

Injerencia y art. 489 bis, 3.º CP. (*)

SUSANA HUERTA TOCILDO

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSECUENCIAS DEL ENTENDIMIENTO DEL ARTICULO 489 BIS 3.º COMO OMISION PROPIA AGRAVADA

El tercer párrafo del artículo 489 bis del Código penal, introducido por la Ley 3/1967 de 8 de abril (1) y que desde entonces ha permanecido invariado (2), configura un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro —descrito en el primer y segundo apartados de ese mismo precepto en los siguientes términos: «Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado por quien omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor».

La misma ubicación de este supuesto en el citado artículo induce a pensar que, errores terminológicos aparte (3), estamos aquí también

(*) Este trabajo está destinado al Libro Homenaje al Profesor D. Juan del Rosal, actualmente en fase de preparación, y va dedicado a su memoria.

(1) Para un estudio completo del origen de este tercer párrafo del artículo 489 bis, vid.: RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia*, en ADPCP 1973, págs. 501 y sigs.

(2) El artículo 195 del *Proyecto de Código penal de 1980* recogía esta misma figura en forma prácticamente idéntica a la actualmente vigente, salvo en lo relativo a la pena, al disponer que «El que habiendo ocasionado un accidente, dejare de prestar ayuda a la víctima del mismo, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses». Por su parte, el artículo 192, 3.º de la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal* (1983) repite la redacción hoy presente en el artículo 489 bis, 3.º CP en punto a descripción de la conducta típica, acogiendo, en cambio, la pena prevista en el *Proyecto de 1980*.

(3) En algunas sentencias del Tribunal Supremo (vid., ad exemplum, la de 24-IV-1974, comentada por Luzón Peña en la Rev. D.º Circ. 1974, págs. 269 y sigs.), se dice que «el delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis, párrafo tercero... es una infracción dolosa, de *comisión por omisión*» (el subrayado es mío), tras de lo cual se afirma la intrascendencia, a efectos de la aplicación de este tipo agravado, «del resultado lesivo para la vida y del plazo de curación de las lesiones..., aunque sean un dato más del riesgo creado, al ser lo más importante la situación de peligro originada». Pienso, por ello, que la alusión en estos casos a la comisión por omisión por parte de alguna jurisprudencia está vaciada de su real contenido de categoría a través de la cual se produce la imputación del resultado no evitado a quien

ante un delito de omisión *propia* (4) respecto del que carece de significación jurídica el hecho de que la víctima del accidente experimente o no un empeoramiento en su estado o situación de peligro como consecuencia de la no prestación de auxilio por quien a ello venía obligado (5). De acuerdo con esta idea, bastaría entonces con que el causante del *accidente* que origina dicha situación de peligro infringiera el mandato de actuar en salvamento de la víctima de aquél (que, como en el primer párrafo del artículo 489 bis, ha de encontrarse desamparada y en peligro manifiesto y grave (6)) para que se entendiera surgida la responsabilidad a título de este tipo agravado de la omisión de socorro.

A tenor de esta interpretación, por otra parte dominante tanto en doctrina como en jurisprudencia (7), podrían obtenerse ya, de la misma configuración del artículo 489 bis, 3.º como tipo agravado de omisión *propia*, las siguientes consecuencias:

Primera: Siendo de carácter general la obligación de actuar en

teniendo el deber de actuar impeditivamente omite dicha actuación, y que el Tribunal Supremo está llamando —sin duda equivocadamente— comisión por omisión a lo que también desde su punto de vista no es sino una omisión *propia*.

(4) En torno a la distinción entre *omisión propia* y *omisión impropia* (o *comisión por omisión*) puede manejarse, en la literatura alemana, una abundantísima producción bibliográfica en la que, al respecto, se utilizan distintos criterios. Así, mientras que algunos autores consideran que el dato fundamental que separa a ambas clases de omisión es el de la pertenencia o no del resultado al tipo de lo injusto del delito omisivo, correspondiéndose los delitos de omisión *propia* con los de mera actividad en el orden comisivo, y los de omisión *impropia* con los de resultado (vid., p. ej.: JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*. P. G., vol. II, Barcelona, 1981, págs. 832-834), otros, en cambio, atienden para ello a la naturaleza de la norma infringida (preceptiva, en la omisión *propia*; prohibitiva, en la *impropia*). Vid., en este sentido, por ej.: BAUMANN, *Strafrecht*. A.T., 7 Aufl., Bielefeld, 1975, págs. 200-201), y unos terceros, tras someter a crítica los dos puntos de vista apuntados, insisten en que ambas modalidades de omisión sólo son distinguibles por el dato externo-formal de si están (o. *propia*) o no (o. *impropia*) legalmente tipificadas (así, vid., por todos: Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, págs. 275 y sigs.).

(5) Vid., en este sentido: LUZÓN PEÑA, *Comentario a la Sentencia TS 24-4-1974 Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*, en RDCirc. 1974, págs. 269-270, con específicas referencias al estado de la doctrina española en este punto.

(6) La consideración del artículo 489 bis, 3.º, como modalidad *agravada* del tipo básico de omisión del deber de socorro contenido en el artículo 489, 1.º, y no como delito distinto e independiente de aquél (*delito de fuga* a que aludiera una antigua jurisprudencia; vid., sobre el particular: RODRÍGUEZ MOURULLO, oc. cit., págs. 505 y sigs.) conlleva el que los elementos requeridos en dicho tipo básico para configurar la situación típica hayan de estar, así mismo, presentes en el mencionado tipo agravado (cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., págs. 503-504).

(7) Cfr.: TORIO, *Aspectos de la omisión especial de socorro* (art. 7, ley 122/62), en ADPCP 1967, págs. 587 y sigs.; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., páginas 513-514; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 270; RODRÍGUEZ DEVESA, P. E., Madrid, 1983 (9.ª ed.), pág. 118 («deslinde entre estos tipos y la comisión por omisión de otros»).

auxilio de una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 489 bis, 1.º), al causante del *accidente* que origina dicha situación le incumbe, además del general deber de actuar —común a todo ciudadano que pudiese cumplirlo sin riesgo propio o ajeno— un deber *especial* de actuar en evitación de que el peligro derivado de su conducta accidental se concrete en una lesión de la vida o la integridad personal de la víctima de aquélla (8). Deber que, caso de ser incumplido, genera para el obligado una responsabilidad agravada a título del artículo 489 bis, 3.º, y no a tenor del artículo 489 bis, 1.º.

Segunda: A los efectos de dicha responsabilidad agravada, resulta indiferente que de la infracción de ese deber *especial* de actuar se derive o no un empeoramiento en el estado de la víctima del accidente. Aunque queda en pie la posibilidad, apuntada por alguna doctrina, de que el resultado de muerte o lesiones más o menos graves de aquélla le sea imputado al omite, en concurso *ideal* de delitos con el artículo 489 bis, 3.º, cuando, mediando dolo (eventual) o imprudencia en relación con tales resultados, puedan éstos entenderse *ocasionados* por la conducta omisiva en el sentido de que, de haber actuado el obligado conforme al deber jurídico, dichos eventos no se habrían producido (9).

Pero es precisamente esta última afirmación la que mayores problemas plantea a la hora de precisar el ámbito de aplicación del artículo 489 bis, 3.º. Porque, ¿puede en verdad decirse que si la víctima del accidente ve agravado su estado, como consecuencia de la omisión de socorro por parte del causante de aquél, hasta el punto incluso de llegar a fallecer, éste último no responde en absoluto de dicho resultado de muerte o sólo responde, en su caso, a título de homicidio imprudente en concurso (ideal) con el artículo 489 bis, 3.º? ¿No debería, más bien, concluirse que de la causación (*accidental*, según los términos del precepto acabado de citar) de un peligro para la vida o la integridad personal se deriva para el causante una *posición de garantía* que genera para él un *especialísimo* deber de actuar en evitación de que el referido peligro desemboque en lesión de los mencionados bienes jurídicos, deber cuyo incumplimiento daría lugar a una responsabilidad a título de *comisión por omisión* del correspondiente delito?

Al análisis de estas cuestiones dedicaré las páginas que siguen. Pero

(8) Sigo aquí la interpretación sugerida por Rodríguez Mourullo, conforme a la cual el deber de actuar en auxilio de quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave, impuesto por el artículo 489 bis, 1.º, y extrapolable al tercer párrafo de este mismo precepto, se concreta a situaciones de riesgo para la vida y la integridad personal (*La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, págs. 147-148 y 165).

(9) Partidarios de la tesis del concurso (ideal) de delitos —a la que más adelante se hará amplia referencia— en el caso de que el «accidente» hubiere sido imprudentemente ocasionado (concurso entre homicidio-lesiones imprudentes y omisión del deber de socorro agravada) son, en nuestra doctrina, entre otros: TORIO, en ADPCP 1967, cit., págs. 583 y 601; RODRÍGUEZ MOURULLO, en ADPCP 1973, cit., pág. 513, y LUZÓN PEÑA, en Rev. D.º Circ. 1974, cit., pág. 272.

antes de entrar en él, permítaseme plantear un supuesto de hecho sobre el que construir algunas hipótesis de trabajo; para cuya verificación o rechazo haré uso de las principales aportaciones que, en las doctrinas alemana y española más recientes, se han producido en torno al pensamiento de la *injerencia* como una de las fuentes del *deber de garantía* o deber de actuar en evitación de un resultado típico.

Supongamos que A, conductor experto y prudente, circula con su automóvil por una carretera de segunda categoría y poco transitada, observando en todo momento el cuidado debido. En un momento dado, inesperadamente le sale al paso B, niño de corta edad, cuyo atropello no puede evitar a pesar de intentarlo mediante el uso de los frenos. Temeroso de las molestas consecuencias que del desgraciado suceso pudieran derivarse, A se aleja del lugar de los hechos sin prestar el debido auxilio a B, quien muere no sólo por causa de las graves lesiones sufridas, sino, principalmente, por el largo tiempo transcurrido antes de ser atendido de las mismas.

Así las cosas, en lo siguiente trataré de dar respuesta a las dos cuestiones siguientes: 1) ¿responde A a título de homicidio doloso en comisión por omisión o, simplemente, como autor del delito previsto y penado en el artículo 489 bis, 3.º (10)?; y 2) caso de haber ocasionado A el atropello en forma imprudente, ¿respondería de un homicidio doloso en comisión por omisión o tan sólo de un concurso entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro agravada del artículo 489 bis, 3.º?

II. EL PENSAMIENTO DE LA INJERENCIA EN LA DOCTRINA ALEMANA

La contestación a estas preguntas viene profundamente condicionada, en primera instancia, por la postura que se adopte acerca de los requisitos que debe reunir el *actuar precedente* para, por la vía de la *injerencia*, fundamentar una *posición de garantía* originante del correspondiente deber de actuar en evitación del resultado típico, cuya infracción motive la correspondiente punición a título de comisión por omisión. A tales efectos, ¿bastaría con cualquier actuación generadora de un peligro (en este caso, para la vida o la integridad personal), aún cuando dicha conducta se mantuviera dentro de los límites del *riesgo permitido* siendo, en consecuencia, atípica? O, por el contrario, ¿debe entenderse que únicamente las conductas que exceden de tal límite y que, por tanto, merecen la consideración de *imprudentes*, engendran la mencionada posición de garante?

Sí, para arrojar alguna luz sobre estas cuestiones, acudimos en primer lugar a la dogmática alemana (lo que vendría plenamente justificado por ser en ella donde, con mayor amplitud, ha sido desarrollado

(10) Vid. un supuesto semejante al aquí planteado en la STS de 5 de abril de 1983, por mí comentada en *La Ley*, año IV, núm. 717, bajo el título de *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*.

el espinoso tema de las fuentes del *deber de garantía*), se observa como, ya desde los mismos inicios de este siglo (11), se ha ocupado aquélla de las *posiciones de garantía* derivadas de un *actuar precedente peligroso*: son los denominados supuestos de *injerencia*, caracterizados por atribuir un deber de actuar en evitación del resultado típico a quien, con su anterior conducta, ha creado el peligro de advenimiento de dicho resultado.

El razonamiento que da pie a esta construcción es aparentemente sencillo: todo aquél que, con su actuar, 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 le impone una obligación de comportamiento activo en orden a la neutralización del peligro. Más compleja resulta, en cambio, la justificación del por qué ello es así y no de otra manera, como difícil resulta determinar qué actuares precedentes fundamentan la aparición de ese deber de evitar el resultado y cuáles no.

En torno a la justificación de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* —cuyo incumplimiento motive la punición a título no ya de omisión propia, sino de comisión por omisión— la doctrina alemana ha ofrecido varias y diversificadas respuestas, de las que aquí sólo daré un apretado bosquejo. Así, y por respetar en lo posible en la exposición el orden cronológico de aparición de las mismas, tras la explicación ofrecida por Stübel a la que acabo de aludir (12), Kissin cree encontrar el «quid» de ese deber *especial* de actuar en la idea de que el individuo no debe ocasionar daño alguno a la comunidad que, sin su presencia, no se habría producido; estando, por ello, obligado a evitar todos aquellos daños que amenazan con derivarse de su conducta (13): formulación ésta excesivamente amplia y que difumina los límites apreciables en Stübel (14) en relación con los requisitos que

(11) Concretamente, a partir de la obra de STÜBEL (*über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1928, págs. 61 y sigs.), quien ya consideraba que en el caso de que una persona colocale a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera ésta última salir sin la ayuda de aquélla, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado que amenazaba con producirse que, de ser infringido, motivaba la responsabilidad a título de comisión por omisión. Debe advertirse, sin embargo, que para STÜBEL dicha conclusión sólo era alcanzable cuando la acción precedente fuera, además de peligrosa, antijurídica.

(12) Vid. nota anterior.

(13) *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 317, Breslau, 1933, págs. 101-102. No fundamenta KISSIN el por qué de esta conclusión que, por otra parte, conduce a la ilimitación del actuar precedente peligroso que puede consistir tanto en una acción justificada como en una acción antijurídica: la única limitación que al respecto impone el autor es la de que la conducta precedente no sea una mera *conditio* del resultado, exigiendo que manifieste ésta ya una tendencia general a la producción del mismo (ob. cit., pág. 105).

(14) Ciertamente no lo expresa STÜBEL con estas palabras, pero, al haber definido previamente este autor a la acción peligrosa (= conducta precedente) como lesiva de bienes jurídicos, debe entenderse que se está refiriendo únicamente a acciones precedentes antijurídicas (Cfr.: VAN GELDER, *Die Entwicklung*

debe reunir el *actuar precedente peligroso* para dar lugar a una *posición de garantía* (15).

Schaffstein, por su parte, nos brinda al respecto una curiosa argumentación: si el que luego omite una actuación salvadora en evitación del advenimiento del resultado típico, ha realizado previamente una acción *peligrosa*, este último dato produce el efecto de que la infracción del *deber de actuar*, en que toda omisión consiste, aparezca en este caso como algo tan grave para el *sano sentir popular* (sic.) que no pueda por menos que considerarse al omitente *autor* del correspondiente delito en comisión por omisión (16). Pero, como es fácilmente observable, no ofrece Schaffstein explicación alguna del por qué dicho omitente ha de ser necesariamente considerado *autor* —y no, por ejemplo, partícipe— del mencionado delito de omisión impropia (17), sin que, por otra parte, su tesis consiga eludir el consabido reproche del «*dolus subsequens*» como él mismo reconoce (18).

Con Nagler (19), la teoría de la equiparación entre el hacer y el omitir (*Gleichstellungstheorie*) experimenta un nuevo giro al situar el problema, por vez primera, en el ámbito del tipo con su «*Tatbestandslösung*». Para este autor, la cuestión fundamental en este terreno es la de determinar bajo qué presupuestos puede afirmarse que una *no evitación de un resultado típico* (omisión) es *típicamente* equivalente a la causación activa del mismo. A lo que responde —y es ésta una de sus más originales aportaciones, habida cuenta del momento en que se produce— que dicha equivalencia típica se producirá siempre que la referida omisión vaya acompañada de un elemento típico que no está expreso en el tipo del delito comisivo (en el que, a juicio de este autor, se enmarca la comisión por omisión): la *posición de garantía*: Elemento éste que puede traer su origen, entre otras fuentes, del *actuar precedente peligroso*. En los casos de *injerencia* —dice Nagler— el surgimiento de un deber de evitación del resultado se basa en que todo aquel que, con su conducta activa, ha puesto en marcha una cadena causal dirigida hacia la producción de dicho resultado, tiene la obligación de actuar impidiendo que éste se concrete (20). A lo que

der Lehre von der sogenannten Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun im Schrifttum des 19 Jahrhunderts. Eine kritische Darstellung, Diss. Marburg, 1967, pág. 36).

(15) Cfr. al respecto la crítica que del pensamiento de KISSIN sobre la injerencia lleva a cabo PFLEIDERER, *Die Garantienstellung aus vorangegangenen Tun*, Berlín, 1968, págs. 81-82; vid. también, críticamente: RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pág. 34.

(16) *Die Unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, en Fest. für Gleispach, Berlín und Leipzig, 1936, pág. 113.

(17) Cfr.: PFLEIDERER, ob. cit., pág. 66.

(18) *Die Unechten*, cit., pág. 113; vid. el intento de LAMPE de dar solución a este problema, así como de ofrecer una explicación racional a lo que SCHAFFSTEIN considera como inexplicable racionalmente en: *Ingerenz oder dolus subsequens?*, en ZStW 72 (1960), págs. 93 y sigs.

(19) *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en GS 111 (1938), páginas 1 y sigs.

(20) Ob. cit., págs. 26 y sigs.

no puede por menos que objetarse, en mi opinión, la tremenda extensión del ámbito de la *garantía* que presupone ya que, aún en el caso de que la acción precedente ni tan siquiera fuese tenida como peligrosa en orden al posterior advenimiento del resultado, adquiriendo sólo esa consideración en su conexión con ulteriores concausas, habría que entender surgido un deber de actuar en evitación del resultado que amenaza con producirse. Por lo demás, queda claro que para Nagler también los actuares precedentes atípicos o justificados fundamentarían, de darse el mencionado requisito de «activación de la cadena causal», una posición de *garantía* en su autor.

Enmarcada ya la cuestión de la equiparación entre el hacer y el omitir en la forma acabada de indicar (21) será Vogt quien, por vez primera, introduzca en el tema de las fuentes del deber de *garantía* un planteamiento sociológico que, como veremos más adelante, influye claramente los posteriores puntos de vista de Androulakis, Bärwinkel y Rudolphi y que, debidamente matizado, sigue constituyendo en la actualidad el método menos insatisfactorio de determinación de las posiciones de *garantía*.

Para este autor, la *injerencia* es fuente de un deber de actuar en evitación del resultado típico porque el *actuar precedente* del que luego omite ha creado un peligro para un *orden social estricto* (22), estableciéndose así una especial y estrecha relación entre el amenazado por dicho peligro y el causante del mismo; relación que se asemeja a la propia de la institución familiar (23). Sin embargo, de la utilidad de un método que, como el empleado por Vogt, subraya la necesidad de una consideración sociológica del problema de las fuentes del deber de *garantía*, no puede decirse que en toda causación de un peligro para los bienes jurídicos de otro —sea éste derivado de una conducta lícita o ilícita, ya que el citado autor no introduce limitaciones en relación con la acción precedente peligrosa— se dé esa suerte de estrecha relación interpersonal ya que, como dice Pfeleiderer (24), dicha relación faltaría en todos aquellos casos en que todavía no pueda hablarse de una individualización del peligro. Por otra parte, la misma indeterminación de un concepto como el de «orden social estricto», susceptible de diversas interpretaciones, hace disminuir grandemente sus posibilidades de erigirse en un criterio adecuado para explicar no ya sólo el origen del deber de actuar en supuestos de *injerencia*, sino también en relación con las restantes posiciones de *garantía* a que usualmente alude la doctrina.

La perspectiva sociológica, inaugurada como acabamos de ver por Vogt, es seguida y desarrollada por Androulakis quien, muy influencia-

(21) Esto es, como un problema de equiparación entre los tipos respectivos.

(22) Es éste un concepto acuñado por Vogt, quien lo define como «situaciones de especial relación interindividual, en las que se constituyen estrechos vínculos vigentes en la vida social en común» (*Das Pflichtproblem der Kommisiven Unterlassung*, en ZStW 63 (1951), pág. 399).

(23) Ob. cit. en nota anterior, págs. 402-403.

(24) Ob. cit. en nota 15, págs. 87-88.

do por este último autor, complementa sus tesis a través de su peculiar visión fenomenológica según la cual toda *posición de garantía* se fundamenta en la *proximidad social* en que se encuentra una persona en relación con el bien jurídico de otra que se encuentra amenazado: concretamente, la *posición de garantía* derivada del pensamiento de la *injerencia* viene dada, según este criterio, por la idea de que quien ha creado el peligro se coloca, respecto del titular del bien jurídico amenazado, en una situación de inmediata *proximidad* que le obliga a actuar en evitación de que dicho peligro se convierta en lesión. Dicha relación de proximidad inmediata la basa Androulakis, en los casos de injerencia, en la consideración de que, al haber sido el «amenazado» por un peligro puesto en esa situación precisamente por el autor de la acción precedente peligrosa, no es ya simplemente aquél un tercero en peligro, sino un tercero puesto por este último en dicho peligro por lo que ha de concernirle más («está más cerca») que el resto de los hombres (25). Planteamiento éste que, en términos generales, coincide con el mantenido por E. A. Wolff, para quien lo que origina una *posición de garantía* derivada del actuar precedente es la existencia de una especial relación de *dependencia* (26) de la víctima o «amenazado» por el peligro en relación con el causante del mismo: *dependencia* que se manifiesta en el hecho de que aquél no puede superar la situación de peligro para sus bienes jurídicos sin la ayuda de este último (27).

Sobre esta idea de la *dependencia* del amenazado por el peligro respecto del causante del mismo volveré al ocuparme de la postura de Welp. Por ahora, únicamente me interesa resaltar que, siendo las tesis de Androulakis y E. A. Wolff tremendamente sugestivas en orden a la determinación de las posibles posiciones de garantía y a la diferenciación consiguiente de las omisiones en propias e impropias, no son aptas, empero, para limitar las acciones precedentes engendradoras de los correspondientes deberes de actuar en evitación del resultado a las que exceden del marco trazado por el riesgo permitido.

Rudolphi da, en cambio, un importante paso adelante en el indicado camino limitador al afirmar que el *actuar precedente peligroso* sólo puede originar un deber —jurídicamente exigible— de actuar en evitación del resultado que amenaza con producirse cuando dicho actuar precedente sea, *per se*, contrario a deber; en tanto que, si se mantiene dentro del ámbito de lo permitido por el ordenamiento jurídico, no

(25) *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München-Berlin, 1963, págs. 214 y sigs.

(26) Vid. la aparición de este mismo criterio de la *dependencia personal* del bien jurídico amenazado respecto del causante del peligro en MIR (*Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, pág. 263), quien lo utiliza, conjuntamente con el de «la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor», para determinar las posibles posiciones de garantía que cabe tomar en consideración a efectos de la construcción del tipo de los delitos de comisión por omisión.

(27) *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965, pág. 45.

puede en ningún caso servir de base para la aparición de una *posición de garante* (28). Idéntica limitación se percibe en Pfeleiderer, quien opina que no basta con que el actuar precedente haya desencadenado un proceso causal, que culmina en el inminente riesgo de lesión de un bien jurídico, a efectos de que surja para su autor un deber de actuar en evitación de dicha lesión, sino que es preciso que dicho actuar precedente sea antinormativo, contrario a deber (29). Por lo demás, dice Pfeleiderer algo muy interesante de cara a la problemática en examen: que a veces se ha fundamentado —notoriamente en algunos fallos del BGH alemán— la existencia de un *deber de garantía* para el conductor que atropella a un viandante lesionándole, en el dato de que sólo éste se halla en situación de prestar un auxilio eficaz a la víctima del atropello, olvidándose que este *monopolio de ayuda* no es un criterio suficiente para dar lugar a una responsabilidad a título de comisión por omisión en el conductor omitente (30). Pues, en efecto, también en ocasiones el que omite el auxilio debido (ex art. 489, bis 1) tendrá dicho monopolio y sin embargo, al no haber ocasionado la situación de peligro en que se encuentra el necesitado de ayuda, no responderá más que de un delito de omisión del deber de socorro (omisión *propia*).

No es, en consecuencia, el mero hecho de ser el único que «está ahí», o el que «está más cerca» o «en mejores condiciones» para auxiliar lo que convierte a un *no garante* (aunque no por ello impune, habida cuenta de la existencia del art. 489 bis, 1) en *garante* y, con ello, en autor —si omite actuar en evitación del resultado de lesión del bien jurídico— de un homicidio o lesiones en comisión por omisión, sino el haber creado con su *conducta precedente* el peligro para dicho bien jurídico. Es por ello por lo que, a mi juicio, el conductor del automóvil que, fortuita o imprudentemente, ha ocasionado el atropello tiene un *especial* deber de auxilio, distinto del que compete al resto de los conductores que «pasaban por ahí» (aunque alguno de éstos, al tener un automóvil más veloz, estuviese en «mejores condiciones» para transportar rápidamente a la víctima a un centro hospitalario); deber que, caso de infringirse, dará lugar —de interpretarse el término «accidente» utilizado en el artículo 489 bis, 3.º, en el sentido, que más adelante apuntaré con mayor argumentación, de suceso *fortuito*— a una responsabilidad a título de omisión del deber de socorro agravada, si la conducta precedente ha permanecido dentro de los márgenes del riesgo permitido, o a una responsabilidad a título de comisión por omisión del correspondiente delito (homicidio o lesiones), si la conducta precedente ha sido contraria a deber (= imprudente). Todo ello con independencia de que el citado conductor tuviera o no un «monopolio de auxilio». Aunque forzoso es reconocer que, normalmente, la responsabilidad a título de comisión por omisión sólo surgirá en aquellos supuestos en los que la salvación de la víctima en pe-

(28) Ob. cit. en nota 15, págs. 182 y 188-189.

(29) Ob. cit. en nota 15, pág. 150.

(30) Ob. cit., pág. 140.

ligro *depende* de la conducta activa del conductor que ha ocasionado el atropello en forma imprudente, ya que, de estar otros conductores en disposición de prestar a aquélla un auxilio eficaz, no podrá decirse que la omisión de éste haya incrementado el riesgo de aparición del resultado típico (criterio de imputación que, en mi opinión, resulta imprescindible para fundamentar una responsabilidad a título de comisión por omisión).

En cualquier caso, si bien comparto la idea de que no basta con la existencia de un «monopolio de auxilio» en el conductor omitente, para que éste sea autor del correspondiente delito de *omisión impropia*, sino que es preciso que la conducta precedente sea, además de peligrosa, típicamente antijurídica (31), estimo que tanto la fundamentación que a este punto de vista limitador da Rudolphi, como la de Pfeleiderer y otros autores que con ella se muestran conformes, es jurídicamente insuficiente. Pues, como dice Welp —autor que cifra la existencia de una *posición de garantía*, en supuestos de *injerencia*, en la situación de *dependencia* en que se encuentra el titular del bien jurídico puesto en peligro por el actuar precedente respecto del autor de éste—, dicha *situación de dependencia* se dará tanto en supuestos de actuares precedentes peligrosos pero lícitos (riesgo permitido) como en hipótesis de actuares precedentes antijurídicos (32). Y lo mismo cabe decir cuando no es de esa *dependencia* de la que se habla, sino de criterios como el de la proximidad social o fenomenológica (33), el del citado «monopolio de auxilio» (que también puede darse en el conductor prudente) o el del «dominio sobre la causa del resultado», de Suhñemann (34). Nuevamente aquí —como, en general, en los distintos puntos problemáticos que presentan los delitos de omisión *ompropia*— sólo los criterios valorativos emanados de la propia ley pueden suministrarnos un concreto punto de apoyo para proceder a la, políticamente deseable (35), limitación de los actuares prece-

(31) Conclusión ésta para la que, conforme se verá más adelante, encuentro —a diferencia de lo que sucede en la doctrina alemana, lo que explica la polémica existente al respecto— un apoyo legal en el artículo 489 bis 3.º CP.

(32) *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín, 1968, págs. 223-226 y 262 y sigs.

(33) Cfr. ANDROULAKIS, ob. cit. en nota 25.

(34) *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, págs. 233 y sigs., especialmente págs. 234-235 y 241 y sigs.

(35) En este sentido, vid.: ROXIN, *Politica criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972, págs. 45-47. Para este autor, dadas las dificultades existentes en punto a la equiparación entre la no evitación de un determinado resultado por quien tiene un deber de garantía y la producción del mismo mediante una conducta activa, sería preferible reconducir todos los supuestos tradicionalmente considerados como de *comisión por omisión* a un tipo agravado de omisión del deber de socorro (ob. cit., pág. 47). Lo que, a mi juicio, constituye una alternativa digna de tenerse en cuenta de *lege ferenda*, siempre y cuando en dicho tipo se describieran claramente cuáles son las fuentes de ese deber especial de actuar y, en el caso concreto de la injerencia, se precisase qué tipo de actuares precedentes lo originarían. En todo caso, el artículo 489 bis, 3.º CP no cumple, en nuestro Derecho, una fun-

dentos originadores de una *posición de garantía* a aquellos que, además de engendrar un peligro para los bienes jurídicos de otro, sean típicamente antijurídicos. Y, en esta línea, qué duda cabe de que la misma presencia del artículo 489 bis, 3.º, CP es, como posteriormente intentaré razonar, un excelente argumento en dicho sentido limitador.

De este rápido repaso a la fundamentación de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* se deduce que, si bien la doctrina alemana coincide en la afirmación de que el actuar precedente que ocasiona un peligro origina un deber de actuar en evitación del resultado que, como concreción de dicho peligro, amenaza con producirse si no se hace algo para impedirlo, esa misma doctrina se divide, sin embargo, a la hora de precisar qué actuares precedentes peligrosos generan dicho *deber de garantía* y cuáles no, oscilando entre dos posiciones extremas: la de quienes entienden que *todo* actuar precedente peligroso, sea o no antinormativo «per se», es ya fuente del mencionado deber de actuar en evitación del resultado (postura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia), y la (minoritaria) de quienes, para que ello fuere así, exigen que el actuar precedente sea, además de peligroso, típicamente antijurídico y culpable. Entre ambas posturas, estaría la de quienes estiman que, sin necesidad de ser también culpable, el actuar precedente peligroso sí debe, al menos, ser típicamente antijurídico para que pueda considerarse fuente de un *deber de garantía*, cuya infracción motive una responsabilidad a título de comisión por omisión (36); opinión ésta que, no obstante su corrección desde un punto de vista político-criminal, tropieza con serios obstáculos argumentativos al ser defendida, por lo general, desde formulaciones excesivamente amplias e indeterminadas del elemento común a todas las *posiciones de garantía* que permite que la no evitación del resultado se

ción sustitutoria de los posibles delitos de *comisión por omisión* —a la manera que propone ROXIN—, sino que se limita a excluir de entre ellos los supuestos de no evitación del resultado por quien ha causado, dentro de los límites del *riesgo permitido*, el peligro de advenimiento del mismo.

(36) Claro está que aquí habría que establecer una distinción entre aquellos que consideran que el dolo (natural) y la infracción del deber objetivo de cuidado son elementos, respectivamente, de los tipos de lo injusto del delito doloso y del imprudente, y quienes, por el contrario, estiman que dolo (malo) e imprudencia no son sino formas de la culpabilidad: para los primeros, de seguirse la vía intermedia señalada en el texto, sólo surgirían posiciones de garantía cuando la acción peligrosa precedente fuere dolosa o imprudentemente realizada, con lo que el conductor de nuestro ejemplo únicamente sería garante en el caso de que su conducción hubiere infringido la norma de cuidado; en tanto que, para llegar a esta misma conclusión, los segundos tendrían que exigir, a los referidos efectos, que el actuar precedente fuere, además del típico y antijurídico, también *culpable*. Pues, de conformarse éstos últimos con los requisitos de tipicidad y antijuridicidad del actuar precedente que informan esta vía intermedia, no podrían descartar la aparición de una posición de garantía en supuestos de actuares precedentes peligrosos que permanecen en el marco del riesgo permitido; a menos que, dentro de su esquema causalista, introdujeran la consideración de la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento del tipo de lo injusto del delito imprudente (Vid., en este sentido: RODRÍGUEZ MOURULLO, P. G., cit., páginas 340-342).

equipare jurídicamente a su causación mediante una conducta activa: de manera que, si bien resuelve satisfactoriamente la cuestión del *cuándo* el actuar precedente es fuente de un deber de actuar para impedir que el resultado típico aparezca (= sólo en los casos en que dicho actuar precedente sea típicamente antijurídico), no permite explicar el *por qué* ello es así y no de otra forma.

III. EL PENSAMIENTO DE LA INJERENCIA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN RELACION CON EL AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 489, BIS, 3.º, C. P.

En contraste con el cuadro de pareceres observable en la doctrina alemana, entiende la española dominante que el actuar precedente peligroso, ya sea lícito ya imprudente, no genera un *deber de garantía* cuando el peligro ha sido ocasionado por un *accidente*. Es más: a juicio de esta misma doctrina, la existencia del artículo 489, bis, 3.º, CP, viene a demostrar que, en nuestro Derecho, el pensamiento de la *injerencia* como fuente del mencionado deber de actuar en evitación del resultado carece de acogida, ya que del citado precepto cabe deducir que incluso el *accidente imprudentemente ocasionado*, seguido de la omisión de auxilio a la víctima del mismo por parte de quien lo ha provocado, da lugar a una responsabilidad a título de *omisión propia agravada* y no de comisión por omisión (37). Pues, de acuerdo con la opinión mayoritariamente sostenida por nuestros autores, el tercer párrafo del artículo 489, bis, CP es aplicable a toda hipótesis de peligro que haya sido engendrado en forma involuntaria, esto es, fortuita o imprudentemente. Conclusión ésta que se basa en la consideración de que el término «accidente» que en dicho precepto se utiliza sólo excluye «la causación dolosa de la situación en que se encuentra la víctima necesitada de socorro», siendo, en cambio, indiferente que ese «accidente» sea meramente *fortuito* o producto de una previa actuación imprudente del que luego omite auxiliar.

Esta interpretación del término «accidente», ínsito en el artículo 489, bis, 3.º, CP, no sólo acarrea la ampliación del ámbito de aplicación del mencionado precepto a supuestos de actuantes precedentes *típicamente antijurídicos* (38), sino que, paralelamente, obliga a descartar toda virtualidad del pensamiento de la *injerencia* en nuestro ordenamiento como fuente de un *deber de garantía* (39). Lo que no es,

(37) Vid., entre otros: RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1973, cit., págs. 513 y sigs.; GIMBERNAT, *Comentario a: Bacigalupo, Delitos impropios de omisión*, en ADPCP 1970, pág. 726; LUZÓN PEÑA, R. D.º Circ. 1974, cit., pág. 273.

(38) E incluso, *culpables*, de estimarse que el dolo y la imprudencia no son elementos de los respectivos tipos de delito, sino formas de la culpabilidad, y que el caso fortuito no es sino una causa de exculpación.

(39) Lo que contrasta con la cita constante, por parte de algunos de los defensores de este punto de vista, de la *injerencia* como una de las fuentes del deber de actuar en evitación del resultado típico, cuya infracción genera una responsabilidad a título de comisión por omisión (Cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, P. G., cit., pág. 312).

a mi juicio, una idea totalmente rechazable habida cuenta de que, como dice Welzel, la cuestión de la injerencia representa el punto más problemático de toda la teoría de la garantía (40). Pero, ¿es posible aceptar la premisa mayor de este razonamiento, y concluir que *accidente*, en el artículo 489 bis, 3.º CP, es tanto el fortuita como el imprudentemente ocasionado?

Una cosa está clara: indudablemente es *accidente*, a los efectos del artículo 489 bis, 3.º, el peligro o daño *fortuitamente ocasionado* (41). No otra cosa cabe deducir de la puesta en contacto de esa norma con el artículo 6 bis, b) CP, en el que se dispone que «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible». Accidente y fortuidad (entendida esta última como ausencia de dolo o imprudencia en la causación de aquél) son, pues, términos normativamente emparejados ex art. 6 bis b) CP, y así han de entenderse también en el artículo 489 bis, 3.º. Lo que conduce a una primera e importante conclusión: el actuar precedente peligroso pero que permanece dentro de los límites del riesgo permitido (42) no puede dar lugar a un deber de actuar en evitación del resultado que amenaza con producirse, de cuya infracción derivar una responsabilidad a título del correspondiente delito en comisión por omisión, sino que únicamente origina un *deber especial de auxilio* que, caso de ser incumplido, motiva la punición a tenor de la *omisión propia agravada* prevista en el artículo 489 bis, 3.º CP.

La específica agravación contenida en dicho precepto supondría, así, una importante limitación, legalmente establecida y por lo tanto incontestable (43), al pensamiento de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía*, por cuanto no permite admitir que el *riesgo permitido* (= actuares precedentes peligrosos, pero atípicos) dé origen, en nuestro Derecho, a un deber de actuar en evitación del resultado amenazante. De suerte que, volviendo a la primera de las dos hipótesis prácticas más arriba formuladas, el conductor prudente que atropella fortuitamente a un niño, omitiendo después auxiliarle, no habría de responder, caso de producirse la muerte de éste, de homicidio doloso en comisión por omisión, sino de la omisión de auxilio agravada a que se refiere el artículo 489 bis, 3.º CU. Pero, ¿podría llegarse a la misma conclusión (responsabilidad a título del artículo 489 bis, 3.º CP, en eventual concurso con un delito de homicidio imprudente) en la segunda hipótesis, esto es, cuando el que después omite auxiliar ha ocasionado previamente el accidente en forma imprudente? O, dicho de otra manera: ¿es posible extraer, de la presencia del artículo 489 bis,

(40) *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, en JZ 1958, págs. 494 y ss.

(41) Sobre la interpretación del término «ocasionado», vid.: TORIO, *ob. cit.* en n. 7, págs. 594-596; vid. también mi trabajo sobre *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, cit., pág. 3.

(42) *Atípico*, en la sistemática por mí seguida, al no ser ni doloso ni imprudente.

(43) A diferencia de las argumentaciones limitadores más caracterizadas en la doctrina alemana, a las que anteriormente se ha hecho referencia.

3.º CP, la idea de que ni tan siquiera los actuarees precedentes típicamente antijurídicos (*riesgo no permitido*) originan un *deber de garantía* ni, en consecuencia, una responsabilidad a título de homicidio (o lesiones) dolosas en comisión por omisión?

No lo creo yo así, y en lo que sigue intentaré justificar por qué pienso que la omisión de auxilio a la víctima de un atropello (o de cualquier otro actuar precedente peligroso), *imprudentemente* ocasionado, por parte de quien lo ha provocado engendra para éste una responsabilidad a título de homicidio o lesiones dolosas en comisión por omisión.

Para ello, me referiré críticamente, en primer lugar, al razonamiento según el cual, conforme acaba de ser expuesto, la propia existencia del artículo 489 bis, 3.º CP demuestra la invalidez del pensamiento de la *injerencia*, en nuestro ordenamiento, como fuente de un *deber de garantía*, puesto que de dicha norma cabe inducir que incluso los actuarees precedentes típicamente antijurídicos (imprudentes) no dan lugar, caso de omitir posteriormente su autor el auxilio a la víctima que él mismo ha puesto en grave peligro para sus bienes jurídicos más elementales (vida, integridad personal), a una responsabilidad a título de comisión por omisión (de homicidio o lesiones) sino a una omisión del deber de socorro agravada, en posible concurso, eso sí, con un homicidio imprudente (44).

A la vista de las argumentaciones ofrecidas por aquellos autores que así se expresan, tal conclusión —indudablemente drástica si se la compara con las alcanzadas por el grueso de la doctrina alemana— no se apoya en otra base que en la discutible interpretación del término «accidente» a que ya antes he hecho alusión, como comprensivo tanto de actuarees precedentes y peligrosos fortuitos (*riesgo permitido*) o justificados (45) como de actuarees precedentes imprudentes. Y, sin em-

(44) Cfr. los autores citados en n. 9. Obviamente es ésta una conclusión que se aleja por completo de las alcanzadas por la doctrina alemana, ya que no se ceñiría a la pretensión de limitar mediante la exigencia de determinados requisitos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) los actuarees precedentes peligrosos que podrían dar origen a una posición de garantía, sino que, al descartar la aparición de ésta tanto en supuestos de acción precedente lícita (*fortuita* o justificada) como de acción precedente imprudente (incluibles unos y otros en el término «accidente» utilizado en el artículo 489 bis, 3.º CP), a la postre lo que se estaría negando sería la propia virtualidad de la *injerencia* como fuente de un deber de actuar en evitación del resultado típico. Pues no cabe duda alguna de que los actuarees precedentes *dolosos* no generan dicho deber, ya que a lo que dan lugar es a una responsabilidad a título del correspondiente delito comisivo (Cfr. mi trabajo: *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, en CP. Crim., núm. 17, 1982, páginas 250-251, n. 103).

(45) Si se entiende que también los actuarees precedentes imprudentes y no justificables entran en el ámbito del artículo 489 bis, 3.º, con mayor razón aún habrá de llegarse a la misma conclusión en relación con los que estuvieren justificados. Máxime si, como creo, lo que está fuera de toda duda es que el término «accidente» se refiere a sucesos fortuitos que, a mi juicio, son atípicos. Porque si lo menos (actuar precedente atípico) y lo más (actuar precedente típico y antijurídico) se estiman fundamentadores del deber especial de auxiliar impuesto por el artículo 489 bis, 3.º CP, también habrá de

bargo, tal entendimiento del término «accidente» ni siquiera es obligado en el lenguaje vulgar (46) por lo que mucho menos habrá de serlo en el normativo. Por el contrario, el ya citado artículo 6 bis b) del CP lo emplea como equivalente a *suceso fortuito*, ocasionado sin dolo ni imprudencia. De donde se deduce que la interpretación extensiva del citado término hasta hacerle abarcar supuestos de actuare precedentes imprudentes (*riesgo no permitido*), si bien pudiera estar guiada por un loable afán limitador, carece de toda apoyatura legal viniendo, por ello mismo, a ser injustificada y rechazable. Como también lo es la conclusión ulterior que de ella se obtiene en punto a declarar la irrelevancia de todo actuar precedente peligroso para originar un deber de evitar el resultado que amenaza con producirse. A no ser que dicha conclusión se apoye en algún otro argumento distinto del que acabo de descartar. Para ver si ello es así, creo conveniente analizar una por una las distintas fundamentaciones brindadas por quienes, en nuestra doctrina, defienden el punto de vista en examen.

Del artículo 106 del CP argentino (que viene a coincidir con nuestro artículo 489 bis, 3.º) deduce Bacigalupo que ni la causalidad del hecho anterior ni la infracción del deber de evitar el resultado son suficientes para definir una posición de garante (47). Lo que me parece absolutamente correcto: la conducta precedente que, *fortuitamente*, ocasiona un peligro es *causal* respecto del mismo sin que, ni de ella ni de la posterior omisión del deber de auxilio, quepa extraer una responsabilidad de su autor por el resultado a título del correspondiente delito en comisión por omisión. Para ello es preciso, como indica seguidamente Bacigalupo (48), «que la conducta precedente sea contraria a deber. Es decir, que el artículo 106 queda limitado en su ámbito a los casos en que el autor se ha conducido dentro de los límites del peligro permitido en el tráfico. La adecuación a Derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía». Conclusión ésta que comparto plenamente y que coincide con la por mí obtenida al ceñir el término «accidente» del artículo 489 bis, 3.º del CP español a supuestos de peligro fortuitamente ocasionado. Hasta aquí nada tengo, pues, que objetar a las tesis del autor al que vengo refiriéndome. Si no fuera porque, de lo anteriormente afirmado, extrae éste una conclusión que me parece excesiva, ya que no sólo no se corresponde con el desarrollo esbozado sino que lo contradice abiertamente: la de que «la idea de la injerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal argentino (49), por lo que la

fundamentarse dicho deber la categoría intermedia de los actuare típicos pero justificados.

(46) Según el *Diccionario de Uso del Español* de María MOLINER, *accidente* es un «suceso imprevisto que causa un trastorno en la marcha normal o prevista de las cosas»; identificándose este término con el de *caso fortuito*, al que también es inherente la nota de imprevisibilidad.

(47) *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en ADPCP 1970, pág. 43 (subrayado en el original).

(48) Ob. cit., pág. 44.

(49) Conclusión ésta que sería extrapolable al Derecho español, dado el

fundamentación de la responsabilidad penal por una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general... en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. *La ley no establece en ninguna parte una posición de garantía semejante, ni permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido.* Si esto ya era cierto antes de la sanción del artículo 106 CP, ahora no puede ofrecer dudas» (50). Y digo que esta última conclusión me parece excesiva porque del anterior razonamiento de Bacigalupo lo único que se deduce es que el artículo 106 del CP argentino, como también el artículo 489 bis, 3.º de nuestro texto punitivo, impide fundamentar una responsabilidad a título de comisión por omisión cuando la conducta precedente peligrosa de quien después omite auxiliar al titular de los bienes que él mismo ha puesto en peligro permanece dentro de los límites del *riesgo permitido*; pero no cuando, como el propio Bacigalupo admite expresamente, el omitente ha creado con su inactividad «un *peligro adicional* al permitido para la fuente que él mismo debe custodiar y encauzar», en cuyo caso sí habría una *posición de garantía* a juicio del citado autor (51). La idea de *injerencia*, aunque limitada, sigue pues teniendo un lugar tanto en el sistema penal argentino como en el español: precisamente allí donde la conducta que ha creado el peligro exceda de los márgenes del *riesgo permitido* (conducta precedente *imprudente*). Sin que en contra de ello quepa alegar, como lo hace Bacigalupo, que «la ley no establece en ninguna parte una posición de garantía derivada de la injerencia». Porque tampoco la ley especifica en parte alguna las restantes fuentes del *deber de garantía* y, sin embargo, ello no ha supuesto un obstáculo insalvable para el desarrollo dogmático y jurisprudencial de las mismas (52).

Comentando las anteriores opiniones de Bacigalupo, dice Gimbernat que, ciertamente y como aquel autor afirma, del artículo 106 CP argentino, como del artículo 489 bis, 3.º de nuestro CP, se deduce que «el hacer anterior no convierte a una omisión en omisión impropia, pues si un conductor atropella a un peatón y luego no lo socorre, no responde —ni en Derecho penal argentino ni en Derecho penal

paralelismo existente entre el artículo 106 del CP argentino y nuestro artículo 489 bis, 3.º.

(50) Ob. cit., pág. 45 (subrayado en el original).

(51) También LUZÓN PEÑA interpreta el pensamiento de BACIGALUPO en los términos acabados de indicar en el texto cuando señala que este autor no va tan lejos como GIMBERNAT, puesto que, a diferencia de este último, admite aquél que si el accidente se produce en forma imprudente y estaba dentro del dominio del autor habrá de estimarse homicidio en comisión por omisión (R. D.º Circ. 1974, cit., pág. 272, n. 15). Pero sin duda lo que le lleva a GIMBERNAT a creer que su punto de vista coincide con el mantenido por BACIGALUPO en relación con la negativa de toda virtualidad a la injerencia como fuente de un deber de garantía es la contradicción resaltada entre la primera parte del razonamiento del autor de origen argentino y la conclusión que de él obtiene.

(52) Otra cosa es que dicho desarrollo resulte compatible con las exigencias derivadas del principios de legalidad penal; tema éste que excede de los límites de este trabajo y sobre el que preparo uno próximo bajo el título de *Comisión por omisión y principio de legalidad*.

español—, por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, sino por una omisión agravada del deber de socorro en eventual concurso con homicidio imprudente... Pues la conducta del que huye del lugar del accidente, después de haber atropellado sin intención a un peatón, no equivale (y por ello: no es una omisión impropia) a dirigir el vehículo contra un peatón para matarle» (53). Esta breve pero enjundiosa consideración sería, a mi juicio, perfectamente asumible de distinguirse (lo que no hace Gimbernat) entre la conducta anterior que permanece dentro de los límites del *riesgo permitido* (en cuyo caso estaría en completo acuerdo con él) y la que excede de dichos límites también incluida por el autor últimamente citado en el mismo paquete que la anterior, de lo que, por las razones ya expresadas más arriba, discrepo. Porque, si bien es cierto que, como dice Gimbernat, la conducta de quien, habiendo ocasionado el atropello por imprudencia, se da posteriormente a la fuga sin auxiliar a la víctima del mismo *no es equiparable* (lo que resulta básico a la hora de justificar la punición a título de comisión por omisión) a la producción de una muerte por atropello de vehículo de motor con *dolo directo* de matar (términos estos en los que Gimbernat establece la comparación), como mucho menos equiparable aún a este último supuesto es la misma conducta omisiva cuando el atropello ha sido ocasionado sin dolo ni imprudencia, no es menos cierto, en mi opinión, que la primera de estas hipótesis —esto es: aquélla en la que el atropello ha sido imprudentemente ocasionado— sí que resulta equiparable con la causación activa de una muerte mediando *dolo eventual*. Sobre este último punto volveré más adelante.

Por su parte Torio, en un artículo escrito antes de la introducción del artículo 489 bis, 3.º en nuestro texto punitivo —en el que se refería al precedente inmediato de dicho precepto (art. 7 de la ley 122/1962)— después de afirmar que el ámbito de esta última norma no abarcaba supuestos de conducta precedente *dolosa* (54), era también del parecer de que, tanto si la conducta precedente fue imprudente como si fue fortuita, la emergencia de una responsabilidad a título de comisión por omisión del resultado finalmente acaecido debía ser descartada porque «Si A atropella a B, culposa o fortuitamente, y éste fallece sin haber sido socorrido, estará presente una conducta activa, a la que causalmente se reconducen todos los efectos posteriores, y una omisión, en el sentido de la teoría general, a la que también han de reconducirse esos resultados. Esta construcción artificial resulta inadmisibles, puesto que contiene una duplicación innecesaria de la noción de causa» (55). Texto del que se desprende la idea, a mi juicio incorrecta, de que la conducta activa precedente es *causal* respecto del ulterior resultado de muerte sobrevenido y no, como creo más acertado, tan sólo respecto del peligro de advenimiento del mismo: siendo la posterior omisión la que, al agravar el estado de la víctima del atro-

(53) Ob. cit. en n. 37, pág. 726.

(54) Idea ésta con la que coincido plenamente (vid. supra, n. 44).

(55) Ob. cit. en n. 7, pág. 601.

pello, no es que sea *causal* en relación con dicho resultado (56), sino que éste le es *objetivamente imputable* (57) al autor de aquélla cuando mediere imprudencia en tal actuación precedente. No hay, pues, duplicación alguna de la noción de causa. Como tampoco hay culpabilidad *subsequens* (58) ya que lo que se le imputa subjetivamente al conductor imprudente que luego se da a la fuga sin socorrer no es ya la previa conducta imprudente al atropellar (que tan sólo fundamenta un *deber de garantía*, quedando por lo demás absorbida por la posterior omisión, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 340 bis a), penúltimo párrafo CP (59), sino la propia *omisión dolosa* (dolo eventual) en conexión con el resultado producido (muerte, lesiones).

Algo más matizada es la postura que sobre el particular mantiene Luzón Peña quien, si bien se muestra inicialmente de acuerdo con quienes afirman que «el que atropelló culposa o fortuitamente a la víctima y omite socorrerla, no puede responder de homicidio (si la víctima muere) doloso en comisión por omisión, sino sólo por omisión de socorro en concurso, en su caso, con homicidio imprudente» (60), cree, sin embargo, que «hay otros casos de hacer precedente peligroso y no doloso en que hay que llegar a la solución opuesta»: son, según el citado autor, aquellos supuestos en los que, dándose como en los anteriores una conducta precedente peligrosa, el «*peligro estaba perfectamente controlado precisamente hasta que comienza la omisión*», a diferencia de los de atropello imprudente o fortuito en los que «*ya antes*

(56) El propio TORIO reconoce en un trabajo muy reciente que el que omite no *causa* el resultado, a la vez que pone de relieve, a mi juicio muy acertadamente, cómo el principio *causal* está experimentando una regresión en la teoría del delito incluso en lo que hasta hace poco era su terreno: el delito de acción; siendo sustituido, en las funciones que otrora cumplía en punto a la afirmación de la tipicidad de la conducta en los delitos de resultado, por la idea de *imputación objetiva*. Lo que, como resalta TORIO, permite una mayor aproximación de los delitos de comisión por omisión a los delitos de acción (*Infracciones d'omission et responsabilité pénale pour omission*, en R.I.D.P., 1984, pág. 610 y págs. 612-614).

(57) Como dice CEREZO (*Curso de Derecho Penal español*. P. G. 1, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 318 y 341), en la omisión falta una relación de causalidad entre la no realización de un movimiento corporal y el resultado; siéndole éste, por lo tanto, objetivamente *imputado* al omitente sin la concurrencia de dicha relación que, en consecuencia, no puede estimarse en todo caso como «elemento indispensable para la existencia de una responsabilidad penal».

(58) Reproche tradicionalmente dirigido a las llamadas teorías *causales* de la omisión que, al cifrar en la acción precedente (y no en la posterior omisión) la *causa* del resultado, se veían abocadas a retrotraer el elemento subjetivo presente en la omisión a dicho actuar previo. Lo que se evita si se niega la exigencia de causalidad para imputar un resultado a título de comisión por omisión, y se basa la tipicidad de la misma en la idea de *incremento del riesgo de producción del resultado* presente en la misma omisión (y no en la acción precedente) del garante.

(59) «Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada».

(60) R. D.º Circ. 1974, cit., pág. 272.

de la omisión el peligro ha escapado al control del sujeto» (61). Interpretación esta que, a juicio del autor, supone «rechazar como equivocada la idea de la injerencia, porque en los... ejemplos en que se llega a afirmar que existe comisión por omisión, ello no es porque exista un hacer precedente fuente del peligro, sino única y exclusivamente porque la misma omisión crea o desencadena el peligro» (62).

Varias son las consideraciones que este punto de vista me sugiere. Como se ve, arranca Luzón Peña de la idea de que, para poder hacer a alguien responsable de un delito en comisión por omisión, es preciso que la misma omisión haya supuesto la creación de un peligro o, como dice en otro lugar (63), cuando menos el incremento del «anterior riesgo abstracto y controlado de producción de la lesión». Pues bien: creo que esto último es precisamente lo que sucede en la hipótesis de atropello imprudente seguido de omisión de auxilio a la víctima del mismo, que muere no sólo a consecuencia de las lesiones sufridas sino también del tiempo transcurrido hasta haber podido ser asistida de ellas. Ciertamente que, en tal supuesto, el peligro de producción de *ese* resultado en concreto (*muerte*) ya había sido creado con la conducta precedente imprudente (*atropello*) por lo que no puede considerarse originado *ex novo* por la posterior omisión, como parece exigir Luzón Peña para proceder a la incriminación a título de comisión por omisión (64). Pero no es menos cierto que, aun no estando en tal caso perfectamente controlado dicho peligro de muerte con anterioridad a la conducta omisiva, tampoco puede decirse que escape por completo del control del sujeto (lo que, según Luzón Peña, reconduciría el tema al ámbito de la omisión propia). A mi entender, todavía le queda al conductor imprudente del segundo de los ejemplos propuestos la posibilidad de emprender una actuación controladora del peligro (*acción salvadora*) que es, precisamente, la que omite. Sólo cuando, dadas las circunstancias (heridas mortales de necesidad; muerte instantánea del atropellado...), sea posible afirmar que *efectivamente* el control del peligro ha escapado de las manos de quien, en forma imprudente, ocasionó el atropello, habrá que descartar no ya sólo la incriminación de la muerte a título de comisión por omisión (si aquél huyere del lugar de los hechos), sino la misma existencia de una omisión propia agravada del artículo 489 bis, 3.º CP (65), subsistiendo tan sólo la responsabilidad del autor a título de homicidio imprudente. Pero no es ese el caso en el ejemplo que nos ocupa, en el que la omisión no crea el peligro pero si *incrementa el riesgo* de producción del

(61) Ob. cit., págs. 272-273.

(62) Ob. cit., pág. 273.

(63) Ob. cit., pág. 273.

(64) Vid., críticamente, MIR PUIG (*Adiciones a JESCHECK, Tratado de Derecho penal*, II, Barcelona, 1981, pág. 874): «Ahora bien, tampoco parece que quepa fijar la atención sólo en la omisión subsiguiente exigiendo —como hace LUZÓN PEÑA— que la misma cree el peligro que da lugar al resultado: naturalísticamente *ninguna* omisión puede crear nada positivo ni, por tanto, tampoco puede originar peligro alguno...» (subrayado en el original).

(65) Cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 1, págs. 517 y sigs.

resultado de muerte, que finalmente sobreviene. Todo lo cual me lleva a concluir que siempre que: a) se dé una conducta precedente de carácter *imprudente* (66) que crea un peligro para determinados bienes jurídicos y que, en virtud del pensamiento de la *injerencia* (entendido en forma limitadora), coloca a su autor en una *posición de garantía* originante de un correlativo deber de actuar en evitación de que el mencionado peligro se traduzca en lesión; y b) la infracción del citado deber (*omisión*) haya incrementado el riesgo de producción del resultado finalmente sobrevenido (67), estaremos en presencia de una *omisión impropia* y no de la *omisión propia agravada* del artículo 489 bis, 3.º CP.

Tales conclusiones son bastante similares a las recientemente apuntadas por Mir ya que, a diferencia de lo que hasta el momento hemos visto que constituye doctrina dominante en nuestro país, no deduce este autor de la presencia del artículo 489 bis, 3.º CP la imposibilidad de considerar a la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* (68), aunque sí sustenta un pensamiento limitador de la misma ya que ciñe la posibilidad de aparición de dicho deber de evitación del resultado a supuestos de conducta precedente *antinormativa* (69). Para, a continuación, preguntarse si basta con que la conducta precedente peligrosa sea *antinormativa* para que la omisión subsiguiente se haga equivalente a la causación activa de la lesión del bien jurídico, o no será más bien esta forma de proceder una «manifestación solapada del tan denostado *versari in re illicita*» (70). Idea esta última que intenta alejar a través de su exigencia de que, además de *antinormativa*, la conducta precedente «condicione la posibilidad de *imputar* al sujeto el peligro creado por su acción» en el sentido de que «por una u otra vía tenga lugar una creación o aumento del peligro que sea *atribuible* a su autor» (71). Lo que, a juicio de Mir, no sucederá cuando el mencionado peligro no fue objetivamente previsible, esto es, en supuestos de *accidente* en el sentido que a este término se le ha dado páginas atrás; pero sí, según se desprende *a sensu contrario* de sus palabras, en el caso de conducta precedente imprudente, en el que, aun reconociendo lo discutible del tema, entiende Mir que la responsabilidad del omitente ha de ser más grave que en el supuesto de no prestación de auxilio a la víctima de un suceso fortuito (supuesto este último claramente comprendido en el artículo 489 bis, 3.º CP), pero

(66) Exigencia de imprudencia en la conducta precedente que se deriva de la interpretación limitadora anteriormente realizada con apoyo en el propio argumento legal de la existencia del artículo 489 bis, 3.º.

(67) Criterio éste de imputación objetiva a manejar en los delitos de comisión por omisión todavía con mayor razón que en los delitos comisivos, habida cuenta de que en aquéllos no se da un nexo de causalidad material entre la omisión y el resultado no evitado. Vid., al respecto: TORIO, ob. cit., en n. 56, págs. 617 y sigs. (especialmente págs. 620-621).

(68) *Adiciones*, II, cit., págs. 874-875; P. G., cit., págs. 268-269.

(69) P. G., cit., págs. 269-270.

(70) P. G., cit., pág. 269.

(71) P. G., cit., págs. 269-270 (subrayados en el original).

menos grave que la correspondiente al delito comisivo. En este orden de ideas, propone Mir para la hipótesis en cuestión una de estas dos soluciones: o la de establecer un segundo tipo de *omisión propia agravada*, sancionado con una pena superior a la prevista en el artículo 489 bis, 3.º, o la de atenuar la pena de la *omisión impropia* resultante de la *injerencia* en comparación con la prevista para el delito comisivo (72). Solución esta última que me parece especialmente atinada no ya sólo para estos casos de *injerencia*, sino, en general, en todo supuesto de comisión por omisión, dadas las inseguridades imperantes en la materia de su equiparación punitiva con los delitos de acción (73). En todo caso, no parece que Mir se incline a favor de la solución de la segunda hipótesis planteada (atropello imprudentemente ocasionado y posterior huida del conductor sin prestar auxilio a la víctima del mismo) por la vía del concurso entre la omisión propia agravada del artículo 489 bis, 3.º y el homicidio imprudente, por más que manifieste sus dudas sobre si el que causa imprudentemente un peligro ha de ser socialmente equiparado, de omitir posteriormente la acción salvadora que de él se espera, a quien lesiona dolosa y activamente un bien jurídico.

No creo, sin embargo, que la señalada objeción de Mir de que, de estimarse aquí un homicidio (o lesiones) doloso en comisión por omisión, pudiera darse entrada solapada al *versari*, sea, de aceptarse lo que sigue, insalvable. Y ello porque el mencionado pensamiento nudamente objetivista prescindiría, de ser aplicado a supuestos de injerencia, de toda referencia a si la omisión ha sido o no intencional, así como de toda conexión subjetiva entre el omitente y el resultado producido que se le imputa a título de comisión por omisión: bastaría con que éste hubiere versado en cosa ilícita (atropello imprudente) para que hubiere de responder de todas las consecuencias de su con-

(72) P. G., cit., pág. 270.

(73) Vid., en este sentido, el parágrafo 13 del StGB, en el que se prevé expresamente la posibilidad de atenuar la pena en todo supuesto de comisión por omisión. Hay que señalar, sin embargo, que, como ha puesto de manifiesto un importante sector de la doctrina alemana (vid., por todos: SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung «unechter» Unterlassungsdelikte*. Köln, 1974, págs. 339-340; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín-New York, 1972, página 7), dicha atenuación se contradice con la previa exigencia (parágrafo 13.1) de *equiparación* entre los injustos del delito comisivo y del delito de comisión por omisión. Porque, una de dos: o el injusto de éste último es, en efecto, equivalente al del primero y, en consecuencia, merece la misma pena o no son equivalentes y, entonces, toda la teoría de la equiparación se desvanece. A no ser que, como propone ROXIN (*Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en ROXIN, STREE, ZIPF, JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2. Aufl., München, 1975, páginas 9 y 10), la citada atenuación sólo tenga lugar en aquellos supuestos en los que el injusto del delito omisivo (impropio) no es totalmente equiparable al del delito comisivo; supuestos entre los que el autor alemán sitúa, precisamente, a los de *injerencia* derivada de un actuar precedente imprudente, mencionando expresamente al automovilista imprudente que omite auxiliar a la víctima por él ocasionada.

ducta, fueren o no queridas. Lo que no sucede en el caso planteado, en el que la situación de desamparo en que queda la víctima de su anterior conducta imprudente le es perfectamente cognoscible al autor de la misma que, cuando menos (y ello ya se opone a las características del *versari*), pudo prever que, dadas las circunstancias, su omisión habría de agravar la situación ya de por sí grave en que aquélla se encontraba. Y digo *cuando menos* porque, manejando la teoría de la *probabilidad* que es la que considero más seguible de cara al deslinde entre dolo eventual y culpa o imprudencia con representación (74), lo más normal es que el conductor imprudente que abandona a la víctima de su conducta «cuente con» un elevado porcentaje de posibilidades de que su omisión incremente el riesgo de producción del resultado lesivo; máxime si el suceso tiene lugar en una carretera poco concurrida y a horas de escaso tráfico rodado. Así las cosas, ya no es una responsabilidad objetiva lo que se obtiene por la vía de considerar a la *injerencia* (conductas precedentes imprudentes) como fuente de un *deber de garantía* que, caso de infringirse, daría pie a una comisión por omisión, sino que los términos de la comparación son los siguientes: ¿Es equiparable la omisión que incrementa un riesgo de producción de la muerte de quien ha sido víctima de una previa conducta imprudente, realizada por el que después omite (riesgo objetivamente previsible e, incluso, altamente probable de producción de ese resultado), a un homicidio doloso (dolo eventual) perpetrado a través de una conducta activa?

A mi juicio, la respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa. Porque, como en otro contexto advierte Rodríguez Mourullo (75), para reafirmar el carácter doloso de la omisión agravada contenida en el artículo 489 bis, 3.º, hay que tener en cuenta que el sujeto que, en forma fortuita o imprudente, ocasiona el accidente provocador del riesgo para la vida o la integridad personal de la víctima, no puede desconocer las posibles derivaciones de aquél en este sentido, por lo que «normalmente... el conductor del vehículo se representa como muy probable la causación de víctimas». Representación ésta que, siempre según el autor últimamente citado, se diferencia del posible «conocimiento de otras características típicas preexistentes totalmente ajenas e independientes de la conducta del agente... no se trata aquí de una representación del sujeto respecto a posibles efectos futuros derivados de su acción, sino del conocimiento de una consecuencia *ya ocasionada* por su conducta precedente. No caben, pues, por parte del sujeto actitudes emocionales características de la culpa consciente como las de confiar en su pericia, en la habilidad de otras personas o en el azar mismo como factores que van a impedir la producción futura del evento disvalioso representado como probable... En virtud de todo ello, la mayor parte de los casos pertenecientes al denomina-

(74) Vid., al respecto: GIMBERNAT, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1981, págs. 171 y sigs.

(75) Ob. cit., pág. 527.

do ámbito de la duda surgidos con ocasión de accidente de tráfico se insertan en el marco del dolo eventual» (76).

Aun cuando la opinión que acaba de transcribirse no afecta a las conclusiones que el propio *Rodríguez Mourullo* mantiene en punto a la inclusión en el ámbito del artículo 489 bis, 3.º tanto de los supuestos de verdadero accidente (fortuidad del mismo) como de los «accidentes» originados en una conducta imprudente (defendiendo en este último caso, como se ha dicho ya, la posibilidad de un concurso entre el artículo 489 bis, 3.º y un homicidio o lesiones imprudentes), sino que se desenvuelve en dirección a afirmar la naturaleza dolosa del último párrafo del artículo 489, bis 3.º, qué duda cabe que toda la argumentación se está deslizando de su originaria funcionalidad tendente a establecer la presencia de una omisión dolosa de socorro a la víctima de un accidente ocasionado por el propio omitente, por cuanto a éste se le ha representado como muy probable la situación de peligro en que dicha víctima se encuentra (dolo eventual) hacia una afirmación de representación como, asimismo, muy probables de los ulteriores resultados lesivos que, para la vida o la integridad personal de dicha víctima, habría de tener la conducta omisiva del causante del peligro. ¿Cómo calificar entonces de imprudencia la efectiva producción de dichos resultados, cuando el peligro de producción de los mismos ha sido engendrado por una conducta que excede de los límites del riesgo permitido y que, por ello, es «per se» calificable de imprudente?

Ciertamente que, de proseguirse el anterior razonamiento, cabría decir que tal representación de los ulteriores resultados de su conducta omisiva como muy probables también podría darse en el conductor prudente del primero de los ejemplos a que páginas atrás aludía: también él ha de considerar muy probable que, dadas las circunstancias, la no prestación de auxilio al niño se traducirá en un empeoramiento de su estado que puede, incluso, desembocar en su muerte. Sin embargo de lo cual no debe, a mi entender, concluirse en este caso la presencia de un homicidio doloso (dolo eventual) en comisión por omisión. Y ello porque dicha conclusión sólo podría alcanzarse de ser considerado dicho conductor prudente *garante* de la vida del niño que fortuitamente ha atropellado. Lo que, aún no siendo teóricamente imposible —conforme ha mostrado el análisis del pensamiento de la injerencia en la doctrina alemana— viene vetado por la misma existencia del artículo 489 bis, 3.º que, de ser ello así, carecería de toda posible aplicación al solucionarse todos los supuestos de omisión de socorro a la víctima de un accidente ocasionado por el que omite como homicidios o lesiones (según el resultado finalmente producido) dolosos (dolo eventual) en comisión por omisión. No le quedaría, entonces, al artículo 489, bis 3.º otra posible justificación que la de su configuración como *delito de fuga*; consideración que, como ya se ha visto, ha de ser rechazada. Pienso, por ello, que la representación por parte del conductor prudente de las muy probables consecuencias lesivas de

(76) Ob. cit., págs. 528-529.