

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Problemas de omisión y rechazo a la asistencia médica

Comentario a la SAP Ourense de 25 de junio de 2008, p. Cid Manzano

ALBERT ESTRADA I CUADRAS
Becario FPU de la Universitat Pompeu Fabra

I. LOS HECHOS PROBADOS Y LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La SAP Ourense de 25 de junio de 2008, p. Cid Manzano, parte de los siguientes hechos probados:

«El acusado Eugenio con DNI núm. xxx, mayor de edad al haber nacido el 2 de enero de 1973, sin antecedentes penales, convivía y cuidaba desde hace aproximadamente diez años a su abuela Guadalupe, persona de 85 años y con dificultades de movilidad. El día 29 de abril de 2007 aproximadamente sobre las 18:30 horas cuando el acusado y su abuela se encontraban en el domicilio que compartían en Dirección xxx número num. xxx San Xes A Peroxa, partido judicial de Orense, ésta se cae al suelo en presencia del acusado que no puede evitarlo y al no poder levantarla por el peso de Guadalupe y porque se quejaba de dolor al intentar moverla, la deja tirada en el suelo tapándola con una manta y dándole de comer sin dar aviso a persona alguna

a pesar de las constantes quejas de dolor de Guadalupe, haciendo así el acusado caso a su abuela que le manifiesta que no llamase a nadie. En esta situación transcurre el resto de las horas del domingo, y el lunes hasta que el martes día 1 de mayo cuando el acusado se levanta la encuentra muerta. La causa inmediata de la muerte de Guadalupe un tromboembolismo pulmonar y la causa fundamental un politraumatismo».

El Juzgado de lo penal número uno de Ourense condenó en primera instancia al acusado Sr. Eugenio por un delito de omisión del deber de socorro con la agravante de parentesco, absolviéndole del delito de homicidio imprudente por el que venía siendo acusado como primera calificación por el Ministerio fiscal.

En sede de apelación, en respuesta al recurso presentado por el Ministerio fiscal, la sección segunda de la Audiencia provincial de Ourense condena al acusado, Eugenio, como autor de un delito de homicidio imprudente a una pena de prisión de dos años y a una pena de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el mismo tiempo. No hace mención alguna a la agravante de parentesco y absuelve del delito de omisión del deber de socorro. La sentencia de la Audiencia provincial es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno. A continuación se resumen los fundamentos de derecho.

2. En el fundamento jurídico segundo, el Tribunal explica que el comportamiento penalmente relevante puede presentarse en forma de acción o de omisión, que los delitos de omisión se agrupan en delitos de omisión pura y delitos de comisión por omisión y, finalmente, cuál es la estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión. Inmediatamente después, el Tribunal anticipa la calificación jurídica de los hechos y afirma, sólo empezar el tercer fundamento jurídico, que si bien la causa inmediata de la muerte de la Sra. Guadalupe fue un tromboembolismo pulmonar, desde una perspectiva jurídico-penal la causa de la muerte fue su no evitación por parte de su nieto, faltando éste a la diligencia mínima exigible. ¿Por qué?

En primer lugar, porque

«la conducta del acusado [recordemos: no pedir asistencia médica para su madre, esto es, una omisión] es una condición sin la cual el resultado no se habría producido, y ello atendiendo a criterios naturales que proporciona la lógica y la experiencia, como establecería la teoría de la equivalencia de las condiciones o “conditio sine qua non”» (FD 3.º).

En segundo lugar, porque

«... la muerte se produjo por consecuencia de tromboembolismo evitable, porque derivó de inadmisibles inmovilizaciones no seguidas del tratamiento facultativo idóneo por virtud de conducta pasiva del acusado, al que, asumiendo posición de garante, le era exigible comportamiento distinto.

Incurrió, pues, en grave imprudencia que le hace tributario de reproche penal por obra del título de imputación sancionado en el art. 142.1 CP...» (FD 4.º).

Entre estas dos afirmaciones, la sentencia hace referencia a la necesidad de aplicar la teoría de la imputación objetiva como filtro del juicio de (mera) causalidad (FD 3.º), así como a la estructura del delito imprudente (FD 3.º), se supone que para analizar posteriormente si concurren en el caso concreto sus respectivos presupuestos. Sin embargo, en el fundamento jurídico cuarto se limita a repetir de nuevo que existió causalidad entre el tromboembolismo mortal y la «ociosa» actitud del acusado que permitió que su abuela se mantuviera tirada, así como a insistir en que en el caso de que la Sra. Guadalupe hubiera sido oportunamente tratada no habría muerto, incluso cuando el perito de instancia no pudiera afirmar con precisión matemática que el tratamiento la habría salvado.

La resolución no hace mención alguna de los requisitos del tipo objetivo del delito de comisión por omisión que inicialmente enumeró en su fundamento jurídico segundo. Tan solo se afirma, al final del cuarto fundamento y antes de calificar los hechos como homicidio imprudente, que el nieto de la fallecida se encontraba en posición de garante, aunque sin aclarar por qué. Tampoco se da mayor relevancia a la petición de la abuela de que su nieto no llamara a nadie, hecho declarado probado y al que no se hace ninguna referencia a lo largo de toda su fundamentación jurídica.

3. En las líneas que siguen se comenta esta sentencia a la luz de una sucinta aproximación a la doctrina y jurisprudencia actuales en materia de comisión por omisión (1). Después de hacer una breve mención a la distinción entre acción y omisión, los comentarios se centran en la supuesta posición de garante del Sr. Eugenio, en primer lugar, y en la eventual relevancia jurídico-penal de la petición de la Sra. Guadalupe a su nieto de que no llamara a nadie, en segundo lugar.

(1) Sería exageradamente ingenuo pretender resumir el estado actual de esta cuestión en el reducido espacio de un comentario de sentencia. El único objetivo de las líneas que siguen es presentar los principales enfoques con los que la doctrina española ha abordado los problemas que plantea la comisión por omisión para analizar, posteriormente, hasta qué punto la sentencia comentada los tiene en cuenta y, en caso contrario, cómo habrían podido afectar a la determinación de la responsabilidad penal del acusado.

A un lado se dejan la calificación de los hechos como imprudentes y si la misma está correctamente fundamentada o no. Cualquiera otra cuestión procesal o sustantiva que la resolución pueda plantear tampoco va a ser objeto de examen en este comentario.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

1. A la hora de distinguir entre acciones y omisiones resulta necesario aclarar en qué plano se está hablando: si en el ontológico (material o físico-natural), o bien en el normativo. Y ello porque, en el plano ontológico, en realidad, tiene escasa relevancia distinguir entre acciones y omisiones, pues lo único que existe son procesos causales, acciones en sentido estricto (2).

Cuando el padre no da de comer a su hijo pequeño, realiza acciones: salir a trabajar, regar las plantas, lavar platos, etc. Incluso cuando esté sentado en el sofá mirando por la ventana se puede afirmar que lleva a cabo procesos causales (acciones): respirar, por ejemplo.

Pero si bien es cierto que en el plano ontológico solamente podemos hablar de procesos causales, no es menos cierto que de entre estos procesos se pueden distinguir aquellos que son causa (aún en términos físico-naturales) de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y aquellos que no lo son.

Así, el acto de clavar el cuchillo en el corazón de su víctima por parte del sicario será causal del resultado de muerte. Por su parte, la conducta del padre consistente en mirar el televisor o fregar los platos no será nunca causa, en términos físico-naturales, de la muerte de su hijo. La causa de su muerte es la inanición y la causa de la inanición la imposibilidad del niño de alimentarse.

3. Sin embargo, esta diferencia tiene una relevancia relativa en el plano normativo. En sede de tipicidad jurídico-penal, cabe distinguir entre tipos de injusto que consisten en el empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos o, lo que es lo mismo, la producción de resultados lesivos (comisiones) y, por otro lado, tipos de injusto que consisten en la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes

(2) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «“Comisión” y “omisión”: criterios de distinción», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.) *La comisión por omisión*, Madrid (CGPJ) 1994, pp. 12-54, p. 13.

jurídicos de terceros (omisiones) (3). Los primeros lesionan el principio de autonomía o de responsabilidad por la propia organización, los segundos el principio de solidaridad (4). Hasta aquí el plano normativo.

¿Qué queda del plano ontológico? Pues bien, normalmente (5), los tipos de injusto que consisten en una omisión (ausencia de una intervención en salvaguarda de bienes jurídicos ajenos) serán realizados por acciones que no guardan ningún tipo de relación de causalidad físico-natural con el eventual resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se protege en el tipo. Luego, ¿los tipos de comisión son los realizados por las acciones que sí guardan una relación de causalidad físico-natural con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico? No siempre. Normalmente sí, pero en algunos casos se considerará que una acción que no guarda relación de causalidad físico-natural con el resultado lesivo ha producido dicho resultado. Estos son los llamados supuestos de comisión por omisión. *Omisión*, porque en el plano ontológico no existe relación de causalidad con el resultado lesivo. *Comisión*, porque en el plano normativo, entendemos que dicha acción equivale a la puesta en peligro o lesión activa del resultado, y por eso se lo imputamos.

Pero, si normativamente la calificación de comisión u omisión de una conducta no depende de su virtualidad causal, ¿tiene algún tipo de relevancia la causalidad de la acción en relación con el resultado? Que en el plano normativo acabe siendo superficial si el comportamiento era o no causal del resultado no significa que las diferencias en el sustrato ontológico no tengan ninguna relevancia a la hora de analizar la realización del tipo desde una perspectiva normativa. Comisión activa y comisión por omisión siguen manteniendo suficientes singularidades en el plano ontológico que aconsejan su distinción a efectos dogmáticos y analíticos. Así, más allá de si se comparten o no los posicionamientos teóricos que puedan existir detrás de las peculiaridades que algunos autores mencionan, se consi-

(3) Ya se entiendan como puestas en peligro, ya como efectivas lesiones del bien jurídico penalmente protegido.

(4) SILVA SÁNCHEZ, «“Comisión” y “omisión”: criterios de distinción» en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), 1994, pp. 14-15.

(5) En determinados casos, algunos sectores de la doctrina admiten calificar como omisiones en el plano del tipo acciones que en el plano físico-natural sí guardan una relación de causalidad con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así, por ejemplo, en los supuestos de desconexión de una máquina de corazón-pulmón cuando no existe ninguna posibilidad de que el paciente pueda mantenerse en vida de manera autónoma en el futuro, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona (Marcial Pons) 1986, pp. 249-259; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, München (Beck) 2003, pp. 664-665.

dera que la comisión por omisión presenta diferencias respecto de la comisión activa en materia de causalidad, de imputación, de tipo subjetivo, de inexigibilidad, de tentativa, de error de tipo o de prohibición, etcétera (6).

4. La importancia de la distinción no es meramente teórica o, en el peor de los casos, meramente didáctico-expositiva. Muy al contrario, hay quien ya ha advertido su posible trascendencia en el ámbito procesal. El procesamiento por la realización comisiva u omisiva del tipo puede tener implicaciones en materia de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues cuando la calificación inicial tan solo se refiera a una de las dos modalidades de realización, la imputación en instancias posteriores del procedimiento por la otra modalidad podría ser contraria al principio acusatorio colocando al acusado en situación de indefensión (7).

5. No obstante, la necesidad de distinguir entre comisión activa y comisión por omisión en el plano normativo no está exenta de crítica, así como tampoco existe consenso acerca de con qué criterio debe distinguirse entre quienes lo consideran necesario (8). En todo caso, a los efectos de este comentario, basta con haber puesto de manifiesto la posibilidad y necesidad de distinguir los planos ontológico y normativo a la hora de atribuir responsabilidad penal por la producción de un resultado a una conducta que no guarda ningún tipo de relación de causalidad físico-natural con el mismo.

III. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN EN EL PRESENTE CASO

1. Una clara confusión de los planos ontológico y normativo es lo que se detecta en la sentencia objeto de este comentario. El tribunal afirma, en su FD 3.º, que

«... la conducta del acusado es una condición sin la cual el resultado no se habría producido, y ello atendiendo a criterios naturales que proporciona la lógica y la experiencia, como establecería la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*.»

(6) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 176 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona (Reppertor) 2008, pp. 311-312, 12/12; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, pp. 627-628, 651-656.

(7) Así, véase el voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar en la STS de 19 de octubre de 2001, p. Sánchez Melgar.

(8) Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 163-191.

La teoría de la equivalencia de las condiciones es una teoría de la causación del resultado típico o, lo que es lo mismo, de cuándo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado. Su principal postulado es que causa de un resultado es toda condición de la cual ha dependido su producción, independientemente de la mayor o menor proximidad respecto del resultado, siempre en términos ontológicos (9). De ahí que se hable de equivalencia y de ahí que, con esta fórmula, se amplíe hasta el infinito el ámbito de la causalidad, pues cualquier condición físico-natural del resultado será considerada causa: así, el conocido ejemplo de la madre del asesino que, de acuerdo con esta teoría, se considera causa del resultado de muerte. Por eso es necesario recurrir a criterios *normativos* que permitan seleccionar, de entre las condiciones que ontológicamente son causa del resultado, las que jurídico-penalmente se consideran relevantes. Estos criterios nos los aporta, por ejemplo, la teoría de la imputación objetiva.

2. Pues bien, en ningún caso cabe afirmar que las acciones que llevó a cabo Eugenio y que se describen en los hechos probados sean causa en términos físico-naturales del resultado de muerte de su abuela. Cuestión distinta es que, desde una perspectiva normativa, Eugenio tuviera el deber de evitar el tromboembolismo pulmonar que causó la muerte de su abuela. Y en este plano quizá quepa hablar de la *causalidad hipotética* o posibilidad de evitar el resultado con la intervención debida. Esto es a lo que probablemente se refiere la sección 2.^a de la Audiencia de Ourense cuando afirma que la conducta del acusado es una condición sin la cual el resultado no se habría producido. Sin embargo, conviene dejar claro que se está utilizando la teoría de la equivalencia de las condiciones en términos normativos, pues de otra manera afirmaciones como las comentadas dejan de tener sentido.

En los apartados que siguen, por razones de economía del lenguaje, me referiré a las acciones no causales –en términos físico-naturales– del resultado con el término «omisión». A las acciones que sí guarden dicha relación me referiré con el término «acción».

IV. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN MATERIA DE COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Actualmente, la comisión por omisión se halla expresamente regulada en el artículo 11 del vigente Código penal. Como es sabido, este artículo nace como solución de compromiso entre dos concep-

(9) Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., 2008, pp. 238 ss.

nes tradicionalmente opuestas de la comisión por omisión. Si bien las aportaciones doctrinales en este ámbito han sido especialmente prolíficas y muy matizadas, cabe distinguir dos líneas dominantes en el enfoque del problema. Por un lado, la de quienes fundamentan la equivalencia entre la acción y la omisión por la vía axiológica o del merecimiento de pena, construyendo la teoría de los delitos de comisión por omisión sobre la base de la infracción de un especial deber de evitar el resultado derivado de una estrecha vinculación con el bien jurídico (10). Por el otro, la de quienes fundamentan la equivalencia entre acción y omisión sobre la base de la identidad estructural y material entre la conducta de producción del resultado –comisión activa– y su no evitación –comisión omisiva– (11). Lo único que comparten estos dos enfoques es su enemigo: la concepción de la comisión por omisión como una mera infracción de deber. Ni a unos ni a otros les basta con la mera infracción por parte del omitente del deber de evitar el resultado pudiendo evitarlo para imputárselo en comisión por omisión.

2. Las teorías de la equivalencia axiológica entienden que el tipo en el que cabe subsumir la comisión por omisión es un tipo diferente a aquel en que se subsume la comisión activa (12). Y ello porque comisión y omisión son irreductibles, ya sea en términos normológicos: de las normas de prohibición contenidas en los tipos de resultado de la parte especial no pueden derivarse mandatos de evitación del

(10) Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, p. 241; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, tomo III, Teoría jurídica del delito* 2, 1.ª ed., Madrid (Tecnos) 2002, p. 263; BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid (Tivium) 1997, pp. 422-442, *passim*.

(11) Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11» en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Alcobendas (Edersa) 1999, pp. 427-430, 433-436; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Alcobendas (Edersa) 1999, pp. 441-488, p. 456; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, Barcelona (PPU) 1991, pp. 238-241; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 Cp como cláusula interpretativa auténtica», *RDPC* (ext. 2), 2004, pp. 279-315, pp. 309-315; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona (Atelier) 2007, pp. 55 ss; MORALES PRATS, «Artículo 11», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona (Aranzadi) 1996, pp. 85-91, pp. 88 ss.

(12) Por todos, en Alemania, Armin KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión impropia*, Barcelona (Marcial Pons) 2006, pp. 279-297 (traducción de la segunda edición alemana, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1980; primera edición: 1959). Por todos, en España, HUERTA TOSILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid (Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia) 1987, pp. 68-73, pp. 136-137.

resultado; ya sea en términos estructurales y materiales: de la nada nada sale, por lo que una omisión no puede dominar ningún riesgo.

La equivalencia entre acción y omisión vendrá dada por la estrecha vinculación *material* del omitente con el bien jurídico protegido:

«El fracaso de una concepción apoyada en la mera infracción de un deber exige la búsqueda de una solución en la cual se determina, mediante la posición del autor en relación con el bien jurídico, lo que no es posible lograr mediante el contenido del deber o la mera infracción de éste. El objeto de la teoría de la posición de garante reside, por lo tanto, en la especificación de las **relaciones estrechas** que se tienen que dar entre el autor y el bien jurídico, para que la infracción de un determinado deber de acción (omisión) caiga en el ámbito de un delito de omisión. Es decir, que en la teoría de la posición de garante **no importa la fuente del deber** de evitar un resultado, **sino la mayor o menor estrechez** en que el autor se encuentre con el bien jurídico.» (13)

Como vemos, se trata de buscar la relación fáctica del omitente con el bien jurídico protegido. Este es el punto de partida de las teorías *materiales* del deber o de la posición de garante, de entre las que se erige como máximo exponente la teoría de las funciones de Armin Kaufmann. Pero, ¿cuándo existe una estrecha vinculación entre el omitente y el bien jurídico? Los criterios materiales que se han propuesto son numerosos: la confianza, el deber especial, la expectativa social o jurídica, la proximidad social o existencial, la relación jurídica especial o más estrecha, etcétera (14).

En todo caso, conviene advertir que algunas de estas propuestas distinguen entre el fundamento material del deber de evitar el resultado, por un lado, y el fundamento material de la equivalencia de la no evitación del resultado con su producción, por el otro. Se trata de los llamados «modelos de dos pasos» (15). Así, el deber de evitar el resultado se fundamenta con base en la realidad fáctica, más allá de los eventuales deberes formales aplicables, mientras que, por su parte, la equivalencia de la no evitación del resultado con su producción se lleva a cabo a partir de criterios materiales tales como la mencionada «confianza», «proximidad social o existencial», etc. En cualquier

(13) BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, Madrid (Dykinson) 2005, p. 133, énfasis añadidos. En la misma línea, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, 2002, pp. 261, 263.

(14) Para una exposición detallada de estas teorías véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2006, pp. 201-330. También HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 75-139.

(15) DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, 2006, p. 205 y nota 18.

caso, la conclusión es que no basta con la mera infracción del deber de evitar el resultado para afirmar la equivalencia de la omisión con la producción activa del resultado.

3. Los partidarios de las tesis de la equivalencia estructural se oponen con rotundidad a los planteamientos de las teorías materiales del deber o del deber de garante. Quienes las suscriben insisten en la posibilidad y necesidad de que la equivalencia entre acción y omisión sea de carácter estructural y no meramente axiológica o de merecimiento de pena.

Así, de acuerdo con los defensores de estas tesis, afirmar que la equivalencia entre la comisión activa y la comisión por omisión de un tipo de resultado es meramente axiológica es lo mismo que decir que la equivalencia entre la acción de quien clava un cuchillo en el corazón de un niño y le mata, y la de la madre que no da de comer a su hijo dejándole morir de inanición es la misma que existe, por ejemplo, entre los tipos de robo con violencia e intimidación (art. 242.1 Cp) y los tipos de cooperación necesaria al suicidio (art. 143.2 Cp), cuyas penas son equivalentes (16). La acción de quien clava el cuchillo y la omisión de la madre no compartirían nada más que la pena que se les asigna, lo que es insostenible según estos autores, pues entre ambas conductas hay mucho más en común que el mero merecimiento de pena.

El fundamento de los delitos de dominio de la parte especial consiste en el principio de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias: cada cual puede organizar libremente su esfera con el límite de no dañar a terceros. Esta máxima de comportamiento, también conocida como principio *neminem laedere*, se infringe cuando uno configura su esfera de organización *dirigiendo* riesgos desaprobados de lesión o puesta en peligro hacia bienes jurídicos ajenos. La *posibilidad* de una equivalencia estructural entre realización activa y realización omisiva del tipo radica, pues, en la convicción que, desde un plano normativo, una omisión puede controlar o dominar, en la misma medida que una acción causal, el riesgo típico que se dirige contra el bien jurídico protegido de un tercero (17). Y ello porque,

(16) Este ejemplo es de DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 Cp como cláusula interpretativa auténtica», *RDPC*, 2004, p. 300.

(17) Todos con tesis próximas a lo afirmado en el texto, aunque con matices, SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 456; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, pp. 238-241; GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11» en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 433-436; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 55 ss. Uno de los impulsores de esta idea, con la fórmula de la «Herrschaft über den Grund des Erfolges», desde su tesis doctoral hasta hoy, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten*, pp. 217 ss.; p. 237; SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alema-

cuando alguien introduce en su esfera de organización el control de un determinado riesgo, la víctima potencial del mismo o quien tenga que protegerla frente aquél pueden relajar legítimamente sus barreras de protección de acuerdo con el compromiso asumido por el primero. Así, la prohibición de conductas que generen riesgos para bienes jurídicos ajenos puede materializarse en el plano ontológico tanto con conductas activas: creaciones de riesgo mediante movimientos corporales, como mediante conductas omisivas: creaciones de riesgo mediante asunciones de compromisos de control de riesgos que posteriormente se incumplen (18).

Por lo que respecta a la *necesidad* de una equivalencia estructural, los motivos son varios. En primer lugar, se alegan razones de proporcionalidad. Si el criterio de equivalencia no es la identidad estructural basada en el dominio o control del riesgo típico, sino especiales vínculos del omitente con el bien jurídico que le sitúan en una posición de garantía, de lo que se trata ya no es de infracciones del principio *neminem laedere*, sino de la infracción de deberes cualificados de solidaridad (19). Sin duda las tesis de la posición de garante han realizado una importante labor de identificación de los supuestos en los que puede existir una especial vinculación con el bien jurídico que dé razón de un deber cualificado de solidaridad (20). Pero el hecho de que no pretendan buscar un fundamento común de la responsabilidad con el delito de dominio en su versión activa, quedándose a veces en una mera descripción tónica de los supuestos en que concurrirían estos deberes de prestación positiva, puede conllevar una indeseable expansión de la punibilidad a través de la figura de la comisión por omisión

nia», en GIMBERNAT ORDEIG/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid (Servicio de publicaciones. Facultad de Derecho UCM) 1994, pp. 11-24, pp. 21-24 (traducción de Silvina Bacigalupo).

(18) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 455-456; SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, pp. 289-292. Con un planteamiento peculiar MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., 2008, pp. 305-331, p. 319, quien partiendo de la teoría de las funciones exige, como elementos *centrales* de la equivalencia: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.

(19) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 339-350, p. 344; el mismo, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin (WdG) 2001, pp. 641-650, *passim*.

(20) Por todos, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, p. 449.

y a costa del principio de proporcionalidad (21). Los defensores de la tesis de la identidad estructural no niegan que estos supuestos son de mayor gravedad que una mera omisión del deber general de socorro. Sin embargo, su infracción no puede dar lugar a que se impute al omitente el delito de resultado como si él mismo lo hubiese producido. Por eso algunos proponen, de *lege ferenda*, la tipificación de las llamadas omisiones puras de garante u omisiones de gravedad intermedia (22), que no consistirían en otra cosa que en la infracción de los deberes de solidaridad cualificados que suelen estar detrás de las posiciones de garantía de las teorías de la equivalencia. Sin embargo, mientras no se lleve a cabo un acto legislativo en este sentido, no cabrán más opciones que, o bien castigar por un delito de omisión del deber de socorro (art. 195 Cp), o bien castigar a través de algún otro tipo de la parte especial en el que la omisión sea subsumible (23). Una tercera vía puede ser la de agravar la pena impuesta por el delito de omisión pura aplicando alguna agravante que pudiera contener el especial desvalor de la posición de deber de solidaridad cualificado que pesa sobre el omitente (24). Así, por ejemplo, la circunstancia (agravante) de parentesco (art. 23 Cp) o la agravante de abuso de confianza (art. 22.6 Cp).

De hecho, las tesis del deber entrarían en plena contradicción con las valoraciones del legislador de determinados supuestos expresamente regulados de *mera no evitación* del resultado por parte del garante. Así, el art. 195.3, por ejemplo, impone una pena de prisión de 6 meses a 4 años, muy inferior a la del homicidio doloso (prisión de 10 a 15 años), a quien después de lesionar imprudentemente a un tercero en un accidente de tráfico abandona la víctima, que acaba muriendo a consecuencia de la complicación de las lesiones. Tradicionalmente, los casos de injerencia por actuar precedente jurídico-penalmente

(21) Por todos, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, pp. 454-482.

(22) SILVA SÁNCHEZ, es quien más ha desarrollado esta idea, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 339-350; el mismo, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *FS-Roxin*, 2001, *passim*. También GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid (UNED) 2001, pp. 411-482, pp. 414-415; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 101-103.

(23) Afirma que algunos casos de omisión de un progenitor puede equivaler estructuralmente a un delito de abandono de familia, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 70.

(24) GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, p. 475.

antijurídico se consideran fundamentadoras de una posición de garante (25). En la misma línea cabe mencionar los arts. 189.2, 196 y 619 del Código penal. Todos ellos sancionan la *mera no evitación* del resultado por quien tenía un especial deber de evitarlo (26), sin que exista equivalencia dogmático-estructural con su producción por vía activa.

Junto a las consideraciones de proporcionalidad, también se han señalado las ventajas que una equivalencia basada en el dominio o control del riesgo típico puede presentar en términos de legalidad material así como en términos de seguridad jurídica. Así, se pone en duda que los numerosos *topoi* que dan lugar a esta especial posición, a menudo descritos de manera notablemente vaga, puedan cumplir con el mandato de taxatividad y certeza contenido en el principio de legalidad del art. 25 CE (27). También se han advertido los problemas de seguridad jurídica que puede conllevar la construcción de la equivalencia a través de una larga lista (doctrinal) de situaciones en las que supuestamente existe una estrecha vinculación con el bien jurídico (28).

V. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

1. Por su parte, el Tribunal Supremo ha adoptado en ocasiones una perspectiva bastante cercana a las tesis que conciben la realización del tipo objetivo en comisión por omisión como un caso de mera infracción de un deber. Así, en la Sentencia de 25 de abril de 2005, p. Granados Pérez (caso *Ardystil*), se imputaron los resultados de muerte y lesiones de numerosos trabajadores a un inspector de trabajo que en el transcurso de una inspección por infracción de deberes de la Seguridad Social no levantó acta, no recabó ningún tipo de información ni inició ningún tipo de procedimiento en relación con las fla-

(25) Por todos HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 277.

(26) Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11» en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 416-418; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 466-470.

(27) Véase, por todos, LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, p. 242.

(28) Así, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, p. 449: «... cabe hacer una llamada de atención crítica a la grave disparidad de criterios reinantes en torno a esta materia, pues ello impide alcanzar certeza y seguridad en este campo específico de las omisiones punibles».

grantes infracciones de las normas de seguridad y riesgos laborales que tenían lugar en la empresa inspeccionada:

«La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto realizó una visita en su condición de Inspector de Trabajo a la empresa en la que se produjeron muertes y graves lesiones por no adoptarse las debidas medidas de seguridad en el trabajo, ámbito al que se extendía su competencia acorde con la normativa que se ha dejado antes expresada. (...)

Tampoco ofrece cuestión que el acusado se desentendió e hizo caso omiso de las condiciones y bajo que medidas de seguridad realizaban sus funciones los trabajadores de la empresa que visitó, sin que sirva de excusa, en este caso, el que el fin de su visita estuviese dirigido a la constatación de una denuncia atinente a la Seguridad Social, (...)

Hubo, pues, omisión de la diligencia debida y nada había que restringiera o limitara la capacidad y competencia del recurrente para investigar las condiciones en las que se estaba prestando el trabajo y con qué medidas de seguridad, acción que omitió y que, en este caso, le era exigible.» (FD 2.º)

En la sentencia de 19 de octubre de 2002, p. Martín Canivell, el Tribunal Supremo condenó por un delito de homicidio imprudente al cabo comandante de guardia que no impidió que un soldado utilizara gasolina de una garrafa de 8 litros para reavivar los rescoldos de una estufa de leña. El soldado utilizó el tapón de la garrafa para dosificar y verter la gasolina en la estufa, dejando reguero. La garrafa se incendió y explotó, matando a un compañero que dormía en una habitación adjunta:

«... el acusado que ahora recurre tenía una obligación legal de intervenir dada su condición de superior jerárquico de quien cometió activamente el hecho, su intervención prohibiendo a su subordinado actuar como lo hizo hubiera impedido la producción del resultado dañoso de muerte y daños materiales, y, en fin, fue consciente de toda la operación que realizaba el otro acusado de coger las llaves del lugar cerrado donde estaba la gasolina, le vio regresar de él portando una garrafa conteniéndola, sabía la existencia de una práctica de gran riesgo por parte de algunos compañeros de utilizar gasolina para avivar el fuego de la estufa de leña, comprendió claramente lo que el otro se proponía hacer cuando le vio llevar al lugar donde estaba la estufa, la garrafa conteniendo gasolina, sabía evidentemente su condición de superior jerárquico del otro acusado que no sólo le permitía actuar sino que le obligaba a hacerlo en evitación de un evidente riesgo y conocía igualmente que si hubiera prohibido la actuación del otro el resultado nocivo no se hubiera producido.» (FD 3.º) (29).

(29) En esta misma línea, véanse, por ejemplo las SSTS de 12 de diciembre de 2006, p. Martínez Arrieta; de 25 de enero de 2006, p. Berdugo y Gómez de la Torre; de 4 de febrero de 2005, p. Delgado García.

Los casos citados consisten en supuestos de homicidio imprudente. Si bien tradicionalmente la jurisprudencia ha adoptado una postura más ampliatoria de la comisión por omisión en los supuestos de imprudencia que en los de dolo (30), lo cierto es que las particularidades del tipo subjetivo no tienen por qué implicar una alteración en los criterios de equivalencia entre acción y omisión en el plano de la tipicidad objetiva.

2. En otras ocasiones, aunque probablemente con menor frecuencia, el Tribunal Supremo ha adoptado una postura más restrictiva a la hora de apreciar la equivalencia entre la omisión y la producción activa del resultado. Así, en la línea de las tesis de la equivalencia estructural, exigiendo una previa asunción o compromiso de control del riesgo para el bien jurídico, cabe citar la Sentencia de 11 de mayo de 1999, p. Móner Muñoz, FD 5.º:

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

En una línea similar, hablando en términos de control y de dominio, cabe mencionar la Sentencia de 25 de octubre de 2002, p. Sánchez Melgar, FD 1.º:

«Resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. La posición de garante de aquel que «tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria» no puede ser puesta en duda.» (31).

VI. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PRESENTE CASO

1. Como se ha mencionado *supra* I, la Audiencia de Ourense no fundamenta la posición de garante de Eugenio. Más allá de los evidentes déficit de motivación que acusa la sentencia comentada, corres-

(30) Carlos MIR PUIG, «La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La comisión por omisión*, 1994, pp. 251-296, pp. 285-286.

(31) En el mismo sentido, véase, por ejemplo, la STS de 9 de abril de 1996, p. Montero Fernández-Cid. Entre la jurisprudencia menor, véanse, por ejemplo, las SSAP Castellón, de 18 de septiembre de 2008, p. Gómez Santana; AP Cuenca, de 29 de mayo de 2007, p. de la Fuente Honrubia; AP Guipúzcoa, de 25 de septiembre de 2006, p. Subijana Zunzunegui; AP Málaga, de 7 de mayo de 2003, p. Molero Gómez.

ponde ahora analizar qué preguntas debería haberse hecho el Tribunal y cómo se deberían haber contestado para poder imputar la muerte de Guadalupe a Eugenio.

Eugenio y Guadalupe eran nieto y abuela: familiares en línea directa. Los arts. 142 y 143 del Código civil imponen el deber de alimentos entre ascendientes y descendientes. Este deber comprende, entre otras cosas, todo lo que sea indispensable para la asistencia médica. Parece claro, pues, que Eugenio tenía el deber legal de ofrecer la asistencia médica indispensable a su abuela Guadalupe para garantizar su vida e integridad física.

Sin embargo, como se ha visto *supra* III, ya se fundamente la equivalencia a través de las teorías de la posición de garante, ya se fundamente a través de las teorías de la identidad estructural, actualmente casi nadie en la doctrina admite, al menos en el plano teórico, la imputación de un delito de resultado a una omisión por la mera infracción de un deber jurídico-formal de evitación del resultado. Se exige, más bien, una especial vinculación material del omitente con el bien jurídico que fundamente la equivalencia axiológica de la acción con la omisión, o que el omitente domine el riesgo típico en el plano normativo de manera idéntica a como lo puede dominar el sujeto activo en la comisión activa.

Las teorías formales de la fuente del deber presentan importantes problemas de *supra* e *infra*inclusión. De un lado, no se considera aceptable que toda infracción de un deber legal o contractual, en muchos casos extrapenal, de velar por la indemnidad de un bien jurídico sea equivalente a su lesión o puesta en peligro. Piénsese, por ejemplo, en el caso del padre separado que se limita a pagar las facturas de sus hijos y no ejerce la patria potestad de manera efectiva. O el caso de un guía de montaña que contrata con un grupo de excursionistas una salida y no se presenta el día indicado, emprendiendo igualmente la excursión los montañistas y acabándola con bajas y lesionados. De otro, habrá supuestos en los que no existirá ni ley ni contrato que impongan formalmente un deber de evitar el resultado, o que el contrato sea inválido por cuestiones formales, o la ley demasiado imprecisa, pero, sin embargo, la no evitación del resultado se presentará tan grave como su causación. Ejemplo de ello pueden ser los casos de estrechas comunidades de vida o de comunidades de peligro, que en muchas ocasiones los deberes de garantía entre sus miembros no estarán previstas en ninguna ley ni en ningún contrato. En la inoportunidad de las teorías formales para fundamentar el deber de evitar el resultado coinciden, mayoritariamente, tanto los partidarios de la teoría de la infracción del deber como los de la identidad. Existen, lógicamente, excepciones (32).

(32) BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, pp. 424-427, 429; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., 2004, p. 245; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC* (38), 1989, pp. 367-404, pp. 371-374, 378. Entiende que los requisitos de

De esta forma, y al margen de que una importante línea jurisprudencial aún se mantenga anclada en una concepción formalista de las fuentes de la posición de garante (33), los eventuales deberes de Eugenio frente a su abuela Guadalupe conforme al Código civil tendrían un papel secundario, cuando no nulo, a la hora de fundamentar su deber de evitar el resultado. Lo relevante, y en esto coinciden las tesis de la identidad y las de la posición de garante, es la realidad fáctica, la efectiva relación entre omitente y titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. No obstante, esto no significa que el deber de evitar el resultado se fundamente en razones extrajurídicas. Al menos, no necesariamente. Que no exista una disposición legal expresa que imponga el deber de evitar el resultado al omitente no significa que a través de una interpretación global del ordenamiento no pueda fundamentarse jurídicamente dicho deber cuando concurra una determinada situación fáctica (34). Otra cosa es que con este método se respeten siempre y en todo caso los mandatos de *lex scripta* y *lex certa* del principio de legalidad (35). Veamos a continuación cómo abordarían el caso de Eugenio y Guadalupe los diferentes planteamientos hasta aquí comentados.

2. Desde la perspectiva de las teorías de la posición de garante, habría que preguntarse si Eugenio mantenía una estrecha vinculación con los bienes jurídicos vida e integridad física de Guadalupe: ¿fueron suficientes diez años de convivencia y cuidados por parte de Eugenio a su abuela para afirmar que aquél se encontraba en una especial posi-

infracción de deber legal, contractual o derivado de injerencia del art. 11 Cp actúan como una restricción tipológica ulterior a la equivalencia estructural, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 Cp como cláusula interpretativa auténtica», *RDPC*, 2004, pp. 309-315. De forma similar, VIVES ANTÓN, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 489-531, p. 529.

(33) Véase *supra* V. Un ejemplo paradigmático puede encontrarse en la STS de 10 de marzo de 2005, p. Ramos Gancedo: el Tribunal enjuició el caso de una madre a quien le habían retirado la patria potestad de su hija menor. La niña estaba bajo la tutela de un centro de menores pero ocasionalmente pasaba algunos días con su madre. El Tribunal, en lugar de fundamentar su posición de garantía en una asunción voluntaria, ya sea expresa, ya sea mediante actos concluyentes, de los deberes de protección de la niña durante las visitas ocasionales, lo fundamentó en los deberes legales que pesan sobre quien ejerce una guarda de hecho: arts. 303, 304 y 306 Cc, de los que difícilmente puede derivarse una posición de garantía que permita afirmar la equivalencia de su infracción con la comisión. Lo mismo cabe decir de los arts. 153 y 192 Cp, también citados por el Tribunal como fundamento de la equivalencia.

(34) Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, p. 437.

(35) SEEBODE, «Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts», en *FS-Spendel*, 1992, *passim*.

ción respecto de aquellos bienes jurídicos? La respuesta tiene que ser, en principio, afirmativa. Así, algunos autores consideran que existe una función protectora del bien jurídico tanto a raíz de una vinculación natural entre el omitente y el titular del bien jurídico lesionado (padres e hijos, cónyuges, etc.), como a raíz de una convivencia de facto (36). De forma similar, otros autores entienden que «una comunidad de vida estructurada sobre la base de una ayuda mutua en situaciones de necesidad» da lugar a una posición de garantía derivada de la especial relación de confianza existente entre omitente y titular del bien jurídico. La virtualidad de la especial relación de confianza para operar como fuente de posiciones de garantía la derivan de los principios generales del ordenamiento jurídico (37).

Por tanto, en la medida en que Guadalupe y Eugenio convivían de facto, constando como probado que el nieto cuidó de su abuela durante los diez años de vida en común, la posición de garantía de Eugenio habría quedado fundamentada de acuerdo con las teorías de la posición de garante.

3. Más restrictivas se presentan las tesis de la identidad estructural. Como se ha visto en el anterior apartado, a estas concepciones no les basta la concurrencia de un deber cualificado de garante más o menos fundamentado jurídico-materialmente. Hace falta, en todo caso, que la conducta del omitente sea equiparable dogmático-estructuralmente desde un plano normativo a la de quien causa físico-naturalmente el resultado. Esta identidad se da cuando el omitente –siempre desde un plano normativo– domina o controla el riesgo típico que se dirige contra el bien jurídico de forma imputable a su libre organización. ¿Cuándo concurrirá un dominio o control imputable a la propia autonomía? Algunos autores hablan de una asunción voluntaria del control o dominio del riesgo previa a su surgimiento, tesis que aquí se suscribe.

Así, *Gracia Martín* habla de la «asunción voluntaria y libre del dominio sobre la causa determinante del resultado» (38) y *Silva Sánchez* afirma que la comisión por omisión es comisión «en tanto que la asunción del compromiso más su vulneración implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo» (39). Otros autores, con modelos que acaban siendo igual

(36) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., 2004, p. 246. El anclaje jurídico de la convivencia de facto como fuente de deberes de evitación del resultado no lo explicitan en mayor medida.

(37) BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, pp. 436-438.

(38) GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AA.VV., 2001, pp. 412, 459-468.

(39) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 456.

de restrictivos, si no más, no hablan de una asunción voluntaria, sino de una atribución del control de un foco de peligro preexistente (*Gimbernat*) (40) o de la creación o aumento del riesgo «...desde el punto de vista social, normativo...» (*Luzón*). (41)

Siendo esto así, en el caso aquí comentado habría que preguntarse si Eugenio asumió voluntariamente el control de los riesgos para los bienes jurídicos vida e integridad física de su abuela. Si bien ambos convivieron durante más de diez años, y consta como probado que Eugenio cuidó a su abuela durante todo ese tiempo, lo cierto es que la información que nos ofrece la redacción de hechos probados es insuficiente para plantearse la cuestión de la asunción del compromiso adecuadamente. ¿Qué tipo de cuidados le prestaba el nieto a su abuela? ¿Se cuidaba de sus problemas de salud o simplemente de su sustento económico o alimentario? ¿Qué tipo de convivencia mantenían y en qué terminos? ¿Se comprometió Eugenio a velar por la salud de Guadalupe ante otros familiares o algún servicio social que pudieran prestarle asistencia médica cuando la requiriera? Y, no menos importante, ¿cuáles eran las condiciones de salud física y mental de Guadalupe? ¿Necesitaba cuidados permanentes o simplemente puntuales? Esto es, ¿incluía el eventual compromiso de Eugenio prestarle asistencia ante cualquier tipo de riesgo para la vida o integridad física de su abuela o solo ante determinados riesgos: problemas respiratorios, problemas coronarios, problemas de movilidad, etc.?

De acuerdo con las teorías de la equivalencia estructural comentadas, así como la línea jurisprudencial que se pronuncia en similares términos, el Tribunal sentenciador debería haberse planteado todas estas preguntas y en los hechos probados deberían constar los datos necesarios para poderlas responder. Mientras esto no sea así, no queda sino invocar el principio *in dubio pro reo* y entender que no ha quedado probada la asunción de dicho compromiso por parte del acusado Eugenio, absolviendo por el delito de homicidio, ya sea doloso, ya sea imprudente, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia.

En opinión de *Silva Sánchez*, el contenido del compromiso debe consistir en el «actuar como barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados» (42). Si bien la manifestación de este compromiso no ha de ser nece-

(40) GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, pp. 433-436.

(41) LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, pp. 239-241.

(42) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 464.

sariamente expresa, deben existir «actos inequívocos de asunción» (43) para entender que se ha producido. En cualquier caso, la asunción del compromiso «es una cuestión organizativa, dinámica, que no puede asociarse ni a instituciones, ni a vínculos estáticos, sino al modo en que se van configurando determinadas situaciones y relaciones intersubjetivas» (44).

4. De acuerdo con estas premisas, y al margen de las consideraciones fundamentales para la solución del caso que se abordarán en el siguiente apartado, las únicas alternativas punitivas en este caso de acuerdo con las tesis de la equivalencia estructural serían las siguientes: o bien recurrir a otros delitos de la parte especial en los que la omisión pudiera subsumirse (45), o bien castigar por el delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1) con la agravante de parentesco del art. 23 Cp.

Por el contrario, conforme a los planteamientos de las teorías de la posición de garante, en el presente caso cabría proseguir con el examen de la eventual responsabilidad penal de Eugenio por un delito de homicidio en comisión por omisión. Constatada la especial posición de garante respecto del bien jurídico, correpondería analizar a continuación la relación de la omisión con el resultado. Si en los delitos de comisión activa se exige una relación de causalidad físico-natural entre acción y resultado, en los delitos de comisión por omisión, no pudiendo existir una relación material entre la omisión y el resultado (véase *supra* II) se examina, a través de un juicio de naturaleza contrafáctica, si la conducta debida del garante habría podido evitar el resultado. Se trata del llamado juicio de causalidad hipotética. Se manejan dos estándares: a) la probabilidad rayana en la seguridad de que la conducta debida habría *evitado* el resultado (46) y, b) la probabilidad rayana en la seguridad de que la conducta debida habría *disminuido el riesgo* (47) de producción del resultado.

(43) SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, 1989, pp. 378-379.

(44) SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), 1999, p. 475.

(45) Cabría plantearse la aplicación de alguno de los delitos contra los derechos y deberes familiares del Libro II, Título XII, Cap. III del Código penal, siempre que, naturalmente, se satisfagan sus requisitos típicos.

(46) Esta parece ser la opción tomada por la doctrina mayoritaria en España, así BACIGALUPO ZAPATER, «Artículo 11», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), 1997, p. 431; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., 2008 pp. 330-331; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, 2002, pp. 271-272; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.^a ed., 2004, p. 244.

(47) Así, por ejemplo, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5.^a ed., Köln (Heymanns) 2004, p. 329, 3/13.

En el caso concreto, el Tribunal de apelación se encargó de dejar claro que la intervención de Eugenio habría conseguido evitar la muerte de su abuela con todo el grado de probabilidad y certeza que desde el plano hipotético cabe considerar. Por lo tanto, incluso adoptando el estándar más restrictivo, el a), en el caso concreto se debería imputar la muerte de Guadalupe a Eugenio de acuerdo con los postulados de las teorías de la posición de garante materialmente fundamentada. A la misma solución cabría incluso haber llegado desde las tesis de la equivalencia estructural, siempre y cuando se hubiese demostrado que Eugenio había asumido el control de los riesgos para la vida o integridad física de su abuela que pudieran derivarse de los problemas de movilidad que la misma padecía.

De todos modos, esta no es la única crítica a la solución y fundamentación jurídica del caso por parte de la sección segunda de la Audiencia de Ourense. Como a continuación se desarrollará, cabe reprocharle, no de modo menos contundente, el no haber efectuado ninguna consideración sobre la decisión de Guadalupe de rechazar todo tipo de asistencia médica.

VII. EL RECHAZO A LA ASISTENCIA MÉDICA

1. En la sentencia objeto de este comentario consta como probado que Eugenio atendió la petición de su abuela Guadalupe de no llamar a nadie, limitándose a suministrarle una manta y a darle de comer. Esta petición plantea importantes cuestiones de cara a la determinación de la eventual responsabilidad penal de Eugenio por la muerte de su abuela. Entre ellas, por ejemplo, la de si estamos ante un caso de cooperación necesaria al suicidio en comisión por omisión.

En primer lugar, pues, resulta fundamental preguntarse si Guadalupe estaba en condiciones de tomar decisiones libres y responsables después de la caída. En los hechos probados no consta si después del infortunio la señora era capaz de comprender la naturaleza y sentido de su petición de no llamar a nadie. Tampoco consta si Guadalupe tenía problemas de intelección o discernimiento que anularan o disminuyeran su autonomía de la voluntad ya antes de caer.

2. En el supuesto de que, una vez en el suelo, Guadalupe tuviera sus facultades volitivas anuladas (48), la solución es clara: si Eugenio

(48) Sobre los requisitos para considerar que existe una decisión libre y responsable de suicidio, véase SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, 1987, pp. 451-477, pp. 457-462.

se encontraba en una situación de especial vinculación con el bien jurídico vida de su abuela (teorías de la posición de garante) o si había asumido voluntariamente actuar como barrera de contención de los riesgos de muerte derivados de infortunios como el ocurrido (teorías de la identidad), Eugenio debería ser castigado por un homicidio en comisión por omisión, doloso o imprudente, según el caso (49). En el caso de que la no intervención de Eugenio no pudiera considerarse equivalente a la producción activa de la muerte de su abuela, se le debería condenar por un delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 Cp, eventualmente agravado por la circunstancia de parentesco del art. 23 Cp, siempre y cuando se demostrara que actuó dolosamente (50), pues su comisión imprudente es atípica.

3. Si, por el contrario, Guadalupe decidió libre y responsablemente que no se llamara a nadie en busca de asistencia médica, las soluciones cambian, haciéndose preciso introducir ulteriores distinciones. Se trata de las variables de representación del resultado y actitud frente al mismo por parte de los intervinientes: ¿sabían tanto Guadalupe como Eugenio el peligro que suponía que la primera permaneciera en el suelo después de su caída? ¿Cuál fue la actitud que adoptaron ante ese conocimiento? En función de estas variables, son varias las combinaciones que cabe considerar. Veamos.

A1: Guadalupe sabe que va a morir si no recibe asistencia médica y así lo quiere (dolo) (51).

Eugenio sabe que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir (dolo).

A2: Guadalupe sabe que va a morir si no recibe asistencia médica y así lo quiere (dolo).

(49) Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, «La “ayuda omisiva” al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española», en GIMBERNAT ORDEIG ET AL. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid (Servicio de publicaciones facultad de Derecho, UCM) 1994, pp. 25-32, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, 1987, p. 470.

(50) En la medida en que el tribunal imputó un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión, podría ser que se considerara probado que Eugenio no se representó el peligro manifiesto y grave para la vida de su abuela si permanecía en el suelo después de la caída. En ese caso, faltaría la concurrencia de dolo respecto de uno de los elementos del tipo del art. 195.1 Cp, cuya realización imprudente es atípica.

(51) En este esquema y en su posterior análisis utilizo los conceptos *dolo*, *imprudencia consciente* e *imprudencia inconsciente* en relación con la situación psicológica –a veces también en sentido normativo– de la persona en peligro respecto del resultado. Naturalmente, estos conceptos no se utilizan en un sentido idéntico al que se les puede atribuir en el ámbito de la tipicidad subjetiva dentro de la teoría del delito. Tan solo se utilizan en un sentido analógico a efectos expositivos.

Eugenio sabe que existen muchas probabilidades de que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir, pero confía en que esto no sucederá (imprudencia consciente) o, en todo caso, ni se ha planteado esta posibilidad, aunque debería habérsela planteado (imprudencia inconsciente).

B1: Guadalupe sabe que hay muchas probabilidades de morir si no recibe asistencia médica pero, aun así, confía en que esto no va a suceder (imprudencia consciente).

Eugenio sabe que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir (dolo).

B2: Guadalupe actúa con imprudencia consciente respecto del resultado de muerte.

Eugenio actúa con imprudencia consciente o inconsciente respecto del resultado de muerte.

C1: Guadalupe no se ha planteado la posibilidad de que si no recibe asistencia médica va a morir (imprudencia inconsciente).

Eugenio sabe que si Guadalupe no recibe asistencia médica va a morir (dolo).

C2: Guadalupe actúa con imprudencia inconsciente respecto del resultado de muerte.

Eugenio actúa con imprudencia consciente o inconsciente respecto del resultado de muerte.

4. Las combinaciones A1 y A2 deben recibir un mismo tratamiento: la absolución de Eugenio respecto del delito de homicidio de su abuela en comisión por omisión, así como la absolución respecto de una imputación subsidiaria del delito de cooperación necesaria al suicidio (arts. 143.2 ó 3 Cp) o de uno de omisión del deber de socorro del art. 195.1 Cp. Guadalupe, como persona libre y responsable, tiene el derecho a oponerse a cualquier tratamiento médico de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de diciembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Las únicas excepciones, de acuerdo con su artículo 9, son los supuestos de riesgo para la salud pública y aquellos en los que no es posible obtener la autorización del afectado. El rechazo libre y responsable de Guadalupe, amparado actualmente por la Ley 41/2002, impide apreciar un deber de intervención por parte de Eugenio en contra de la voluntad de su abuela (52).

(52) En los mismos términos, FELIP SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona (Atelier) 2009, p. 47.

5. El resto de combinaciones exigen un mayor esfuerzo analítico. Por lo que respecta a los casos B1 y B2, Guadalupe actúa de manera libre y responsable, conocedora de la virtualidad mortal de su rechazo a recibir asistencia médica, aunque confiando en que la muerte no le va a sobrevenir. En los casos C1 y C2, la abuela actuaría con imprudencia inconsciente respecto del resultado. En ninguna de las cuatro combinaciones cabe plantear la cooperación de Eugenio al suicidio de Guadalupe (art. 143 Cp), pues el concepto jurídico-penal de suicidio no incluye los casos en los que se decide morir de forma imprudente, ya sea con o sin representación de la propia muerte (53). En los cuatro supuestos que a continuación se analizarán tan solo cabe plantear la imputación de uno de los siguientes tres delitos: a) un delito de homicidio doloso en comisión por omisión (arts. 11 y 138 Cp); b) un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión (arts. 11 y 142 Cp) o, c) un delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1 Cp). Fijadas ya las posibles imputaciones penales, pasemos a examinar las combinaciones restantes.

6. En el supuesto B1, Eugenio actuaría con dolo. Si su omisión es equivalente a la comisión (posición de garante o control del riesgo), cabe plantearse si concurre un delito de homicidio doloso (art. 138 Cp) en comisión por omisión. Si la omisión de Eugenio no pudiera ser equivalente a la comisión, tan solo cabría plantearse la concurrencia de un delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1 Cp), con la eventual agravante de parentesco (art. 23 Cp).

En relación con la posibilidad de imputar un homicidio doloso a Eugenio, lo más discutible es que en un caso de rechazo consciente de la asistencia médica por parte del afectado se mantenga el deber de intervenir de quien se encuentra en una posición de garante. En la medida en que en virtud del art. 8 de la Ley 41/2002 no sería posible someter a Guadalupe a ningún tratamiento médico, incluso estando en situación de imprudencia consciente respecto de los efectos de su rechazo, la imputación de un delito de homicidio en comisión por omisión se fundamentaría en una interpretación *contra legem*. Lo mismo cabe decir de la imputación de un delito de omisión del deber de socorro, pues ante el rechazo consciente de la persona afectada no solo se infringiría su derecho a oponerse al tratamiento médico, sino que sería incluso dudoso que existiera el «desamparo» exigido por el art. 195.1 Cp.

(53) El elemento subjetivo respecto de la propia muerte permite distinguir entre la autopuesta en peligro y el suicidio. En cuanto a este último, tan solo hay unanimidad cuando concurre dolo directo de primer grado respecto de la propia muerte: véase SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, 1987, pp. 456-457.

7. De la misma forma habría que resolver el supuesto B2, en el que Eugenio actuaría de manera imprudente. Aquí tan solo cabe plantear la imputación de un delito de homicidio imprudente (art. 142 Cp) en comisión por omisión, siempre y cuando su omisión fuera equivalente a la comisión. Sin embargo, si en el supuesto de que el nieto hubiese actuado con dolo la solución es la absolución en virtud del art. 8 de la Ley 41/2002, la versión imprudente, *a fortiori*, no puede ser penalmente relevante. En caso de ausencia de equivalencia no cabría la realización de un delito de omisión pura de socorro, pues su comisión imprudente es atípica.

8. Distintas son las cosas en relación con los supuestos C1 y C2. En ambos casos Guadalupe habría decidido rechazar la asistencia médica sin ser consciente de las consecuencias mortales que su decisión entrañaría. En C1, pues, cabe plantearse ante el dolo de Eugenio la imputación de un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, siempre que su omisión pueda calificarse de equivalente a la comisión. Quien se encuentra en una posición de garante o de control de los riesgos para la vida o integridad física de otro tiene, al menos, el deber de informar al titular del bien jurídico sobre la naturaleza del riesgo que le amenaza (54). De otra forma, la actitud (imprudente) frente al riesgo del afectado no puede desactivar sus deberes de protección del bien jurídico o de control de los riesgos que se dirigen en su contra. Esta conclusión es clara desde la óptica de las teorías de la posición de garante o de la equivalencia axiológica: los deberes cualificados de solidaridad se mantienen más allá de la organización eventualmente defectuosa del afectado.

Lo mismo cabe decir desde la perspectiva de la equivalencia estructural, aunque con matices. Desde estos planteamientos, en la medida en que el fundamento de la responsabilidad penal es la infracción del principio *neminem laedere*, esto es, la injerencia en la esfera de organización ajena lesionando la autonomía del otro, es razonable preguntarse si el ejercicio de autonomía del afectado, aunque defectuoso, puede eliminar o, en todo caso, atenuar la responsabilidad penal del omitente. En este sentido, se ha defendido que la posición psíquica del imputado, cuando la «víctima» actúa de forma responsable, no tiene ningún tipo de relevancia. Así, la imputación del riesgo a la víctima o al autor se debe llevar a cabo en el plano de la tipicidad obje-

(54) El deber de informar, naturalmente, también concurre en los supuestos B1 y B2. Lo que sucede es que no hace falta hacerlo efectivo en la medida en que el beneficiario es consciente de las consecuencias de su decisión, a pesar de que las infravalore.

tiva, al margen de la subjetiva (55). Siendo Guadalupe una persona responsable, y no alterando la concurrencia de una posición de garantía las reglas generales de imputación en un supuesto de autopuesta en peligro (56), en C1 habría que imputar a la «víctima» el riesgo de muerte con base en el principio de autorresponsabilidad (57).

No obstante, si bien es cierto que desde la óptica de la sanción penal no se da relevancia a la distinción entre culpa consciente e inconsciente, cuando se trata de evaluar el comportamiento como ejercicio de la propia autonomía quizá sí sea relevante el carácter consciente o inconsciente con el que se han tomado ciertas decisiones. La pregunta que debemos hacernos en este punto no es otra que la del alcance de los deberes de actuación del garante de protección cuando el protegido, estando en una situación de error, rechaza la intervención de aquél sin poderse proteger a sí mismo. Probablemente, la respuesta deba ser la afirmación de un deber de intervención del garante dirigida a sacar del error al titular del bien jurídico protegido. Y ello porque las decisiones del titular en error no pueden considerarse sino un riesgo más de la vida contra su propio bien jurídico. Sin embargo, en un caso como el aquí comentado, la intervención debida del garante no puede ir más allá del deber de información sobre las consecuencias del rechazo de la asistencia médica. Una vez la persona en peligro conoce las consecuencias, el art. 8 de la Ley 41/2002 impide que se intervenga en contra de su voluntad si sigue oponiéndose a la asistencia médica, incluso cuando infravalore el peligro que la amenaza.

Siguiendo en el supuesto C1, si la omisión de Eugenio no fuera equivalente a la comisión activa de la muerte, cabría todavía plantearse la comisión de un delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 Cp. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿podemos exigir a cualquier ciudadano, en virtud del deber general de solidaridad, que auxilie a una persona «desamparada y en situación de peligro manifiesto y grave» incluso cuando la misma se opone, con imprudencia inconsciente, al auxilio?

Parece claro que para realizar el tipo del art. 195.1 Cp no hace falta que el autor haya hecho caso omiso a una petición de auxilio del necesitado. Sin la solicitud de socorro se puede infringir igualmente el

(55) CANCIO MELIÁ, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2), 2.ª Época, 1998, pp. 49-99, pp. 85-89.

(56) CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona (Bosch) 2001, p. 315.

(57) CANCIO MELIÁ, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación a la víctima»)», *RDPC* (2), 2.ª Época, 1998, pp. 49-99, *passim*.

deber de solidaridad mínimo. No obstante, las cosas cambian sustancialmente cuando el necesitado rechaza, aunque sea bajo imprudencia inconsciente, el auxilio. En ese caso, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿cabe exigir un deber de información al ciudadano medio sobre las consecuencias del rechazo del auxilio, más allá del propio ofrecimiento de auxilio? Si queremos mantener la distancia de seguridad respecto de un excesivo paternalismo, la respuesta tan solo puede ser que no.

Lo único que cabría plantearse, en el caso concreto, es si la condición de pariente en línea directa de Eugenio respecto de Guadalupe puede elevar su deber de solidaridad mínima respecto de su abuela en relación con el ciudadano medio. En ese caso, la relación familiar no serviría para agravar el injusto (art. 23), sino para fundamentarlo. La solución parece razonable, aunque por razones obvias de espacio tan solo puede quedar apuntada en este comentario.

9. Queda por analizar el supuesto C2. Se trata del caso en que Guadalupe habría actuado con imprudencia inconsciente y Eugenio con imprudencia, consciente o inconsciente. Aquí tan solo cabe plantear la imputación de un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión cuando la omisión del nieto sea equivalente a la comisión. En ese caso, y al igual como sucedería en C1, hay que valorar si la conducta imprudente de la «víctima» puede tener algún efecto excluyente o atenuatorio de la responsabilidad penal del omitente. La solución tiene que pasar por los mismos cauces que la de C1.

VIII. CONCLUSIONES

A tenor de todo lo comentado, la conclusión a la que llegó la sección segunda de la Audiencia de Ourense: condena al Sr. Eugenio por homicidio imprudente (art. 142 Cp), habría sido ajustada a Derecho siempre y cuando hubieren quedado probados y fundamentados los extremos contenidos en alguna de las dos opciones siguientes (58):

1. La Sra. Guadalupe no fue libre y responsable cuando rechazó la asistencia médica. Su nieto, el Sr. Eugenio, no pidió, imprudentemente, auxilio a terceros, equivaliendo su omisión a la comisión.

(58) La calificación jurídica tendría que ser, en todo caso, la de homicidio imprudente en comisión por omisión (arts. 11 y 142 Cp). Los problemas en materia de indefensión (art. 24 CE) por infracción del principio acusatorio no pueden desprejiciarse en caso de que la acusación en términos de comisión activa o comisión por omisión durante todo el proceso no coincidiera con la calificación final del Tribunal.

2. La Sra. Guadalupe decidió libre y responsablemente que no se le prestara asistencia médica bajo error sobre el alcance y efectos de su decisión. Su nieto, el Sr. Eugenio, no la informó, imprudentemente, de las consecuencias que podía tener su decisión, equivaliendo su omisión a la comisión.