela Asua al español en CPC, n.º 43, 1991, págs. 119-138.

⁷⁷ CUERDA RIEZU, A., *¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?* Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Penal Económico, Madrid, 14-17 oct. 1992: en lo que se refiere a las incriminaciones penales caben dos posibilidades: que el Derecho comunitario sea incompatible con la propia razón de ser del delito, por lo que el Tribunal nacional está obligado a no aplicar la norma penal de su Estado; o que la normativa comunitaria implique la modificación de los elementos del delito, por ejemplo, en los casos de leyes penales en blanco que se vean completadas por el ordenamiento de las Comunidades.

⁷⁸ Tribunal Europeo de Justicia, fallo de 2 de febrero de 1977, Amsterdam Bulb BV versus Produktschap voor Siergerwassen, Jurisprudence de la Cour, 1977, I, 150.

nos intensidad, da lugar a la creación de nuevas normas en las legislaciones penales de los Estados miembros⁷⁹ mediante dos técnicas: la de asimilación y la de armonización⁸⁰.

En el supuesto de la asimilación, la norma comunitaria establece que una infracción comunitaria se castigue de la misma manera que la infracción correspondiente del Derecho penal nacional, lo que representa una forma correcta de coordinar la coexistencia de dos ordenamientos distintos: puesto que las Comunidades no pueden crear normas penales en el ámbito comunitario, la protección de intereses comunitarios se relega al Derecho penal de cada Estado. Sin embargo, los inconvenientes de una desigualdad en los tipos penales de los diferentes países miembros, o la posibilidad de afectar al principio de legalidad y en concreto al de reserva de ley en materia penal cuando sean, por ejemplo, los Reglamentos y no los Tratados constitutivos de las Comunidades los que prevean la asimilación hacen que sea la armonización la técnica que esté alcanzando más auge en la creación positiva de normas penales.

El sistema de armonización consiste en que una norma comunitaria obliga a los Estados miembros a legislar penalmente sobre una materia comunitaria, es decir, se les impone a los legisladores una «obligatio puniendi»⁸¹. Surge así la necesidad de que se promulguen nuevas normas penales en las legislaciones de los Estados miembros dirigidas a la defensa de los intereses comunitarios⁸².

Las prescripciones penales que pueden entrar en contradicción con las normas de Derecho público económico europeo se sitúan en el campo del Derecho penal económico y financiero, esto es, reglamenta-

⁷⁹ Aunque el Derecho comunitario no puede, por sí mismo, establecer sanciones penales, sí puede suscitar la intervención punitiva de los Estados miembros cuando se infrinjan disposiciones comunitarias. Según el art. 5 del Tratado de la CEE, los Estados miembros tienen la obligación de aplicar sus instrumentos legales en defensa de la normativa comunitaria. Vid. VERVAELE, J., *La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire...*, op. cit., pág. 37.

⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios...*, pág. 11; FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Derecho penal y competencias de las Comunidades europeas*, en CPC, n.º 48, 1992, pág. 817.

⁸¹ Prácticamente toda la disciplina jurídica sobre sociedades anónimas se ha visto afectada por el proceso de armonización. Así, del art. 14.2 y 3 del Proyecto de Quinta Directiva comunitaria se desprende una tendencia consolidada en el Derecho comparado europeo en materia de responsabilidad social de los administradores.

⁸² CUERDA RIEZU, A., *¿Ostentan ius puniendi...?* Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Penal Económico, Madrid, 14-17 oct. 1992; SGUBBI, F., *Derecho penal comunitario*. En CPC, n.º 58, 1996, pág. 89 define el Derecho penal comunitario como *el fenómeno de utilización de la pena como sanción de comportamientos que violen los preceptos comunitarios*, es decir, como tutela de bienes e intereses referentes a la Unión Europea.

ciones en materia de precios, normativa en materia de calidad de productos, de seguridad de los mismos, legislación relativa al medio ambiente⁸³, también en materia de subvenciones⁸⁴, en definitiva, normativa relacionada con la protección de los consumidores, especialmente de su salud y seguridad.

Con esta tendencia unificadora a nivel europeo se busca la creación de un marco jurídico y fiscal favorable tanto a las empresas como a los consumidores⁸⁵. Una actuación económica que sea perfectamente lícita en el Derecho comunitario no puede constituir un tipo delictivo en un Estado miembro⁸⁶.

El Tribunal Europeo también ha influido —positiva e indirectamente— desarrollando una jurisprudencia en cuanto al contenido preventivo y represivo de las sanciones penales y sobre la idoneidad de las mismas tanto desde el principio de proporcionalidad (gravedad)⁸⁷ como en relación al principio de utilidad⁸⁸ y ha declarado también el carácter vinculante de los principios penales básicos para los órganos de la Unión Europea⁸⁹. Los intereses comunitarios se convierten, de esta manera, en intereses que la ley penal ha de proteger, es decir, en bienes jurídicos⁹⁰.

En los delitos de comisión por omisión, el garante se encuentra en una especial relación, relación de garantía, con respecto a la integridad del bien jurídico. Y, en virtud del principio de primacía de la normativa

⁸³ VERVAELE, J., *La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire...*, op. cit., pág. 37.

⁸⁴ Como demuestra la introducción en el Código penal de 1995 del fraude de subvenciones a los presupuestos de las Comunidades; vid. NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios*, Barcelona, 1996; GÓMEZ RIVERO, M.ª C., *Fraude de subvenciones*, ed. Tirant lo Blanch, 1996.

⁸⁵ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Derecho penal y competencias...*, pág. 817; DANNECKER, G./APPEL, I. *Auswirkungen der Vollendung des Europäischen Binnenmarkts auf den Schutz der Gesundheit und der Umwelt*, en ZVglRWiss 89 (1990) pág. 127.

⁸⁶ GRASSO, G., *Comunità europea e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Milano, 1989.

⁸⁷ Así, el recurso prejudicial, sent. 10.11.82. As. 261/81 RAU/DE SMET, en la que se manifiesta la importancia del principio de proporcionalidad por razones de protección e información al consumidor. Vid. también FOURGOUX, J.-C., *De l'impact du droit communautaire sur le droit national et sur les sanctions*, en Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n1 2 avril-juin 1993, págs. 339 y ss.

⁸⁸ Sobre los principios de proporcionalidad y utilidad vid. DELMAS MARTY, M., *A favor de unos principios orientadores de legislación penal*, traducción de CUADRADO RUIZ, A., en ADPCP, Tomo XLIII, fasc. III, sep-dic 1990, págs. 961 y ss.

⁸⁹ VERVAELE, J., *La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire*, en Rev. Science crim., ene-marz, 1990, pág. 38.

⁹⁰ HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. En Doctrina Penal, abr-sep 89, pg. 274 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, pág. 203.

comunitaria⁹¹ y del principio de efecto directo⁹² podemos decir que, en cierta forma, el Derecho comunitario se constituye en fuente del Derecho penal nacional⁹³ y, en el caso en el que se lesionaran esos intereses comunitarios debido a *una específica obligación legal de actuar*, la normativa comunitaria se estaría convirtiendo en fuente de la posición de garante⁹⁴. Y es más, si la norma nacional entra en contradicción con el Derecho comunitario determinará la inaplicación del Derecho interno⁹⁵.

2) El contrato.

Otra fuente posible que engendra deber de actuar y cuyo incumplimiento genera responsabilidad a título de comisión por omisión sería el contrato, como emanación del principio de «autonomía de las partes» para producir vínculos jurídicos. Este negocio jurídico a través del cual se aceptan libremente, por ejemplo, ciertas funciones de protección, no contradice, en mi opinión, el principio de reserva de ley en materia penal.

Cualquier contrato, no es necesario que sea un contrato escrito ni oneroso, del que derive un deber de vigilancia⁹⁶, un deber de actuar pa-

⁹¹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Derecho Penal y competencias de las Comunidades europeas*, en CPC, N1 48, 1992, pág. 812. En la escala jerárquica de los ordenamientos nacionales, las normas comunitarias se sitúan por encima del Derecho interno; SGUBBI, F., *Derecho penal comunitario*, págs. 119 y ss. Vid. MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Madrid, 1986, pág. 70 y ss. y 117 y ss.

⁹² El Derecho comunitario se aplica sin necesidad de exigir para ello la creación de disposiciones estatales que las transformen en normas internas, según los principios del derecho internacional: aplicabilidad directa, primacía. Vid. también TERRADILLOS BASOCO, J., *Delito societario...*, págs. 12-13; FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, pág. 812; VERVAELE, J., *op. cit.*, pág. 37.

⁹³ CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMÉ, *La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones*. (Comentario a la STS de 21.12.88). En *La Ley*, 1989, t. 2, págs. 349-373.

⁹⁴ El art. 118 A del Acta Única contiene disposiciones sobre la armonización en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Así por ejemplo, si se lesionara la salud o la seguridad de los trabajadores como consecuencia de una omisión, la persona de la que por su relación con este bien jurídico se esperara una actuación que evitase el resultado, respondería como garante.

⁹⁵ SGUBBI, F., *Derecho penal comunitario*, pág. 97-98, 120-123, la materia económica y empresarial constituye el objeto principal de la legislación comunitaria, siendo los sujetos protagonistas del ordenamiento económico comunitario y, por tanto, de la legislación comunitaria, las personas jurídicas, particularmente, las sociedades mercantiles. Este fenómeno da lugar a que el Derecho penal comunitario constituya destinatario de específicas obligaciones de actuar a personas jurídicas que, sin embargo, dada la heterogeneidad de las soluciones normativas de los distintos países miembros en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ve frenada su efectividad para configurar a la persona jurídica como centro de imputación directa de sanciones criminales.

⁹⁶ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *DP PG*, 5.^a ed., 1996, pág. 257.

ra evitar un resultado para el bien jurídico, sería la fuente de la que emana la acción esperada que tendría que realizar el garante. Realmente, la mera existencia formal del contrato no es siempre necesaria ni suficiente, y tampoco se hará depender la posición de garante de la validez civil del contrato. Como expone MIR⁹⁷, aunque el contrato entre los padres y el profesor de natación resulte nulo, éste es garante de la vida del niño que se le ha confiado.

En los casos de aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras (*freiwillige Übernahme*), se dejaría a un lado el contrato, completándose con esta fórmula esa laguna en el catálogo de fuentes. Es lo que hace nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 22 de septiembre de 1993, al fundamentar la posición de garante en la obligación de impedir determinados resultados, que tácita o expresamente han asumido algunas personas, no pudiéndose hablar en tales supuestos de contrato.

3) Las relaciones especiales.

Antes de llegar a la conocida división tripartita de las fuentes formales del deber jurídico inaugurada por STÜBEL, SPANGENBERG añadió a la ley y al contrato, las «relaciones especiales», mediatamente basadas en preceptos legales, que unen a determinadas personas y, en virtud de las cuales, se establecen entre ellas lazos que les obligan a prestarse ayuda mutua y protección (parentesco, novios, etc). Es lo que denominamos hoy «deberes de garantía basados en una estrecha comunidad de vida o intereses». Tales relaciones se consideran fuente del deber de actuar, en tanto en cuanto derivan de la ley, por lo que se constituyen en fuente de dicho deber por una doble vía: directamente, cuando la ley así lo expresa, e indirectamente, cuando sancionan determinadas relaciones interindividuales de las que tal deber se deriva de manera mediata⁹⁸.

4) La injerencia⁹⁹.

En ocasiones, el comportamiento penalmente relevante no se presenta de manera nítida como una estricta omisión, sino que aparece co-

⁹⁷ MIR PUIG, S, *DP PG*, 4.ª ed., pág. 310-311.

⁹⁸ SPANGENBERG, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 4, 1821, págs. 539 y ss.

⁹⁹ Las razones de carácter etimológico de escribir injerencia con g y no con j son expuestas por LUZÓN PEÑA, D-M. en *Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro (comentario a la Sentencia TS 24.4.74, en Derecho Penal de la Circulación (Estudios de Jurisprudencia del TS)*, 2.ª ed., 1990, pág. 167 y ss.

mo una estructura compleja en la que se entremezclan actividades causantes del resultado con inactividades no impeditivas de éste¹⁰⁰. Es lo que ocurre en la comisión por omisión. Puede haber supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión¹⁰¹, supuestos en los que la omisión, aisladamente o en concurrencia con otras acciones precede a la acción causante del resultado¹⁰² y supuestos de hecho en los que acciones y/u omisiones de varios sujetos desembocan en un resultado típico¹⁰³.

Quien con su hacer activo u omisivo, aunque sin culpa, haya dado lugar al riesgo de peligro inminente de un resultado típico, está obligado a evitarlo¹⁰⁴. Es decir, el que con su comportamiento crea un peligro para los bienes jurídicos de otra persona, está obligado a garantizar que dicho peligro no desemboque en la lesión del interés amenazado, para lo cual el ordenamiento jurídico penal impone un deber de actuar para neutralizar tal peligro. Esta idea de injerencia como fuente de un deber de garantía fue la iniciada por Stübel¹⁰⁵, y tiene una fuerza de convicción tal que le hace aparecer casi como una costumbre jurídica¹⁰⁶. El principio de injerencia compromete a la persona que causó una concreta situación de peligro —con o sin culpa, conforme o contra a derecho— a desviar el peligro que obviamente se encuentra unido y adecuado a dicha situación. Se entiende que el autor puso a otro, a través de su comportamiento precedente, en una situación que requiere una protección cualificada, de la cual éste no puede verse libre sin ayuda ajena.

El deber de garante por un comportamiento precedente que cree un riesgo de peligro para el bien jurídico protegido se basa en la prohibición general de lesionar a otro y, aunque no encuadrables en la ley o en el contrato, tales omisiones se consideran que merecen la misma pena que el comportamiento activo. Quien produce una perturbación en el orden social, una injerencia en ese orden social, debe cuidar de que el

¹⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pág. 13.

¹⁰¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, págs. 16-19.

¹⁰² GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, págs. 19-21.

¹⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, págs. 21-24.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, pág. 45; WESSELS, *DP PG*, págs. 217.

¹⁰⁵ STÜBEL, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1928, pág. 61 y ss., cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, págs. 258 y ss.

¹⁰⁶ WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pág. 191; ARTZ, G., *Zur Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, en JA, 1980, pág. 714; KÜHL, K., *SR AT*, 1994, PG. 587, 5/91.

peligro por él creado no se convierta en un resultado, que produzca lesiones en los bienes jurídicos protegidos¹⁰⁷.

Pues bien, ¿es todo actuar precedente susceptible de generar responsabilidad por el resultado? ¿Es aplicable la comisión por omisión sólo en los casos de actuación previa antijurídica? o, ¿se requiere, además, que el comportamiento previo sea culpable? La doctrina ha restringido esta idea de la injerencia en un triple sentido para que del simple hecho de crear un peligro no se origine el deber de evitar el resultado¹⁰⁸. Es decir, para que se pueda afirmar una posición de garante por injerencia, deben darse los siguientes requisitos en la acción u omisión precedente:

1.º Primero, el autor debe haber ocasionado el peligro (adecuado) de producción del resultado típico¹⁰⁹. Para Jakobs tal requisito fracasa porque la adecuación es un requisito inútil en el marco de la responsabilidad. En este supuesto el peligro no da lugar al deber de evitar el resultado equivalente a la comisión si es consecuencia del riesgo existencial general y no cabe dirigirlo conforme a plan mediante la acción de la acción previa¹¹⁰.

2.º Segundo, un importante sector doctrinal entiende que la sola conducta precedente de creación de peligro no es suficiente para fundamentar una posición de garante y exige que la conducta antecedente sea antijurídica¹¹¹, contraria a deber, aunque no sea culpable¹¹². Pero la

¹⁰⁷ PFLEIDERER, K., *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, págs. 128 y ss.; KIENAPFEL, D., *AT*, 1985, 30/18. En contra SCHÜNEMANN, B., *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en *GA*, 1974, págs. 233 y ss.

¹⁰⁸ RUDOLPHI, H.J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte un der Gedanke der Ingerenz*, Verlag Otto Schwartz & co., Göttingen, 1966, págs. 110 y ss.

¹⁰⁹ RUDOLPHI, H.J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte un der Gedanke der Ingerenz*, págs. 120 y ss.; KIENAPFEL, D., *Die Garantenpflichten (2 ÖStGB): System, Voraussetzungen und Grenzen*, en *JBl*, 1975, pág. 83.

¹¹⁰ JAKOBS, G., *DP PG*, 7/31, 29/39.

¹¹¹ BRAMMSEN, J., *Strafrechtliche Rückpflichten bei fehlerhaften Produkten?*, en *GA*, 3, 1993 págs. 108-109: contra la argumentación del Tribunal para la determinación del deber antijurídico en la situación de injerencia indica que es necesario que los comerciantes pudieran prever objetivamente la peligrosidad de su actuación precedente y evitarla a través de un comportamiento dirigido a ello, pág. 120 el deber de retirada del producto no es justificable dogmáticamente con ayuda de la injerencia, ya que con ello se traspasarían los límites del marco de responsabilidad de las circunstancias penales inhibitorias de delito; BACIGALUPO, E., *Delitos impropios de omisión*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1983. LUZÓN PEÑA, D.M., *Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*. (Comentario a la STS 24.4.74). En *Derecho Penal de la Circulación* (Estudios de la Jurisprudencia del TS), 1985, pág. 130; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia*, en *ADPCP*, 1973, pág. 513.

¹¹² RUDOLPHI, H.J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte un der Gedanke der Ingerenz*, págs. 157 y ss.; HERZBERG, R.D., *Die Unterlassung im*

antinormatividad sólo resulta de interés cuando condiciona la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción¹¹³. En cuanto a esta limitación JAKOBS considera que restringe demasiado el deber de evitar el resultado puesto que hay también un uso permitido del libre comportamiento que sobrepasa la libertad general. Que el comportamiento sea permitido, conforme a deber, no es un motivo para exonerar de los esfuerzos necesarios para evitar el resultado lesivo al bien jurídico protegido al que así ha actuado libremente. Si el comportamiento permitido le exonerase, se estaría gravando con ese esfuerzo a la potencial víctima, que por su parte no se ha movido en el marco de riesgos especiales. Tales casos constituirían, más bien, sólo un ejemplo de la relación entre libertad y deber de garante¹¹⁴.

3.º Tercero, la acción u omisión precedente debe haber sido lo suficientemente importante como para no haber evitado el daño al bien jurídico protegido¹¹⁵. En este supuesto el sujeto de la injerencia, o bien, hace desaparecer una relación de protección existente que impide al titular del bien jurídico protegerlo, o bien, origina una nueva fuente de peligro¹¹⁶. Frente a esta postura JAKOBS considera que:

a) de la acción u omisión previa antijurídica siempre se deriva un deber de evitar el resultado típico¹¹⁷.

b) si las acciones u omisiones precedentes se mueven en el marco del riesgo permitido, se deriva deber de evitar el resultado si se dan dos requisitos:

b.1) debe ser un comportamiento con mayor riesgo que el comportamiento cotidiano¹¹⁸ y,

Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, pág. 294 y ss.; WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, págs. 209 y ss.

¹¹³ MIR PUIG, *DP PG*, 3.ª ed. págs. 341-342 distingue dos grupos de casos: si el sujeto activo «se encuentra» de forma imprevista en la situación peligrosa, cabría negar la posición de garante. Por el contrario, se afirma una posición de garante cuando falta la antijuridicidad del hecho anterior, es decir, el sujeto activo produce el peligro lícitamente, de forma voluntaria.

¹¹⁴ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/39.

¹¹⁵ Por ejemplo: el fabricante de productos de consumo que permite, aunque sea de manera imprudente, que su jefe de almacén distribuya los productos caducados, pudiendo ser éstos nocivos para la salud, debe retirarlos para evitar una responsabilidad equivalente a la comisión.

¹¹⁶ JESCHECK, H.H., *DP PG*, 3.ª ed., págs. 859-860.

¹¹⁷ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/41.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, el uso de sustancias peligrosas, los experimentos con medicamentos, la puesta en circulación de productos de consumo masivo, etc.

b.2) la persona puesta en peligro debe haber adoptado las preven- ciones y medidas de seguridad de su incumbencia ¹¹⁹.

c) de las acciones u omisiones previas justificadas se deriva el deber de evitar el resultado cuando no se puede imputar a la persona puesta en peligro la necesidad de intervención ¹²⁰.

A pesar de que la idea de la injerencia como fuente de la posición de garante fue considerada por los tratadistas alemanes en el siglo pasado, es a finales de los años veinte cuando brota un mayor interés por el tema ¹²¹. A grandes rasgos podemos decir que la doctrina alemana se divide a la hora de precisar qué actuar precedente peligroso genera un deber de garantía y cuál no: la postura mayoritaria y la jurisprudencia entienden que todo actuar precedente peligroso, sea o no antijurídico, es fuente de evitación del resultado ¹²²; mientras que otro sector doctrinal exige que el actuar precedente sea, además de peligroso, típicamente antijurídico y culpable. La posición intermedia sostendría que el actuar precedente peligroso debe, al menos, ser antijurídico para considerarse fuente de un deber de garantía, cuya infracción de lugar a comisión por omisión ¹²³.

Pues bien, hoy en día la doctrina alemana moderna niega ¹²⁴ que el hacer precedente pueda convertir al injerente en garante, y con ello, en autor de un delito de comisión por omisión ¹²⁵. Dentro de nuestras fron-

¹¹⁹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/42.

¹²⁰ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/43.

¹²¹ TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913 (Festgabe für Enneccerus), págs. 30 y ss. cita a STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867) como propulsores de la idea de la injerencia.

¹²² NÄGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, en GS, n.º 11, 1938, págs. 1 y ss, 26 y ss.; BGHSt, 37, 106.

¹²³ RUDOLPHI, H.J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte un der Gedanke der Ingerenz*, 182, 188 y ss.; PFLEIDER, K., *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, pág. 150.

¹²⁴ La teoría de BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986, págs. 392, 403, 417-421 y 436 ss. de fundamentar la responsabilidad del omi- tente en la acción previa como garante ha sido rechazada por la doctrina (aunque aún minoritaria): con insistencia, SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 315 y ss; el mismo, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en GA, 1974, págs. 233; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/31, para quien la injerencia es absorbida por los deberes de relación. El comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso; FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, págs. 180 y ss.

¹²⁵ WELZEL, *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, en JZ, 1958, pág. 495; SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, págs. 316, 323 y ss.; el mismo, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en GA, 1974, pág. 233; el mismo, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, en ZStW, 96, 1984, págs. 291 y ss., 308.

teras también se alzan voces en esa dirección. La doctrina española dominante entiende que el actuar precedente peligroso no genera un deber de garantía cuando el peligro ha sido ocasionado por un *accidente*¹²⁶. Para Gimbernat¹²⁷, en consonancia con los autores alemanes, la injerencia no fundamenta un deber de garantía, siendo lo realmente importante para afirmar la responsabilidad penal, el que el sujeto con posterioridad al riesgo asuma la vigilancia de la fuente de peligro. Habría que matizar que, en este sentido, la injerencia ha sido tratada, principalmente, en relación con el delito de omisión del deber de socorro, art. 195.3 CP¹²⁸ (párrafo 3.º del art. 489 ter anterior CP)¹²⁹ por lo que sería conveniente una interpretación de la injerencia del art. 11 y del art. 195.3 que no llevara a contradicciones. Entiendo, por tanto, que dado el tenor del art. 11 en

¹²⁶ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pág. 265.

¹²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP 1994, págs. 16 y ss., 19 y ss., 24-25.

¹²⁸ Art. 195 CP:

1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*

3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.*

¹²⁹ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, págs. 265 y ss., 277, admite la injerencia como fundamentadora de un deber de garantía, pero limitada a los supuestos de conducta precedente antijurídica, al haber excedido ésta los límites del riesgo permitido. Para LUZÓN PEÑA, D.M., *Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*, en Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), Ed. Bosch, págs. 121 y ss., 128 sólo hay comisión por omisión cuando es la omisión misma la que crea el riesgo de lesión. Si hay supuestos en los que se afirma la comisión por omisión, no es porque exista un hacer precedente fuente de peligro sino, única y exclusivamente, porque la misma omisión crea o desencadena el peligro. En el art. 195.3 al exigir que haya un «accidente ocasionado», entiende que antes de la omisión ya se ha producido un accidente no controlado; MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pág. 340 admite la injerencia como fuente de la posición de garante en los supuestos dolosos, siendo más discutibles los casos de causalidad imprudente de un peligro. Para estos casos propugna una pena de gravedad intermedia, no tan grave como la del delito de acción y más grave que la del de omisión pura. Ello podría conseguirse mediante dos soluciones: agravando la pena de la omisión pura o atenuando la del delito de resultado correspondiente. Puesto que el art. 11 no prevé atenuación facultativa de la pena, sólo existe la agravación del art. 195.3 para los supuestos de causalidad imprudente del peligro por lo que entiende que sería útil prever la posibilidad de rebajar la pena de los delitos dolosos de resultado correspondientes de omisión, si se admite que el resultado puede imputarse a la omisión en forma de comisión por omisión; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Omisión e injerencia*, en CPC, n.º 24, 1984, págs. 571 y ss., 587 y ss., niega que la injerencia sea capaz de dar lugar a un

relación con el art. 195.3, el actuar peligroso precedente no dará lugar a deber de garantía, si se trata de un accidente imprudente, pero sí dará lugar a comisión por omisión los casos de ingerencia dolosa¹³⁰.

Con esta concisa incursión en las fuentes formales, que simplemente señalan la fundamentación del deber jurídico sin profundizar en el contenido de tal deber, pasamos a analizar los criterios materiales que fundamentan la posición de garante.

C. *La tesis de Armin Kaufmann: la teoría funcional.*

1. Algunos autores indicaron que la clasificación que se apoya en el origen del deber —teoría formal— podía conducir a errores y ser, en parte, falsa¹³¹. La monografía de Armin Kaufmann¹³² sobre los delitos de omisión va a suponer un giro trascendental en la solución al problema de determinación de las fuentes de la posición de garante. La nueva doctrina que fundamenta la posición de garante en criterios materiales, es decir, en función de las tareas que se esperan de quien se encuentra en ellas situado reemplazó a la clásica teoría formal de las fuentes de la posición de garante (la ley, el contrato, la acción precedente (ingerencia) y la estrecha comunidad de vida) que no logró solucionar, suficientemente, la fundamentación jurídica de los deberes de garantía¹³³.

2. En la búsqueda de un fundamento no formal de la posición de garante, la teoría funcional lo encuentra en la necesidad de evitar la lesión a determinados bienes jurídicos. Así, por ejemplo, los padres están obligados a alimentar a los hijos no emancipados, a tenor del art. 154.1.º CC. Sin embargo, tal obligación que formalmente es la misma con respecto a un hijo de un año que al de quince, ¿tiene el mismo contenido material respecto al bien jurídico protegido vida o integridad física? Parece que la respuesta a esta pregunta debería ser no. Efectivamente, no es lo mismo dejar de alimentar a un niño de un año, que no

delito doloso de comisión por omisión cuando el actuar precedente peligroso ya ha desencadenado o producido un daño o lesión. Asimismo proponía la supresión del párrafo 3.º del art. 489 ter; pues, entendía que tampoco la producción imprudente del accidente debería agravar la posterior omisión. Lo que no ha sido tenido en cuenta por el legislador de 1995.

¹³⁰ Vid infra *La solución del art. 11 CP*. También, CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, ADPCP, 1998; la misma, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, passim.

¹³¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, pág. 95.

¹³² KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

¹³³ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pág. 1.

sabe hablar y que probablemente aún ni ande que a uno de quince, aunque la ley establezca formalmente la misma obligación para el padre. De esta forma, la función (en el ejemplo, la que debe realizar el padre) respecto al bien jurídico la fundamenta KAUFMANN en deberes de protección y deberes de vigilancia. Es decir, esta doctrina al tratar la cuestión de cuándo y en qué forma surge una posición de garante penalmente relevante ha buscado criterios conforme a los cuales reduce la situación a dos posiciones fundamentales¹³⁴: la función protectora de un bien jurídico y el control sobre una fuente de peligro¹³⁵. Es decir,

A) Aquellas que derivan de especiales deberes que incumben al autor respecto a la función protectora de un bien jurídico determinado, que puede resultar de:

a. Situaciones jurídicamente fundadas en la solidaridad natural, como puede ser el matrimonio y el ámbito familiar. Se afirma, así, la posición de garante entre los cónyuges, parientes en línea recta (sobre todo a los padres frente a los hijos que viven en la misma casa y dependen de ellos), entre hermanos, e incluso entre prometidos. Los bienes jurídicos se encuentran al cuidado de un garante y deben ser defendidos contra las puestas en peligro y los daños jurídicos penalmente relevantes. Se origina un deber de protección para los mismos en sentido amplio, que incluye sobre todo la defensa para los peligros contra la integridad corporal y la vida¹³⁶. Sin embargo en cada caso, el alcance de protección puede ser diferente¹³⁷.

b. Un segundo subgrupo de posiciones de garante dentro de los garantes de cuidado se desprende de las estrechas relaciones de vida o de peligros, que garantizan ayuda y asistencia mutuas en tanto motiven

¹³⁴ Así KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 283 y ss.; MIR PUIG, DP PG, 3.^a ed., págs. 336 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Teoría del delito*, pág. 44; WESSELS, DP PG, pág. 216; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, pág. 95; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 24 ed. parágrafo 13.

¹³⁵ En este sentido, la jurisprudencia española también acepta la nueva clasificación de las fuentes de la posición de garante. Así la STS 3.12.90 recuerda que la posición de garante viene impuesta en base a dos fuentes posibles: por la función protectora de un bien jurídico y por la misión de control de una fuente de peligro.

¹³⁶ Para GALLAS, W., *Studien zum Unterlassungsdelikte*, 1989, pág. 92, los deberes de garante en el ámbito familiar se circunscriben a la protección de la vida y la integridad física.

¹³⁷ ARZT, G., habla de posiciones de garante «fuertes» y posiciones de garante «débiles», en *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassung*, pág. 555; PFLEIDERER, K., *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1968, págs. 114 y ss., 120, diferencia entre posiciones de garante centrales y periféricas; para SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión*, págs. 334 y ss., 340-344, también las posiciones de garante se ordenan en una escala gradual y no todas ellas pueden fundamentar una comisión por omisión.

dependencia de uno de los partícipes en tales relaciones respecto a otros. Son ejemplos de comunidades de riesgos tanto situaciones de peligros típico-sociales, como la admisión en el hogar de personas necesitadas de cuidado, la familia de hecho, sin matrimonio formal de los padres, así como los deportes de alto riesgo, como el alpinismo, peligrosas excursiones de montaña...¹³⁸.

c. El tercer grupo de posiciones de garante de protección proviene de la aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras y de asistencia. Aquí, el presupuesto de la responsabilidad del garante es que el peligro de la producción de los daños situados en el ámbito de protección haya aumentado, precisamente, porque confiado en la ayuda prometida (socorristas, urgencias), no se tomaron otras medidas de seguridad. Constituyen ejemplos de ello, el médico respecto a su paciente, el guía de montaña frente al turista, etc.¹³⁹.

B) El segundo grupo de las posiciones de garante se caracteriza atendiendo a la responsabilidad por la seguridad frente a la creación de un peligro o en la responsabilidad que dimana de determinadas fuentes de riesgo (garantes de seguridad). El ámbito de los deberes de garante en este segundo grupo es distinto y más reducido que el primero, porque aquí el garante sólo tiene que mantener bajo control ciertas fuentes de peligro. La tarea del garante (vigilante) consiste, sobre todo, en la eliminación del peligro, y sólo, secundariamente, y como efecto reflejo, deriva la protección del bien jurídico amenazado por dicho peligro¹⁴⁰. El deber de garantía puede resultar de:

a. La llamada injerencia. El deber de garante procede del comportamiento previo peligroso y descansa en la idea básica de que cada uno ha de responder de que un riesgo producido por él mismo no desemboque en un resultado típico¹⁴¹.

Pues bien, la búsqueda de una delimitación material del deber jurídico establece una doble escisión del garante en guardián y protector, desviándose del sistema formal tradicional. Según esta división funcional¹⁴² existe, por un lado, un garante de protección con deber de vigilancia para determinados bienes jurídicos y, por otro, un garante de vigilancia con

¹³⁸ JESCHECK, H.H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, pág. 86.

¹³⁹ JESCHECK, H.H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, pág. 86.

¹⁴⁰ KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pág. 283 y ss.

¹⁴¹ Vid. supra *La injerencia*.

¹⁴² ARZT, G., *Zur Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, en JA, 1980, pág. 648; KÜHL, K., *Strafrecht AT*, München, 1994, pág. 570.

deber de seguridad para determinadas fuentes de peligro. Su valor reside en que, ante el peligro de un bien jurídico protegido, marca la diferencia entre víctima y autor: el garante puede situarse en una relación inmediata con la víctima¹⁴³, es decir, como «protector» directo, y por ello se obliga. Y, también, puede permanecer junto al autor como medida de su conciencia, estando encargado de su «vigilancia». Así el garante-vigilante mira por la seguridad de la fuente de peligro, sin consideración especial de la víctima que se ve amenazada. El garante de vigilancia está obligado a evitar, por bien de todos los posibles implicados, que una fuente de peligro se convierta en un peligro o incluso en una lesión; mientras que el garante-protector vela por una determinada víctima sin prestar una especial atención al autor que la amenaza¹⁴⁴. El garante protector tiene una relación especial dirigida a la evitación del peligro y el garante vigilante tiene una relación especial hacia la fuente de la evitación del peligro¹⁴⁵.

3. Sin embargo, con esta precisión del contenido funcional no se pueden vincular consecuencias sistemáticas en aras a la distinción entre deberes de protección y deberes de vigilancia, puesto que la protección para una persona es vigilancia en favor suyo de los peligros que la amenazan, y la amenaza de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso¹⁴⁶. De ahí que, en realidad, esta nueva división no se aleja de la teoría formal clásica de la posición de garante, no viene a reemplazarla, sino que la presupone. Es más, la respuesta a la pregunta ¿garante vigilante o protector? nos conduce de nuevo a la ley, al contrato, a la aceptación voluntaria de funciones específicas, a la estrecha comunidad de vida y a la ingerencia. El criterio material señala, por tanto, un camino para conectar la problemática del garante con el contenido social de los deberes que han de considerarse.

4. Mir Puig ha tratado de profundizar en la teoría de las funciones de Kaufmann. Si bien, con esta nueva teoría se puede fundamentar una posición de garantía relacionando materialmente al sujeto con el bien jurídico protegido, siguen sin estar suficientemente claros los criterios que hacen surgir esa relación funcional. Mir propone completar dicha división apreciando que:

b. El deber de garante de seguridad se desprende, también, de fuentes de peligro que se sitúan o nacen dentro del área del propio do-

¹⁴³ La STS de 26.6.90 habla de «garante de la víctima», o lo que es lo mismo, del obligado por circunstancias concretas a evitar la realización del hecho.

¹⁴⁴ ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikte*, en JA, 1980, pág. 648; KÜHL, K., *Strafrecht AT*, München, 1994, págs. 570-571.

¹⁴⁵ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 156; KÜHL, K., *Strafrecht AT*, München, 1994, págs. 570-571.

¹⁴⁶ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/27.

minio y, por ello, surge el deber de rechazar peligros que dependan del estado en que se hallan cosas, disposiciones o instalaciones en un ámbito social determinado, así como de la aceptación espontánea de deberes de vigilancia y seguridad para terceros. Quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro (instalaciones, animales, máquinas) es el responsable de que tal peligro no se realice. En este subgrupo se encuentran los importantes deberes relativos a la seguridad de la circulación viaria (iluminación, por ejemplo) y el deber de vigilar en el tráfico de los vehículos de motor¹⁴⁷.

c. Por último, dentro de las posiciones de garantía de seguridad se incluye el deber de controlar a terceros, es decir, la responsabilidad por la actuación de terceras personas. Así, por ejemplo, los educadores y los padres tienen que preocuparse de que los menores confiados a su control no cometan ningún delito¹⁴⁸.

5. Como conclusión puede decirse que la división de posiciones de garante establecida por Kaufmann tiene un carácter clasificatorio y didáctico, sin que de ella pueda extraerse, efectivamente, ninguna consecuencia material¹⁴⁹. Esto significa que simultáneamente puede conjugarse de forma práctica la nueva clasificación funcional con las posiciones formales tradicionales, puesto que las posiciones de garantía aparecen imbricadas, es decir, se superponen unas a las otras¹⁵⁰. Tampoco hay por qué prescindir de la razón del nacimiento del deber¹⁵¹. En realidad, la teoría funcional, siendo un gran criterio de agrupación de las funciones de garantía no ofrece una gran ayuda a la hora de determinar dichas posiciones y, entre otras razones, porque no explica suficientemente el origen de las funciones de protección y de control que atribuye al garante¹⁵².

6. Para JESCHECK¹⁵³ el camino del futuro debe verse en una combinación de los criterios formal y material, mientras que para Jakobs¹⁵⁴ la

¹⁴⁷ MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.ª ed., págs. 315-316.

¹⁴⁸ MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.ª ed., págs. 316-317. JESCHECK, H.H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, págs. 86-87, el mismo, *DP PG*, vol. 21, 3.ª ed., págs. 862-863.

¹⁴⁹ Así, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP 1994, pág. 54, n. 60.

¹⁵⁰ ARZT, G., *Zur Garantienstellung beim unechten Unterlassungdelikt*, en JA, 1980, págs. 648 y ss.; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/27.

¹⁵¹ JESCHECK, H.H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, pág. 87.

¹⁵² En este sentido, HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, págs. 83-84.

¹⁵³ JESCHECK, H.H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, pág. 87.

¹⁵⁴ JAKOBS, G., *DP PG*, 2.ª ed. Berlin 1991, 29/27.

teoría funcional no viene a ser más que una división formal de los contenidos del deber de garantía; sin embargo, deja también abierta la problemática del origen de las fuentes, siendo éste el punto neurálgico en la equiparación de los delitos de comisión y de comisión por omisión.

También un criterio mixto entre el formal y el material patrocina MUÑOZ CONDE¹⁵⁵ aunque con cierto escepticismo respecto a que se pueda alcanzar una solución sin tener en cuenta el ámbito de protección del respectivo tipo de la Parte Especial.

D. *Otras propuestas de solución de la dogmática alemana al problema de las fuentes de la posición de garante.*

1. La cuestión de cuáles son las fuentes verdaderas y originarias que fundamentan los denominados deberes de garantía y qué criterios de criminalidad determinan la equivalencia de la comisión con la omisión se sigue planteando de manera insistente, sucediéndose diferentes propuestas hasta ser inabarcables¹⁵⁶. Entre la más destacables se pueden citar a Pfeleiderer¹⁵⁷ que intenta explicar los deberes de garantía, no en comparación con los delitos activos, sino deduciéndolos mediante un «procedimiento analógico» de los supuestos de responsabilidad por omisión reconocidos en general. Como supuesto de injerencia menciona «la expedición de alimentos o medicamentos perjudiciales para la salud». Este sistema se utilizará posteriormente como método de obtención de deberes que posteriormente se clasifica en un sistema.

2. Para Welp¹⁵⁸ el fundamento de la responsabilidad penal en los delitos de comisión se halla en la confianza que se defrauda mediante una acción final del autor sobre un bien de la víctima. Asimismo, en los delitos de omisión Welp busca constatar situaciones en las que esa relación de confianza también se vea defraudada por una iniciativa final. Esas condiciones las encuentra en acciones previas del autor ya sean antijurídicas o justificadas dentro del riesgo permitido y que condicionan el resultado. La imputación del resultado al autor se efectúa en virtud del comportamiento previo antijurídico y, en el caso de que el comportamiento anterior fuese permitido jurídicamente, el resultado se

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., págs. 261 y ss., 264.

¹⁵⁶ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pág. 1.

¹⁵⁷ PFLEIDERER, K., *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, Berlin, Duncer & Humbolt, 1968, págs. 126, 130, 133.

¹⁵⁸ WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, págs. 171 y ss., 177.

imputa al autor en virtud del deber de la víctima de conformarse con tal comportamiento. En este último caso, tal deber sólo cabe fundamentarlo si existe correlativamente un deber complementario de salvamento, si no, no se alcanzaría el objetivo jurídico de hacer posible un máximo de libertad de acción y de integridad de los bienes¹⁵⁹.

3. Para Brammsen¹⁶⁰, los deberes de garante se basan en «especiales expectativas de comportamiento» perceptibles desde fuera, en tanto en cuanto proceden de un ámbito especial de influencia social. Decisivo es que el omitente no haya realizado la acción esperada en su especial ámbito de influencia social y, que a la vez, tenga en cuenta su propio rol social, aún sabiendo que otras personas en su vida cotidiana orientan su comportamiento esperando como algo seguro la acción tendente a evitar el resultado. En el supuesto de la injerencia, a falta de posición social habla de responsabilidad por comisión¹⁶¹. Y, más que aproximarse a las fuentes materiales de la posición de garante, realiza una enumeración ordenada con arreglo a los conceptos genéricos de garante de protección y garante de vigilancia¹⁶².

E. *La tesis de Jakobs y sus consecuencias.*

1. La tesis de Jakobs relativa a los delitos de comisión por omisión gira en torno a una idea fundamental: la exigencia de que el omitente tenga que responder de que el resultado no se produzca ha de situarse en un plano de equiparación entre comisión y comisión por omisión a través de la *imputación del resultado*, que ha de ser idéntica en ambas.

2. Para Jakobs, los delitos de comisión por omisión van a ser siempre delitos especiales¹⁶³. Sólo podrán ser autores de estos delitos personas con determinadas características. Puesto que la literalidad del párrafo 13 del Código penal alemán no recoge positivamente las fuentes de la posición de garante, sólo los obligados jurídicamente a evitar el resultado podrán ser autores de este tipo de delitos. El deber es lo que cualifica, en estos casos, la autoría y de ahí la necesidad de deberes de

¹⁵⁹ WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, págs. 192, 224.

¹⁶⁰ BRAMMSEN, J., *Die Entshehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, págs. 103 y ss., 105, 113; OTTO, H./BRAMMSEN, J., *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, en JURA, 1985, págs. 530 y ss., 536.

¹⁶¹ BRAMMSEN, J., *Die Entshehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, págs. 284 y ss.

¹⁶² BRAMMSEN, J., *Die Entshehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, págs. 149-283.

¹⁶³ JAKOBS, G., *DP PG*, 28/13. Vid. supra ¿Comisión por omisión de cualquiera?

garante en los delitos de comisión por omisión. La sistematización de estos deberes, según su fundamentación material, está ya preesbozada en el intento funcional iniciado por Kaufmann.

3. Jakobs al concebir los deberes de garante como cualidades de la autoría —ya que sólo los obligados a responder jurídicamente tienen que evitar resultados lesivos mediante acciones salvadoras—, clasifica los deberes de garante en *deberes en virtud de responsabilidad por organización* y *deberes en virtud de responsabilidad institucional*. Esta teoría no presupone la fuente jurídica formal de la que proviene el deber. Naturalmente, la realidad relevante para el Derecho penal no cabe determinarla sin tener en cuenta la configuración jurídica. Sólo con un principio material cabe determinar si un deber jurídico constituye un deber de garante o bien un deber de menor importancia, puesto que la falta de positivización (lo que ocurre en Alemania) no menoscabaría la posición de garante, en el sentido de que tal deber decayese en el ámbito de organización o en la institución correspondiente¹⁶⁴.

4. ¿Cuál es para Jakobs el fundamento de la imputación del resultado en la comisión por omisión? Si en los delitos comisivos, el autor a través de su dominio causal ha extendido su ámbito organizativo, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos de otras personas, en los delitos de comisión por omisión el fundamento de la imputación del resultado es idéntica: la prohibición de perjudicar a otros por la extensión de la competencia organizativa en un ámbito propio. La posición de garante de los delitos de comisión por omisión vendría delimitada por la responsabilidad (acciones de aseguramiento y medios materiales de despliegue) en un ámbito de organización, lo que determina los deberes de seguridad frente a los peligros derivados de objetos, de actividades empresariales, etc. En la terminología de JAKOBS se los denomina *deberes de relación*¹⁶⁵. En tales casos, JAKOBS habla de *deberes en virtud de responsabilidad por organización*, que lo que protegen, en definitiva, es la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Entre ellos incluye:

- A) a) deberes de aseguramiento en los deberes de relación y en la injerencia.
- b) deberes de salvación en los deberes de relación y en la injerencia.
- c) la asunción de deberes, obligaciones y disposiciones a actuar, así como la liberación del primariamente obligado mediante asunción.

¹⁶⁴ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/28.

¹⁶⁵ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/29.

- d) deberes en virtud de responsabilidad por organización para impedir autolesiones¹⁶⁶.

B) En el segundo grupo Jakobs incluye deberes derivados de instituciones que se caracterizan por la conexión de ámbitos vitales, en parte, desinteresados y configurados de manera altruista. En los *deberes en virtud de responsabilidad institucional* se incluyen sólo las relaciones paterno-filiales¹⁶⁷ y sus sustitutos¹⁶⁸, el matrimonio¹⁶⁹, la confianza especial¹⁷⁰, así como las relaciones estatales de poder, la función policial básica de velar por la seguridad, y el velar por la sujeción a la Ley y el sometimiento a la Administración de Justicia, como principios básicos del Estado de Derecho. En definitiva, se trata de formas de organiza-

¹⁶⁶ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/53-29/56, aquí se está refiriendo a los casos en los cuales la cooperación con la víctima puede dar lugar a la lesión de otro, ya sea cuando el co-operador que omite es garante ante la víctima de la evitación de un daño, cuando se da autoría mediata por omisión, es decir, cuando la organización del que omite coloca al que se lesiona en una situación de instrumento cuasi-justificado y, también, habría responsabilidad por organización para impedir autolesiones cuando la víctima, sin ser instrumento no puede sentir con eficacia en el comportamiento lesivo del autor.

¹⁶⁷ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/59-29/62. La relación paterno filial es la relación de garantía por excelencia. El deber de los padres con respecto a los hijos de alimentarlos, cuidarlos, buscar asistencia médica así como evitar los peligros para su vida e integridad, además de cuidar de su patrimonio, se suelen apoyar en la vinculación natural, relación personal estrecha, y también en la ley.

¹⁶⁸ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/66. Se refiere a las relaciones supletorias jurídicamente reconocidas a las relaciones paterno filiales: la adopción y la tutela. Para las cuales, al igual que para la tutela de mayores de edad rige lo anteriormente expuesto. Relaciones jurídicamente reconocidas sustitutivas del matrimonio no existen. En cuanto a las parejas estables de homosexuales o a parejas o grupos de intimidad extramatrimoniales no son transferibles los deberes de garante del matrimonio, a lo sumo la posición de garantía se fundamentaría en la confianza especial, muy diferente a la garantía del matrimonio.

¹⁶⁹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/65. Es también una institución natural que apunta a la configuración del mundo vital, aunque penalmente, al igual que en las relaciones paterno filiales, se garantiza tan sólo un estándar mínimo: los peligros para la vida, la integridad, la libertad, el honor y otros bienes personalísimos. Estos deberes están sujetos a que se conviva. Para JAKOBS no existe posición de garante a partir de la promesa del matrimonio aunque en ocasiones se ha admitido posición de garante entre novios.

¹⁷⁰ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/67, 29/68. Esta confianza se dirige a que las personas en sus diversas formas de relación social no se comporten contradictoriamente sin motivo alguno. Los presupuestos de la confianza especial son distintos según que se trate de la creación de una relación de garantía mediante la confianza (confianza que genera garantía), o bien del cumplimiento de una relación de garantía ya existente que se gobierna a través de una organización (confianza que proporciona garantía); *DP PG*, 29/69-29/72, en el primer supuesto quien es objeto de la confianza debe introducirse, por su parte, en una relación que le atribuye la responsabilidad por el aseguramiento de un bien, o el combatir un peligro. Se incluirían relaciones de confianza que se crean por la acogida de personas necesitadas de cuidado en el propio hogar, en hospitales, en una residencia de ancianos, hasta la administración del patrimonio ajeno,

ción social a las cuales, en general, no existe ninguna alternativa de organización. Los deberes derivados de estas instituciones serán equivalentes a la comisión, precisamente, por la importancia básica que tienen en una sociedad, al igual que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias.

Estas instituciones básicas, salvo las relaciones de confianza, cuya función es la protección de bienes, están positivizadas, por ello, los deberes no se pueden «deducir» de la institución sino de la ley (aunque habrá deberes legales que no son deberes de garante). La protección jurídico-penal también contribuye, así, al reforzamiento de la institución ¹⁷¹.

5. Vamos a aproximarnos, algo más detenidamente, a alguno de los deberes en virtud de responsabilidad por organización, así como a los deberes genuinamente estatales, a los que incluye dentro de los deberes en virtud de responsabilidad institucional.

A) a) Deberes de aseguramiento en los deberes de relación y en la injerencia.

Los deberes de relación, al igual que los de la injerencia, se refieren a los deberes de control de una fuente de peligro en el ámbito de organización del obligado. El fundamento de estos deberes estaría en la responsabilidad del organizador por la organización interna. Este deber de aseguramiento es independiente de si ha sido planificado o no, y es independiente, también, del comportamiento del que está amenazado por el peligro ¹⁷². Los deberes de aseguramiento con respecto a peligros

o la gestión de negocios ajenos. También se ha fundamentado una posición de garante de este tipo derivada de la convivencia en la misma vivienda (familia en sentido amplio, personal de servicio). La convivencia puede obligar en casos concretos, puesto que la convivencia *per se* no constituye una institución jurídicamente garantizada, a asumir ciertos auxilios que fundamentan la responsabilidad cuando se promete el auxilio y se llevan a cabo preparativos para éste. También la comunidad de peligro (la unión en ámbitos de organización, previa a la situación de necesidad, de la que surge una confianza especial para el auxilio mutuo), la comunidad de vida para la evitación de riesgos vitales o frente a organizaciones que sustituyen a la protección elemental estatal (voluntario, hospitales privados, etc) surge una confianza especial que da lugar a la posición de garante, descartándose de la garantía organizaciones con funciones de protección menos elementales; DP PG, 29/73, en la confianza que proporciona garantía existe ya un deber de garante e importa sólo a quien se dirige dentro de la organización que gestiona la relación de garantía. Esta modalidad tiene importancia práctica en los ámbitos de la responsabilidad por organización referida a organizaciones estatales, y a la protección estatal elemental y dirige los deberes genuinamente estatales al funcionario competente a través de la persona responsable en concreto de la organización y que actúa en lugar del Estado.

¹⁷¹ JAKOBS, G., DP PG, 29/57, 29/58.

¹⁷² JAKOBS, G., DP PG, 29/30.

que se derivan de cosas no tienen por qué ser cosas típicamente peligrosas o peligros típicos de cosas, aunque en la práctica se centralizan en éstos.

Responsable de un ámbito de organización lo es el legitimado para configurarlo. El comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al titular de esa organización a controlar esa organización que se ha convertido en peligrosa. Por ello, en el ámbito de los deberes de aseguramiento, la injerencia es absorbida por los deberes de relación.

Ejemplos de deberes de aseguramiento serían el del propietario de un local (instalación abierta al público) para evitar daños a los usuarios o a un tercero; el de los responsables de una instalación deportiva pública para mantenerla libre de peligros; de igual modo, el promotor o el constructor deben asegurar la obra; también son deberes de aseguramiento *el que los productos puestos a disposición de los consumidores en el mercado sean seguros*¹⁷³.

También son posibles deberes de aseguramiento en virtud de un comportamiento peligroso de otras personas. El ámbito de organización propio puede estar vinculado con el comportamiento de otra persona de cuatro formas distintas:

1. Mediante acciones peligrosas propias¹⁷⁴;
2. Mediante cosas o situaciones peligrosas fuera del riesgo permitido. De esta forma, por ejemplo, el empresario ha de cuidar de que las máquinas, instrumentos de trabajo y aparatos cumplan los preceptos relativos a seguridad e higiene en el trabajo¹⁷⁵;
3. Mediante el poder sobre otra persona, que comporta el poder de asegurar a quien está determinado por otros ante los peligros derivados de su falta de determinación: alimentar al niño o al interno en institución penitenciaria; los funcionarios penitenciarios están obligados a impedir delitos de los internos en la propia institución¹⁷⁶; y
4. También, mediante la repercusión del comportamiento de otro en el ámbito de repercusión propio que, sobre todo, es trascendente para el titular de la actividad. La responsabilidad del titular por el comportamiento peligroso de sus subordinados puede llevarse a cabo a tra-

¹⁷³ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/31. La cursiva es nuestra. En este sentido, CUADRADO RUIZ, *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?*, en AP, n.º 18, 1999.

¹⁷⁴ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/33.

¹⁷⁵ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/34.

¹⁷⁶ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/35.

vés de cosas peligrosas de la empresa o de la actividad que se desarrolla. *El empresario debe evitar, por lo tanto, la expedición de sustancias nocivas para la salud.* Aquí el titular de la actividad no responde por el comportamiento de otros, sino *por la configuración de su ámbito de organización. El titular de la empresa responde por el estado peligroso de su empresa en la medida en que son sus asuntos los que se organizan. Debe impedir la distribución de productos caducados o en mal estado, así como acordar negocios antijurídicos en nombre de su empresa (venta de armas, medicamentos no autorizados etc.)* ¹⁷⁷.

- b) Deberes de salvación en los deberes de relación y en la injerencia.

Los deberes de salvación consisten en inhibir cursos causales peligrosos, que ya salen del ámbito de organización anteriormente señalado, e incluso pueden haber alcanzado el de la víctima. Por ejemplo: el alimento perjudicial está ya vendido y almacenado en casa del consumidor, o, ya ha sido consumido y el consumidor necesita asistencia médica ¹⁷⁸. En estas situaciones hace falta un motivo más para poder prolongar el deber del obligado al aseguramiento, más allá de su ámbito de organización, como deber de salvación hasta otro ámbito ajeno. Pero, para JAKOBS aunque el deber se prolongue, sigue consistiendo en un ámbito de organización propio por las consecuencias del comportamiento y de la relación con cosas. *Sigue siendo un ámbito de organización propio por las consecuencias potenciales. De este modo el ámbito de organización propio del fabricante se define a través de consecuencias potenciales*, y se superpone al ámbito de organización de los trabajadores. ¿Cuándo el ámbito de organización del autor puede extenderse hasta los potenciales resultados delictivos? Si el peligro es consecuencia del riesgo existencial general y no cabe dirigirlo mediante la evitación de la acción previa, entonces, tal peligro no da lugar a ningún deber de salvación equivalente a la comisión. Por lo demás, existe unanimidad de que no cualquier comportamiento que condicione el peligro da lugar a un deber de salvación ¹⁷⁹. La doctrina ha venido limitando esta fórmula a los casos de injerencia en los que el comportamiento previo ha sido antijurídico, lo que para JAKOBS restringe demasiado el deber ¹⁸⁰.

¹⁷⁷ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/36. La cursiva es nuestra. Vid. en este sentido, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, passim.

¹⁷⁸ Así, CUADRADO RUIZ, *Protección penal de la salud de los consumidores*, en *Protección jurídico penal de la salud pública y el medio ambiente*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997; la misma, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

¹⁷⁹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/38, 29/39.

¹⁸⁰ Vid. supra. *La injerencia*.

Según este autor siempre que entre el curso causal peligroso y la persona puesta en peligro medie otro interviniente, para que responda el que actuó previamente hace falta una conexión especial con el comportamiento del interviniente ulterior. Los fundamentos de esta conexión que son los mismos que en los deberes de aseguramiento, aquí están limitados a casos de riesgos especiales, sobre todo de descuido de deberes de aseguramiento:

- 1) Participación en el comportamiento del ulterior interviniente y ambos serían garantes;
 - 2) El que actuó previamente es responsable por situaciones o cosas peligrosas siempre que no decaiga la responsabilidad por la transmisión de la cosa al interviniente;
 - 3) El que actuó previamente es responsable por el poder sobre las personas que intervienen ulteriormente, siempre que el poder se ejerciese descuidadamente, por mala vigilancia, por ejemplo;
 - 4) Y, también es responsable por la repercusión del comportamiento ajeno, siempre que se descuidaran los deberes de aseguramiento respecto a éste¹⁸¹. En este último apartado *se incluiría la posición de garante de productores y fabricantes por distribuir productos poco seguros o perjudiciales para la salud. Si no se retiran los productos del mercado existirá responsabilidad en comisión por omisión*¹⁸².
- c) La asunción de deberes, obligaciones y disposiciones a actuar, así como la liberación del primariamente obligado mediante asunción.

El que asume un determinado rol, función, etc., se espera que actúe conforme a ese rol o función, surgiendo para él un deber jurídico de realizar tal comportamiento. Es una confianza especial en determinados esquemas de comportamiento y el autor debe responder por las consecuencias de cómo configura su ámbito de organización por el comportamiento de asunción¹⁸³. Estaríamos ante supuestos de actuación por otro, entre los que se incluiría el tipificado expresamente en el art. 31 CP de 1995¹⁸⁴.

¹⁸¹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/45.

¹⁸² En este sentido, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998.

¹⁸³ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/46.

¹⁸⁴ Artículo 31 CP: *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

El deber de garante comienza con la asunción y concluye cuando se ha realizado lo asumido. Existe asunción cuando el autor no sólo promete una prestación expresa, sino que además da muestras fehacientes de haber asumido tal comportamiento, y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección. En ocasiones, se habrá asumido también el preocuparse del «sucesor». Así, el ingeniero de turno en una empresa queda «liberado» de su deber de garante a través de su sustituto dispuesto por la dirección de la empresa. Pero, si ha de responder de la elección de su sucesor, quedará exonerado por la asunción por persona cualificada, aun cuando éste falle a continuación¹⁸⁵.

B) Deberes en virtud de responsabilidad institucional: los deberes genuinamente estatales.

Dentro del segundo grupo de deberes, es decir, los deberes en virtud de responsabilidad institucional, Jakobs se refiere con la denominación de deberes estatales, por un lado, a los deberes de las personas físicas que trabajan para las distintas administraciones públicas (Estado, CCAA, municipios, administración penitenciaria, sanitaria, etc), a través de la confianza especial que se tiene en dichas instituciones y de la que emana una relación de garantía, y por otro lado, se trata también de *los deberes de la propia persona jurídica*. Aquí, el contenido de la acción que se espera del garante se determina en función de qué es lo que la persona jurídica puede organizar en general, no de aquello de lo que son capaces las personas físicas en el caso concreto¹⁸⁶.

El Estado se caracteriza por aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente: los principios básicos del Estado de Derecho, seguridad exterior e interior. Y más aún, el Estado social supone que el Estado asume como una obligación obrar en un determinado sentido.

A nivel estatal, por ejemplo, el Capítulo III del Título I de la CE contiene los principios que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE): protección de la salud pública, del medio ambiente, del patrimonio histórico, protección de la salud, seguridad y los legítimos intereses de los consumidores, etc¹⁸⁷. Así, la previsión social elemental que el Estado tiene que prestar como garante no abarca toda su actividad asistencial, sino sólo *el ámbito del cuidado para la protección y seguridad colectiva*, es decir, contra peligros drásticos, catástrofes naturales, grandes incendios, daños contra el medio ambiente, graves accidentes y enfermedades peligrosas¹⁸⁸.

¹⁸⁵ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/51, 29/ 52.

¹⁸⁶ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/74 y ss., n.º 149.

¹⁸⁷ GARRIDO FALLA y OTROS, *Comentarios a la Constitución Española*, art. 1, pág. 27.

¹⁸⁸ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/77c.

La seguridad interna y externa constituyen fines del Estado, en tanto en cuanto existe. La policía es, pues, garante de proteger contra la delincuencia y el ejército es garante de la seguridad exterior.

Estos deberes de garante, así como los derivados de los principios básicos de Derecho (libertad, legalidad, igualdad) constituyen la contraprestación por la renuncia de los ciudadanos a la justicia privada y por el deber de soportar intervenciones legales¹⁸⁹.

5. En resumen, se puede decir que la aportación de Jakobs supone un esfuerzo importante por sistematizar y determinar la posición de garante. Si un primer juicio pasa por establecer los deberes del garante, Jakobs realiza, al igual que Kaufmann, una división bipartita, pero en la que no juega ningún papel la teoría formal de las fuentes del deber. A mi modo de ver, los deberes en virtud de responsabilidad por organización salvan el escollo de la causalidad hipotética¹⁹⁰ en la comisión por omisión, respecto del resultado no evitado y pueden resultar bastante claros a la hora de establecer la obligación de actuar extrapenal (la acción esperada), sobre todo, en el ámbito empresarial¹⁹¹. En cuanto a los deberes en virtud de responsabilidad institucional se trata de formas de organización social a las cuales, en general, no existe ninguna alternativa de organización. Los deberes derivados de estas instituciones sociales como puedan ser el matrimonio o las relaciones paterno-filiales serán equivalentes a la comisión, precisamente, por la importancia básica que tienen en una sociedad¹⁹². Al estar positivizadas, porque su función es la protección de bienes, los deberes en general así como los del garante, no se pueden «deducir» de la institución, sino de la ley. Sin embargo, respecto a las relaciones de confianza, resulta más difícil precisar cuándo surge el deber de garantía.

6. El segundo juicio vendría determinado por la equivalencia entre comisión y comisión por omisión, en el que es determinante la imputación del resultado, que ha de ser idéntico en uno y otro supuesto. Jakobs, para fundamentar la imputación de dicho resultado en ambos casos, no toma una serie de comisiones junto a una serie de omisiones a ellas equiparable, sino que procede, por un lado, en un cierto grupo de comisiones (delitos de dominio) a distinguir aquellas omisiones equiparables (infracción de deberes de una competencia organizativa); y, por otro lado, de otro grupo menos numeroso de comisiones (delitos

¹⁸⁹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/77d y 29/77e.

¹⁹⁰ CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1998.

¹⁹¹ ASÍ CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

¹⁹² Al respecto, SÁNCHEZ-VERA, J., en AP, n.º 11 1999.

consistentes en la infracción de un deber), procede a la equiparación con los deberes de actuar derivados de una competencial institucional¹⁹³.

7. El problema está, en que, al partir Jakobs de tipos no escritos, el juez a la hora de determinar la posición de garante podrá acudir, a ésta o a otra propuesta doctrinal, con lo que permanece latente la incertidumbre respecto a las fuentes de la posición de garante, sobre todo, en el sistema jurídico-penal alemán.

F. La tesis de Schünemann.

1. Schünemann¹⁹⁴ en la búsqueda de una solución al problema de la comisión por omisión, y llegando a la conclusión de que el rol social, la relación de proximidad o la función social de protección eran métodos demasiado indeterminados para conducir a una equivalencia con los delitos comisivos¹⁹⁵, establece como fuente de la posición de garante el dominio sobre la causa (origen) del resultado: «*la omitida evitación del resultado equivale a su causación comisiva, si la causa del resultado se encuentra en el ámbito del dominio del autor*»¹⁹⁶. Para Schünemann, se responde por el resultado causado cuando alguien es capaz de dominar sus movimientos corporales, dirigiéndolos en un determinado sentido. Esta capacidad de dominio *sobre la causa del resultado*, es, según este autor, el fundamento de la imputación del resultado en el delito comisivo. ¿Puede encontrarse también este fundamento en la omisión, en donde en realidad no hay movimiento corporal sino pasividad? Sí, puede encontrarse si se entiende que no se trata de un dominio sobre «el movimiento corporal», sino que se trata de un dominio sobre el mismo cuerpo, lo que incluiría la inactividad. Por lo tanto, ese fundamento lógico objetivo también puede hallarse en la omisión¹⁹⁷.

¹⁹³ Cfr. en este sentido también, HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pág. 131.

¹⁹⁴ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, págs. 231 y ss., 236 y ss., 245 y ss., el mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 84 y ss.; el mismo, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en GA, 1974, págs. 321 y ss., 234; el mismo, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, en ZStW, 96, 1984, págs. 287 y ss, 304 y ss.; el mismo, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, en GA, 1985, págs. 341 y ss., 374 y ss.

¹⁹⁵ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 217 y ss.

¹⁹⁶ La expresión utilizada por SCHÜNEMANN es *Herrschaft über den Grund des Erfolges*; vid. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, pág. 380.

¹⁹⁷ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 235 y ss.

2. Esta teoría del dominio es, para Schünemann, el criterio lógico objetivo de equivalencia entre la acción y la omisión. Considera que teniendo como referente un delito de resultado típico por comisión, la punibilidad de un supuesto omisivo solo cabría si la posición del autor en relación a la lesión al bien jurídico protegido es comparable con la imputación del resultado por comisión. Puesto que el autor del comportamiento activo, mediante su movimiento corporal y el dominio sobre su cuerpo posee un dominio sobre el resultado lesivo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso. El dominio se encuentra preestablecido puesto que la fuente o el objeto del suceso se encuentran controlados con anterioridad, y, por ello, tanto el transcurso del hecho dentro del dominio del autor por omisión, como todo lo que tiene lugar en ese ámbito, es «voluntad» del autor. Así, el deber penal del garante surge del dominio del garante sobre el fundamento del resultado, lo que justifica decisivamente, según este autor, la equiparación de la comisión por omisión con el comportamiento activo. Concreta esta relación por medio de dos formas de dominio: el «dominio sobre las causas esenciales del resultado» y «el dominio sobre el desamparo de la víctima»¹⁹⁸. La principal consecuencia es que la injerencia, por falta de dominio actual, no supone fundamento de la responsabilidad penal en comisión por omisión. Para Schünemann no está justificado crear una posición de garante porque la acción precedente peligrosa haya desencadenado un peligro para los bienes jurídicos de alguien, pues si fuese así, se estaría basando la imputación objetiva en la nuda causalidad, y se volvería al principio del *versari in re illicita*. El injerente responderá, no de un delito de comisión por omisión, sino de un delito de omisión del deber de socorro, si omite evitar que el riesgo creado con su conducta previa realice la lesión de un bien jurídico¹⁹⁹.

Dentro del primer grupo, dominio sobre las causas esenciales del resultado, incluye los deberes propios del tráfico jurídico (dominio sobre cosas u ocupaciones peligrosas) y los deberes de vigilancia (poder de control sobre personas irresponsables). A su vez, los deberes del tráfico jurídico se pueden dividir en deberes originados por la propia aceptación del individuo y deberes transmitidos. De igual modo, dentro de los deberes de vigilancia cabe distinguir entre deberes de vigilancia por un dominio de hecho sobre menores de edad penal, o, por una potestad de mando sobre mayores de edad²⁰⁰.

¹⁹⁸ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 241 y ss.

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 315 y ss; el mismo, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en GA, 1974, pág. 233.

²⁰⁰ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 281 y ss.

En el segundo grupo de posiciones de garantía basadas en el dominio sobre el desamparo de la víctima, que es la causa del resultado, puede distinguirse si el desamparo es consecuencia de una incapacidad para protegerse de cualquier peligro (madre respecto al recién nacido, ancianos que confían su mantenimiento a una institución, o canguro encargada de cuidar a los niños en ausencia de los padres), o si es un desamparo parcial ante ciertos peligros, ya sea libremente asumido, o de un acto de confianza del titular de un bien jurídico o de un tercero²⁰¹.

3. Schünemann obtiene así los deberes que dan lugar a una posición de garante, pero además, propone que se explicita una cláusula general que solucione los problemas de la equiparación y que se cree, también, un tipo agravado de omisión del deber de socorro para los supuestos de injerencia ya que, según él, la injerencia quedaría fuera de la comisión por omisión²⁰².

4. Para Schünemann, la solución de Kaufmann de división en garantes protectores y garantes vigilantes, sería consecuencia directa de las dos formas de dominio posible: bien sobre la fuente de peligro, bien sobre el desamparo de un bien jurídico. Jakobs tampoco escapa a esta dicotomía de la posición de garante, aunque desde su punto de partida normativista y en virtud de la imputación del resultado, hable de garantes en virtud de la competencia de organización y en virtud de la competencia institucional. Aunque la solución de Schünemann podría ayudar a la concreción de la posición de garante en el ámbito empresarial, puesto que el principio del dominio ofrece una fundamentación más bien convincente, el Tribunal Supremo alemán en la sentencia de los pulverizadores para cuero no ha tenido en cuenta sus planteamientos afirmando una posición de garante por injerencia, para quien como fabricante o comerciante ponga en el mercado productos cuyo uso pueda originar daños en la salud de los consumidores, lo que incluye la obligación del deber de retirada del mercado de tales productos.

Según Schünemann tal decisión ha sido incorrecta, no sólo porque el Tribunal traslade al ámbito penal los deberes de retirar productos del mercado del Derecho civil, sino, precisamente, porque bajo su óptica, para la imputación del resultado lo decisivo es el principio del dominio, y desde su perspectiva, el fabricante ha perdido ya todo el dominio sobre el producto que circula en el mercado. El que con posterioridad advierta el peligro del producto, no modifica la falta de dominio y le con-

²⁰¹ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 348 y ss.

²⁰² SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 380 y ss.

vierte en garante. Por la omisión de tal conocimiento acerca de la peligrosidad del producto sería, en todo caso, responsable, según Schünemann, de un delito de omisión del deber de socorro, que afecta de igual manera a todo el que tuviera ese conocimiento o información, y no sólo al fabricante.

5. Personalmente, estoy de acuerdo con el Tribunal alemán en la afirmación de la posición de garante de los fabricantes, aunque no totalmente en su fundamentación en el principio de injerencia²⁰³. De ahí que considere más fructífera la propuesta de Jakobs, dejando a un lado el criterio un tanto indeterminado, del dominio sobre la causa del resultado.

G. *La tesis de Gracia Martín.*

1. En nuestra doctrina, la tesis del dominio social defendida por Gracia Martín, si bien no del todo coincidente con la doctrina defendida por Schünemann del dominio sobre la causa fundamental del resultado, es muy próxima a ella. Seguidamente expondré sus aspectos más importantes.

2. Para Gracia Martín, el dominio social —relación existente entre el ejercicio de una función y el bien jurídico al que afecta el ejercicio de tal función— es la fuente material de la posición de garante. Por «dominio social» entiende el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo penal, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto al sujeto y que son determinantes de la posibilidad de actuación del dominio del hecho típico. Sólo al sujeto que se encuentra en esa situación concreta corresponde tomar la decisión de realizar la lesión del bien jurídico en una forma típica y, posteriormente, actualizarla mediante un acto concreto de dominio. La toma de decisión de realizarlo y su posterior ejecución requiere la organización de una situación previa a partir de la cual sea posible actualizar la capacidad de acción. Si en los delitos comunes el propio autor tiene que organizar la situación personalmente, en los delitos especiales, la situación típica está ya previamente organizada y acotada por el tipo. El autor deberá hacer suya tal situación mediante un acto personal de incorporación de dicha situación a su esfera de dominio. El dominio social penalmente relevante se desempeña en estructuras en donde el bien jurídico debe cumplir una función social específica y sólo en el ejerci-

²⁰³ Al respecto, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

cio de tal función se realizan cierta clase de acciones. El bien jurídico ya está involucrado en el ejercicio de una determinada función que desempeña el autor y únicamente en el ejercicio de dicha función es posible realizar lesiones o peligros típicos para el bien jurídico. El acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico es lo que denomina Gracia Martín *posición de garante específica*.

3. Si la posición de garante encuentra su fundamento en el dominio social, es decir, en el poder de decisión del sujeto acerca de la situación del bien jurídico, tiene como consecuencia, para Gracia, que en los delitos de comisión por omisión no es posible fundamentar la posición de garante en un momento anterior al de la producción de la situación de peligro para el bien jurídico, en lo que coincidiría con Schünemann, para negar la injerencia. Sólo por un acto voluntario de asunción del dominio de la situación, es decir, de la posición de garante específica, podrá dar lugar a la constitución de la situación típica y, por tanto, se excluyen de la comisión por omisión las situaciones de peligro de posible producción en el futuro, es decir, no existentes de un modo real en el momento en el que el sujeto asume esa situación de garantía. En este punto coincidiría con Silva Sánchez, al admitir la posición de garante sólo en los supuestos de asunción *específica* del dominio.

El hecho de que la situación de peligro no exista en el momento en el que el sujeto asume la posición de garantía entorpece el dominio sobre el bien jurídico y la dependencia de éste con respecto al sujeto, lo que impide afirmar la constitución del dominio social típico, específico de la comisión por omisión, para que el sujeto pueda decidir sobre la producción del resultado. El dominio social es, en esta concepción y para este autor, el fundamento material general de la posición de garante y fuente material del deber actuar²⁰⁴. El deber personalísimo de sumisión a la norma, y con él el deber personalísimo de acción o de omisión, surge exclusivamente de la relación concreta que, en un momento y circunstancias determinadas, se establezca entre el sujeto y la situación típica. El contenido de la mencionada relación debe configurarse, a juicio de GRACIA, en torno a la idea del dominio del autor sobre el bien jurídico²⁰⁵.

²⁰⁴ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en derecho penal, I*, Zaragoza, 1985, págs. 350 y ss., 355 y ss., 359-361, 365 y ss.; el mismo, *Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, en AP n.º 16/19, 1993, págs. XVI/231-232.

²⁰⁵ GRACIA MARTÍN, L., *Código penal y Leyes penales especiales*, Egido Editorial, 1996, pág. 39.

4. De acuerdo con esta teoría y, al igual que Schünemann, niega que la posición de garante pueda fundamentarse en la injerencia. En los casos de asunción del control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio y de control de otras personas también adopta una postura restrictiva y sólo admite la posición de garante con respecto a los resultados objetivamente previsibles, cuya producción además, estén fuera del riesgo permitido²⁰⁶.

5. Gracia sostiene que sólo la omisión puede ser idéntica a la acción si se puede afirmar que la realización de aquélla, produce, con certeza, y sin que sean necesarias ulteriores acciones intermedias, el resultado salvador. O dicho de otro modo, que la omisión de una acción determinada produce, de ese modo, «la contención del potencial lesivo de la causa fundamental y determinante del resultado». De entre todas las acciones susceptibles de producir un efecto de control sobre una situación de peligro, reduciendo o contrarrestando las posibilidades de producción del resultado, sólo será apropiada para que su omisión de lugar a un hecho típico aquella acción capaz de producir un efecto de eliminación potencial lesivo de la causa fundamental del resultado. Se trata, por consiguiente, de una intervención material y directa sobre la misma. Quien teniendo esa capacidad asuma efectivamente la función de control sobre la causa fundamental del resultado se sitúa en condiciones de decidir sobre la lesión del bien jurídico. «Sólo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva». Si falta alguno de estos dos requisitos la omisión no podrá ser idéntica a la acción, y por el contrario, si concurren ambos determina la situación típica del tipo de comisión por omisión en sentido estricto. Por ello, la pena prevista para el delito de comisión por omisión, en sentido estricto, tiene que ser la misma que la prevista para el tipo comisivo y, por lo tanto, para Gracia Martín la disposición específica del art. 11 del CP de 1995 no sería necesaria, teniendo únicamente un valor declarativo, cuando no perturbadora²⁰⁷. Es más, considera particularmente desafortunada y confusa la redacción del art. 11 por cuanto ha prescindido de los esfuerzos de un sector doctrinal, —en los que se incluye—, por racionalizar las estructuras básicas de la comisión por omisión²⁰⁸.

²⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 81.

²⁰⁷ DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, págs. 79-83.

²⁰⁸ GRACIA MARTÍN, L., *Código penal y Leyes penales especiales*, Egido Editorial, 1996, pág. 32; CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1998.

H. *La tesis de Silva Sánchez.*

1. Sin embargo, para explicar definitivamente el fundamento de la posición de garante *específica* de la comisión por omisión se necesita una ulterior concreción. Si un primer criterio de aproximación fue el apuntado por Torío²⁰⁹: la certeza o seguridad total de que la acción no realizada hubiera evitado el resultado. Pero esta postura no aclara qué clase de acciones de las que quepa afirmar, con certeza, que hubieran evitado el resultado son contenido del mandato del tipo de comisión por omisión.

2. Silva Sánchez²¹⁰ sugiere el criterio del actuar a modo de barrera de contención del riesgo específico. Es decir, para la determinación de cuál es el baremo de equivalencia *según el sentido del texto de la Ley*, lo decisivo, según SILVA, es que *el sujeto haya asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos, también, determinados*. La aceptación de este compromiso y su posterior incumplimiento hace surgir un *dominio del riesgo típico*, normativamente idéntico al que se obtiene por la vía del movimiento corporal que pone en marcha un curso causal. De esta manera es como Silva entiende que se produce una *efectiva injerencia en la esfera de organización ajena que justifica la imputación del resultado lesivo*.

3. Ese sujeto concreto es el que, en mi opinión asume la posición de garante frente a esos determinados bienes jurídicos. En los casos de control sobre una fuente de peligro, el compromiso se da con anterioridad al surgimiento del riesgo. Desde el momento en el que el control es asumido de manera específica habría posición de garante. Sin embargo, bajo la óptica de SILVA, el garante no estará obligado, de forma general, a proteger cualquier ataque al bien jurídico protegido, lo que ha sido acogido por la más reciente jurisprudencia cuando, por ejemplo, en la STS de 9 de abril de 1996 se dice que

«sólo en los casos en los que el compromiso del garante resulta inequívoco, es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando —como se ha dicho— a modo de «barrera de contención» del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo, deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo».

²⁰⁹ TORÍO LÓPEZ, A., *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*. En ADPCP, 1984, págs. 699-700.

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, págs. 369 y ss.; el mismo, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en la Ley, 1996, n.º 4144, pág. 4.

I. La tesis de Freund.

1. Si a juicio de Silva²¹¹, la expresión «según el sentido del texto de la Ley», aunque en términos más estrictos, que trascienden lo axiológico (la equivalencia), entra de lleno en las estructuras de imputación y viene a significar lo que él había denominado «identidad estructural (y material) en el plano normativo», es significativo que años después, Freund²¹² haya utilizado la misma locución «*Identität in der Unrechtsstruktur von Begehungs und begehungsäquivalentem Unterlassungsdelikt*».

2. Freund, en su trabajo de habilitación, publicado en Manheim en 1992, sobre *El delito de resultado y omisión*, rechaza la concepción tradicional para determinar el ámbito de aplicación de los delitos de resultado acudiendo a la diferenciación entre acción y omisión. Freund equipara la omisión a la realización activa del resultado, sólo y siempre que exista una posición de garante. Siguiendo a Frisch, se esfuerza en demostrar que la estructura de la norma de comportamiento del supuesto de hecho típico de un delito de resultado sería igual para el comportamiento activo que para el omisivo, en primer lugar, por la utilidad de la norma para la protección del bien jurídico, y, en segundo lugar, por la «responsabilidad especial» del autor, que constituye un fundamento de legitimación adicional. La «responsabilidad especial» debe constituir, según Freund, la esencia del delito de resultado y determinar el fundamento de la punibilidad, tanto en la comisión como en la comisión por omisión.

3. Para Freund²¹³ ha de existir un cambio en la concepción de la estructura y la esencia de los delitos de resultado activos. Si los delitos de comisión vienen caracterizados por la existencia de una relación de causalidad entre acción y resultado y por un elemento subjetivo (dolo o culpa), tiene que haber una equivalencia funcional con el delito de comisión por omisión para que se pueda hablar de una equiparación entre ambos. Ese elemento funcional es la posición de garante. Con todo ello se puede decir que la posición de garante aparece como elemento de unión y aparente solución de los problemas de equivalencia entre acción y omisión. De ahí deduce Freund que la posición de garante no sería un elemento únicamente propio de los delitos de comisión por omisión. Es decir, la equivalencia de la acción y la omisión no sería un elemento del tipo de los delitos de comisión por omisión, si-

²¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pág. 371; el mismo, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en *La Ley*, 1996, n.º 4144, págs. 1 y ss., n.º 2.

²¹² FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992, págs. 149 y ss.

²¹³ FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, págs. 45 y ss., 47 y ss.

no criterio de tipicidad. Si se considera la omisión del que tiene la posición de garante como concreción de la omisión equivalente a la acción, esto no se desprende, una vez más, de una visible fundamentación material, porque la posición de garantía significa precisamente equivalencia con la acción. Entonces la posición de garante tampoco podría tratarse como un elemento típico autónomo de los delitos de comisión por omisión: la equivalencia no sería un elemento del tipo sino una regla para la construcción del tipo penal. Si esta hipótesis de concreción es exacta sería un criterio definitivo y habría que negar que la posición de garante es un elemento autónomo de los delitos de comisión por omisión²¹⁴. De aquí concluye Freund que frente a un resultado²¹⁵, si la posición de garante es sinónimo de equivalencia con el comportamiento activo, el sujeto activo del delito comisivo habría de ser también un garante, para que pueda hablarse de identidad normativa. Si hay una omisión en posición de garante no hay necesidad, por tanto, de una posterior comprobación de la relación de equivalencia puesto que la posición de garante vendría a realizar una doble función: sería el sustituto de la relación de causalidad en los delitos de acción y, por otro lado, supondría un acotamiento de la culpabilidad (el dolo o la culpa) en aquellos casos que garantice la evitación del resultado.

4. La dogmática de los delitos de omisión ha sido, bajo la perspectiva de Freund, durante mucho tiempo errónea. Por tanto, si efectivamente la posición de garante realizase la función de todas las circunstancias y requisitos normativos de los delitos de comisión, entonces con la afirmación de la posición de garante se constataría que el tipo de los delitos de comisión por omisión estaría totalmente cumplido y de esta forma el concepto de posición de garante ya no sería una cobertura formal en la que esté «escondida» la equivalencia con los delitos de acción²¹⁶.

5. Freund distingue dos aspectos del comportamiento típico, tanto en delitos de comisión como en delitos de comisión por omisión: es necesario, por un lado, el aspecto de la creación del riesgo y, por otro, el aspecto de la «responsabilidad especial»²¹⁷ para la legitimación de normas de comportamiento. En el fondo no tiene por qué demostrarse una diferenciación manifiesta entre la «responsabilidad especial» en sus fundamentos reales como posición de garantía en los elementos del tipo. Ahondando un poco más, hay que diferenciar entre el fundamen-

²¹⁴ En sentido similar, SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, pág. 219.

²¹⁵ FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, págs. 129 y ss.

²¹⁶ FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, págs. 43 y ss.

²¹⁷ Vid. infra.

to de la responsabilidad especial y el límite de esa responsabilidad especial, es decir, el contenido concreto del deber.

6. Si el concepto de garante en su desarrollo histórico se encuentra íntimamente unido a la estructura de los delitos de comisión, la posición de garante serviría como equivalente de la relación de la causalidad y del dolo o la culpa de los delitos de comisión, es decir, lo que ahora se discute como problema de imputación objetiva²¹⁸.

7. La crítica de Freund coincide plenamente con el análisis de la estructura de las normas preceptivas de garante. Parte de la base de que una simple adición o suma de la acción típica (norma prohibitiva) y la posición de garante no resulta, bajo ningún concepto, el mandato de garante. En los delitos de comisión por omisión se trataría de una formación de normas penales especiales. También de la posición de garante resulta una relación entre el receptor de la norma especial de mandato y el sujeto titular del bien jurídico protegido. Esta relación de garantía sería el elemento distintivo del tipo. Sin embargo, parece problemático que en el marco de la teoría de la norma aquí expuesta tenga que definirse fuera de la relación de garantía tanto el resultado de la omisión como la causalidad. Pero no existe contradicción en FREUND ya que en la teoría de la norma de comportamiento el resultado de una omisión pura no tiene relevancia alguna.

J. La solución del artículo 11 CP. Crítica y toma de postura

1. Si las distintas teorías pueden fundamentar de manera más o menos razonable la posición de garante, ¿era realmente necesario su positivación expresa?, ¿confiere mayor certeza y seguridad, un catálogo, aunque abierto, de las fuentes de la posición de garante?

2. En realidad, el trámite parlamentario fue el que a última hora hizo incluir la segunda parte del vigente art. 11 CP, que alude a determinadas fuentes formales de la posición de garante de donde surgirá el deber extrapenal que obliga al sujeto²¹⁹:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; o

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

²¹⁸ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, págs. 42-43.

²¹⁹ CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1998.

3. Personalmente, considero tales fuentes como ejemplificativas y no como taxativas, siendo posible que otras fuentes formales o materiales generen posiciones específicas de garantía.

4. Pero, ¿cómo distinguir cuándo la asunción de los deberes se ha realizado de manera específica o de manera genérica? o, ¿hay realmente que distinguir cómo se ha realizado la asunción del control del peligro o la protección del bien jurídico?, ¿cuándo es realmente inequívoco el compromiso? La respuesta a estas cuestiones supondría, si no de manera completa, casi la cuadratura del círculo.

5. En la STS de 26-12-1994, el Tribunal Supremo absuelve de complicidad en homicidio en comisión por omisión al no tener el sujeto la posición de garante, pero condena por omisión del deber de socorro, al no impedir la muerte causada por estilete, en base a los siguientes fundamentos:

FJ segundo: la sentencia recurrida alude a la existencia de un *específico deber de actuar* derivado del hecho de haber sido él quien colocó al fallecido en situación de peligro que después se concretó en la agresión de que fue objeto la víctima. También destaca que el recurrente fue quien inició la discusión y pronunció palabras que si se hubieran materializado hubieran podido suponer un peligro para la vida del amenazado. Sobre estos antecedentes construye una complicidad omisiva para el recurrente (...).

No obstante, el TS entiende que no nos encontramos ante un deber personal específico y especial de salvaguardar el bien jurídico que resultó lesionado, sino ante un *deber general* de impedir la comisión de hechos delictivos. *Tampoco existe la asunción voluntaria de una función de protección y, en relación con el deber de controlar una determinada fuente de peligro objetivamente existente, no nos encontramos ante un supuesto encajable en este supuesto.* (...) Ni la conducta imputada al recurrente contribuye eficazmente a la producción del resultado ni se detecta la existencia de una voluntad consciente de cooperar a la producción del resultado con su inacción u omisión. Por estas razones estimamos que debe ser descartada la existencia de una complicidad omisiva.

Ahora bien, (...) la esencia de su postura defensiva pasaba por rechazar su participación a título de cómplice pero sin negar que estuvo presente en el momento de cometerse los hechos, lo que le constituía en tributario de un deber genérico de socorrer a la víctima de un hecho delictivo.

Si en la anterior sentencia se niega la posición de garante y, por tanto, el delito en comisión por omisión en base a que no existe un de-

ber específico de actuar, sino sólo un deber general de impedir delitos, sin la asunción de una función de protección o de control sobre una fuente de peligro; en la STS de 10-2-1996, el dueño de un bar que permite que se trafique con droga es condenado por un delito de tráfico de drogas en comisión por omisión, al admitirse su posición de garante respecto de lo que ocurre en el interior de su local. Pero, ¿ha asumido, en este caso, el dueño del bar de un modo efectivo el compromiso de actuar *a modo de barrera de contención de riesgos* respecto al bien jurídico salud pública? ¿de qué manera ha aceptado este compromiso? ¿y si no lo ha aceptado, como es que su posterior incumplimiento le hace asumir un *dominio del riesgo típico*, normativamente idéntico al del comportamiento activo? Los argumentos jurisprudenciales son los siguientes:

FJ sexto: Los actos de tolerancia de parte de quien es titular de un bar respecto de las actividades de personas que realizan actos típicos del art. 344 CP importan, al menos, una participación omisiva en el delito, dado que el dominio sobre el ámbito cerrado con acceso público es una circunstancia idónea para fundamentar su posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave que puedan ser cometidos en dicho ámbito. Ciertamente la posición de garante no se debe extender al mantenimiento del orden y de la vigencia de las normas en cualquier ámbito cerrado que esté bajo el dominio del omitente. Pero, por el contrario, la posición de garante surgirá en los supuestos en los que el ámbito de dominio constituye un factor decisivo para la ejecución del delito o para asegurar el resultado del hecho. Dicho en otras palabras: la posición de garante debe afirmarse en estos casos cuando el ámbito dominado por el acusado se convierte o puede ser convertido en un medio para la más fácil ejecución del hecho punible. Ello es lo que ocurre en el presente caso, en el que el bar, de titularidad del procesado y de otro coacusado, se constituyó en un lugar que permitía asegurar un lugar de encuentro, disimulado en una actividad pública y lícita, utilizado para difundir drogas prohibidas.

FJ séptimo: la tolerancia de actos de tráfico por parte de otros en un ámbito cerrado de su dominio es suficiente para fundamentar su responsabilidad por omisión.

Aunque en este supuesto admito el delito de tráfico de drogas en comisión por omisión (el art. 368 establece como típica la conducta que de otro modo promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal..., pudiéndose producir tal resultado en comisión por omisión. Ciertamente es que la amplitud del tipo «favorece», también, esta interpretación) no con-

sidero razonable fundamentar la posición de garante, siguiendo la tesis de Silva, en la tolerancia de los actos de tráfico en su local y entender que ello contituiría el deber específico de actuar a modo de barrera de contención de riesgos, del que surge un dominio del riesgo típico. El Tribunal, en este caso acoge, más bien la teoría del dominio de Schünemann y Gracia Martín, según la cual la omisión de la evitación del resultado equivale a su causación comisiva cuando —como dice el Tribunal— la causa del resultado, el medio para la más fácil ejecución del hecho, se encuentra en el ámbito del dominio del autor, y «ello es lo que ocurre en el presente caso, en el que el bar, de titularidad del procesado y de otro coacusado, se constituyó en un lugar que permitía asegurar un lugar de encuentro, disimulado en una actividad pública y lícita, utilizado para difundir drogas prohibidas». Para Gracia, el dueño del bar tendría una posición de garante específica ya que el bien jurídico —salud pública— ya está involucrado en el ejercicio de la función que desempeña el autor y, únicamente, en el ejercicio de dicha función es posible realizar lesiones o peligros típicos para el bien jurídico. Si esto es así, según Silva, el dueño del bar habrá asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar *a modo de barrera de contención de riesgos* determinados para la salud pública. De igual modo, la tesis de Jakobs también sería válida para afirmar la posición de garante: si responsable de un ámbito de organización lo es el legitimado para configurarlo, el dueño del bar, está obligado a controlar la actividad que en el local se realiza, más aún, si se ha convertido en una actividad peligrosa. El propietario de un local, de la instalación abierta al público, tendría un deber de aseguramiento para evitar daños a los usuarios o a un tercero. Es decir, ostentaría una posición de garante en virtud de deberes de aseguramiento frente a los peligros de un determinada actividad empresarial (deberes de relación), al ser responsable de una determinada organización.

6. En la STS de 10-2-1996 el Tribunal Supremo utiliza la teoría del dominio para fundamentar la posición de garante del dueño del bar respecto del bien jurídico salud pública. Quizás, también podría haber elegido cualesquiera de las otras, pues parece que no existe duda alguna sobre la posición de garante de tal individuo. Y es que, normalmente, cuando esto es así es porque existe una norma en donde se establece un comportamiento que se espera que el sujeto realice, por lo que no va a existir inconveniente en afirmar, además, la equivalencia entre el comportamiento activo y la comisión por omisión. Creo que la fundamentación de la posición de garante de quien *permite pasivamente* el tráfico de drogas en su local habría que buscarla en la Ley. Efectivamente, el art. 23.h) de la Ley 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana establece como infracción grave

la tolerancia del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

lo que bastaría, en principio, para determinar el deber específico de estos sujetos, como garantes, para realizar la acción esperada subsumible en el art. 368 CP, que al infringirlo, tal omisión *equivaldrá según el sentido del texto de la Ley* a la comisión. Indudablemente, la referencia a *una específica obligación legal o contractual de actuar* del art. 11 CP es evidente. En mi opinión, resultaría más clara la fundamentación de la posición de garante del dueño del bar en la ley sin rozar, así, inseguridades jurídicas, mientras que las distintas teorías concretarían el contenido del deber.

De igual forma, la STS de 27-10-1995 condena a un Alcalde que en su posición de garante debía impedir los desórdenes no haciéndolo, entendiendo que dicho delito se comete en comisión por omisión.

«En el caso de un Alcalde la posición de garante respecto del orden público no puede ser puesta en duda. En efecto, *la posición de garante no ofrece ninguna dificultad en los casos en los que proviene de la ley o de los reglamentos dictados en virtud de una ley y, en lo que concierne a los Alcaldes, surge claramente del artículo 21.1, h) de la Ley 7/1985 (RCL 1985\799, 1372 y ApNDL 205), de Bases del Régimen Local y del Reglamento de la misma (Real Decreto 2568/1986 [RCL 1986\3812 y RCL 1987\76]), artículo 41.15. Ambas disposiciones atribuyen al Alcalde la Jefatura de la Policía Municipal, la que a su vez tiene, por virtud del artículo 11.1, b) de la Ley Orgánica 2/1986 la obligación de «auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentran en situación de peligro por cualquier causa».*

7. Por supuesto, que la mera formalidad de la ley no dota de contenido material los deberes del garante, pero los sitúa, para proceder a continuación a la imputación del resultado, es decir, a establecer la identidad estructural, la equivalencia *según el sentido del texto de la Ley*, con la comisión. En la concepción jakobsiana, los deberes en virtud de responsabilidad institucional, (salvo las relaciones de confianza) están positivizados, se encuentran en normas. Respecto a los deberes en virtud de responsabilidad por organización cabría decir algo similar: toda organización implica, en cierto modo, una normativización, una estructura, un orden, unas reglas de comportamiento reflejadas en la ley. La referencia a la obligación legal del art. 11 CP supone en aras a la aplicación práctica, una mayor seguridad y concreción.

8. En definitiva, e insisto una vez más en ello, la referencia a la ley es la fuente menos problemática y esa obligación legal de actuar puede surgir, como se ha visto, de cualquier tipo de leyes (orgánicas, ordinarias, estatales, de las CCAA), legislación delegada, decretos leyes, reglamentos, etc., y también de la normativa comunitaria.

9. En cuanto a la *específica obligación contractual de actuar*, desempeña el efecto normativo de los intereses de los sujetos afectados, que en general se reconoce en el art. 1.091 del Código civil: «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*».

10. El art. 11 CP ha venido a afirmar también la comisión por omisión «*cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*». Y esta fórmula no distingue si la acción u omisión precedente ha creado dolosamente o imprudentemente el riesgo (a pesar de que el art. 195.3 CP contempla como modalidad agravatoria que el accidente haya sido ocasionado de manera imprudente). Es más, el art. 11 CP ni siquiera exige la imprudencia anterior. Literalmente da a entender que todo actuar precedente genera posición de garante y, en caso de resultado, comisión por omisión, sin posibilidad de atenuar la pena cuando la injerencia no sea dolosa. Si todo actuar precedente es susceptible de generar responsabilidad por el resultado en comisión por omisión²²⁰ ¿se aplica el art. 11 CP sólo a los supuestos de actuación previa antijurídica o se requiere, implícitamente, que la actuación previa sea dolosa?²²¹.

En primer lugar y según el planteamiento que en este trabajo se ha seguido, en todo caso, habrá que comprobar que la omisión *equivale* a la acción, *según el sentido del texto de la Ley*, lo que deja abierta la puerta a excluir de la comisión por omisión, los casos de creación fortuita del riesgo. Sin dolo o imprudencia, no cabrá imputar al sujeto, como suya, la creación del riesgo, de modo que no podrá decir que ha sido «el omitente» el que «ha creado una ocasión de riesgo» en el sentido del art. 11 CP²²².

En segundo lugar, descartados los casos de injerencia fortuita, los casos de injerencia imprudente no fundamentan una equivalencia plena de la omisión subsiguiente con la comisión activa, por lo que tales casos se castigarían como omisiones puras agravadas por el referido

²²⁰ MIR PUIG, S., *DP PG*, págs. 315, 306 y ss., esta concepción de la injerencia en la comisión por omisión es, según MIR PUIG y también en opinión de parte de la doctrina alemana, incorrecta.

²²¹ Vid. supra *La injerencia*.

²²² MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., págs. 315, 306 y ss.

art. 195.3. Según este planteamiento sólo podrían, en cambio, fundamentar una comisión por omisión del art. 11, con la consiguiente imputación del resultado como si fuera comisión activa, los casos de injerencia dolosa, es decir, cuando *el actuar precedente* fuese, a su vez, también *doloso*. El art. 11 nada dice al respecto, por lo que esta solución debe inferirse de su contemplación conjunta con las hipótesis agravadas de omisión del deber de socorro, tipificadas en el art. 195.3 CP²²³. De esta forma se estaría negando que la omisión de los deberes derivados de la injerencia imprudente diesen lugar a un delito de comisión por omisión para acudir, no obstante, a la omisión del deber de socorro.

Si de la redacción del precepto no se puede extraer tal conclusión, puesto que en principio todo actuar precedente da lugar a posición de garante, creo que no hay que negar la injerencia imprudente²²⁴. Ésta fue, prácticamente, la lógica seguida por la jurisprudencia alemana en la sentencia de los pulverizadores de cuero para afirmar una posición de garante. Este razonamiento ha llevado a los tratadistas alemanes: o, a no admitir la antinormatividad como requisito de la injerencia, para poder afirmar esta fuente de la posición de garante, o, a negar la injerencia como fuente de la misma.

En mi opinión, en base al Código penal los supuestos de creación de riesgo para el bien jurídico protegido pueden haber sido ocasionados por una acción u omisión precedente dolosa, imprudente, o incluso fortuita. Al encontrarnos en estos dos últimos casos, estaríamos ante un

²²³ El art. 195. 3 CP contempla supuestos agravados o cualificados de omisión del deber de socorro relativos a hipótesis de injerencia fortuita e imprudente, por parte de quien omite ulteriormente el auxilio debido. Son según, MORALES PRATS, situaciones de actuación precedente en las que no procede una equivalencia plena, según el sentido del texto de la Ley, a efectos de imputar el resultado *ex art. 11 CP*. Sin embargo, creo que MORALES PRATS (en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal, 1996, págs. 90-91*) trata de incluir como supuesto de comisión por omisión el problema de una omisión de socorro agravada, y personalmente creo que éste no es el caso. La tipificación expresa de ese tipo de omisiones responde a una intuición largamente sentida por la doctrina (ROXIN, ARZT, SILVA), aunque casi nunca teorizada de modo completo. Esta omisión del deber de socorro agravada vendría a resolver el problema de un tipo de omisiones de gravedad intermedia que efectivamente no alcanzan a ser equivalentes en el sentido del texto de la Ley a la comisión activa. No es un supuesto real de comisión por omisión, sino más bien lo que SILVA ha denominado «omisiones puras de garante» (vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, págs. 344 y ss., el mismo, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en La Ley, 1996, n.º 4144, pág. 4).

²²⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed. 1996, pág. 263 considera que la omisión de los deberes derivados de la injerencia dará lugar a un delito de comisión por omisión imprudente, aunque tampoco esté excluida la imputación dolosa.

concurso de leyes con el art. 195.3 CP, que en virtud del art. 8,1.^a CP al aplicarse el precepto especial con preferencia al general, los supuestos de creación de un riesgo para el bien jurídico protegido mediante un comportamiento precedente no doloso se castigarían en virtud del art. 195.3, mientras que en los casos de injerencia dolosa se aplicaría el art. 11 CP.

La cuestión está en que los casos de injerencia imprudente no fundamentan un equivalencia plena con el comportamiento activo. Pero si en los casos de creación de un riesgo para el bien jurídico existiese una obligación legal o contractual de actuar no habría duda en establecer la equivalencia plena con el comportamiento activo. Por ello, hubiese preferido la no mención expresa del principio de injerencia, puesto que creo que en muchas ocasiones en las que exista verdadera identidad estructural entre acción y omisión, el deber jurídico del garante podrá inferirse de la ley, y sólo en aquellos casos en los que, precisamente, por no existir normativa en la que fundamentar el deber del garante, no se podrá hablar de una equivalencia plena de la omisión subsiguiente con la comisión activa, esto es, los casos de injerencia imprudente en los que habrá que acudir a la omisión del deber de socorro. Tales hechos se castigarán como omisiones puras agravadas por el referido art. 195.3.

Quizás, la fundamentación del Tribunal Supremo alemán en la sentencia de los pulverizadores para cuero, al apoyarse en una idea de la injerencia «desnaturalizada» para afirmar una posición de garante, haya sensibilizado al legislador español para considerarla como una fuente de la posición de garante, aunque sin nombrarla expresamente y sin exigir, expresamente, dolo o antinormatividad.

En general, por lo que respecta a *la creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente*, la doctrina española²²⁵ ha criticado la formulación del artículo 11 del Código penal con respecto al principio de la injerencia, puesto que alude a ella cuando los tratadistas alemanes la rechazan²²⁶.

²²⁵ ASÍ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, págs. 344 y ss., n.º 336; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Recensión del libro Delitos impropios de omisión*, de E. BACIGALUPO, en ADPCP 1970, pág. 726; el mismo, *Código penal*, Prólogo, Ed. Tecnos, 1995; DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 81, rechaza que la posición de garante pueda fundamentarse en la injerencia; BUSTOS RAMÍREZ, J., *DP PG*, 3.^a ed., pág. 248 y ss. quien no incluye la injerencia en el catálogo de posiciones de garante.

²²⁶ SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 315 y ss; el mismo, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en GA, 1974, pág. 233; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/31, para quien la injerencia es absorbida por los deberes de relación; FREUND, G., *Erfolgdelikt und Unterlassen*, págs. 180 y ss. Vid. supra *La injerencia*.

V. Conclusiones

1. Para castigar penalmente en los delitos de comisión por omisión, hay que hacer dos tipos de juicio: en primer lugar, el relativo a la posición de garante y, por tanto, la determinación del deber jurídico extrapenal que origina la acción esperada cuya omisión da lugar al resultado; y, por otro, la equiparación entre comisión y comisión por omisión, a través de la imputación de ese resultado, que ha de ser la misma en ambos casos.

2. Autor de un delito de comisión por omisión sólo puede ser *aquel que infringe un especial deber jurídico que, equivale, según el sentido del texto de la Ley a la causación del resultado típico descrito en la norma prohibitiva*. Es decir, aquel que se encuentra en la posición de garantizar la indemnidad del bien jurídico protegido, ya sea por la especial relación con el mismo o con una fuente de peligro que puede afectarle.

3. Sólo, en este caso, podremos afirmar que todo responsable penal en comisión por omisión será siempre un garante, aunque no todos los garantes serán responsables penalmente de la no evitación del resultado. Por tanto, los delitos de comisión por omisión son delitos especiales.

4. El deber jurídico «hace» al garante. Es decir, la existencia de un deber jurídico que se encuentra fuera del tipo penal es la «fuente» de la que surge o emana la posición de garante. Pero es, en todo caso, el sentido del tipo legal de la Parte Especial el que decidirá si es o no admisible la *equivalencia* entre la omisión de tal deber y la comisión activa.

5. Cuando hablamos de fuente de la posición de garante aludimos a la procedencia de la que surge ese deber de garantía. El art. 11 CP establece como fuentes de ese *especial deber jurídico del autor*, a) una específica obligación legal o contractual de actuar y, b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, que entiendo como meramente indicativas.

6. La posición de garante es requisito necesario, pero no suficiente para fundamentar una responsabilidad penal en comisión por omisión. Es el eje de la comisión por omisión, cuyo fundamento estrictamente jurídico hace responder por la no evitación del resultado al omitente que infringió su obligación de actuar.

7. Las características de la posición de garante juegan un papel «equivalente» a la relación de causalidad y al dolo o la culpa de los delitos comisivos.

8. La posición de garante no ofrece ninguna dificultad en los casos en los que proviene de la ley o de los reglamentos dictados en virtud de una ley. La referencia a *una específica obligación legal o contractual de actuar*, del apartado a) del art. 11 CP, entiendo que es, indudablemente, esclarecedora. Esa obligación legal de actuar puede surgir, de cualquier tipo de leyes (orgánicas, ordinarias, estatales, de las CCAA), legislación delegada, decretos leyes, reglamentos, etc., y también de la normativa comunitaria. En los casos en los que la posición de garante surge de la ley, el deber jurídico específico puede concretarse materialmente con ayuda de las propuestas de JAKOBS respecto a los deberes en un ámbito de organización, así como con la tesis de SILVA en la que el sujeto asume el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos para un determinado bien jurídico protegido. Estas tesis me parecen convincentes y complementarias de la *específica obligación legal o contractual de actuar* por su vinculación con el bien jurídico protegido y con el ámbito de dominio en el que el sujeto garante desempeña su función. Establecido el deber de garantía y concretada la posición de garante, será menos dificultosa una plena identidad estructural entre comisión y comisión por omisión.

9. Creo que hubiese sido menos distorsionador la no mención expresa del principio de injerencia como *creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*. En muchas ocasiones en las que exista verdadera identidad estructural entre acción y omisión, el deber jurídico del garante podrá inferirse de la ley, y sólo en aquellos casos en los que, precisamente, por no existir normativa en la que fundamentar el deber del garante, no se podrá hablar de una equivalencia plena de la omisión subsiguiente con la comisión activa. Los casos de injerencia imprudente, se castigarán, por tanto como omisiones puras agravadas por el referido art. 195.3, al encontrarnos ante un concurso de leyes, que se resolvería en virtud del principio de especialidad del art. 8,1.^a CP.

10. La posición de garante como criterio de equivalencia aparece como un elemento normativo del tipo de los delitos de comisión por omisión. Actualmente, la doctrina dominante sigue este criterio: los delitos de comisión por omisión se diferencian de otro tipo de omisión precisamente por la posición de garante. En este sentido, propongo la siguiente definición del delito de comisión por omisión como:

aquel delito en el que la producción de un resultado lesivo al bien jurídico protegido viene descrito en un tipo prohibitivo de causar y acontece por la omisión de un deber jurídico de un sujeto cualificado (garante), que si hubiese realizado la acción esperada, habría evitado la producción de tal resultado. Entonces, tal omisión es idéntica estructuralmente en el plano normativo a la comisión.