

## SECCION DOCTRINAL

### Causalidad, omisión e imprudencia (\*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid

*A mi amigo Tute Baigún, deseándole  
un (65) cumpleaños feliz (♫)*

#### I. INTRODUCCIÓN: DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

El Derecho penal se justifica porque con él se intentan proteger bienes (intereses) jurídicos: vida, honor, integridad, seguridad del tráfico jurídico, propiedad, etc. Mediante la amenaza con una pena para reprimir conductas que *ponen en peligro o lesionan* esos bienes jurídicos, el legislador confía en que, por temor a tener que sufrir un castigo, un buen número de ciudadanos se abstendrá de realizar los comportamientos tipificados por la Ley penal. De acuerdo con este criterio, los tipos penales se dividen en dos grandes grupos: delitos de lesión y delitos de peligro; en los primeros el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, mientras que en los segundos

---

(\*) El origen de este trabajo está en la ponencia que, con el título «La relación de causalidad en la omisión», desarrollé en un curso que dirigí sobre «La comisión por omisión», dentro del Plan Nacional de Formación de Jueces y Magistrados, que se celebró en Madrid entre los días 13 y 15 de junio de 1994. Como el auditorio estaba exclusivamente compuesto por miembros de la judicatura y del Ministerio Fiscal, de ahí que el presente artículo se ocupe preferentemente de las consecuencias prácticas de mi concepción de la comisión por omisión, que el material utilizado sea predominantemente jurisprudencial y que la literatura científica haya quedado prácticamente marginada de las notas a pie de página. Para una exposición científica y jurisprudencial mucho más amplia de los problemas que aquí se tratan y de otros de la omisión, remito al lector a una monografía mía sobre «El delito de omisión», de próxima publicación.

lo que se castiga es una amenaza para ese bien que no ha llegado a concretarse en una lesión. El homicidio, porque menoscaba el bien jurídico vida, la venta de fonogramas ilícitamente reproducidos, porque lesiona los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual, la expendición de moneda falsa, porque atenta contra la seguridad del tráfico jurídico, serían, entre otros muchos, ejemplos de delitos de lesión. En cambio, la tentativa en general (art. 3 CP), donde se pone en peligro dolosamente un determinado bien sin llegar a menoscabarlo, la reproducción ilegal (sin que se haya llegado a su venta) de fonogramas [art. 534 bis a), párrafo primero], porque amenaza, pero aún no lesiona, los derechos de explotación de los propietarios intelectuales, la fabricación (sin expendición) de moneda falsa (art. 283.1.º), porque crea un riesgo de que sea efectivamente puesta en circulación, la conducción temeraria del art. 340 bis a) 2.º, que pone en peligro —sin llegar a dañarlas— la vida o la integridad de las personas, constituirían casos de delitos de peligro.

Según otra terminología, los delitos de lesión deberían llamarse de *resultado*, manteniéndose para la segunda categoría el nombre de delitos de peligro. Pero esa denominación no se ajusta a la realidad, pues no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado: también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro, en cuanto que sobre la base de una pronóstico *ex ante* (1), en el mundo exterior, y mediante una conducción temeraria, o un «tiron» sin éxito al bolso de una mujer que consigue retenerlo, o la fabricación de fonogramas ilegales, se ha producido un *resultado de riesgo* para los bienes jurídicos de, respectivamente, la vida o la integridad física, la propiedad o los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual.

Como consecuencia de todo ello, me reafirmo en la terminología que he empleado al principio de este artículo: los delitos se dividen en dos grandes categorías que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para el interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado.

---

(1) Sobre los elementos que deben entrar en ese pronóstico *ex ante*, cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 [hay reimpresión de 1990], pp. 31 ss.

## II. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DELITO DE ACCIÓN

### A. La teoría de la condición

De acuerdo con la doctrina dominante en la ciencia, y ahora también en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) (2), en los delitos de acción existe relación de causalidad cuando el comportamiento activo ha *condicionado* el resultado, esto es: cuando la acción ha contribuido conforme a las leyes de las ciencias de la naturaleza (científico-naturalmente) a la lesión del bien jurídico.

### B. La fórmula de la *conditio sine qua non*

Durante mucho tiempo la teoría de la condición (llamada también de la equivalencia o de la equivalencia de las condiciones) operaba, para determinar la condicionalidad de una acción para un resultado, con la llamada fórmula de la *conditio sine qua non*: si suprimiendo *in mente* el comportamiento el resultado desaparecía, entonces aquél habría sido condición de éste; en cambio, si al suprimir el comportamiento el resultado no desaparecía, no existía relación de causalidad.

La fórmula de la *conditio sine qua non* llegaba a resultados correctos (es decir: a determinar si existía o no una relación real de condicionalidad) en la mayoría de los casos: si A dispara contra B y le mata, el tiro habría sido condición del resultado, porque si suprimo el comportamiento de A (la acción de disparar) la muerte (resultado) desaparece. Pero esta fórmula desconocía el significado de la causalidad, ya que la entendía no como lo que es, a saber: como un proceso real del mundo científico-natural, sino como lo que no es: como una categoría del pensamiento que enlazaba *intelectualmente* un antecedente con un consiguiente. Por ello, dicha fórmula llevaba a resultados evidentemente falsos cuando potencialmente existía un curso causal hipotético que habría intervenido en el caso de que no hubiera tenido lugar el curso causal real. Para poner de manifiesto las consecuencias erróneas a las que podía llevar la fórmula de la *conditio* (erróneas en el sentido de negar el carácter de condición a un comportamiento que *en la realidad sí* que había condicionado el resultado), Engisch (3) propuso el siguiente ejemplo: El

---

(2) Cfr., por todas, la sentencia de 7 de julio de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi [A.] 6057: la «simple causalidad material, regida por el principio de la equivalencia de condiciones».

(3) Sobre el pensamiento de ENGISCH, cfr. GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, pp. 121-123 y 141.

verdugo A va a ejecutar al asesino X a las 6:00 de la mañana; B, padre del asesinado y deseando tomarse la venganza por su mano y que asiste en el patio de la cárcel a los preparativos de la ejecución, a las seis menos pocos segundos se abalanza sobre el verdugo, le aparta y oprime él mismo el botón que acciona la cuchilla de la guillotina, que a las seis en punto cae sobre X, decapitándole. Si suprimimos el comportamiento de B (puesta en funcionamiento de la guillotina) el resultado (muerte de X) no desaparece, ya que en ese caso habría sido el verdugo el que hubiera actuado, falleciendo el condenado a la misma hora y en las mismas circunstancias. De ahí que, sobre la base de la fórmula de la *conditio sine qua non*, habría que negar la condicionalidad de la acción de B para la muerte de X; pero como el verdugo tampoco la habría causado, ya que él no tuvo ocasión de actuar, nos encontraríamos con una muerte real (la de X) que no podría ser reconducida a comportamiento alguno, siendo así que, evidentemente, alguien tuvo que guillotinar al muerto.

De todo ello se sigue que para determinar si un comportamiento es condición de un resultado no hay que formularse hipotéticamente qué es lo que habría sucedido sin..., sino averiguar qué es lo que *realmente* ha sucedido y si una conducta ha influido científico-naturalmente en un resultado concreto. Volviendo al caso del verdugo: como está fuera de discusión que es el padre del asesinado quien, al oprimir el botón, ha desprendido la cuchilla que ha decapitado al condenado, de ahí que esté fuera de discusión también que aquél ha puesto una condición de la muerte de éste, y que en todo ello sea absolutamente irrelevante —más aún: en ocasiones perturbador y engañoso— preguntarse qué es lo que habría sucedido hipotéticamente si el acontecimiento real no hubiera tenido lugar.

Por lo demás, está claro que en un procedimiento penal la relación de condicionalidad de un determinado comportamiento para con un resultado se establece teniendo en cuenta procesos causales reales y no confrontaciones entre cursos causales efectivamente acontecidos y otros hipotéticos. Para determinar si el disparo del asesino A ha matado al sujeto pasivo B, el dictamen que emite el forense para establecer la causa de la muerte no consiste en acudir al argumento hipotético y perogrullesco de que si A no hubiera disparado B no hubiera muerto, sino a razonar *médicamente* por qué la bala alojada en el cerebro ha sido, por los destrozos ocasionados, la que realmente ha provocado (condicionado) el fallecimiento de la víctima.

### C. El significado actual de la causalidad en la teoría del delito

El triunfo de la teoría de la condición ha relativizado el significado para el Derecho penal del problema causal, al que todavía hace

pocas décadas se le atribuía un papel determinante para limitar la tipicidad. Hoy en día existe acuerdo en la ciencia, y crecientemente también en la jurisprudencia, en que la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoría de la condición, y que no es con otras teorías discrepantes de la equivalencia —como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal— con las que ha de delimitarse el contenido de la acción típica, sino que las restricciones a la causalidad (condicionalidad) realmente existente deben llevarse a cabo con un criterio abierta y confesadamente normativo: el de la llamada imputación objetiva, que opera, fundamentalmente, con la idea del fin de protección de la norma (4).

No obstante lo expuesto, la existencia de la causalidad sigue siendo un requisito *indispensable* en todos los tipos penales: en los delitos de peligro porque para que se dé el tipo es imprescindible que el autor haya causado (condicionado) el riesgo; y en los delitos de lesión, porque éstos presuponen que conste que el sujeto activo ha causado (condicionado) el menoscabo del bien jurídico, no bastando, por ejemplo, con que lo único que se haya podido probar es que la conducta creó meramente un riesgo. Por ello, hay que adherirse a la doctrina contenida en la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (A. 2435), que estimó que no existía un aborto *con resultado de muerte* del párrafo último del artículo 411, sino únicamente una tentativa de aborto, al establecer el dictamen forense que, aunque era altamente probable que el fallecimiento de la embarazada a causa de un fallo cardiaco obedeciese al trauma que para ella supuso someterse a unas prácticas abortivas, no obstante no se podía descartar, a la vista del grave estado de salud previo de la mujer, que su infarto hubiera sido independiente de la conducta abortiva ni que, por consiguiente, la mujer no hubiera fallecido igualmente aunque no se hubiera intentado interrumpir su embarazo: teniendo en cuenta que todo ello lo que pone en duda es la causalidad (condicionalidad) de la conducta de aborto para la muerte y teniendo en cuenta asimismo que el aborto *con resultado de muerte* es un delito de lesión (muerte), de ahí que si no se ha podido demostrar que el autor del aborto fuese

---

(4) Recientemente se han publicado en castellano dos excelentes libros sobre la imputación objetiva: uno, de mi discipula MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992), y el otro, de REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, 1994). En la jurisprudencia cfr. sólo la sentencia del TS de 21 de diciembre de 1993, A. 9598: la «doctrina de la equivalencia sirve tan sólo para asentar en primer término la relación causal derivada de leyes naturales y de la experiencia científica, a la que hay que aplicar un primer correctivo, ya no de la culpabilidad como antes se pretendía, sino de carácter normativo, que no es otro que la relevancia jurídico-penal obtenida del tipo correspondiente o conducta ajustada al tipo, de donde se obtiene la imputación objetiva, con base en el riesgo creado y en el fin de protección de la norma».

también el de la muerte, sea imposible reconducir científico-naturalmente ese resultado a una conducta de la que no se sabe si lo produjo o no. Igualmente correcta es la doctrina establecida en la sentencia del TS de 15 de abril de 1991 (A. 2775), donde la víctima, que salió de un bar a una calle solitaria acompañada únicamente por los dos procesados, falleció a consecuencia de una sola herida de navaja en la ingle que le cortó la femoral, sin que se pudiera probar cuál de los dos procesados condicionó la muerte con la puñalada, ni tampoco que se pusieran de acuerdo para matar al sujeto pasivo: aunque ciertamente tuvo que ser alguno de los dos acusados quien necesariamente causara la muerte, como no se pudo demostrar cuál de ellos fue el que lo hizo, de ahí que sea inevitable apreciar, con el TS, que ambos deben ser absueltos del homicidio del que venían acusados.

En cambio, la sentencia del TS de 29 de enero de 1983 (A. 702) no puede convencer (5). Ciertamente que el periodista Vinader actuó imprudentemente cuando en dos reportajes publicados en la revista «Interviú» de diciembre de 1979 y enero de 1980, daba toda clase de detalles —incluyendo sus fotografías— de determinados individuos de ideología ultraderechista, dedicados supuestamente a actividades violentas anti-ETA, siendo asesinadas pocos días después por la banda terrorista dos de las personas mencionadas por Vinader. Pero como los autores materiales de los asesinatos nunca fueron hallados y, por consiguiente, no se pudo demostrar ni que hubieran leído los dos artículos de Vinader ni tampoco —para el caso de que hubieran tenido conocimiento de ellos— que ETA no hubiera estado ya al tanto, por sus propios servicios de información, de la identidad de los que posteriormente fueron asesinados, de ahí que lo único que se le puede imputar al periodista sea una acción imprudente que en principio ponía en peligro la vida de las personas a las que mencionaba en sus informaciones; pero ello no basta para condenar por un homicidio imprudente: éste es un delito de lesión que exige, no que la conducta haya creado un peligro para el bien jurídico, sino que haya causado (condicionado) efectivamente su lesión, lo que a la vista de los antecedentes de hecho de la sentencia es algo que científico-naturalmente no pudo ser probado.

Las conclusión de lo anterior es que la relación de causalidad, entendida como relación de condicionalidad, sigue siendo un elemento fundamental de la tipicidad, pues tanto los delitos de peligro como los de lesión exigen para su aplicación que se demuestre que el comportamiento ha condicionado en el mundo exterior el resultado típico (de lesión o de peligro).

---

(5) Sobre el caso Vinader, cfr. GIMBERNAT, «Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas (el caso Vinader)», *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 92-96.

### III. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO DE ACCIÓN Y EL DE OMISIÓN

#### A. El criterio de la aplicación de energía

En un sentido científiconatural la omisión no causa nada (6), pues como se caracteriza por la ausencia de (por que no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, por que mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción *energética* de un resultado: *ex nihilo nihil fit* (7). Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científiconaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque *no* ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si *hubiera* actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.

#### B. Comportamientos estrictamente omisivos

En Derecho penal nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con un resultado (no evitado) ha consistido en una inactividad sin mezcla alguna de comportamiento activo. El guarda de paso a nivel que no baja la barrera (o, en su caso, que no tensa las cadenas, cerrándolas) cuando se aproxima el tren, que arrolla así al conductor y, en su caso, a los

---

(6) Doctrina dominante (en contra, sin embargo y por ejemplo, TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, pp. 93 ss). En la ciencia cfr., por todos, JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts», AT, 4.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1988, p. 559; en la jurisprudencia cfr., por todas, la sentencia del TS de 1 de junio de 1992 (5203): «Las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa.»

(7) La distinción entre acción y omisión sobre la base del criterio de la aplicación o no-aplicación de energía tiene su origen en ENGISCH (*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, p. 29; *Tun und Unterlassen*, Gallas-Festschrift, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 170 ss.), y ha encontrado una considerable aceptación en la doctrina posterior.

ocupantes del vehículo que se cruza entre las vías (8), los encargados de la vigilancia, que, ante un fenómeno atmosférico con grandes vertidos de agua, no abren (o no ordenan abrir) las compuertas de una presa, desmoronándose ésta, y provocando una catastrófica inundación con daños en la vida y en la integridad de las personas y en la propiedad (9), el electricista municipal que, a pesar de haber sido requerido para ello, no repara una farola pública, cuyos cables han quedado al descubierto, falleciendo un niño al entrar su cuerpo en contacto con dichos cables (10), los empresarios, arquitectos, directores de obras, etc., que *permiten pasivamente* que los obreros instalen, primero, instrumentos de trabajo sin las medidas de seguridad prescritas por alguna de las numerosas normas extrapenales sobre higiene y seguridad en el trabajo —especialmente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971—, porque, por ejemplo los andamios no tienen anclajes, ni barandillas aquéllos o los huecos del edificio en construcción, o porque no se utilizan cinturones de seguridad, o porque no se han colocado las redes reglamentarias para evitar las caídas al vacío, o existe una acumulación de todas estas irregularidades, o se trabaja sin las medidas preceptivas para evitar descargas eléctricas, falleciendo o resultando lesionado algún trabajador (11), en todos es-

---

(8) El TS se ha ocupado de imprudencias de guardas de pasos a nivel en las sentencias de 25 de abril de 1964, A. 2260, 23 de febrero de 1970, A. 1007, 2 de marzo de 1977, A. 885, 24 de enero de 1981, A. 240, 13 de junio de 1981, A. 2653, 22 de abril de 1982, A. 2106, 16 de mayo de 1988, A. 3666, y 26 de marzo de 1990, A. 3007; y de la de factores de circulación que no accionan a tiempo las agujas de cambio, en la sentencia de 11 de mayo de 1968, A. 2447.

(9) Así el supuesto de hecho de la sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia (caso presa de Tous).

(10) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 20 de octubre de 1993, A. 7810.

(11) Así, entre las innumerables sentencias, los supuestos de hecho de las de 21 de marzo de 1980, A. 1169; 29 de abril de 1980, A. 1505; 10 de mayo de 1980, A. 1906; 13 de junio de 1980, A. 2757; 7 de julio de 1980, A. 3133; 10 de octubre de 1980, A. 3681; 10 de abril de 1981, A. 1622; 7 de junio de 1988, A. 4489; 15 de mayo de 1989, A. 6738; 22 de diciembre de 1989, A. 924 (del tomo de 1990); 26 de diciembre de 1989, A. 9788; 9 de abril de 1990, A. 3216; 15 de julio de 1992, A. 6375; 4 de octubre de 1993, A. 7276.

A veces los accidentes de trabajo son reconducibles, sin embargo, no a una omisión de los encargados, sino a una *acción imprudente* que desencadena el resultado lesivo en un lugar de trabajo que funciona sin medidas de seguridad. Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho del auto del TS de 22 de mayo de 1990, A. 2590: los procesados «*encargaron* a Juan A. S. la ejecución de unas obras de impermeabilización de un tejado situado bajo una lona de alta tensión carente de protección, que el operario que trabajaba con una regleta mecánica de tres metros de longitud tocó, sufriendo una descarga eléctrica que determinó su fallecimiento in-

tos ejemplos parece que si ha de imputarse a esas personas (guardabarreras, encargados de presas, electricista, arquitectos y directores de obra) los resultados producidos, esa responsabilidad penal sólo se podrá reconducir a las correspondientes omisiones que habrían evitado (o habrían podido evitar) los resultados.

### C. Comportamientos con aspectos activos y omisivos

En muchas ocasiones, sin embargo, el comportamiento humano no se presenta de una manera tan aporoblemática como estricta omisión, sino que aparece con una estructura compleja en la que se entremezclan en un mismo sujeto actividades causantes del resultado con inactividades no impeditivas de éste. Ello puede suceder incluso en un caso tan paradigmático de la omisión como el del guarda de paso a nivel; pues si éste llevaba ya algunas horas en su puesto de trabajo, el hecho de que las barreras *estuvieran levantadas* al tiempo del accidente (y esa circunstancia de que estuvieran levantadas es justamente la que fundamenta la responsabilidad penal) tiene su origen, *tanto* en que el vigilante, *previamente* y después del paso del tren anterior, *había vuelto a levantar* (acción) dichas barreras, *como* a que *posteriormente*, por descuido y cuando iba a pasar el convoy que causó el accidente, *no las bajó* (omisión).

En el delito imprudente nos encontramos a menudo con esta concurrencia en *un mismo autor* de conductas positivas causantes del resultado con conductas negativas no impeditivas del mismo. El incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de *encender* fuego para calentar comida como a la omisión de *no apagarlo* cuando el excursionista regresa a su casa. Al accidente que se produce al deslizarse una pieza cilíndrica de gran peso cargada en un camión sin haber sido convenientemente calzada (12), podría buscársele su origen tanto en una acción (carga del cilindro en el vehículo) como en la omisión de no calzar la mercancía. La transfusión de sangre *sin haberla sometido* a pruebas anti-SIDA, y las lesiones causadas a distintas personas como consecuencia de ello (13), hace surgir la duda de si aquí estamos ante un delito de acción (porque se *transfunde* sangre contaminada) o uno de omisión

---

mediato»; y en el de la sentencia de 27 de abril de 1994, A. 3304: el encargado de obras *encomendó* el manejo de la grúa a una persona inexperta, y ello «provocó que la grúa se desplomara golpeando a un trabajador que falleció por shock traumático».

(12) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 3 de mayo de 1980, A. 1800.

(13) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1991. A. 9448.

(porque *no* se efectuaron la pruebas preceptivas para detectar la eventual existencia de anticuerpos anti-VIH). La muerte o las lesiones a consecuencia de una gasa olvidada por el cirujano dentro del cuerpo del paciente intervenido (14) pueden contemplarse tanto desde las perspectivas de la omisión (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), como desde el de la acción (la gasa causante de la lesión del bien jurídico estaba en el cuerpo del enfermo porque previamente fue *introducida* en él por el facultativo). La hemorragia que (dolosa o imprudentemente) causa la muerte de un recién nacido (15) se produce porque, primero, *se corta* (acción) el cordón umbilical y porque, después, no se evita, *al no ligarlo*, que el niño se desangre (omisión). En la tragedia de la discoteca «Alcalá 20» (16) donde, en diciembre de 1983, a consecuencia de un incendio fallecieron ochenta y dos personas y otras muchas resultaron lesionadas produciéndose igualmente gravísimos daños, la no adecuación del local a las normas extrapenales de prevención de incendios (17) consistió, entre otras irregularidades, en la *colocación* en el local de revestimientos textiles y de cortinas que luego *no* fueron ignífugados, en la ausencia de bocas de riego suficientes para cubrir toda la superficie de la sala de fiestas, en las deficiencias de las escaleras —de forma curva, con peldaños demasiado altos, excesivamente estrechas y sin pasamanos con los que guiarse en la oscuridad subsiguiente al incendio—, y en que las salidas de emergencia (porque no daban directamente a la calle, porque las vías de evacuación tenían recorridos muy largos, porque el ancho de las puertas era muy angosto) eran antirreglamentarias, por lo que el comportamiento imprudente de los propietarios de la discoteca parece residir en un cúmulo de acciones y de omisiones. Asimismo en el comportamiento imprudente contenido en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de junio de 1981 (A. 2577), en el que el conductor del autobús atropelló a un motociclista, encontramos tanto una acción causante del resultado —el autobús se encontraba justamente delante

---

(14) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de marzo de 1965, A. 814, y de 17 de noviembre de 1987, A. 8532, y de la del TC 102/1994, de 11 de abril.

(15) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2339, 3 de junio de 1969, A. 3160, 28 de junio de 1980, A. 3064, 28 de marzo de 1989, A. 2746, y 31 de marzo de 1993, A. 2598.

(16) Enjuiciada por la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia (no publicada) de 20 de abril de 1994.

(17) Fundamentalmente: al Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935, derogado en parte, al tiempo de los hechos, por el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, y, por haberse producido el incendio en Madrid, a la Ordenanza Primera de Prevención de Incendios del Ayuntamiento de Madrid, de 27 de enero de 1976.

de la motocicleta en el momento del accidente porque, *apretando* el pedal del acelerador y *conduciendo* a una «velocidad no excesiva» previamente se hallaba situado detrás de la moto— como una omisión a la que igualmente se podría reconducir el resultado —el conductor *no* frenó ante un semáforo en rojo, arrollando entonces al motorista que estaba parado frente al paso de peatones—. Un penúltimo ejemplo: Los accidentes que se producen como consecuencia de la no señalización durante la noche de rebaños de animales (18), de la no colocación de faroles en una obra al llegar la oscuridad (19), del estacionamiento de un vehículo —por avería o por otra circunstancia— en horas nocturnas, sin encender el alumbrado de situación o colocar otras señales como triángulos reflectantes (20), tienen en común igualmente la concurrencia de acciones (conducción de rebaños, ejecución de obras, colocación de un vehículo en un lugar determinado) con omisiones (no señalización de los correspondientes obstáculos). Finalmente y por no seguir prolongando los ejemplos: Cuando a consecuencia de un desprendimiento resultan sepultados —y muertos o lesionados— los obreros que trabajan en las excavaciones de pozos, zanjas o galerías, y todo ello sucede porque estas obras no han sido convenientemente entibadas, esto es: fortificadas y revestidas para la contención de tierras (arts. 254 y ss. Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970) (21), la responsabilidad de los directores técnicos de las obras, capataces, etc., podría vincularse, en principio, tanto a las órdenes que dieron (acción) a los operarios para que procedieran a una excavación como a la omisión de no advertirles y de no procurar que se realizaran las preceptivas entibaciones.

A pesar de las dificultades que existen para determinar si un comportamiento ha de ser considerado activo u omisivo, la solución —o, al menos, y teniendo en cuenta los limitados objetivos de este artículo: el planteamiento de la solución— del problema parece que no se puede eludir, dado que, según la doctrina dominante, los presupuestos de imputación del resultado son distintos en cada una de las dos clases de comportamiento. Mientras que en el comportamiento activo doloso o imprudente para la imputación del resultado se requeriría (y bastaría con) que aquél hubiera causado científiconaturalmente éste (con las limitaciones, naturalmente, que impone el cri-

---

(18) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2338.

(19) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de abril de 1968, A. 1762, y de 10 de mayo de 1969, A. 2736.

(20) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 6 de octubre de 1980, A. 3661, 12 de julio de 1984, A. 4043, y 30 de enero de 1985, A. 381.

(21) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de mayo de 1980, A. 1806, 16 de junio de 1980, A. 2627, 20 de noviembre de 1980, A. 4523, y 15 de junio de 1985, A. 3012.

terio de la imputación objetiva), en la omisión, en cambio, los presupuestos de la responsabilidad por un resultado serían otros: por una parte, que el omitente tuviera una posición de garante, y, por otra, que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado [o según otra tesis, minoritaria, hubiera disminuido el riesgo de lesión (22)]

## 1. SUPUESTOS DE HECHO EN LOS QUE LA ACCIÓN PRECEDE A LA OMISIÓN

a) Si en el comportamiento de *un mismo sujeto* aparece, primero, una acción causante del resultado, y, después, una omisión de haberlo impedido, el delito de acción quedará descartado si en la actividad condicionante de la lesión no concurrió dolo ni imprudencia. Ciertamente que los comportamientos *activos* de *introducir* una gasa durante la operación (que luego no se retira), de *levantar* la barrera de un paso a nivel (que después no se baja cuando va a pasar el tren), de *cortar* un cordón umbilical (que más tarde no se liga), de *ejecutar* una obra o de *colocar* un obstáculo (que posteriormente no se señalizan), de *conducir* un automóvil (que luego, al llegar a un semáforo en rojo, no se frena), de *encender* en el bosque un fuego para cocinar (que no se apaga al regresar a casa), están en relación de condicionalidad con las correspondientes consecuencias de muertes, lesiones y daños, y que, por consiguiente, el autor ha hecho una aplicación de energía que ha desembocado en los resultados típicos.

Pero que exista una *acción* causante del resultado típico no quiere decir, todavía, que concurra un *delito* de acción. Pues ciertamente que la *tipicidad* de éste consiste, en su aspecto objetivo, en que un comportamiento activo haya condicionado un resultado típico, pero en el subjetivo requiere, además, que ese condicionamiento se haya realizado dolosa o imprudentemente (23), y como en los casos que nos ocupan las correspondientes acciones (por ejemplo: la de colocar un obstáculo o la de encender fuego en el bosque) no se realizaron con la *intención* de lesionar o de matar a nadie, y, por otra parte, son comportamientos *en sí* correctos (esto es: no imprudentes), entonces, y por faltar el tipo subjetivo, esas acciones causantes del resultado son atípicas; de ahí que no haya otra forma de vincular una responsabilidad penal al sujeto que la de recurrir a lo único que puede fundamentarla: a sus omisiones de no señalar el obstáculo

---

(22) V. *infra* V C.

(23) Con la doctrina dominante, opino que el dolo y la imprudencia no son formas de culpabilidad, sino que integran la parte subjetiva de, respectivamente, los tipos dolosos e imprudentes (cfr. sólo GIMBERNAT, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», *Estudios*, 1990, pp. 171 ss.).

o de no apagar el fuego que, al ser indubitadamente imprudentes, permiten su consideración como conductas típicas (omisivas).

Resumiendo: Si un mismo sujeto ha *causado* un resultado y, posteriormente, ha *omitido* impedirlo, el delito será de omisión si el comportamiento activo causante, por no ir acompañado de dolo ni de imprudencia, no es subsumible en el correspondiente tipo del delito de acción.

b) El enjuiciamiento del comportamiento como activo u omisivo *podría* variar en el supuesto, que obviamente y tal como están formulados no concurría en ninguno de los ejemplos con los que estamos operando, de que, *al tiempo de ejecutar la acción*, el autor desencadenara el proceso causal bien con *dolo* de producir el resultado típico, bien con *imprudencia*. El criterio a seguir en estos casos en que tanto la acción como la omisión subsiguiente se consuman con dolo o imprudencia es el de que, a desigualdad desvalorativa de comportamientos (activo u omisivo), prevalece el más grave, e incluso pueden concurrir ambos si los títulos de imputación (dolosos o imprudentes) son distintos y distintos también los bienes jurídicos lesionados —así, el homicidio *imprudente activo* (bien jurídico lesionado: vida) concurre con la ulterior *omisión* del deber de socorro *doloso* (bien jurídico protegido: solidaridad)—; y el de que, en el caso de que ambos comportamientos sean igualmente graves, quedan agrupados, como una unidad natural de acción (24), en una única conducta comisiva-omisiva (25).

---

(24) Sobre la unidad natural de acción, cfr. GIMBERNAT, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», *Estudios*, 1990, p. 216.

(25) El criterio de que cuando existan dudas sobre si estamos ante un delito de acción o uno de omisión hay que dar preferencia a aquél, porque la acción es siempre más grave que la omisión, es sólo plausible sobre la base de los presupuestos de la doctrina dominante que considera que la comisión por omisión tiene siempre menos entidad desvalorativa que la acción. Frente a ello hay que decir que si una omisión no alcanza en gravedad a la acción, entonces es que no puede ser calificada de comisión por omisión y que, por ello, hay que revisar los criterios que mantiene la doctrina dominante para establecer que una omisión es una impropia. Como expondré más adelante (*infra* IV D 2 d, v. también, para los delitos dolosos de omisión impropia, V D), en el delito imprudente —y de acuerdo con los criterios que estableceremos— existe una *coincidencia desvalorativa entre acciones y omisiones*; por ello, ninguna clase de comportamiento puede prevalecer frente a la otra, sino que en tales casos el comportamiento debe ser enjuiciado como una unidad natural de acción comisiva-omisiva: si una persona, en un verano caluroso y seco y a pesar de que ello está prohibido, *enciende fuego en el bosque* (acción imprudente) y luego *olvida apagarlo* (omisión imprudente) (cfr., en este sentido, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1970, A. 3800), será ese comportamiento complejo comisivo-omisivo el que, como unidad natural de acción, cumplirá el tipo del incendio imprudente.

Con esto queda esbozada la solución a este grupo de casos, sin que sea posible entrar en ulteriores detalles, pues uno de los criterios de gravedad: el de determinar cuándo una inactividad *dolosa* constituye una (más grave) comisión por omisión o una (más leve) omisión propia —en los supuestos que nos ocupan sería preciso abordar, además y dado que estamos ante omisiones precedidas de acciones, el discutido problema de si la injerencia fundamenta o no una posición de garante y, con ello, una comisión por omisión— (26), queda al margen del objeto del presente trabajo, donde sólo se va a tratar la comisión por omisión *imprudente*.

c) En ocasiones, sin embargo, *aunque la acción causante del resultado se ejecute con dolo de lesión*, no obstante, para poder fundamentar una responsabilidad penal, habrá que seguir recu-

---

(26) La idea de la injerencia, como tercera fuente, junto a la ley y al contrato, de posiciones de garante, tiene su origen en STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867); para más detalles, cfr. TRAEGER, «Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht», *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 30 ss.; RUDOLPHI, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929, pp. 16/17; FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, p. 18— pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o participe de un delito de comisión por omisión, es SCHÜNEMANN [cfr. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 316, 323 y *passim*; «Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung», *GA*, 1974, p. 233; «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 236; «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW*, 96 (1984), pp. 291/292, 294 y 308]. Más o menos radicalmente en contra del criterio de la injerencia se han manifestado, también, WELZEL («Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», *JZ*, 1958, p. 495; «Comentario a una sentencia del OLG Karlsruhe de 15-10-1959», *JZ*, 1960, p. 180; *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, p. 216); BACIGALUPO, *ADPCP*, 1970, p. 45 [en *Principios de Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1990, p. 264, BACIGALUPO se muestra mucho menos contundente con el rechazo de la idea de la injerencia]; ROXIN, «Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems», *ZStW*, 83 (1971), p. 403; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 504/505; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, 1982, p. 407; SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, Spindel-Festschrift, 1992, p. 344.

La teoría de BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986, pp. 392, 403, 413, 417, 420, 421, 436 y *passim*, de fundamentar la responsabilidad del injerente no en una omisión, sino en la acción previa, ha sido rechazada unánimemente por la doctrina: cfr. GÖSSEL, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, *Strafrecht*, AT, II, 7.ª ed., 1989, p. 205; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., 1991, p. 801 n. 53; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 179/180 n. 75; RUDOLPHI, *SK*, I, 6.ª ed., 1993, § 13 n. m. 38.

riendo a la omisión: ello es lo que sucede cuando el *comportamiento activo* viene exigido como *único* correcto por las circunstancias objetivas del acontecimiento (27): así, en los nacimientos, donde lo objetiva y *necesariamente* correcto es cortar el cordón umbilical, o en una intervención quirúrgica donde la *lex artis exige ineludiblemente* que se apliquen gasas para contener eventuales hemorragias. De ahí que, aunque ya en el momento de aplicar la gasa o de seccionar el cordón exista la intención de no retirar aquélla o de no ligar éste, no obstante y porque la intención no se ha manifestado en el mundo exterior con una *mínima apariencia delictiva*, por ello, sobre la base del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, no puede vincularse responsabilidad penal alguna a una actividad que venía exigida por las circunstancias del momento: en estos casos habrá que recurrir nuevamente a las omisiones (no se ha extraído la gasa, no se ha anudado el cordón) subsiguientes para poder imputar el resultado. Aquí, por lo tanto, la situación es distinta a los casos anteriormente estudiados de encender un fuego en un bosque o de colocar un obstáculo: estas actividades no vienen *exigidas* por nada, por lo que si se realizan con la intención previa de luego no apagar o no señalar, tales comportamientos activos fundamentarían ya la realización de un tipo por acción.

## 2. SUPUESTOS EN LOS QUE LA OMISIÓN (AISLADAMENTE O EN CONCURRENCIA CON OTRAS ACCIONES) PRECEDE A LA ACCIÓN CAUSANTE DEL RESULTADO

En la distinción entre delito de acción y de omisión nos hemos ocupado hasta ahora de supuestos de hecho en los que *el mismo sujeto* realiza *previamente* un comportamiento activo (generalmente, sin dolo ni imprudencia) al que subsigue uno omisivo (imprudente). Otras veces, en cambio, y de estas conductas vamos a ocuparnos a continuación, la omisión precede a la acción. Estamos entonces ante casos como el de la transfusión de sangre que *no* ha sido sometida previamente al test anti-SIDA (28), o el de «Alcalá 20», donde, entre otras irregularidades, *no* se habían ignifugado los recubrimientos textiles ni las cortinas del local, *ni* se habían colocado suficientes bocas de riego ni tampoco pasamanos en las escaleras.

(27) Sobre este grupo de casos, cfr. ya GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios*, 1990, p. 216.

(28) Este supuesto presenta un esquema semejante al muy discutido alemán, del que informa MARTÍNEZ ESCAMILLA, *op. cit.*, p. 194, de los «pelos de cabra» (RGSt 63, 211 ss.), en el que el propietario de una fábrica de pinceles entrega a sus empleadas pelos de cabra chinos *sin desinfectar*, muriendo algunas de ellas a consecuencia del bacilo de corbunco.

A diferencia de los casos hasta ahora estudiados, donde la omisión que subseguía a la acción era siempre *juridico-penalmente relevante* (29), lo que caracteriza a este nuevo grupo es que en él la omisión —en sí y tomada aisladamente— no integra ningún tipo delictivo, por lo que, al aparecer como *única* conducta típica una activa (imprudente) es *a ella* a la que *necesariamente* hay que vincular la imputación del resultado.

a) En el caso de la transfusión de sangre *no* sometida al test anti-SIDA, como en el de la entrega de los pelos de cabra *no* desinfectados, la omisión precede a la acción (de transfundir, de poner a disposición de las operarias el material de trabajo), pero esa omisión, como tal, no es subsumible en ningún tipo juridicopenal. Mientras la sangre no se *transfunda*, los pelos de cabra no se *entreguen* a las trabajadoras, o, para acudir a un último ejemplo, yo tenga el coche en mi garaje *sin* líquido de frenos, no se está llevando a cabo ninguna omisión juridicopenalmente relevante. El comportamiento *se convierte* en juridicopenalmente relevante *sólo* mediante la *acción*: cuando el médico *transfunde*, cuando el fabricante *entrega* el material no desinfectado, o cuando yo decido *conducir* el vehículo que, por no tener líquido de frenos, provoca un accidente. Es entonces cuando se consuma un delito imprudente por acción, ya que aquellas carencias de los medios con los que materialmente se causan los resultados imprudentes no son sino faltas de medidas de precaución que, por sí solas y *sin un comportamiento activo*, son inidóneas para ponerlas en relación con un resultado. Por consiguiente y resumiendo: Como en estos casos las omisiones, en sí y aisladamente, no son ni siquiera objetivamente típicas, de ahí que el único comportamiento al que se pueda recurrir para fundamentar una responsabilidad juridicopenal sea el activo causante del resultado de transfundir sangre (o de entregarla a quien la va a transfundir), de proporcionar material de trabajo no desinfectado a las operarias o de arrollar a otro conduciendo un vehículo sin frenos: estamos, pues, ante un delito de acción.

b) El caso de «Alcalá 20» coincide con los que acabamos de estudiar en que también allí hubo unas omisiones previas (no ignifugación de textiles y cortinas, no instalación de suficientes bocas de riego, no colocación de pasamanos en las escaleras) que, *en sí* y como meras ausencias de medidas de precaución, no habrían sido nunca subsumibles en un delito imprudente de resultado en comisión por omisión. La corrección de esta tesis se demuestra porque en este supuesto, *además* de las omisiones y a diferencia de los que acaba-

---

(29) Lo cual no quería decir que (aislada o conjuntamente con la acción) entrara en tódo caso en la desvaloración juridico-penal, ya que, como hemos visto, si el comportamiento activo tenía mayor gravedad, entonces la omisión —*en sí* juridico-penalmente relevante— quedaba desplazada.

mos de exponer *supra* a), también se realizaron acciones (instalación de escaleras de forma curva y con peldaños demasiado altos, etc.) que, por sí solas, únicamente suponían, nuevamente, la ausencia de medidas de precaución, inidóneas, como tales y sin ulteriores comportamientos, para producir la muerte o las lesiones de nadie. La construcción de una discoteca con estas características antirreglamentarias (reconducibles tanto a acciones como a omisiones) no integra ningún tipo penal de resultado y sólo es susceptible de ser objeto de una sanción de *carácter administrativo*. De nuevo, pues, estamos ante un supuesto en que el único comportamiento juridicopenalmente relevante *per se* y que justifica objetiva y subjetivamente la imputación de los resultados a título imprudente es uno activo: el de *poner en funcionamiento* la sala de fiestas, pues al posibilitar así que los clientes entraran en un local cuyas características estaban por encima del riesgo permitido, es por lo que aquéllos, al encontrarse dentro del mismo en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, pudieron resultar muertos o heridos. Otra vez hay que considerar al delito, por lo tanto, como uno de acción, porque el comportamiento activo de *abrir el local* al público es el *único* que puede fundamentar una responsabilidad imprudente (por acción), mientras que las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la adición ulterior de conductas positivas, no constituyen injusto penal alguno.

### 3. SUPUESTOS DE HECHO EN LOS QUE, MEDIANTE ACCIONES Y/U OMISIONES, INTERVIENEN VARIOS SUJETOS EN EL ACONTECIMIENTO QUE DESEMBOCA EN UN RESULTADO TÍPICO

a) Finalmente, y para concluir este apartado dedicado a la distinción entre delito de acción y de omisión, hay que señalar que, *cuando concurren varios sujetos cada comportamiento debe ser analizado individualmente*, siendo posible tanto que todos los responsables de un resultado imprudente respondan en comisión por omisión como que unos lo hagan por este título y otros, en cambio, por un delito de acción. Y es que lo expuesto hasta ahora rige, fundamentalmente, para aquellos casos en los que los comportamientos activos y/u omisivos concurren en *una misma persona*. A veces incluso, y para abordar los problemas con la mayor claridad posible, hemos descrito algunos supuestos de una forma simplificada que no coincide exactamente con lo que sucedió en la realidad: en el caso de la transfusión de sangre contaminada con SIDA, por ejemplo, no estamos ante un supuesto como el de los «pelos de cabra», donde el propietario que entrega el material es *la misma persona* a quien correspondía desinfectarlo, sino ante otro en el que quien en última instancia causa el resultado *por acción*: quien transfunde la sangre en quiró-

fano, es un integrante del equipo quirúrgico que, además, actúa sin imprudencia, apareciendo en el acontecimiento anterior *otras personas distintas* de las que unas realizan acciones (así la Jefe del Servicio de Hematología que *entrega* a los cirujanos una sangre no cribada) y otras omisiones (así, los médicos y ejecutivos del Hospital responsables, que *no* adquirieron, a pesar de que lo deberían haber hecho, el instrumental idóneo para llevar a cabo el test anti-SIDA). A diferencia del caso de los «pelos de cabra» o del caso del propietario de un vehículo sin líquido de frenos, donde con la mera omisión sin más de las medidas de precaución no se ha realizado ningún ilícito penal, porque el acontecimiento sigue *bajo el control del omitente*, y éste sólo comete un delito cuando mediante una actividad (de entregar el material, de conducir el coche) condiciona que el instrumento al que le faltan aquellas medidas de precaución despliegue efectos causales, en el supuesto del SIDA los responsables de que la sangre que se transfundía no estuviera contaminada, y que *omitieron* hacerlo, *dejaron de tener el control del foco de peligro* cuando éste pasó a las personas encargadas de la transfusión, por lo que aquella omisión no aparece ya (como en el caso del líquido de frenos) como una mera omisión de medidas de precaución jurídico-penalmente irrelevante mientras el propietario del vehículo —al mismo tiempo omitente y actuante— *no conduzca* el coche provocando el accidente, sino como una *omisión de evitar que otro transfundiera sangre no sometida al obligado test anti-SIDA*, es decir: como una *omisión de impedir la causación imprudente de un resultado de lesiones* (30).

Por consiguiente, en aquellos supuestos en los que un sujeto causa imprudentemente, o, incluso, fortuitamente (ejemplo: si el farmacéutico vende una medicina en mal estado, cuya ingestión provoca lesiones, no es a él, sino a los responsables del laboratorio a quienes incumbe el control de la calidad de la medicina envasada), un resultado, y *otras personas distintas* están encargadas de que el foco de peligro no rebase el riesgo permitido y desemboque en una lesión típica, quien actúa podrá responder de un delito imprudente de acción (o de nada, si actúa fortuitamente porque no le correspondía el control del foco de peligro), y los que permiten que el foco (no sometido a las medidas de precaución de cuya aplicación son responsables) despliegue sus efectos causales, de un delito imprudente en comisión por omisión.

b) Como ejemplos de una *responsabilidad unitaria en comisión por omisión* de todos los intervinientes pueden mencionarse los supuestos de hecho de las siguientes sentencias del TS.

---

(30) Al caso del SIDA volveremos *infra* IV B 3 a, al ocuparnos de la relación de causalidad en el delito imprudente.

aa) *Dentro del marco de la seguridad e higiene en el trabajo*, el de la de 13 de junio de 1980, A. 2757 (responsabilidad en comisión por omisión del arquitecto y del maestro albañil por *permitir* que el obrero lesionado se desplazara por una pasarela formada por dos tablones, no sujetos entre sí, sobre un hueco y a la altura de la cuarta planta, cayendo al vacío y produciéndose gravísimas lesiones); el de la de 15 de mayo de 1989, A. 6738 (responsabilidad, entre otras personas y en comisión por omisión, tanto del arquitecto y director técnico de la obra como del ingeniero industrial y director técnico de la estructura por *no impedir* que el obrero fallecido trabajara a una altura de dieciocho metros, sin barandillas ni pasarelas ni redes, desde donde cayó al vacío); el de la de 17 de noviembre de 1989, A. 8666 (responsabilidad conjunta del Doctor arquitecto, del arquitecto técnico y del encargado de la obra por *no* adoptar medidas para evitar que cayeran a la vía pública materiales de construcción apilados en un edificio de once alturas, cuyas obras se encontraban suspendidas, alcanzando a un peatón que resultó gravísimamente herido); el de la de 15 de julio de 1992, A. 6375 (responsabilidad conjunta en comisión por omisión del arquitecto director, del aparejador y del encargado de obras por infracción del art. 10 de la Ordenanza de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que impone al personal directivo, técnico y mandos intermedios la obligación de hacer cumplir al personal a sus órdenes lo dispuesto en la Ordenanza sobre normas de seguridad, no obstante lo cual *permitieron* que un operario trabajara en el piso sexto de una obra en construcción, sin las preceptivas barandillas, cayendo al vacío y falleciendo instantáneamente); y el de la de 4 de octubre de 1993, A. 7276 (responsabilidad en comisión por omisión tanto del subcontratista de la obra como del encargado de la empresa contratante por *no impedir* que el obrero trabajara en un andamio, sin cinturones y sin red de seguridad, precipitándose al vacío y falleciendo).

bb) *Y dentro del marco de la imprudencia médica*, el de la sentencia de 4 de septiembre de 1991, A. 6021, donde, con razón, se condena por un homicidio imprudente en comisión por omisión: al anestesista, porque *deja de vigilar* al paciente que está siendo operado; al cirujano, porque si bien —y sobre la base del principio de división del trabajo, y para concentrarse en su propia actividad médica, no tiene que intervenir en las tareas propias del anestesista—, lo que sí que le incumbe, como director de la operación, es asegurar la presencia continua de aquél en el quirófano, por lo que si *permite* que se ausente, responderá igualmente de un homicidio en comisión por omisión: y, finalmente, al director del Hospital, porque ciertamente que no tiene el deber de supervisar la actuación concreta del anestesista, pero sí que es responsable de que cada intervención quirúrgica que se desarrolla en su Hospital sea asistida de manera permanente por un anestesista, por lo que si conoce, como en el supuesto

de hecho que nos ocupa, que por el reducido número de médicos de esa especialidad, éstos tenían que asistir simultáneamente a varias operaciones, entonces su *tolerancia* de esa situación fundamenta asimismo una responsabilidad por el resultado en comisión por omisión.

c) Como ejemplos de *títulos de imputación concurrentes de varias personas por un delito imprudente, de unas por acción y de otras por comisión por omisión*, hay que mencionar aquellos supuestos en los que la responsabilidad del vigilado tiene por base una *actividad negligente* (acción), y la del vigilante una *abstención imprudente* (omisión) al no controlar esa actividad. Este es el esquema que está presente, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 7 de junio de 1983, A. 3091 (caso catástrofe del camping Los Almufaces), donde un camión cisterna, conteniendo propileno en una cantidad notoriamente superior a la permitida, explotó a consecuencia de esa sobrecarga, inflamándose y causando, además de numerosos lesionados, la muerte de más de doscientas quince personas, de entre los turistas que se encontraban en el mencionado camping, y donde al conductor del camión-remolque, que era consciente de que la carga del líquido inflamable excedía de la autorizada, le es imputable un delito de acción (cuya responsabilidad quedó extinguida por haber fallecido también él en el accidente), y de comisión por omisión, en cambio, a los encargados de controlar que dichas cargas se mantuvieran dentro de los límites autorizados, por *permitir* que el foco de peligro carente de medidas de precaución pudiera causar aquella catástrofe.

#### D. Resumen

Como resumen de este apartado sobre la distinción entre el delito de acción y el de omisión pueden establecerse los siguientes principios.

Primero. El comportamiento será obviamente omisivo si en la conducta del sujeto no aparece ningún movimiento corporal causante del resultado típico.

Segundo. Cuando en la conducta se aprecian tanto elementos activos como omisivos, si la acción ha *precedido* a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquella cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos —como unidad natural de comportamiento— cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados

por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa). No obstante lo expuesto, si la acción que precede a la omisión viene exigida como única *correcta y posible* por el ordenamiento jurídico —por ejemplo, corte del cordón umbilical durante un parto—, entonces, y aunque aquélla haya sido ejecutada con dolo, la responsabilidad penal quedará vinculada únicamente a la (comisión por) omisión (no ligadura del cordón umbilical).

Tercero. Si la omisión ha *precedido* a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de *resultado* [lo más que puede integrar es una infracción administrativa o, en casos excepcionales, un delito de mero *peligro* (31)], el único comportamiento jurídico-penalmente relevante *de resultado* será el activo causante de la lesión típica.

Cuarto. Cuando en el acontecimiento intervienen *varias personas*, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán, cuando no cumplen con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión, y quien causa activamente la lesión con el foco de peligro por un delito imprudente de acción (a no ser que esa causación fuera para él fortuita, por corresponder a aquéllos exclusivamente, pero no a éste, las funciones de vigilancia del foco).

#### IV. EL DELITO IMPRUDENTE DE COMISIÓN POR OMISIÓN

##### A. La «relación de causalidad» en la comisión por omisión en general

###### 1. LA APLICACIÓN A LA OMISIÓN DE LA FÓRMULA (ADAPTADA) DE LA *CONDITIO SINE QUA NON*

Como hemos visto (*supra* III A), entre la omisión y el resultado no puede establecerse, en sentido estricto, una relación de causalidad.

---

(31) Así, por ejemplo, el art. 348 bis a) (recientemente estudiado por LASCURAÍN, en su monografía «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», Madrid, 1994): «Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

La doctrina dominante exige, no obstante, como *requisito imprescindible* de la responsabilidad por un resultado en la comisión por omisión —tanto en la dolosa como en la imprudente— una cuasicausalidad: ésta concurre cuando consta que la acción omitida por el garante, *con una probabilidad rayana en la seguridad*, hubiera evitado el resultado. Esta fórmula de la cuasicausalidad es una adaptación a la comisión por omisión de la funesta fórmula de la *conditio sine qua non* con la que un sector doctrinal trata de determinar la causalidad en el delito de acción; y así como en éste lo que se trataría de establecer sería si *suprimiendo* el comportamiento el resultado desaparecería o no, en aquélla lo que habría que constatar sería si *añadiendo* la acción (omitida) el resultado desaparecería o no.

## 2. LA EXIGENCIA DE SEGURIDAD CAUSAL EN EL DELITO DE ACCIÓN

En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II C), aunque, *con toda probabilidad*, la intervención abortiva fue la que, en efecto, determinó el fallo cardíaco y la muerte de la embarazada, existía, no obstante, una *mínima duda* de que dicha intervención no hubiera sido la que ocasionó materialmente el fallecimiento, y esa mínima duda bastó para excluir la aplicación del art. 411, párrafo último; y con razón, pues si lo que el tipo castiga es un aborto con resultado de muerte, iría en contra del principio de legalidad y del de *in dubio pro reo* dar por sentada una relación de causalidad donde no se ha despejado con un ciento por ciento de certeza que el aborto haya causado la muerte, esto es: que el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento sea subsumible en el tipo correspondiente. Análogamente, en el caso Vinader (cfr. *supra* II C *in fine*), *todo hace pensar* que la información que publicó el periodista en la revista «Interviú» fue la que efectivamente desencadenó los asesinatos posteriores; pero como la aplicación del homicidio imprudente exige obviamente la certeza de que concurren sus presupuestos típicos —esto es y entre otros: de que existe una relación de causalidad entre el comportamiento negligente y el resultado—, de ahí que la *mínima duda* de que esa relación de causalidad no se ha dado debería bastar para eximir al periodista de responsabilidad criminal. Al margen ya de supuestos resueltos por la jurisprudencia, un último ejemplo: si A pone veneno en un alimento de X y B le clava una navaja, y la autopsia sólo puede determinar que el fallecimiento de X se debió con un 99 por 100 de probabilidades al veneno, pero no puede descartar la posibilidad de un 1 por 100 de que la muerte sea reconducible al apuñalamiento, la solución del caso es aplicar, tanto a A como a B, un delito contra la vida en grado de *frustración*; pues no se puede condenar a A por un tipo

que requiere *haber matado* a alguien cuando existe una mínima probabilidad de que no haya sido A quien ha matado.

Estos criterios tan estrictos que hacen imposible condenar por aborto con resultado de muerte o por homicidio imprudente o por un delito consumado contra la vida a los sujetos activos de nuestros ejemplos, no son *delicatessen* dogmáticas, sino que constituyen uno de los orgullos de un Derecho penal democrático que —por muy fundadas que ellas sean— rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y la certeza.

### 3. LA IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER UN CRITERIO DE SEGURIDAD EN LA CUASICAUSALIDAD DE LA OMISIÓN

a) De lo expuesto sobre la causalidad en el delito de acción derivan dos objeciones contra la aplicación a la comisión por omisión de la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non*.

Primera objeción. Si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento *positivo* (porque supondría convertir al delito de resultado en un delito de peligro) y, por ello, no es posible imputar la muerte en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte), ni en el «caso Vinader», ni tampoco en el ejemplo de que el fallecimiento con un 99 por 100 de probabilidades se debió al veneno y únicamente con una posibilidad del 1 por 100 al apuñalamiento, a pesar de que en todos estos casos tanto la persona que practicó el aborto, como Vinader, como el envenenador *causaron la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad*, entonces —y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión— tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si «sólo» existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Segunda objeción. Pero es que, además, cuando llega el momento de aplicar a los casos concretos de comisión por omisión la fórmula de la *conditio sine qua non* ni siquiera se respeta lo que se ha establecido a nivel de principio: por el contrario, se prescinde de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza —porque ésta muchas veces no puede encontrarse en la vida real— y se califican de delitos consumados de comisión por omisión supuestos en los que sólo existe una (más o menos) elevada probabilidad (pero no rayana en la certeza) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Y así, ello es lo que sucede en dos «ejemplos de manual» de comisión por omisión, de acuerdo con los cuales respondería por la muerte de la esposa fallecida, como parricida, el marido que no le ha auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que un tercero la matara.

Si la esposa sufre una peritonitis o un infarto y el marido no le ayuda, que la acción omitida hubiera evitado el resultado dista mucho de ser una probabilidad rayana en la certeza; pues como se trata de enfermedades con índices de supervivencia que, según la gravedad de la afección, pueden ser del 50 por 100 e incluso inferior, por ello es imposible determinar en el caso concreto si la mujer enferma pertenecía o no al grupo de personas que, a pesar de ser atendidas médicamente, no obstante no habrían podido superar la enfermedad, es decir: de la acción omitida sólo se puede predicar la probabilidad (pero ni de lejos una probabilidad rayana en la certeza) de que hubiera evitado el resultado. Esta probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado *ni siquiera* se puede afirmar en enfermedades con índices de supervivencia mucho mayores o que incluso lo tienen del 100 por 100 *si se presta a tiempo atención médica*; pues como el proceso causal que habría desencadenado la acción omitida de solicitar auxilio nunca se puso en marcha, el marco dentro del cual nos tenemos que desenvolver es el de las (más o menos probables) hipótesis, pero tampoco el de la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción del cónyuge de recabar atención médica hubiera evitado el fallecimiento: como el marido no recabó esa atención —es decir: como tenemos que operar con lo que nunca ha sucedido— es imposible averiguar si, en el supuesto de que el cónyuge hubiera realizado la acción (que no realizó) omitida, la ambulancia hubiera llegado a tiempo, si, llegando a tiempo, no obstante la ambulancia (que nunca fue avisada) habría conducido a la enferma al hospital o —a consecuencia, por ejemplo, de una avería, de que se habría quedado sin gasolina o de un eventual accidente de circulación— no lo habría conseguido, si, aun suponiendo que la ambulancia llegara a tiempo para recoger a la enferma y hubiera podido trasladarla al hospital, a pesar de ello todo habría sido inútil por la impericia de un médico (que jamás llegó a intervenir)..., y así podríamos seguir enumerando las eventualidades que podrían haber sucedido en un curso causal hipotético; pero no es necesario, porque la consecuencia de todo ello se ha extraído ya por sí misma: por definición y por tener que trabajar sobre un proceso causal hipotético e *independientemente de la mayor o menor gravedad de la dolencia*, ni siquiera en enfermedades con índices altos o incluso seguros de supervivencia, si se llega a prestar una atención médica correcta, podremos saber —con la probabilidad rayana en la seguridad que, a nivel de principio, exige la doctrina dominante— si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado.

Y lo mismo rige para el otro «ejemplo de manual» que hemos elegido: el marido, si hubiera realizado la acción omitida, *sólo* habría podido *intentar* reducir a quien iba a matar a su mujer, pero que lo hubiera conseguido o no es algo que depende de la fuerza y de la destreza del marido, de la capacidad de resistencia del homicida, de

la actitud de la propia mujer y de muchos otros factores cuya eventual incidencia —porque no tuvieron ocasión de manifestarse en la realidad—jamás podremos averiguar con una probabilidad rayana en la certeza.

b) Los resultados a los que hemos llegado comparando los requisitos de la causalidad en el delito de acción con los que se exigen para el de comisión por omisión son los siguientes: en primer lugar, que como el tipo objetivo del delito de acción exige la *seguridad* de que el comportamiento activo *haya causado* el resultado, por ello no puede decirse es que habría evitado el resultado con una *probabilidad rayana en la seguridad*; y, en segundo lugar, que la doctrina dominante ni siquiera se toma en serio el criterio de la probabilidad rayana en la seguridad, sino que subsume en los delitos de resultado (en comisión por omisión) supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en esa seguridad.

## B. La causalidad en el delito imprudente de acción

1. El presente trabajo está dedicado a la comisión por omisión imprudente, y de la dolosa sólo nos ocupamos marginalmente cuando ello aparece necesario para fundamentar o completar alguna vía de argumentación.

Por ello, el primer paso para determinar cuándo una omisión *imprudente* equivale a una acción —esto es: cuándo se puede decir de ella que es una *comisión* por omisión— es el de analizar con un mayor detenimiento cómo está estructurada la causalidad en el delito culposo de acción, para lo cual antes quiero hacer una rápida referencia a un movimiento que se inicia en los años sesenta y que trata de superar una tendencia hasta entonces dominante que, en el delito imprudente, excluía la responsabilidad cuando el resultado causado por una acción descuidada se *habría producido* también aunque el sujeto se hubiera comportado conforme a Derecho (32). Este principio, que supone una enésima resurrección de la fórmula de la *conditio sine qua non* —no ya para determinar la relación de causalidad material, sino una supuesta relación de antijuridicidad—, ha de ser rechazado por la imposibilidad de demostrar algo que no ha sucedido: lo que ha causado *realmente* el resultado ha sido un comportamiento imprudente, y qué es lo que habría sucedido si el sujeto hubiera actuado diligentemente es algo que se escapa a cualquier constatación empírica. Para evitar este recurso a procesos causales hipotéticos co-

---

(32) Sobre todo ello informo ampliamente en mi libro *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 119 ss.

mo fundamento de una absolución, Roxin (33) establece, en 1962, su teoría del «aumento del riesgo», que no opera con ninguna especulación hipotética, sino sólo con la constatación de si la conducta imprudente, en comparación con la correcta, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Y el autor de este artículo, por su parte y en ese mismo año (34), introduce en la ciencia penal la teoría del «fin de protección de la norma» (35), que igualmente prescinde, para determinar si un resultado debe o no ser imputado a un determinado comportamiento formalmente imprudente, de la confrontación con lo que habría sucedido de haberse comportado el autor correctamente, estableciendo como criterio determinante el de si el resultado concreto producido era uno de los que el Derecho quería evitar con la imposición de un determinado deber de diligencia (36).

En lo que sigue, parto de estos principios, también del del aumento del riesgo, para estudiar la relación de causalidad en el delito imprudente de acción (37), evitando las objeciones (38) contra aquel

---

(33) Cfr. «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW*, 74 (1962), pp. 430 ss. y *passim*. Cfr. ahora ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2.<sup>a</sup> ed., Munich, 1994, pp. 314 ss.

(34) Cfr., en alemán, mi tesis doctoral de Hamburgo, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 126 ss., y mi artículo «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmehlehre», *ZStW*, 80 (1968), pp. 922/923 nota 20, y en español, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 119 ss.

(35) Así lo reconocen en la ciencia penal alemana, entre otros, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigen Delikten*, Bonn, 1965, pp. 52/53, 117/118; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*, 1969, pp. 550 nota 9, 552; ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», *Honig-Festschrift*, 1970, p. 140 nota 20; KRÜPELMANN, «Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten», *Jescheck-Festschrift I*, 1985, p. 335 nota 63; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990 pp. 240 nota 501, 212; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, p. 142 nota 54.

(36) En contra de lo que a veces se mantiene (cfr., por ejemplo, TOEPEL, *op. cit.*, p. 142), la teoría del fin de protección de la norma no supone la transposición al Derecho penal de una corriente vigente ya en la dogmática del Derecho civil, sino que la elaboré *generalizando* para los delitos imprudentes —y también para los delitos dolosos— un criterio establecido en 1888 por v. KRIES para determinar cuál era la relación *típica* entre delito base y resultado cualificante en los delitos cualificados por el resultado (cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 167 ss.).

(37) Para una exposición más detallada sobre las teorías del aumento del riesgo y del fin de protección de la norma y sobre su relación entre ellas, remito al lector a la monografía citada en la nota inicial \* de este artículo.

(38) Cfr., por todos, FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung*

principio en el sentido de que viola el principio *in dubio pro reo* y de que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, y acudiendo para ello al criterio de que en el grupo más importante de los delitos imprudentes de acción tiene que *constar* que el resultado se ha producido por un *foco de peligro*, del que tiene que *constar igualmente* que se ha convertido en uno prohibido a consecuencia de una acción imprudente.

2. Desde el punto de vista de la concatenación objetiva entre comportamiento *activo* y resultado, el delito imprudente de acción se manifiesta en alguno de estos dos grandes grupos.

En el primer grupo el comportamiento consiste en crear un riesgo *ab initio* ilícito —y hasta entonces inexistente— que causa (condiciona) el resultado. Por ejemplo: con la pistola de su padre, que cree descargada, A, para dar un susto a su amigo B, dispara contra éste, quien resulta muerto porque en la recámara del arma se alojaba una bala.

Pero el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al segundo y último grupo. Este viene caracterizado por que mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro *ab initio* lícito —riesgo permitido— que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. Dentro de este grupo y por ejemplo, hay que incluir los delitos imprudentes de la circulación, donde el riesgo permitido del tráfico rodado (conducción de vehículos) es rebasado como consecuencia de una acción imprudente (adelantamiento incorrecto, velocidad excesiva), causando entonces el foco de peligro (no permitido ya) un resultado típico de, por ejemplo, muerte o lesiones.

3. En este segundo grupo muchas veces es imposible constatar si el resultado es reconducible o no a la acción imprudente, y es fácil de comprender por qué ello es así: un foco de peligro que se mantiene dentro del riesgo permitido, por definición y ya que es, en sí, peligroso, también —y a pesar de no estar prohibido— puede producir resultados típicos (si no, no sería peligroso): conducciones de automóviles correctas, anestias, transfusiones de sangre o intervenciones quirúrgicas ejecutadas conforme a la *lex artis*, locales públicos contruidos de acuerdo con las normas reglamentarias de prevención de incendios, postes de alta tensión bien señalizados, todos esto focos de peligro *permitidos* pueden, no obstante, desembocar en resultados de muerte o lesiones. Si ello es así —y así es—, entonces, cuando a consecuencia de una acción imprudente el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, a menudo nos en-

---

*des Erfolges*, Heidelberg, 1988, pp. 539 ss., 545/546; JAKOBS, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York, 1991, pp. 236-237.

contraremos con dificultades simplemente insuperables para responder a la pregunta de si, por ejemplo, las lesiones obedecen al segmento permitido o al no permitido de ese foco de peligro (39). Dos ejemplos que expongo a continuación nos van a permitir desarrollar lo que acabo de formular a nivel teórico.

a) El primer ejemplo es el del supuesto de hecho de la sentencia del TS, ya mencionada, de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), donde varias personas resultaron lesionadas al contraer la enfermedad del SIDA, después de que se les transfundió sangre que no había sido sometida al test que hubiera podido detectar la contaminación del plasma. Por lo que se refiere a si aquí estamos ante un delito de acción o uno de omisión, y tal como se ha apuntado anteriormente (*supra* III A), es obvio que, como toda modificación que se produce en el mundo exterior, el contagio de la enfermedad se tuvo que causar por un comportamiento *activo* (por una aplicación de energía) consistente, en este caso, en la *transfusión* de sangre infectada que tuvo lugar en quirófano (en concreto, a uno de los sujetos pasivos de las lesiones, a Juan José M. T., «le fue transfundida sangre en el curso de una intervención quirúrgica de recambio valvular aórtico», y al otro, a Vicente L. P., le fue transfundida «en el curso de una intervención de by pass aortocoronario»); pero como los integrantes del equipo quirúrgico no son expertos en hematología, y se limitan a emplear la sangre que les entrega el servicio competente, de ahí que los que causaron activamente las lesiones al *hacer* las transfusiones no sean penalmente responsables por no concurrir en su comportamiento activo ni dolo ni imprudencia. De los condenados en la sentencia de 18 de noviembre de 1991, dos lo fueron por una imprudencia en comisión por omisión y una tercera persona por unas lesiones imprudentes por acción: aquéllos —por una parte, el Director Gerente y, por otra, el Director médico del Hospital Príncipes de España, de Bellvitge—, por la *omisión* de *no* adoptar las medidas oportunas, *ni* comprar el instrumental preciso, para que se llevaran a cabo en el Hospital los tests anti-SIDA de la sangre que les constaba que se iba a transfundir a los pacientes, y la tercera persona condenada —la Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital— por la *acción* imprudente de *ordenar que se entregara* a los equipos quirúrgicos la sangre no cribada.

Este comportamiento activo de la Jefe del Servicio de Hematología constituye un interesante ejemplo de cómo, dentro de este segundo grupo, está estructurada a veces la causalidad en el delito imprudente de acción, ya que, según señala la propia sentencia de 18

---

(39) Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 2.<sup>a</sup> ed., 1994, p. 315: «... un riesgo no se puede escindir en una parte permitida y en otra prohibida, averiguando para cada una de ellas, por separado, la realización del peligro».

de noviembre de 1991 (40), y según la información a la que ha podido acceder el autor de este artículo (41), el test anti-SIDA no permite detectar *siempre* la presencia en la sangre de anticuerpos anti-VIH, ya que durante el llamado «período ventana», que puede extenderse hasta ochenta días después del contagio, la sangre del ya enfermo puede seguir sin dar positivo en las pruebas del VIH. Como consecuencia de ello, en el supuesto de hecho de la mencionada sentencia del TS no podemos saber si el efectivo contagio de los lesionados obedeció al riesgo que conlleva *toda* transfusión —porque el plasma empleado se encontraba en el «período ventana», el cual, aunque se hubieran hecho las pruebas, habría impedido detectar la presencia de la infección en la sangre— o a la acción imprudente de transfundir sin un test previo —porque el «período ventana» ya había pasado y, por lo tanto, se hubiera comprobado la infección de la sangre, y, consiguientemente, desechado, si se la hubiera sometido a la correspondiente prueba—.

b) Un segundo ejemplo de delito imprudente de acción donde surgen las mismas peculiaridades en la concatenación causal que en el caso anterior sería el de la *venta* (acción) de productos que pueden ser letales sin que, en contra de lo preceptuado (42), se llame la atención en el etiquetado sobre su peligrosidad (43). Si una persona ingiere la sustancia y fallece, es imposible determinar *a posteriori* si el fallecimiento hay que reconducirlo al segmento permitido (que autoriza la venta de determinadas sustancias venenosas) o al prohibido (pero esa venta no está autorizada si en la etiqueta no se hace constar el carácter tóxico de aquéllas) del foco de peligro. Y es que la advertencia sobre la peligrosidad del veneno colocada en el exterior del envase habría seguido siendo inútil si la persona que falleció: bien tenía la vista cansada y aquel día se le habían roto las gafas, bien era una que nunca miraba las etiquetas de los productos que consumía, bien era otra que amaba el peligro y le gustaba ingerir precisamente productos tóxicos, o bien, simplemente, y conociendo las consecuencias que podía tener, aunque no se hubieran reseñado en el exterior del frasco, bebió la sustancia porque quería suicidarse: todas estas circunstancias, que serían determinantes para averiguar si la *imprudencia* de vender el producto sin la etiqueta reglamentaria

---

(40) «Desde el momento de la infección hasta que se forman los anticuerpos, pasa un período no determinado de tiempo durante el cual no es posible detectar la presencia de virus VIH en la sangre».

(41) Y que agradezco a mi amigo, el Dr. Carlos Alberola, Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena.

(42) Cfr., por ejemplo, el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, aprobado por Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio.

(43) En concreto, el comportamiento del que nos vamos a ocupar a continuación sería subsumible en un delito cualificado por el resultado del art. 342 (comportamiento base doloso) en relación con el 348 (homicidio imprudente cualificante).

tuvo alguna incidencia en el fallecimiento, tienen que quedar necesariamente sin respuesta por la sencilla razón de que no podemos resucitar al muerto para preguntarle qué es lo que realmente sucedió.

c) No obstante lo expuesto, la conclusión de que en estos dos ejemplos no integran dos delitos imprudentes ni la transfusión de sangre sin someterla al test anti-SIDA ni la venta sin advertencia de un producto venenoso, porque lo único que podría decirse de esos comportamientos activos es que habrían elevado el riesgo de lesión, pero no que lo hubieran causado, por lo que imputarles el resultado supondría convertir a un delito de lesión en uno de peligro, sería una conclusión precipitada: como el curso que habría seguido el foco de peligro manteniéndose dentro del riesgo permitido es un experimento irreproducible, porque no se sabe si el plasma ya transfundido se encontraba o no dentro del «período ventana», porque como el fallecido no nos lo puede contar tampoco sabemos qué es lo que habría sucedido si el producto tóxico hubiera estado reglamentariamente etiquetado, la *insostenible* conclusión que habría que deducir de todo ello es que, entonces, los médicos podrían seguir transfundiendo sangre sin ningún tipo de precaución, y los fabricantes de productos tóxicos podrían despreciar las normas de etiquetado, en la seguridad de que nunca podrían ser hechos responsables de un delito imprudente. Y continuando con los ejemplos: el médico que ejecuta una operación que tiene un índice bajo de supervivencia podría llevarla a cabo también sin observar en absoluto las reglas de la *lex artis*, porque si el paciente se muere —y como la operación es irrepitable, entre otras razones porque el enfermo ya ha fallecido— siempre podría alegar que hubiera sucedido lo mismo, aunque la intervención quirúrgica peligrosa se hubiera realizado conforme a la más irreprochable técnica.

d) *Pero naturalmente que en todos estos casos estamos ante muertes y lesiones imprudentes*, porque lo que caracteriza a la imprudencia por acción en estos casos es que un foco de peligro —en concreto: transfusión de sangre, producto tóxico, intervención quirúrgica—, *a consecuencia* de un comportamiento negligente activo —entrega del plasma no cribado, venta del producto sin el etiquetado reglamentario, operación médica incorrecta—, *rebasa* el riesgo permitido, causando el foco de peligro el resultado típico. Los correspondientes sujetos activos no pueden alegar que ellos sólo han elevado el riesgo, pero que no han causado el resultado, ya que el resultado *lo ha causado con seguridad el foco de peligro* (la transfusión de sangre, el producto tóxico, la operación), y, *con seguridad también*, ese foco se ha convertido en uno no permitido por la ejecución de la acción imprudente.

e) Como resumen de lo expuesto y a los efectos que aquí son relevantes, hay que extraer la siguiente conclusión: dentro del marco de los delitos imprudentes de *acción*, cuando un comportamiento ac-

tivo convierte al riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado *con toda seguridad* por el foco de peligro y ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, *igualmente con toda seguridad*, a la correspondiente acción negligente: en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción viene caracterizado *por que el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el «punto crítico» de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.*

### C. Balance provisional

1. Hemos visto que la relación de causalidad, como cualquier otra característica típica, tiene que estar acreditada con toda seguridad para que el comportamiento pueda ser subsumido en el correspondiente tipo de lesión.

No basta, por consiguiente, con que conste únicamente una (más o menos elevada) probabilidad de causalidad. Por ello, tenía razón el TS cuando en la sentencia de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II C y IV A 2) absolvió de un aborto con resultado de muerte a quien muy probable (pero no ciertamente) condicionó el fallecimiento de la embarazada, y, en cambio, se equivocó cuando imputó un homicidio imprudente al periodista Vinader (*supra* II D *in fine* y IV A 2), ya que, aunque era muy probable, no existía la seguridad de que, con sus reportajes, hubiera condicionado la muerte de las personas asesinadas por ETA.

2. En consecuencia, y aplicando a la comisión por omisión las reglas que rigen para el delito de acción, la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad «sólo» ha elevado el riesgo de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por muy rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete. Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca podremos descartar con seguridad —sino sólo con un juicio de probabilidad— que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos —no llegada a tiempo de la ambulancia o posterior avería de ésta, tratamiento médico inadecuado, etc.— que hubieran im-

pedido la curación de la enferma leve: también aquí, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más elevada) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, pero no con la seguridad que exige el Derecho penal para que una persona pueda ser hecha responsable de una determinada lesión típica.

3. En el grupo más característico del delito imprudente de acción, y que acabamos de estudiar, *la estructura de la causalidad es algo diferente*: ahí la acción imprudente convierte al foco de peligro de permitido en ilícito, y es éste el que, *sin duda alguna*, causa el resultado. No se puede decir, por consiguiente, que *no se sabe* qué es lo que ha condicionado el resultado: el resultado (lesiones, muerte) lo ha causado con toda seguridad el foco de peligro (la transfusión de sangre, el producto tóxico), y este foco de peligro dejó de estar autorizado por el Derecho *porque* el sujeto activo, con su acción imprudente e igualmente con toda seguridad, elevó el nivel de riesgo del foco, transformándolo en uno no permitido.

[Al contrario de lo que sucede en el imprudente, en el *delito doloso de acción* el *foco de peligro* (el *riesgo*) *permitido apenas desempeña un papel*, lo que repercute, a su vez, en la estructura y en el alcance (mucho más limitado) de la *comisión por omisión dolosa*: no se puede decir, por ejemplo, que dentro del matrimonio uno de los cónyuges —que hasta entonces goza de buena salud o a quien nadie quiere hacer daño— *constituya, por sí solo y por el mero hecho de vivir, un foco de peligro* porque puede sufrir una peritonitis o porque puede ser objeto de un delito contra la vida, y que ese foco se transformaría de permitido en prohibido a consecuencia de la inactividad del otro cónyuge. De la comisión por omisión dolosa, y aunque sólo sea de pasada, nos ocuparemos en el último apartado de este artículo (*infra* V D)].

4. Pero volvamos al delito imprudente de acción. Como en éste lo que fundamenta la responsabilidad del autor por la lesión típica es que su acción imprudente ha incidido en el foco de peligro no permitido (no permitido porque el comportamiento activo ha *transformado* lo que hasta entonces era un riesgo permitido en uno prohibido) *causante* del resultado, por ello ahí el *único* problema de causalidad que puede plantearse —y, con ello, la única posibilidad que existe, al margen de cuestiones de imputación objetiva, de que el autor imprudente no responda por el resultado— es que *surja la duda* de si ese foco de peligro que ha rebasado lo permitido es o no el que efectivamente ha causado la lesión.

Para decirlo con un ejemplo: *si* el autor, imprudentemente, vende un producto peligroso sin advertir de su toxicidad, pero no es seguro que haya sido ese foco de peligro el que ha causado la muerte del consumidor, porque existe la duda forense de si no habría sido *otro* veneno que había ingerido previamente la víctima el que condicionó el fallecimiento, entonces entra en juego el *in dubio pro reo* y el

sujeto no puede ser hecho responsable de un resultado que *tal vez* no ha sido condicionado por el foco de peligro que, a consecuencia del comportamiento activo, rebasó el nivel de lo permitido para entrar en la esfera de lo prohibido. O para decirlo con un segundo ejemplo, éste extraído de la jurisprudencia: si un médico, mediante una acción, convierte un foco de peligro de lícito en ilícito, porque lleva a cabo una *transfusión de sangre incompatible*, pero no resulta acreditado que ésta fuera la causa de la muerte, entonces, al no estar probada la relación de causalidad —y a pesar de que dicha transfusión obviamente incrementó el riesgo de muerte—, el facultativo tampoco puede ser hecho responsable del resultado (44).

Por lo demás, tanto en el supuesto de hecho de la sentencia de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte) como en el caso Vinader, el argumento determinante para negar la responsabilidad de los respectivos autores reside, igualmente, en que, a pesar de que en ambos supuestos y mediante las correspondientes acciones se elevó el riesgo de producción del resultado, no obstante no está acreditado que esos focos de peligro no permitidos (en un caso, el aborto, que es un foco de peligro *ab initio* ilícito si no concurre alguna de las indicaciones del art. 417 bis; en el otro, los reportajes periodísticos, lícitos, en principio, en cuanto que suponen un ejercicio de la libertad de información, pero que se convirtieron en prohibidos al describir Vinader, con toda clase de detalles, a los presunto activistas anti-ETA que luego resultaron asesinados) fueran los que efectivamente causaron los resultados de muerte.

## D. Los requisitos de la comisión por omisión imprudente

### 1. INTRODUCCIÓN

Las anteriores consideraciones sobre el funcionamiento de la causalidad en el delito culposo de acción, para un artículo dedicado preferentemente a la comisión por omisión imprudente, han sido relativamente extensas.

---

(44) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1991, A. 5627: «El Tribunal sentenciador lleva a término un análisis profundo y detallado de toda la prueba obrante en la causa, y de la mano de aquél concluye que, a consecuencia de la errónea transfusión de sangre practicada al paciente, sufrió hemólisis y anuria, que fueron debidamente tratadas; la primera mediante plasmáferesis que se practicó inmediatamente después de efectuada la transfusión y de haberse advertido el error, haciéndose un recambio plasmático de seis litros, que corrigió los posibles efectos de la hemólisis; y la segunda mediante hemodiálisis, si bien la anuria persistió hasta el fallecimiento de Gerardo G. por un edema de pulmón, *no habiéndose demostrado que el óbito fuera consecuencia de la transfusión incompatible o de sus efectos*» (cursivas en el texto original de la sentencia).

Pero ello era inevitable, porque sólo conociendo el mecanismo del delito imprudente de acción es posible entonces determinar a qué omisiones, por presentar una estructura en lo esencial igual que aquél, se les debe imputar el resultado *como si* éste hubiera sido causado mediante una acción, esto es: cuáles deben ser consideradas una comisión por omisión.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN IMPRUDENTE  
 COMO TRANSFORMACIÓN, POR AUSENCIA DE MEDIDAS  
 DE PRECAUCIÓN, DE UN FOCO DE PELIGRO LÍCITO  
 EN UNO PROHIBIDO [COMO CREACIÓN DE UN RIESGO (ILÍCITO)  
 QUE DESEMBOCA EN UN RESULTADO TÍPICO]

Recordemos la conclusión a la que habíamos llegado: el grueso de los delitos imprudentes de acción se caracteriza por que el resultado es causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una acción imprudente*, se ha transformado de permitido en ilícito. De acuerdo con ello, la comisión por omisión imprudente vendrá caracterizada por que el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una omisión imprudente*, se ha transformado de permitido en ilícito.

En lo que acabamos de decir, puede llamar la atención la frase: «*como consecuencia de una omisión imprudente*», pues si la omisión no causa nada, ¿cómo se puede explicar que se le pueda atribuir (normativamente), como consecuencia suya, la transformación de un riesgo permitido en uno ilícito, esto es: que se le pueda atribuir el efecto de un aumento del riesgo?

Ello es así porque, a diferencia de la *lesión* de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone *una modificación material dañosa en el mundo exterior* que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no es una modificación *dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente real*, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, por que esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución.

a) *El concepto de riesgo permitido*

El concepto de riesgo permitido es un concepto mixto ontológico-axiológico.

Ontológico (*riesgo*), ya que la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente normativo; con esos —y sólo con esos— datos se puede establecer, por ejemplo, que quien mantiene relaciones homosexuales sin utilizar preservativos o quien comparte jeringuillas con otros para inyectarse heroína corre el riesgo de contraer el SIDA.

Y axiológico (*permitido*), porque el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido viene establecido por las normas de diligencia, las cuales, además, están sometidas a cambios en el tiempo en función de los eventuales avances de la ciencia (la transfusión de sangre sometida al test anti-SIDA que hoy se practica en los Hospitales, y que aún no es capaz de detectar la contaminación durante el «período ventana», se convertiría en imprudente, por sobrepasar entonces el riesgo permitido, si se descubriera una nueva prueba que posibilitara apreciar la presencia del VIH desde el momento mismo del contagio) y en función de las eventuales reformas legislativas (que pueden fijar más o menos requisitos que los vigentes para autorizar el funcionamiento de focos de peligro) (45).

b) *La desestabilización del foco de peligro*

El legislador tolera la existencia de focos de peligro. Unas veces porque no tiene más remedio que hacerlo, en cuanto que su origen está en fenómenos que no puede controlar: enfermedades, tormentas con grandes vertidos de agua, etc. Y otras, porque su creación, aunque es reconducible a la actividad humana (tráfico ferroviario, instalación y funcionamiento de ascensores, construcción de edificios, excavación de minas o túneles, etc.), se estima imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de automóviles, etc.). Pero

---

(45) A veces, y paradójicamente, es el mismo legislador el que impone que el riesgo *no descienda* de un determinado nivel, tal como ha establecido para las corridas de toros, donde está *prohibido* el «afeitado» de las astas, a pesar de que éste constituiría una medida de precaución que contendría el peligro para la vida y para la salud de los lidiadores. Y así, el Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero, dispone en su art. 48: «1. Las astas de las reses de lidia en corridas de toros y novilladas picadas estarán íntegras. 2. Es responsabilidad de los ganaderos asegurar al público la integridad de las reses de lidia frente a la manipulación fraudulenta de sus defensas. A tal efecto dispondrán de las garantías de protección de su responsabilidad que establece el presente Reglamento.»

por su lesividad potencial el legislador tolera (o se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el (como hemos visto, cambiante) nivel de lo permitido, prohibiendo (*penalmente*, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel. Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. Y *también* por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nivel) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (*adelantamiento* incorrecto, por ejemplo, en la circulación de vehículos), y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (*no* frenar el autobús ante un semáforo en rojo, arrollando así y matando a un motorista que estaba parado frente a un paso de peatones (46)).

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es, de acuerdo con todo ello, la *causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido*, el responsable del resultado será: en el delito culposo de acción quien, *mediante su comportamiento activo*, ha desestabilizado el foco transformándolo de permitido en prohibido; y en el delito culposo de comisión por omisión quien, *al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado*, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido. Con otras palabras: Si el legislador fomenta, acepta o se resigna con los focos de peligro sólo en la medida en que éstos no rebasan el riesgo permitido, y para alcanzar esa finalidad impone normativamente a determinadas personas que apliquen medidas estabilizadoras de precaución, entonces es obvio que si éstas no se aplican y, con ello, el foco deja de ser permitido, el *responsable normativo* del rebasamiento será precisamente quien estaba encarga-

---

(46) Así el supuesto de hecho de la ya citada (*supra* III D) sentencia del TS de 5 de junio de 1981, A. 2577.

do específicamente de controlar el foco dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico.

c) *La renuncia a operar con procesos causales hipotéticos en la comisión por omisión imprudente*

Y así como en la acción imprudente, para poderle imputar el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólo si esa acción *efectivamente* ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez y *efectivamente*, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisión por omisión imprudente, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado *efectivamente* el resultado.

d) *La intercambiabilidad valorativa entre acción y omisión en el delito imprudente*

Estos criterios de equivalencia entre acción y omisión en el delito imprudente lo son hasta tal punto que casi hacen aparecer al comportamiento activo y al pasivo como intercambiables. ¿Que más da que el sujeto pasivo muera electrocutado porque tocó un cable de alta tensión que el encargado de hacerlo *no* (omisión) había señalado preceptivamente, avisando del peligro, o que la descarga eléctrica y la consiguiente muerte tenga su origen en que alguien descuidadamente *retiró* (acción) el cartel que avisaba del peligro del cable: que más da si en los dos casos lo determinante para elevar el riesgo a prohibido ha sido la *ausencia* (allí, como consecuencia de una omisión, y aquí como resultado de una acción) *de la señalización* (47)? ¿Qué diferencia existe entre los supuestos de hecho de las sentencias citadas supra nota 8, donde los accidentes se producen porque los guardas de los pasos a nivel no bajan las barreras o no tensan las cadenas cuando se aproxima el tren, y el supuesto de hecho

---

(47) Con este ejemplo condenso supuestos de hecho como los de las sentencias citadas supra nota 19, donde los accidentes se producen porque se choca contra una obra de cuya presencia, al llegar la oscuridad, no se había advertido con la oportuna colocación de faroles, o como el de la sentencia del TS de 10 de octubre de 1980, A. 3681, en el que un obrero pereció electrocutado al agarrar un asidero de un grupo de soldadura, conectado a 380 voltios, que tampoco estaba convenientemente señalado con un aviso de peligro.

de la sentencia del TS de 16 de mayo de 1988, A. 3666, donde —¡oh!, sorpresa—la imprudencia del guardabarreras no consistió, como es lo habitual, en *no* (omisión) bajar la barrera levantada cuando iba a pasar una unidad ferroviaria, sino justamente en lo contrario: en *levantar* (acción) la barrera que se encontraba convenientemente bajada, produciéndose, así, el accidente (48), con lo que la *misma circunstancia* de que el foco de peligro causante del resultado típico hubiera rebasado el riego permitido (tráfico ferroviario *sin que esté cerrado el paso a nivel*) tiene su origen: por una parte, en los supuestos de hecho de aquellas sentencias, en las correspondientes omisiones (de no bajar la barreras), y, por otra parte, en este último supuesto de la sentencia de 16 de mayo de 1988, en una acción (de levantar la barreras que estaban bajadas)? Todavía un ejemplo más: en el caso de la presa de Tous (v. *supra* nota 9) su desmoronamiento se produjo por «*no haberse aperturado* las compuertas del aliviadero de superficie, ni las demás de los mecanismos integrantes de su sistema de desagüe (salvo la de una toma de aguas para riego) [siendo ese hecho] el determinante o causante de que por ello se produjeran vertidos de importantes caudales o láminas de agua por encima de la coronación de la presa que originaron su paulatina degradación y ruina» (cursivas añadidas); si ello es así, si lo que hace pasar el peligro de permitido a prohibido es la *no apertura* de las compuertas, entonces es *valorativamente evidente* que da lo mismo que esa no apertura haya que reconducirla (tal como sucedió realmente en el caso concreto de la Presa de Tous) a la *comisión por omisión* de *no abrirlas*, que a un eventual caso imaginario de *acción*, en el que un empleado, por equivocación, cerraría las compuertas cuando éstas se encontraban abiertas.

La *equivalencia valorativa* entre omisiones y acciones en los tres ejemplos que acabamos de exponer (*no* colocar el cartel de peligro para advertir de la presencia del cable de alta tensión = *retirar* aquél por descuido; *dejar* levantada la barrera cuando se debe bajar = *levantarla* cuando debe estar bajada; *no abrir* las compuertas que hubieran permitido la entrada en funcionamiento del sistema de desagüe de la presa = *cerrarlas* cuando se encuentran debidamente abiertas) se explica porque lo decisivo no es si la circunstancia (por ejemplo, la situación de cierre de las compuertas) que eleva el riesgo de permitido a prohibido tiene su origen en una acción o en una omisión, sino la *presencia misma de esa circunstancia*, independientemente

---

(48) El guardabarreras, tal como se describe en esa sentencia de 16 de mayo de 1988, realizó «una *acción* tan notoriamente peligrosa como *levantar* la barrera y dejar expedito el tráfico automovilístico sobre una vía férrea por la que, en cualquier momento, podía pasar un tren al que, por añadidura, no podía ver a causa de las desfavorables condiciones meteorológicas» (cursivas añadidas).

de que haya que atribuirle causalmente a un comportamiento activo o normativamente a uno pasivo.

e) *La jurisprudencia española ante el criterio de que la acción omitida habría evitado el resultado*

A veces la jurisprudencia, atrapada por la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non* de la doctrina dominante, que exige en la comisión por omisión, para que se pueda imputar el resultado, que la acción omitida —con una probabilidad rayana en la seguridad— hubiera evitado el resultado (v. *supra* IV A 1), entra en una línea de argumentación que, en realidad, no tiene salida. Las enfermedades, por ejemplo, que son un foco de peligro con el que el legislador tiene que resignarse, porque le vienen impuestas por la naturaleza, pero que si conducen a un resultado lesivo (muerte, lesiones del paciente) pueden fundamentar una responsabilidad por imprudencia cuando los encargados de aplicar medidas (terapéuticas) de precaución (médicos de guardia, facultativos responsables del tratamiento del paciente) omiten ejecutarlas, rebasando entonces el foco el riesgo permitido y convirtiéndose en ilícito, todo ello integra un supuesto de hecho frente al que los Tribunales, en unas ocasiones, tratan de contestar a la irresoluble cuestión de si el tratamiento con aquellas medidas (terapéuticas) de precaución omitidas hubiera evitado la muerte o las lesiones del paciente, y, en otras, se limitan a dejar constancia de su desconcierto. Y así:

aa) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 8 de junio de 1989, A. 5054, el niño afectado por un grave accidente escolar, que le produjo una «contusión craneal con conmoción cerebral», fue tratado por el médico responsable del servicio de urgencias de un determinado Hospital, que no ordenó que el lesionado quedara ingresado allí, permitiendo que fuera trasladado a su domicilio; ante el agravamiento del estado de su hijo, los padres, posteriormente, le ingresaron nuevamente en un establecimiento médico, «en donde se le practicaron intervenciones quirúrgicas que lograron salvar su vida, pero no así evitar las gravísimas secuelas físicas y psíquicas que padece la víctima». El TS, que condena al médico de guardia por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión, porque no mantuvo ingresado al niño en el Hospital, aun «sabiendo (por ser hecho notorio) que todo traumatismo craneal necesita un periodo de observación de bastantes horas», al examinar la cuasicausalidad de la omisión impropia —la acción omitida, según la doctrina dominante, debería haber evitado el resultado— manifiesta su perplejidad de la siguiente manera: «Finalmente, tampoco es óbice para casar la sentencia [la sentencia de la Audiencia había sido absolutoria] en el sentido que se ha indicado, el hecho de que no se haya demostrado la relación de causalidad entre la acción [el TS debería decir: omi-

sión] enjuiciada y las lesiones producidas, o, lo que es lo mismo, no podemos saber si de haber tenido lugar el internamiento se hubiera o no causado el mismo resultado lesivo. Esta circunstancia, decimos, no es impedimento para una sentencia condenatoria porque, *en casos como el enjuiciado, no se trata de concretar esa relación causal, de una manera tajante (ello sería imposible), sino de juzgar conductas imprudentes por sí mismas que sirvan de lógico vehículo a un desenlace penalmente sancionable*» (cursivas añadidas).

bb) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1989, A. 6091, el médico encargado de atender al paciente, imprudentemente, no diagnosticó una peritonitis —de la que posteriormente falleció dicho paciente—, *omitiendo*, en consecuencia, la medida (terapéutica) de precaución de atajar o de disponer que otro atajara el curso de la enfermedad. Al enfrentarse con el problema causal entre omisión y resultado, el TS se pronuncia de la siguiente forma: «... dentro del mundo de las probabilidades *no puede* de ninguna manera *descartarse*, y no debió hacerse, teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo, veintitrés años, y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, *el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo*. Afirmar esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurrieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, la conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento. Ello no implica, como se destaca en el recurso, que se acuda a presunciones o conjeturas. Se trata, en definitiva, de la existencia de la relación causal imprescindible para que el delito nazca. La actuación del médico procesado, ahora recurrente, contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, *dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal*» (cursivas añadidas).

cc) Finalmente, y fuera ya de las enfermedades, pero en otro supuesto de un foco de peligro generado por la naturaleza, y que, para que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, debería haber sido abordado con determinadas medidas de precaución, omitidas por los responsables del caso concreto, la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 (caso presa de Tous), asimismo entra en consideraciones sobre lo que habría sucedido si, durante el insólito temporal de agua que estaba descargando sobre el embalse, se hubieran aplicado aquellas medidas de precaución, esto es: si se hubieran abierto las compuertas, concluyendo lo siguiente: «*no puede estimarse probada la inevitabilidad del resultado sobrevenido, al no poder considerarse acreditado que de haberse actuado normativamente y de haberse aperturado de forma cuidadosa y diligente todas las compuertas de los elementos mecánicos del sis-*

tema de desagüe de la presa, igualmente, se hubiese subseguido el mismo resultado» (cursivas añadidas).

dd) Los razonamientos de estas tres sentencias, en la línea de la doctrina dominante de requerir, en la comisión por omisión imprudente y para la imputación del resultado, que la acción omitida hubiera impedido la lesión típica, ponen claramente de manifiesto hasta qué punto es irresoluble la tarea. Los Tribunales no pueden retrotraer los acontecimientos al momento en que el niño con el grave traumatismo craneal fue (des)atendido por el médico de guardia, para comprobar si, de haberse iniciado entonces el tratamiento médico adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, como no pueden, tampoco, dar marcha atrás en el tiempo y poder comprobar así si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haber salvado o no la vida, como no pueden, finalmente, reconstruir, de manera idéntica a la que tenía antes de su derrumbamiento, la presa de Tous, volver a repetir —y con la misma intensidad— el fenómeno atmosférico de la «gota fría» y el temporal de agua que desencadenó, para apreciar entonces si abriendo las compuertas aquélla se habría desmoronado o no. No pueden; pero tampoco tienen por qué hacerlo. Pues no se ve la razón por la cual hay que exigir en el delito de comisión por omisión imprudente unos requisitos que no se piden para el delito de acción: si para la imputación de la muerte imprudente a la *venta* de un producto venenoso en el que no aparece ninguna indicación sobre su toxicidad es irrelevante el hecho de que, aunque se hubiera entregado con la etiqueta preceptiva, tal vez se hubiera producido también el mismo resultado, importando únicamente que el foco de peligro (producto tóxico), por encima del riesgo permitido a consecuencia de una acción negligente (*venta sin aquella etiqueta reglamentaria*), haya causado efectivamente la muerte del consumidor, entonces en los tres casos jurisprudenciales de omisión que acabamos de exponer lo único relevante para imputar el resultado debe ser que tres focos de peligro (traumatismo craneal, peritonitis, temporal de agua que se derrama sobre una presa), por encima del riesgo permitido a consecuencia de la *no* aplicación de medidas de precaución (vigilancia médica del traumatismo, intervención quirúrgica del enfermo de peritonitis, apertura de las compuertas de desagüe), han causado efectivamente y sin duda los correspondientes resultados típicos.

### 3. LOS CONTROLES DEL FOCO DE PELIGRO

El legislador, como hemos señalado anteriormente, bien se resigna con los focos de peligro, porque vienen generados por la naturaleza, bien incluso los promueve, porque son necesarios para el desarrollo y para el progreso de la sociedad. Pero se resigna con ellos

o los promociona sólo en tanto en cuanto se mantienen dentro del riesgo permitido, y para alcanzar ese objetivo prevé que determinadas personas apliquen medidas de precaución, por lo que si aquéllas permanecen inactivas y el foco sobrepasa entonces ese riesgo permitido causando un resultado típico, esa abstención integrará una comisión por omisión imprudente, ya que el *responsable normativo* de la conversión del peligro de lícito en prohibido será naturalmente quien estaba encargado de controlar que ello no sucediera.

El *control* puede ser, por una parte, *en origen*, cuando se establece para conseguir que el foco de peligro sea *puesto en funcionamiento* dentro de los límites del riesgo permitido. Y puede ser, también, *posterior*, cuando se encomienda a determinadas personas la aplicación de medidas de precaución para evitar que, a consecuencia, por ejemplo, del deterioro natural de las cosas o de un comportamiento fortuito, imprudente o incluso doloso de un tercero, el foco, después de haber sido puesto en funcionamiento, rebase el nivel de peligro jurídicamente tolerado.

#### a) *Controles en origen*

aa) Con el control en origen del foco de peligro cuando va a *ser puesto en funcionamiento* nos hemos encontrado ya en varios de los supuestos con los que hemos estado operando a lo largo de este artículo: la venta de un producto tóxico, la transfusión de sangre a un paciente, la excavación de una zanja o la entrega a las operarias de un determinado material, todos esos focos de peligro requieren jurídicamente la aplicación de unas medidas de precaución para que puedan entrar en actividad. Cuando el responsable de adoptar las medidas es *la misma persona* que, posteriormente, pone en circulación el producto, como sucede en el caso de los «pelos de cabra» (v. *supra* nota 28), entonces, y como ya se ha indicado [*supra* II C 2 a)], si las medidas de precaución no se aplican, no estamos ante un delito de omisión, sino ante uno de acción; pues esa inactividad previa sólo puede ser concebida como una —penalmente irrelevante— omisión de medidas de precaución sin más, pero no como una omisión de evitar que un comportamiento humano cause, mediante un foco de peligro no permitido, un resultado típico; pues como el propietario de la fábrica de cepillos sigue *manteniendo el control del producto peligroso* después de no haberlo desinfectado, la causa de que éste llegue a las operarias, y produzca su muerte, no es aquella inactividad —que obviamente no puede ser entendida como la omisión del fabricante de evitar su *propio* comportamiento posterior activo—, sino la *entrega efectiva* de los «pelos de cabra» cuya manipulación condiciona los resultados típicos.

bb) La situación varía cuando el control en origen está asignado a *otras personas distintas* de las que (con obligación asimismo de

controlar el foco de peligro, o sin esa obligación) ponen a aquél —mediante un comportamiento activo— en circulación. En tal caso, los encargados de aplicar las medidas de precaución (por ejemplo, responsables de un Hospital que no compran el instrumental necesario ni dan las instrucciones precisas para que se efectúe el test anti-SIDA del plasma que se va a transfundir, encargados de controlar que las conservas o el agua mineral no salgan deteriorados de las plantas de envase) que no cumplen con su deber, responden, en comisión por omisión, de los resultados típicos —muerte, lesiones— causados a, respectivamente, enfermos o consumidores, ya que normativamente, y a consecuencia de su inactividad, son los responsables de que el foco de peligro causante del menoscabo de bienes jurídicos haya rebasado el riesgo permitido. Los que en última instancia y *mediante una acción* causan materialmente el resultado típico responderán de éste sólo en el caso de que también estuvieran obligados a controlar, por su parte, el foco, algo que no sucede en ninguno de los dos ejemplos que acabamos de exponer: si no concurren circunstancias excepcionales, ni el médico que transfunde tiene por qué desconfiar —ni, consiguientemente, revisar— la sangre que le proporciona el Servicio de Hematología de un Hospital, ni el dependiente de la tienda de ultramarinos está obligado tampoco a controlar el contenido de las conservas y del agua mineral que vende, entre otras razones, porque si, para comprobar si estaba o no deteriorado su contenido, tuviera que abrir cada una de las latas o desprecintar todas las botellas de agua mineral que suministraba a sus clientes, automáticamente convertiría en inservible su mercancía y en inviable la explotación de su negocio.

#### b) *Los controles posteriores*

Una vez que el foco se ha generado, bien por accidente, bien por una actividad humana, y para mantenerlo dentro del riesgo permitido, se establecen servicios de vigilancia que pueden clasificarse, en función de la mayor o menor peligrosidad del foco y sin ánimo de ser exhaustivos, en: permanentes, periódicos o facultativos.

##### aa) *Controles permanentes*

Cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder del riesgo permitido, el control que se establece tiene carácter permanente.

Al médico-anestésista, por ejemplo, le corresponde un control continuo sobre el peligro al que está expuesto un paciente objeto de una intervención quirúrgica; por ello, si el facultativo —por desatención o porque, como sucede la mayor parte de las veces en las que

el TS se ha ocupado de estos supuestos (49), se ausenta para atender a otro enfermo— deja de aplicar la oportuna medida de precaución, bien en quirófano, bien cuando el operado se encuentra todavía in-

---

(49) Sobre la doctrina jurisprudencial, cfr., entre otras, las siguientes resoluciones del TS:

Sentencia de 1 de diciembre de 1989, A. 791 (del Repertorio de 1990): «... [el médico-anestésista] volvió a ausentarse del quirófano de nuevo y hubo de ser buscado por la enfermera y tras una tercera ausencia de más de diez minutos, cuando volvió de nuevo a su puesto en la operación, en los momentos finales de la misma, al mirar la pantalla del monitor vio que la señal electrocardiográfica daba plana, y cuando levantó los paños del campo operativo, descubrió que el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó a la víctima el que quedara descerebrado y en estado crónico vegetativo, hasta su posterior fallecimiento. Es evidente que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar *constantemente* lo que reflejaba su pantalla, que le proporcionaba la señal electrocardiográfica indicadora del estado del paciente, representa una imprudencia temeraria profesional» (cursivas añadidas).

Auto de 16 de octubre de 1992, A. 8329, en el que en un supuesto de hecho donde el anestésista «entró y salió constantemente del quirófano», presentándose «un paro cardiorrespiratorio [cuando] el enfermo estaba desatendido con incumplimiento de sus obligaciones [de aquél]», resultando lesionado, el TS hace suyo el argumento de la sentencia de instancia de que «esta vigilancia *constante y permanente* del enfermo fue, en efecto, omitida por el Dr. V. [el anestésista] y esa omisión infringe una norma sociocultural de cuidado que integra y completa el ilícito de la imprudencia» (cursivas añadidas).

Sentencia de 18 de septiembre de 1992, A. 7187, en la que se condena por imprudencia a la doctora-anestésista por dejar «solo [al paciente] en la Sala de Despertar sin encomendar a nadie su vigilancia», siendo así que «el paciente [estaba] necesitado de *ininterrumpida* vigilancia» (cursivas añadidas).

Sentencia de 7 de julio de 1993, A. 6057: El «abandono del área del quirófano —por la anestésista— de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas; todo ello revelaba, además, grave negligencia y una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un *control y vigilancia, siempre efectiva*, sobre la situación del operado y de sus constantes biológicas» (cursivas añadidas).

Sentencia de 22 de abril de 1994, A. 3357: «La cuestión que se debate en este motivo se ciñe a la intensidad de la negligencia del acusado, y contraída al hecho —que se declara probado en la sentencia de instancia— de la falta de *vigilancia constante y permanente* de la recién operada cuando permanece en lo que se llama “Sala de Despertar”. Si la ausencia del acusado, cuando interviene en la siguiente operación, se produce, como queda perfectamente recogido en la sentencia, cuando la operada no había recuperado aún la consciencia, ello supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien es responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia... Resulta incuestionable que el hecho de que se hubiese retrasado la recuperación de la consciencia entrañaba un toque de alarma que exigía extremar todas las medidas precautorias, y especialmente esa *constante presencia, con un seguimiento continuo* de su evolución, faltando, de modo palmario a la más ele-

consciente en la Sala de Despertar, y, a consecuencia de ello, el foco entra en la esfera de lo prohibido causando un resultado típico de muerte o lesiones, aquélla o éstas les serán imputables a título imprudente en comisión por omisión.

Además del que acabamos de exponer, pueden mencionarse, como ulteriores ejemplos de obligación de control permanente, aquel al que están sometidas las centrales nucleares (50) y el que se ejerce por los controladores aéreos sobre el tráfico de los aeropuertos (51).

En todos estos casos son fáciles de construir, nuevamente, supuestos en los que *la equivalencia valorativa entre acción y omisión aparece evidente*: el controlador responderá por imprudencia de las consecuencias de un accidente aéreo, y con toda justicia, tanto si aquél tiene su origen en la instrucción equivocada que le dio (acción) al piloto del avión siniestrado, como en la no (omisión) advertencia de que existía un obstáculo con el que posteriormente colisionó el avión.

#### bb) Controles periódicos

A diferencia de los supuestos que acabamos de examinar, otras veces el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido, por lo que son suficientes revisiones periódicas (más o menos espaciadas en el tiempo, en función de la mayor o menor tendencia del foco a desequilibrarse) para comprobar que se mantiene establemente dentro del riesgo permitido.

De acuerdo con ello, se establecen controles periódicos para asegurar que no se ha rebasado el riesgo permitido, o, en su caso, y si en el intervalo entre los controles preceptivos lo ha rebasado, para

---

mental prudencia cuando se ausentó, dejando sin asistencia a la recién operada, especialmente cuando la recuperación era anormal» (cursivas añadidas).

(50) Cfr. art. 70.2 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Decreto 2869/1972, de 21 de julio: «En el caso concreto de instalaciones nucleares de la categoría a) del artículo tercero [scil. de centrales nucleares] se establecerá un *servicio permanente*, compuesto de un Supervisor y un Operador, desde el instante en que se comience la carga del combustible, independientemente de cuál sea el estado de funcionamiento de la instalación. *El Supervisor de servicio no podrá ausentarse de la instalación. El Operador de servicio no podrá abandonar la sala de control sin autorización del Supervisor y sin que sea sustituido por éste u otro Operador con licencia*».

(51) Cfr. apartado 4.5.4.1 del Reglamento de Circulación Aérea, aprobado por Real Decreto 73/1992, de 31 de enero: «Los controladores de aeródromo mantendrán *vigilancia constante* sobre todas las operaciones visibles de vuelo que se efectúen en el aeródromo o en sus cercanías, incluido de las aeronaves, vehículos y personal que se encuentren en el área de maniobras, y controlarán ese tránsito de acuerdo con los procedimientos que aquí se formulan y con todas las disposiciones aplicables de tránsito aéreo».

reintegrarlo al nivel autorizado mediante la aplicación de medidas de precaución, revisiones que pueden tener, según la naturaleza del foco y por mencionar sólo unos ejemplos significativos, una periodicidad diaria —así, para los andamios en los trabajos de construcción (52), y para las entibaciones en la excavación de pozos, zanjas, galerías y similares (53)—, o anual —así, para los locales de espectáculos bajo la vigencia del Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935 (54)—, o bianual —así, para los ascensores instalados en edificios industriales y lugares de pública concurrencia (55)—, o cuatrienal —así, para los ascensores instalados en edificios de más de veinte viviendas o con más de cuatro plantas servidas (56).

---

(52) Cfr. art. 21 de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970: «Antes de su primera utilización, todo andamio será sometido a la práctica de un reconocimiento y a una prueba a plena carga por persona competente, delegada de la Dirección técnica de la obra, o por ésta misma, en su caso. Los reconocimientos se repetirán *diariamente*, y las pruebas, después de un período de mal tiempo o de una interrupción prolongada de los trabajos, y siempre que, como resultado de aquéllos, se tema por la seguridad del andamiaje», y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudencia con tres resultados de muerte, la sentencia del TS de 14 de mayo de 1985, A. 2488.

(53) Cfr. art. 254 de la Ordenanza citada en la nota anterior: «En esta clase de trabajos [pozos, zanjas, galerías y similares] se establecerán las fortificaciones y revestimientos para contención de tierras que sean necesarias, a fin de obtener la mayor seguridad para el personal. Las entibaciones habrán de ser revisadas *al comenzar la jornada de trabajo*», y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudencia con dos resultados de muerte, la sentencia del TS de 15 de junio de 1985, A. 3012.

(54) Dada la aglomeración de personas que puede producirse en un local de espectáculos, ello constituye un foco de peligro ante la eventualidad de un incendio, por lo que se hacen precisas numerosas medidas de precaución, tanto para conseguir atajar el fuego (presencia de mangueras y de extintores), como para que no se extienda (obligación de ignifugar los materiales empleados), como para que sea posible que los asistentes puedan alcanzar rápidamente la vía pública (salidas de emergencia y vías de evacuación en un determinado número y con unas determinadas características). El art. 3.º del Reglamento de 1935 ordenaba una inspección anual de los locales, fundamentalmente para comprobar si se cumplían las normas de prevención de incendios, y, en función de esa comprobación, se otorgaba o no la licencia (anual) de temporada, imprescindible para que el espectáculo pudiera seguir estando abierto al público. El control periódico anual del Reglamento de 1935 ha sido sustituido por un control facultativo en el Reglamento de 1982 [v. inmediatamente *infra* cc)].

(55) Cfr. apartado 16.1.3.4 de la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEMI del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención referente a ascensores electromecánicos, aprobada por Orden de 19 de diciembre de 1985, y modificada por Órdenes de 23 de septiembre de 1987 y de 12 de septiembre de 1991.

(56) Cfr. la disposición citada en la nota anterior.

## cc) Controles facultativos

Los controles facultativos —atribuidos, por lo general, a las Administraciones central, autonómicas o municipales— suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran *bajo la dependencia directa de particulares*, quienes son, por consiguiente, los primeros responsables de que aquél no sobrepase, por acción o por omisión, el riesgo permitido. Con la superposición de una vigilancia administrativa se intentan alcanzar dos objetivos: en primer lugar, que ante la amenaza permanente de una eventual inspección, los particulares, por el temor a ser sancionados [normalmente, con carácter administrativo (57)], adopten las medidas de precaución previstas; y, en segundo lugar, que en aquellos supuestos en que una inspección efectivamente realizada ponga de manifiesto esa infracción de las normas de diligencia, las irregularidades sean corregidas, reconduciendo entonces la Administración el peligro a los límites jurídicamente tolerados.

Pero a la vista de la multitud de focos de peligro existentes que caen dentro de las revisiones facultativas, lo que naturalmente no se puede exigir es que los inspectores tengan el don de adivinar el futuro y que inspeccionen, precisamente, *aquel foco de peligro del que se va a derivar una accidente imprudente*: los controles facultativos, como su propio nombre indica, establecen *una facultad*, pero *no una obligación* de control, por lo que, en abstracto, tampoco pueden fundamentar un delito imprudente de comisión por omisión: no se puede hacer responsable, por ejemplo, de un delito imprudente por omisión al guardia civil de tráfico de la comandancia más próxima, por no estar presente *justamente* en el tramo de la carretera donde, por la noche, circulaba un vehículo con los faros apagados que posteriormente provocó un accidente. En consideraciones de esta naturaleza se basó la sentencia (no publicada) de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1994 [caso Alcalá 20, v. *supra* III C 2 b)] para absolver al —en el momento de los hechos— Concejal de Seguridad del Ayuntamiento de Madrid, Emilio García Horcajo; pues ciertamente que el servicio municipal de prevención de incendios tenía, de acuerdo con el artículo 46.4 del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, de 1982, *facultades* para inspeccionar locales de espectáculos («... los servicios técnicos municipales *podrán* realizar cuantos reconocimientos y visitas de inspección consideren necesarios para comprobar las condiciones de seguridad e higiene y el funcionamiento de instalaciones y servicios [de las instalaciones destinadas a espectáculos o actividades recreativas]») (58); pero teniendo en cuenta que

---

(57) Cfr., sin embargo y excepcionalmente, *supra* nota 31.

(58) Los controles administrativos son, en cambio, preceptivos, de acuerdo con los arts. 40.3 y 47.1 del Reglamento de 1982 cuando el local se pone en fun-

en Madrid existen más de 300.000 locales dedicados a esas actividades (discotecas, cines, teatros, bares, cafeterías, etc.) lo que obviamente le era imposible al Concejal era adivinar que uno de ellos, en concreto, la discoteca «Alcalá 20», no cumplía con las normas de prevención de incendios, que, además, iba a arder, y que el incendio se iba a producir precisamente en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, por lo que tendría que haber ordenado que se girase una inspección antes de esa fecha (59).

De acuerdo también con estos criterios, la sentencia del TS de 26 de marzo de 1994, A. 2599, absuelve al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Córdoba del incendio y de las muertes imprudentes de las personas que perecieron abrasadas, que les habían sido imputadas a aquéllos, en comisión por omisión, por la Audiencia Provincial. Ésta había fundamentado su sentencia condenatoria en que los dos acusados no habían intervenido para retirar unos coches mal aparcados en una vía peatonal, y en que, con ello, habrían «dejado de adoptar la más mínima medida para evitarlo [el estacionamiento prohibido], siendo esto lo que im-

---

cionamiento (control en origen) o cuando ha estado cerrado un mínimo de seis meses.

Art. 40.3: «Tal licencia [preceptiva para la apertura de todo local de nueva planta o reformado destinado a espectáculo o actividades recreativas] *tendrá por objeto comprobar* que la construcción o la reforma y las instalaciones se ajustan íntegramente a las previsiones del proyecto previamente aprobado por el Ayuntamiento al conceder las licencias de obras a que se refiere el artículo 36 de este Reglamento, especialmente en aquellos aspectos y elementos de los locales y de sus instalaciones *que guarden relación directa con las medidas de seguridad, sanidad y comodidad de obligatoria aplicación a los mismos.*»

Art. 47.1: «Sin perjuicio de las facultades inspectoras permanentes de los Gobernadores Civiles y los Alcaldes, éstos *ordenarán el reconocimiento preceptivo* de los locales destinados a espectáculos o recreos públicos, cuando, tras haber permanecido cerrados durante seis meses como mínimo, pretendieran comenzar o reanudar su actividades, *a fin de comprobar si subsisten las medidas de seguridad* y sanidad que fueron tenidas en cuenta para la concesión de la licencia de apertura y funcionamiento.»

(59) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid fundamenta la absolución de GARCÍA HORCAJO, entre otras, en las siguientes consideraciones: «En el caso de autos el procesado García Horcajo no adquirió la condición de garante... En el caso de autos se derivaría de una disposición legal, que no es otra que el art. 46.4 del Reglamento del 82...; pero este artículo *no impone una obligación de inspeccionar, sino una facultad*, por lo que el procesado no estaba sometido a ningún deber jurídico concreto de actuar. El Reglamento de 1982 atribuye facultades inspectoras a los Ayuntamientos, pero sólo impone la obligación de inspeccionar en el art. 47.1, referente a los locales que han estado cerrados seis meses como mínimo y pretenden reanudar su actividad, que no era el caso de la discoteca Alcalá 20. Por ello no puede hablarse de delito de imprudencia temeraria en la actuación de García Horcajo» (cursivas añadidas).

pidió el paso de los vehículos de bomberos, lo que originó un retraso determinante, de forma altamente decisiva del fallecimiento de las víctimas [que estaban dentro del edificio incendiado]». La sentencia de la Audiencia de Córdoba desconoce que siendo, como es, *facultativo* el control municipal de los coches mal estacionados no se entiende sobre qué base la policía local, de entre los cientos o los miles de vehículos incorrectamente aparcados aquella noche en Córdoba, tenía la obligación de comprobar aquellos que —como sólo pudo ponerse de manifiesto *a posteriori*— iban a dificultar el paso de los bomberos que iban a acudir a apagar un incendio justamente en aquel edificio de la ciudad. Como afirma con toda razón el TS, al casar la sentencia de instancia, «lo que se les imputa [al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía local] es una omisión», y ésta exige (lo que el Tribunal de instancia, porque el control era facultativo, fue incapaz de fundamentar) «establecer cuál era el deber de cuidado específico infringido».

#### dd) Resumen

La existencia (autorizada) de focos de peligro requiere muchas veces, para que éstos no rebasen el riesgo permitido, la creación de instancias de control encargadas de mantener a aquéllos dentro de los límites jurídicamente tolerados.

A la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada.

Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión: estos controles tienen un carácter meramente preventivo-general para conseguir, en lo posible, que, mediante la amenaza de una eventual (pero no preceptiva) inspección, los responsables directos del foco (por lo general, personas particulares) apliquen las medidas de precaución necesarias para que no traspase los límites de riesgo tolerado. Pero a los inspectores (por lo general, funcionarios de la Administración) encargados de los controles facultativos no les corresponde la (imposible) misión de adivinar, de entre la multitud de focos sometidos a su competencia, cuál va a ser aquel que precisamente se va a desestabilizar y que, por consiguiente, habría que revisar: como este dato sólo se pone de manifiesto *a posteriori*, por ello tampoco puede convertir lo que es una mera facultad en una obligación de control de ese foco específico.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN GENERAL

Una vez determinadas las características de la comisión por omisión imprudente y explicado el fundamento de por qué, cuando aquellas concurren, equivale realmente a una acción, hasta el punto de que, con los criterios que hemos establecido, los comportamientos imprudentes activos y pasivos aparecen como normativamente intercambiables, podríamos concluir el presente artículo, ya que ha quedado cubierto el estudio de los temas enunciados en su título: causalidad, omisión e imprudencia.

Pero las consecuencias que se extraen de los principios a los que hemos llegado en las páginas anteriores van, naturalmente, más allá de la estricta omisión imprudente impropia, y, por ello, no quiero terminar este trabajo sin hacer algunas breves consideraciones sobre la comisión por omisión en general.

### A. La reducción de la comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente

Como al lector no le habrá pasado inadvertido, hasta ahora he evitado utilizar, en lo posible, la expresión garante. Ello obedece a que el ámbito de los posible sujetos activos de una comisión por omisión, de acuerdo con la tesis que aquí se mantiene, es *mucho más restringido* que el de la teoría dominante. Mientras que para ésta garante, y, consiguientemente, persona a la que le es imputable el resultado sobrevenido como si lo hubiera causado mediante una acción, lo es quien está obligado *extrajuridico-penalmente* a velar por la integridad de un interés penalmente protegido, independientemente de que éste sea lesionado como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro o de una amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre de improviso un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene) (60), en mi opinión sólo en el primer caso estamos

---

(60) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pág. 283, a quien posteriormente ha seguido la doctrina dominante, fue el primero que dividió las posiciones de garante según que consistieran en «la vigilancia de una determinada fuente de peligro», en cuyo caso es *indiferente cuáles son, en particular, los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente*, y aquellas otras en las que el garante está encargado «de la *defensa de un bien jurídico absolutamente determinado* contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencia» (cursivas añadidas). Pero esta distinción la establece KAUFMANN sólo con fines formales de carácter clasificatorio y didáctico, *sin que de ella se haya extraído hasta ahora ninguna consecuencia material*. En cambio, según la tesis que aquí se mantiene, sólo en el primer caso,

ante una omisión impropia, mientras que en el segundo el omitente sólo responderá, en su caso, de una *omisión propia* de los arts. 489 ter o 338 bis.

De todas formas, mi concepción de foco de peligro no coincide exactamente —como hemos visto ya (IV D 2 b) y volveremos a ver *infra* D— con la de Armin Kaufmann (61): considero que existe una fuente de peligro capaz de generar una comisión por omisión si el vigilante (o garante) no aplica las medidas de precaución preceptivas, tanto cuando se trata de una fuente que puede menoscabar bienes jurídicos *en principio indeterminados* (la no bajada de las barreras en un paso a nivel puede suponer la muerte o lesiones de *cualquier* ocupante de un automóvil que vaya a cruzar cuando pasa el tren), como cuando se trata de un *bien jurídico determinado* —aquí discrepo del concepto de Kaufmann de fuente de peligro— que, por su desamparo, se ha convertido en una fuente de peligro que exige protección (un niño pequeño es una fuente de peligro *para sí mismo* que debe ser vigilada, por ejemplo, dándole de comer, ya que él es incapaz de alimentarse).

## **B. La comisión por omisión como *constancia* de que un foco de peligro desestabilizado ha causado el resultado**

La reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro trae consigo que, en contra también de la doctrina dominante, la imputación del resultado al omitente no se haga depender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en la realidad, imposibles de determinar: la pregunta a formular no es ya si la acción omitido *hubiera* (con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si *consta* que una inactividad —al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva— ha *transformado* (normativamente) un foco de peligro de permitido en prohibido, y si *consta* igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha *causado materialmente* el resultado.

---

cuando la omisión del vigilante de la fuente de peligro convierte a éste de lícito en prohibido, estamos ante una omisión impropia, mientras que en los supuestos de infracción de deberes (extrapenales) de asistencia frente a un bien jurídico determinado la responsabilidad penal no puede exceder, en el peor de los casos, de una omisión propia.

(61) V. otra vez la nota anterior.

### C. La sustitución de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado por la de que hubiera disminuido el riesgo de lesión

En parte como consecuencia del callejón sin salida al que conduce la fórmula adaptada a la comisión por omisión de la *conditio sine qua non* —que, como hemos visto (IV A 3), nunca puede ofrecer la certeza, sino, en el mejor de los casos, una altísima *probabilidad* de que la acción omitida hubiera evitado el resultado—, un sector minoritario de la doctrina (62) ha decidido, aparentemente, hacer de la necesidad virtud y sustituye el requisito de que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado por el de que la acción omitida hubiera *disminuido* el peligro de lesión del bien jurídico, aplicando este principio tanto a los casos de garante por vigilancia de fuente de peligro como de protección de un bien jurídico concreto.

Esta teoría, que permite fundamentar consecuentemente, sin las contradicciones de la doctrina dominante, por qué el marido que no auxilia a la mujer enferma o que va a ser asesinada responde de un delito consumado contra la vida en comisión por omisión (en ambos supuestos la acción de auxiliar omitida por el cónyuge habría disminuido el peligro de fallecimiento de la esposa), y que, en cierto modo, supone una transposición al delito de omisión de la teoría de Roxin del aumento del riesgo (63), ha sido combatida por la doctrina dominante con la objeción de que, por una parte, es incompatible con el principio *in dubio pro reo* y de que, por otra, convierte *contra legem* a todos los delitos de lesión en delitos de peligro (o a los que, como mucho, deberían ser frustrados en consumados) (64). Y ha sido

---

(62) Sus principales representantes son *Stratenwerth* (cfr. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin-Bonn-Munich, 1981, pp. 277-278: «... basta la omisión de una acción que hubiera disminuido el peligro que llevaba a la lesión del bien jurídico») y RUDOLPHI (v. *SK StGB I*, 6.<sup>a</sup> ed., cerrada en septiembre de 1993, antes del § 13 núm. marginal 16: el resultado es imputable a la omisión «cuando simplemente consta que la acción omitida hubiera disminuido inequívocamente el peligro que amenazaba al bien jurídico»).

(63) V. *supra* IV B 1. ROXIN no se ha pronunciado sobre si está de acuerdo o no con esa transposición a la comisión por omisión de su teoría del aumento del riesgo. Sí se ha pronunciado, en cambio, su discípulo SCHÜNEMANN, defensor de la teoría del aumento del riesgo en el delito imprudente de *acción* (cfr. «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 648 ss.), quien niega tajantemente que esa teoría pueda ser transpuesta a la comisión por omisión (v. *JA*, 1975, p. 655).

(64) Cfr., en este sentido y entre otros, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 655; SEELMANN, *AK StGB I*, Neuwied, 1990, § 13 núm. marginal 61; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin-Nueva York, 1991, p. 794; ERB, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen*

combatida con razón. Como tanto Stratenwerth como Rudolphi parten, con la doctrina dominante, de que existe una comisión por omisión (imprudente o dolosa), independientemente de si el «garante» es el vigilante de una fuente de peligro o de si sólo le incumbe —sin foco de peligro preexistente— un deber genérico extrapenal de velar por un determinado bien jurídico, en este último caso imputarían el resultado a quien no auxilia a un pariente repentinamente enfermo, con tal de que la acción omitida (de auxilio) hubiera disminuido el peligro de lesión. Pero si el criterio más estricto de la doctrina dominante de la probabilidad rayana en la seguridad no consigue superar la objeción de que esa omisión no puede equivaler a una acción —porque en ésta se exige la *absoluta seguridad causal*, no bastando la creación de un mero riesgo para el bien jurídico, si no consta que ese peligro es el que ha desembocado en una lesión— (v. *supra* IV A 3), con mayor motivo habrá que negar la equiparabilidad con un delito de acción en la omisión de aquellas acciones que únicamente hubieran disminuido el riesgo de producción del resultado, esto es: que *ni siquiera* llegaran a alcanzar el nivel de que lo hubieran impedido con una altísima probabilidad.

#### D. El delito *doloso* de comisión por omisión

Naturalmente que también existen delitos dolosos de comisión por omisión. Pero como en los delitos imprudentes, la cuasicausalidad de la omisión impropia dolosa no puede consistir tampoco en la hipótesis —más o menos probable— de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que hay que exigir —al igual que en el delito doloso de acción— la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado *con seguridad* (aspecto objetivo) y, en este caso, intencionadamente (aspecto subjetivo del tipo doloso) en un resultado típico.

De lo expuesto se sigue una *drástica reducción*, frente a la doctrina dominante, *del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia*, en cuanto que *quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados, en su caso, como una omisión propia*, todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de riesgo, produciéndose el resultado por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, por lo que nadie estaba previamente encargado de vigilar un *ex ante* inexistente foco de peligro.

---

*auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlín 1991, p. 145 y *passim*; Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 130.

El delito *doloso* de *acción* contra la vida consiste en que, por ejemplo y mediante un disparo, la mujer o el hijo condicionan *con toda seguridad* la muerte de, respectivamente, el esposo o el padre, quedando descartada la imputación del resultado si existe la *mínima duda* sobre si la conducta ha influido científiconaturalmente en el resultado (v. *supra* IV A 2). Por ello, y paralelamente, *no puede equivaler a esa acción* —por ejemplo y para acudir a dos casos ya conocidos y paradigmáticos de comisión por omisión para la doctrina dominante— una inactividad consistente en no intervenir para proteger al marido o al padre de un infarto o frente a un delito contra la vida que va a cometer un tercero, ya que *no se puede tener la seguridad* de si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado letal.

Si no concurren circunstancias excepcionales a las que luego me referiré, los miembros que conviven dentro de una familia no pueden ser considerados como, por así decirlo, «focos de peligro andantes», al borde de una desestabilización que debería ser contrarrestada en cualquier momento con una medida de precaución, y necesitados, por ello, de una vigilancia especial encomendada a otros parientes: si la muerte de uno de ellos se produce a consecuencia de un ataque al corazón, a éste habrá que reconducir el fallecimiento y la omisión de auxilio de sus familiares no pasará de ser un comportamiento pasivo que *tal vez* —pero no con seguridad— hubiera evitado el resultado, ni pasará de ser, con ello, una omisión propia; pero esa inactividad no puede entenderse —lo que sería necesario para fundamentar una comisión por omisión y, con ello, la imputación del resultado— como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro preexistente que ha desembocado en una muerte.

La anterior conclusión, alcanzada sobre la base de los criterios de identidad que hacen plausibles la equiparación de una omisión a una acción, se ve confirmada también con consideraciones de otra naturaleza. Por una parte y *lingüísticamente*, porque de la esposa que no reacciona ante una grave y repentina enfermedad del marido no se puede decir, razonablemente, que le ha «matado» —le ha «matado» la enfermedad—, lo que, desde el punto de vista del principio de legalidad, hace imposible subsumir ese comportamiento pasivo en el artículo 405 que requiere «matar al cónyuge»; y por otra parte y *valorativamente*, porque obviamente no es lo mismo —y, por consiguiente, ambos casos no pueden ser sancionados indiferenciadamente con la pena de reclusión mayor prevista para el parricidio— el comportamiento activo de la mujer que pega un tiro al marido y el pasivo de *aprovechar* la circunstancia inesperada de una enfermedad súbita para ver si, así, puede liberarse del cónyuge al que aborrece.

De lo expuesto se deduce que *únicamente* existe una comisión por omisión dolosa cuando el *encargado de vigilar un foco de peligro*

*preexistente*, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza *intencionadamente* condicionando dicho foco *con toda seguridad* el resultado típico.

De acuerdo con ello y por ejemplo, responderá a título de *dolo*, por los eventuales resultados de muerte, lesiones o daños producidos, el guarda de paso a nivel que, *para provocar el accidente*, no baja las barreras antes del paso del tren, y a título de *dolo* también el anestesista que, *con intención* de causar la muerte del paciente, permanece impassible, sin hacer nada para ayudarlo, cuando advierte en la pantalla del monitor que están surgiendo complicaciones: en todos estos supuestos la ausencia de una medida de precaución preceptiva ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo éste el causante, *con toda seguridad*, del resultado típico.

También dentro del ámbito familiar pueden darse delitos dolosos de comisión por omisión; pero no como consecuencia de un deber genérico extrapenal [como, por ejemplo, los establecidos en los arts. 67 y 68 del Código Civil (65)] de velar por parientes adultos y hasta entonces no expuestos a riesgo alguno. La omisión impropia surge aquí cuando el pariente que haya resultado lesionado o muerto, como tal, constituye o se ha convertido en un foco de peligro, a consecuencia de su inmadurez, de una enfermedad preexistente o de cualquier otra circunstancia. Así, los niños, al no poderse valer por sí en absoluto (o sólo limitadamente, en función de la edad), constituyen un foco de peligro para ellos mismos o para los demás que tiene que ser contrarrestado con medidas de precaución encomendadas a las personas más cercanas. Cuando nace, el niño, naturalmente, no se puede ligar a sí mismo el cordón umbilical, por lo que si la madre es la única persona que asiste al parto y no lo anuda, al no haber aplicado una medida de precaución, responderá de la muerte en comisión por omisión *intencionada* o imprudentemente, según que la inactividad que ha desestabilizado al foco de riesgo (al recién nacido como tal) se haya llevado a cabo *dolosa* o culposamente; después del nacimiento, los hijos, que durante un período prolongado de tiempo y por ejemplo, ni se pueden alimentar a sí mismos, ni saben manejarse en una bañera, ni tienen tampoco capacidad para detectar la existencia y la gravedad de posibles enfermedades, siguen constituyendo, por ello, un foco de peligro, y si éste se ve desestabilizado por una ausencia de las correspondientes medidas destinadas a contrarrestar el riesgo (no se les da de comer, no se les incorpora en la bañera en la que se acaban de sumergir, no se avisa al médico y se les deja morir de una meningitis), a la persona encargada en

---

(65) Art. 67: «El marido y la mujer deben respetarse y *ayudarse* mutuamente y actuar en interés de la familia». Art. 68. «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y *socorrerse mutuamente*.»

cada momento del control (a la madre, al abuelo, a la niñera) le será imputable la muerte sobrevenida intencional o imprudentemente, según que la omisión sea reconducible a una voluntad dolosa o a una actitud negligente.

Pero no sólo los niños, también los parientes adultos pueden convertirse en focos de peligro, cuando por la edad o las enfermedades entran en una situación de desamparo que exige la vigilancia y la aplicación, en su caso, de medidas de precaución. En consecuencia, responde de un parricidio doloso en comisión por omisión la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia —un marido enfermo— le abandona durante seis días, produciéndose la muerte de éste (66). Pero la imputación del resultado no se produce como consecuencia de un deber extrapenal genérico establecido en los artículos 67 y 68 CC que fundamentaría en todo caso —aun ante la presencia de una enfermedad repentina— un delito de comisión por omisión (así, la doctrina dominante), sino sobre la base de una *obligación específica de vigilancia* —en este supuesto: del mismo objeto material del delito que, por su enfermedad, se habría convertido en sí en un foco de peligro— que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado, dependiendo en todos estos casos la responsabilidad dolosa o culposa por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado con la ausencia de las medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente.

Pero con todo ello me alejo cada vez más del objeto que quería tratar en el presente trabajo: ésa, la comisión por omisión *dolosa*, es otra historia, que espero poderles contar muy pronto.

---

(66) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 28 de enero de 1994, A. 125: «Como muy bien se razona por el Tribunal sentenciador, la recurrente se había convertido en el único medio de subsistencia de su marido, que dependía absolutamente de la acusada para todo. Su existencia estaba en sus manos. Si no le alimentaba, le suministraba la medicación o le auxiliaba para hacer sus necesidades fisiológicas, su muerte se produciría en un tiempo máximo de cinco días, según se expresa en los hechos que se declaran probados. Al asumir la esposa tal situación su posición de garante aparece incuestionable. Tampoco ofrece cuestión que la acusada omitió la acción debida, ya que al ausentarse del domicilio conyugal, sin ponerlo en conocimiento de persona alguna, con el marido postrado en la cama e incomunicado, sin posibilidad de obtener alimento, sólido y líquido, ni tomar las medicinas que le estaban prescritas, y no regresar al mismo hasta pasados seis días, desatendió el deber que le vinculaba con respecto a su esposo, casi asegurando un resultado de muerte que venía obligada a evitar.»