

Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Explicaciones doctrinales y jurisprudenciales: A) La explicación causal; B) Un criterio descriptivo: la proximidad social con el desamparado; C) «Solidaridad intensificada»: las consecuencias previsibles de un hecho fortuito.—3. La imputación del daño a una conducta lícita y la prohibición de lesión (*Neminem laedere*): A) Presupuestos. El término «accidente». La omisión del artículo 195.3 como conducta posterior a un «accidente»; B) Imputación y libertad de organización; C) Fundamento material de la agravación del artículo 195.3, 1.º inciso: imputación de un suceso lesivo a una conducta lícita; d) «Ocasionar un accidente fortuito» y las consecuencias objetivamente imputables a una conducta lícita; e) Aproximación casuística a los riesgos típicos de una actividad permitida. En especial: los casos de «culpa de la víctima» o de un tercero.—4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el estudio de la omisión de socorro a la víctima del propio accidente (art. 195.3) se entremezclan demasiadas cuestiones, que vienen a confluir en la perplejidad de la doctrina española ante el llamado «principio de injerencia» (1), eje de gran parte de la evolución de la dogmática de la omisión delictiva.

(1) La perplejidad es tal que no existe siquiera consenso *ortográfico* sobre el vocablo «injerencia». Un relevante sector de la doctrina española viene proponiendo desde hace tiempo la grafía *ingerencia*. LUZÓN PEÑA sostiene esta posición [«Inge-

Bajo la vigencia del derogado CP, el delito de omisión de socorro a la víctima fue objeto de un intenso debate. Su artículo 489 bis (luego ter) agravaba la pena de la omisión de socorro si la persona desamparada estaba en peligro manifiesto y grave «por accidente ocasionado por quien omitió el socorro debido». Con la introducción de esta modalidad agravada en 1967 nuestro ordenamiento acogió el llamado «pensamiento de la injerencia» (2), y sin mucha tardanza comenzó la doctrina española a recorrer con precisión los pasos de una polémica ya largamente debatida desde el siglo anterior en la doctrina alemana, de donde proviene el argumento de la injerencia en su recepción habitual: la relativa a las características que debe reunir la acción precedente para que surja un deber de evitar el resultado (y, en concreto, qué tipo de deber de evitación).

Así, una línea que cabe denominar «expansiva» afirmaba que el término «accidente» debía entenderse como «intervención sin dolo ni culpa»: sólo esas «injerencias fortuitas» darían lugar a la aplicación del tipo del artículo 489 ter; por el contrario, de mediar imprudencia o

rencia, comisión por omisión y omisión de socorro (Comentario a la STS de 24 de abril de 1974)», en *Derecho penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 167-168; es versión ampliada de «Comentario a la STS (Sala 2.ª) 24 de abril de 1974», en *RevDCirc* 1974, pp. 269 y ss.] apelando al origen etimológico del término (del latín *ingerere*, con ulterior contaminación del término *inserere*, de donde proceden también términos como *insertar* e *injertar*: COROMINAS, Joan; PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. II, G-MA, Madrid, 1980, pp. 146-147; CARO y CUERVO, *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, pp. 578 y ss.). Debe concederse que existe un cierto fondo de autoridades que recogen la grafía «ingerencia» e «ingerirse» (si bien muy escasas desde inicios del siglo XX frente a la mayoritaria adopción de la grafía «injerencia» e «injerirse»); no obstante, seguiremos aquí la ortografía de la Real Academia Española («injerencia»). En sí, el retorno a la pureza etimológica no es sino garantía de mayor cercanía al idioma de origen, pero, por lo demás, nada aporta. No supondría mejora alguna, por ejemplo, escribir «avogado» por abogado (étimo: *advocatus*), ni «voda» por boda (cuyo étimo es el plural *vota*). El español ha evolucionado en este punto, con sus peculiaridades fonéticas y ortográficas, desviándose del canon de la mayoría de los de su entorno, que suelen conservar la «g» latina (*ingerence*, *ingerència*, *ingérence*, *Ingerenz*); y entiendo sumamente improbable, tras progresivas fijaciones académicas del término, un retorno a la grafía originaria. En el uso culto moderno del término (y también en el específicamente jurídico, como cuando los internacionalistas hablan del «principio de no-injerencia en asuntos internos») está ya consolidada la grafía que recoge el Diccionario de la R.A.E.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, «El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia», en *ADPCP* 1973, pp. 501 y ss., pp. 511-514. El autor refiere sus comentarios al artículo 489 bis CP, que posteriormente pasó a ser el artículo 489 ter.

dolo en la injerencia, la omisa evitación ulterior pasaría a ser una omisión comisiva de un delito de resultado (por lo general, un homicidio doloso por omisión) (3). Otra línea, que denominaremos «restrictiva», sostenía que el término «accidente» del artículo 489 ter debía interpretarse en el sentido de una intervención imprudente y nunca fortuita, ya que no existiría legitimidad para imputar una responsabilidad mayor que la del *quivis ex populo* a aquél cuya única relación con el resultado es una conexión fortuita, es decir, imprevisible (4). Entre estos dos polos del debate se movieron otras soluciones que afirmaban que el término «accidente» abarcaba tanto la «injerencia» imprudente como la fortuita (5). Como es frecuente, fueron estas soluciones intermedias las que hallaron un pronto y masivo respaldo jurisprudencial (6).

(3) En esta línea, *vid.* HUERTA TOCILDO, «Injerencia y artículo 489 bis, 3.º, CP», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 253 y ss., 265 y ss., 277 (publicado inicialmente en *ADPCP* 1985, pp. 37 y ss.); LA MISMA, «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en *Problemas fundamentales*, pp. 17 y ss., p. 178 (si bien sosteniendo *de lege ferenda* una posición alternativa); esta misma posición adoptaban en un inicio COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, en Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Valencia, 1988 (si bien CARBONELL MATEU ha variado notablemente su posición con la entrada en vigor del CP 1995; *vid.* CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en Vives Antón (dir.) *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 985-986; y su última reformulación, en Los mismos, en VIVES ANTÓN et al., *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 278-279); similar, con respecto al CP argentino, BACIGALUPO ZAPATER, «Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal», en *ADPCP* 1970, pp. 35 y ss., pp. 44-45. En la jurisprudencia española cabe citar, de modo absolutamente minoritario, un *obiter dictum* de la STS 28 de mayo de 1990.

(4) En esta línea es fundamental el trabajo de ZUGALDÍA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal», en *CPC* 1984, pp. 571 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito. Derecho penal*. Parte General, Madrid, 1984, pp. 595-596.

(5) *Vid.*, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP* 1973, p. 514; LUZÓN PEÑA, «Ingerencia...»; p. 174; SILVA SÁNCHEZ, «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos)», en *ADPCP* 1988, pp. 561 y ss., pp. 573 y ss.; GÓMEZ RIVERO, «La producción del resultado muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del artículo 489 ter», en *La Ley* 1995-3, pp. 787 y ss.

(6) Sobre esta polémica *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1988, pp. 571 y ss.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, pp. 984-985; LOS MISMOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 276; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)* (M. Cobo del Rosal dir.), Madrid, 2000, p. 262; LAMARCA PÉREZ, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (C. Lamarca Pérez coord.), Madrid, 2001, p. 162.

El legislador de 1995 ha resuelto la mayor parte de este debate, al regular la materia con más concreción. El actual artículo 195.3 recoge, como modalidades agravadas de la omisión de socorro, la omisión de socorro a la víctima del propio accidente tanto si éste ha sido «ocasionado *fortuitamente*» (pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses), como si se ha debido a *imprudencia* (prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses).

Para entender la estructura del artículo 195.3 en profundidad y su coordinación con el artículo 11, regulador de la comisión por omisión, es necesario entender antes el juego del argumento de la injerencia en el Derecho Penal español. Ello obligaría a un estudio notablemente más extenso (7). El objetivo de estas páginas es, por el contrario, mucho más modesto: me limitaré tan sólo a estudiar un concreto problema de definición típica. ¿De quién cabe decir que ha *ocasionado un accidente*? Para responder a ello, será necesario afrontar otras cuestiones previas: ¿qué legitimación existe para sancionar con una pena mayor que la de la omisión de socorro a quien no ha incurrido en imprudencia, es decir, quien se ha comportado conforme a Derecho?

A tal efecto, propongo posponer las líneas fundamentales del debate general sobre el juego del llamado «principio de injerencia» en el CP vigente, y partir de una premisa que hoy es aceptada de modo mayoritario por la doctrina española: sea cual sea el fundamento de la agravación plasmada en el artículo 195.3, 1.º inciso, queda claro que, según el programa político-criminal del CP, los omisos *salvamentos* tras accidente «ocasionado fortuitamente» no son considerados casos de comisión por omisión dolosa de homicidio o lesiones, sino que se les debe aplicar un tipo penal con una pena mucho más reducida (8) [en terminología de Silva Sánchez, una omisión de gravedad intermedia (9)]. Este punto de partida requerirá una cierta acotación más ade-

(7) Al estudio del principio de injerencia y su juego en el Derecho Penal español he dedicado mi tesis doctoral, *Fundamentos de la responsabilidad por injerencia*. De su segunda parte proceden las consideraciones reflejadas en estas páginas.

(8) Así lo admite incluso el minoritario sector de la doctrina española que cabe calificar como *expansivo* en materia de injerencia, es decir, el que entiende que el omiso salvamento doloso tras accidente imprudente puede calificarse como un delito doloso de homicidio (vid. recientemente HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 41).

(9) Sobre esta categoría, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 341 y ss.; EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código Penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid, 1999, p. 153 y ss. (*passim*).

lante, pero permite soslayar los puntos más controvertidos del debate de la injerencia para centrarnos en una concreta cuestión: ¿qué sentido debe darse a la expresión «ocasionar fortuitamente un accidente»?

2. EXPLICACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

A) La explicación causal

Es mayoritaria en nuestra jurisprudencia la definición del supuesto de hecho del 1.º inciso del artículo 195.3 como la omisión de socorro por parte de quien previamente entabló *mera relación causal* con el accidente, es decir, de quien interpuso alguna condición causal de su acaecimiento. Así, «no se precisa una previa conducta, culposa por supuesto, del agente productor del peligro (...) bastando la abrazadera de una relación de causalidad entre unos y otro» (10); entendida ésta como «una *mera relación de causalidad material y no jurídica*» (11).

A extremos llamativos llega la STS de 6 de octubre de 1989 ahondando en esta línea. Así, ante la alegación del omitente de que en el accidente había concurrido culpa exclusiva de la víctima [se trataba del atropello del conductor de un ciclomotor que derrapó inesperadamente ante el conductor (12)] responde el Tribunal Supremo: «No importa el que la víctima fuera o no culpable en el accidente, ni

(10) STS de 27 de noviembre de 1983. Esta sentencia cita, como apoyo de su tesis, cinco resoluciones previas. De entre ellas, ciertamente la STS de 13-5-1981 puede considerarse como un apoyo argumental; despierta algunas dudas que otras, como las SSTS de 28 de septiembre de 1981 y 23 de octubre de 1981, puedan aducirse en ese sentido (dado que se refieren a accidentes previos imprudentes, y no llegan a hacer afirmaciones tan tajantes como las contenidas en la STS de 21 de noviembre de 1983). Sin embargo, bajo ningún concepto cabe encontrar similitud alguna con la argumentación de la STS de 9 de junio de 1982, también citada como antecedente jurisprudencial, ni en la interesante STS de 5 de abril de 1983, a cuya argumentación aludiremos más adelante.

(11) STS de 26 de marzo de 1992. Emplea la misma expresión la SAP Barcelona (Sección 8.ª) 5 de diciembre de 1997. *Vid.* también las SSTS de 28 de mayo de 1990, 23 de septiembre de 1991 y 20 de mayo de 1994 («el caso más grave de antijuridicidad *por la relación causal* entre actuación propia del omitente del auxilio y la situación que lo requiere»).

(12) Puede surgir la duda de si el conductor del automóvil guardaba la *distancia de seguridad debida* (deber de cuidado) en el momento previo al atropello; sin embargo, en las instancias previas no recayó condena por delito imprudente.

siquiera que ella tuviera incluso voluntad de autolesionarse o de quitarse la vida. Ninguna de estas circunstancias puede eximir a quien produce el suceso causante de esos daños respecto de su deber de auxilio inmediato con todos los medios a su alcance. (...) Precisamente, para huir de tales implicaciones relativas al concepto de culpa con referencia al suceso inicial la Ley utiliza unos términos totalmente *asépticos* en este sentido cuando habla de “accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido”» (13).

Esta definición del elemento cualificador del artículo 195.3, 1.º inciso basada en la mera causalidad ha sido también acogida por parte de nuestra doctrina (14).

Es llamativa esta divergencia entre los principios estudiados en la Parte General y las conclusiones alcanzadas en la Parte Especial. Es prácticamente unánime en la doctrina moderna la afirmación de que ni la mera causalidad, ni ningún otro dato desnudo de la naturaleza pueden fundamentar responsabilidad alguna (15). Sin una regla jurídica que otorgue *significado*, que *codifique* el suceso en términos jurí-

(13) Las cursivas son añadidas.

(14) MOLINA BLÁZQUEZ «El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación», en *RDPC* (2.ª época) n.º 4, 1999, pp. 555 y ss., p. 578 («el mayor disvalor de acción que se da cuando *el que ha causado naturalísticamente el peligro se desentiende de las posibles consecuencias*»); quizá en este sentido, HUERTA TOCILDO, «Injerencia...», p. 277 («todo supuesto de *causación* fortuita de una situación de peligro inmediato para la vida o la integridad personal de otro»), aunque por la polisemia del término «causación», no me atrevo a afirmarlo con seguridad (en ambas citas las cursivas son añadidas).

(15) *Vid.*, tan sólo a título ejemplificativo, en la doctrina española, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 302; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG* p. 56, pp. 91, 92, 172-173 (reduciendo la causalidad a mero presupuesto de lo que en sí es relevante, el juicio penal de imputación); EL MISMO, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988, p. 15, nota 2, p. 18; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 13; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Madrid, 1996, pp. 357, 376-377; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 173; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., Barcelona, 2003, n.m. 10/8, 10/37; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 2002, pp. 216-217 y 238-239; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, pp. 321, 323; y, en la alemana, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 33 y ss., 69 y ss.; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar*, 6.ª ed., Frankfurt a.M., 1992, comentario previo al § 13, n. m. 57; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et al., 1992, p. 23 (negando que los datos ontológicos puedan decidir nada sobre la desaprobación jurídica de una conducta); JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1996, pp. 277-278; JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. M. Cancio), en

dicos, la mera interposición de condiciones causales de un resultado es un acontecimiento meramente físico «que nadie ve ni oye (...) El sistema jurídico-penal oye sólo lo que puede oír mediante su código jurídico»; esto significa que los datos físicos *como tales* quedan fuera del sistema (16).

Y, se pretende aquí demostrar, no es posible interpretar que el artículo 195.3, 1.º inciso, al referirse a *ocasionar un accidente*, pretenda otorgar significado al omiso salvamento con base en la mera relación mecánica de causalidad entre un hecho previo del omitente y el resultado que se debe evitar.

El debate doctrinal sobre el concepto de accidente se centró desde un origen en *un solo criterio* (conducta precedente infractora / no infractora), sin atender a otras posibilidades. Mas, como agudamente señala Mir Puig (17), lo relevante de la conducta precedente en estos supuestos no es el rasgo de su carácter imprudente *en tanto infracción*, sino en tanto *base para imputar el suceso al autor*. Por ello, si los casos de «conducta no imprudente» se reducen a la mera *causación* en sentido mecánico, sin determinar base alguna para imputar el suceso al autor, se llegará necesariamente a conclusiones absurdas. Quizá la decidida intervención del legislador de 1995 haya errado al asumir los términos de una polémica, en mi opinión, mal planteada (18).

Estudios de Derecho penal (trads. y estudio preliminar E. Peñaranda, C. J. Suárez, M. Cancio), Madrid, 1997, pp. 111 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 3.ª ed., München, 1997, §11/4 (donde duda de que «a partir de las leyes causales se puedan juzgar las manifestaciones del mundo jurídico»).

(16) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid; Barcelona, 2002, p. 73, recogiendo la doctrina de N. Luhmann. Con esto no sólo se excluyen los datos procedentes de la observación de la naturaleza, sino también todos aquellos que sean *codificados o procesados* conforme a códigos distintos de los que reconoce el sistema penal.

(17) MIR PUIG, *PG* 12/60.

(18) Y no es ese el único error. El principal problema de técnica legislativa de esta regulación es, si bien lo entiendo, la opción de *establecer una distinción entre los dos tipos del artículo 195.3 a modo de interferencia (mutua exclusión) y no con una regla simple de especialidad*, frecuente error que ha estudiado agudamente PEÑARANDA RAMOS (*Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 100 y ss., con abundante referencia doctrinal). Imaginemos que tras un accidente, uno de los implicados, creyendo firmemente que se ha producido por una imprudencia suya, omite socorrer al otro. Sin embargo, luego se demuestra que el omitente estaba equivocado, y que el accidente se debió a un fallo mecánico de su vehículo. En principio, no sería posible sancionar por un delito consumado de omisión de socorro a la víctima de un accidente imprudente (que era el contenido del dolo del sujeto), ya que no existió tal accidente; ni por uno de omisión de socorro tras accidente fortuito,

No es razonable definir una responsabilidad por el omiso socorro distinta a la de cualquier capaz de salvar, basándola en el mero hecho de haber interpuesto previamente una condición que «inopinada y casualmente» (19) conduce a un resultado dañoso. Se trataría ya no de una rechazable responsabilidad por la mera causalidad, sino de una «responsabilidad por la casualidad» (permítaseme: un sorprendente «*Kasualdogma*»), no menos inaceptable que una imaginaria «responsabilidad por sorteo» (20), que añadiría a la pena del tipo básico (multa) otra de prisión de hasta un año; y que entronca con las menos evolucionadas de las teorías decimonónicas de la injerencia. ¿Qué legitimación existe para agravar la pena de la omisión de socorro a quien, comportándose conforme a Derecho, interpone una condición causal de un curso *imprevisible* (21)? Basten tan solo unos ejemplos para demostrar lo inviable de la pretensión:

porque el dolo del sujeto no abarcó el carácter *fortuito* del accidente; ni, seguramente, por una *tentativa inidónea* de omiso socorro a la víctima de accidente imprudente, pues más bien se trata de un *delito putativo* (ya que el elemento erróneamente supuesto es su *carácter de autor idóneo* del delito en cuestión). Por ello, habría que optar por aplicar el tipo básico de omisión de socorro (sobre los intentos de superar problemas de estas características por vía *interpretativa*, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, pp. 109 y ss.). Todo ello se resolvería si se prestase atención a las consideraciones formuladas en la citada obra, introduciendo el elemento distintivo tan solo en uno de los tipos. Así: 195.3.1.º: «Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio...» (es decir: eliminando el término «fortuito»). Artículo 195.3.2.º: «Si el accidente se debiere a imprudencia...» y (o, simplemente, volviendo a una regulación unificada de ambos supuestos, como en el CP derogado, especificando, para no revivir pasadas polémicas que el accidente puede imputarse tanto a conducta imprudente como a conducta fortuita).

(19) Dicc. R.A.E. 22.^a ed., voz «fortuito, a»; una definición similar se halla en la entrada «caso fortuito» («suceso, por lo común dañoso, que acontece inesperadamente»).

(20) Tomo la expresión de PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)», en *AFDUAM* n.º 4, 2000 (monográfico *La responsabilidad en el Derecho*, F. Pantaleón ed.), pp. 167 y ss., p. 176 (la cita, por el particular estilo del autor, debe ser reproducida íntegramente: al criticar a los autores que fundamentan ciertos tipos de responsabilidad en la «posibilidad de tomar un seguro», contesta el autor que se trata de una «bobada *iuris* del mismo calibre que la “responsabilidad por la causalidad” o que una imaginaria “responsabilidad por sorteo entre dañante y dañado”»).

(21) Aparte de los citados con respecto al CP derogado, *vid.*, ya referidos al vigente CP, MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II (M. Bajo dir.), Madrid, 1998, pp. 164-165; PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, pp. 2285 y ss., p. 2297.

1. X regala un caramelo a un niño. El caramelo se le cae al niño, quien salta inopinadamente a la calzada para recogerlo, por lo que el conductor Y ha de desviar súbitamente su coche para no atropellarlo, chocando con otro conductor (Z), que estaba en ese momento aparcando. Tanto Z como Y sufren graves lesiones. Ni X ni su amigo W, que casualmente pasaba por allí, les socorren. Nótese que la acción de donar el caramelo contribuyó causal y fortuitamente al suceso.

2. X, operario del ayuntamiento, termina de asfaltar una calzada el viernes, varios días antes de lo previsto. El domingo da un paseo por esa misma calzada y contempla cómo un coche, por un fallo en sus frenos, choca contra un árbol; su conductor necesita auxilio urgente, pero X no le socorre. Si X no hubiese terminado el asfaltado tan pronto, la calzada no habría sido abierta al tráfico y el accidente no habría tenido lugar.

3. X, que lleva un llamativo peinado punk, se dirige a saludar a un amigo por la calle. Un conductor se le queda mirando y sufre por ello un accidente, quedando desamparado y en peligro manifiesto y grave. Tanto X como su amigo omiten socorrerle (22).

4. X pasea con su amiga W cuando es asaltada por la espalda por el torpísimo asesino Z. Sin saber que Z se dispone a apuñalarla, X se mueve súbitamente, con lo que el puñal de Z resbala sobre el bolso de X y termina alojado en el propio vientre de Z, que comienza a desangrarse. Ni X ni W prestan auxilio a Z.

5. X porta por la calle una estatuilla que le acaban de regalar. De repente, el ladrido de un perro desde un balcón cercano sobresalta a Z, que paseaba cerca de allí, da un salto hacia atrás, tropieza con X, que se movía en dirección contraria (acción que contribuye fortuita-

(22) El ejemplo es una ligera modificación del de HAUPTMANN/JERABEK, Comentario a los §§ 94 y 95, en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (eds. F. Höpfel y E. Ratz), 2.^a ed., Wien, 2001, n. m. 14. A su vez, según cabe deducir de ciertas similitudes en los términos empleados, parece una relectura *políticamente correcta* del «caso de la minifalda» que propone KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. I, Delikte gegen Personenwerte*, 2.^a ed., Wien, 1984, § 94/16. Es llamativa la preterición que la doctrina española ha hecho en este punto de la austríaca, máxime cuando el Código Penal austríaco (öStGB) contiene en su § 94 (*Imstichlassen eines Verletzten*, abandono de un herido) un precepto sumamente similar al del artículo 195.3 CP; lo mismo puede decirse de la doctrina italiana, que tanta influencia tuvo en su día sobre la española, si bien el precepto correspondiente italiano se refiere directamente al tráfico vial; *vid.*, por todos, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 214-217; y GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obbiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, pp. 285-286 (si bien con una solución más discutible para los supuestos ajenos al tráfico vial: pp. 287, 289-290).

mente al suceso), le tira la estatuilla y cae al suelo, con tan mala suerte que se da un golpe en la cabeza, quedando en peligro manifiesto y grave. X, también víctima del suceso (pues ha sufrido un daño patrimonial por culpa de Z), omite socorrer a Z (23), como también hace un testigo de los hechos.

6. (Suceso producto de la conducta dolosa de un tercero) Z le pide prestada su navaja de bolsillo a X, quien está pelando una manzana con ella. De modo totalmente imprevisible, Z la usa para herir mortalmente a W, se la devuelve a X y se va. Temiendo que le impliquen en los hechos, X omite socorrer a W, quien tampoco recibe auxilio de otros testigos (24).

7. (Aportación causal temporalmente separada del suceso lesivo) X aparca su coche correctamente. Cuando va a recogerlo, se encuentra con que un niño, jugando, se ha golpeado fuertemente contra la ventanilla del coche de X, produciéndose unas heridas que determinan una situación de grave peligro para su vida. X decide no

(23) No está de más recordar, como hace PANTALEÓN «Cómo repensar...», p. 175, que, desde el puro prisma naturalístico, «la simple causación es siempre común a dañante y dañado»; ya que si éste no hubiese llegado en el lugar del daño, no lo habría sufrido.

(24) Este caso de la navaja de bolsillo o *Taschenmesser-Fall* ha sido motivo de intensa discusión por la doctrina alemana. En primera instancia se condenó a X como partícipe por omisión en un delito doloso contra la vida. El Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 1 de abril de 1958 (BGHSt 11/353) casó la condena, por entender que no estaba probada la *causalidad* de la omisión con respecto a la muerte de la víctima (por cierto: comparar con la argumentación de la STS de 23 de marzo de 1988, F. D. 1.º *in fine*, tímidamente avanzada en un *obiter dictum* de la STS de 28 de mayo de 1990, que habla de la posibilidad de admitir una comisión omisiva por injerencia pero la excepciona en los casos de «creación culposa del riesgo, pero *sin que la omisión haya causado el resultado más grave*»). La doctrina alemana ha sido enormemente crítica, con razón, con el defectuoso planteamiento de la sentencia del BGH. *Vid.*, por todos, WELZEL, «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», en *JZ*, 1958, pp. 494 y ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen, 1966, pp. 81, 123, 171-172; PFLEIDERER, *Die Garantstellung aus vorangegangenem Tun*, Berlín, 1968, pp. 142-143; OTTO/BRAMMSEN, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens», en *Jura* 1985 (publicado en tres entregas: pp. 530 y ss., 592 y ss., pp. 646 y ss.), pp. 651-652; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 363, nota 490; STREE, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: Kommentar*, 26.ª ed., München, 2001, § 13/39; SEELMANN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Gesamtred. U. Neumann u. W. Schild), Baden-Baden, 1995, § 13/134; FREUND, *Münchener Kommentar zum StGB* (en prensa), § 13/130 y ss. Una curiosa reinterpretación del caso ofrece SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, pp. 299 y ss.

usar su coche y se retira sin auxiliar al niño herido. Z, vecino de X, contempla la situación y tampoco presta auxilio.

En mi opinión, parece obvio que no existe legitimidad alguna para una hipotética norma que sancionase a quien hace la «aportación causal a un suceso imprevisible» de modo distinto a los demás capaces de auxilio. Ya hace siglo y medio alertaba la doctrina contra las construcciones más toscas de la teoría de la injerencia, basadas en los puros datos naturalísticos de la causalidad, y que por ello no podían resolver la cuestión de *imputación moral* (en el sentido de «*normativa*») que aquí se debate (25). En gráfica expresión de Rodríguez Mourullo, «cada acción es un factor causal que dispara una cadena de efectos que tiende virtualmente al infinito» (26). Ninguna norma racional puede hacernos responder por hechos con los que sólo nos une la mera vinculación *causal-mecánica*: dado que la causalidad no halla límites en su desarrollo, ello sería tanto como hacernos esclavos de nuestra primera conducta (27).

(25) La crítica es, pues, temprana: *vid.* MERKEL, A., *Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeinheiten des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867, p. 84, donde critica las teorías de la injerencia puramente causales. De entre ellas, la fundamental es la de Julius GLASER (*Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*. Erster Band, Wien, 1858 –reimpr. Aalen, 1978–, pp. 301, 422-423, 425), para quien el dolo podía surgir en cualquier momento de la *acción*, entendida ésta como todo un proceso desde el momento en que el sujeto activo entra en relación material o «mecánico-causal» con el objeto de la lesión, hasta aquel en que éste ya no puede impedir su acaecimiento. Así, y aunque quepa encontrar algunos antecedentes en las obras de STÜBEL, LUDEN o TEMME, es GLASER quien sienta las *bases teóricas* de una teoría *causal* de la injerencia, ya que para él, en los delitos de resultado, basta haber entablado relación causal con un suceso para que su omisión evitación, mediando dolo, pase a ser una *acción dolosa* causal del resultado.

(26) RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 291.

(27) Tomo el argumento de RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, p. 49. Precisamente en el dato de la ausencia o presencia de límites es donde KELSEN establece una de las diferencias fundamentales entre los conceptos de *causalidad* e *imputación*: «El encadenamiento de causas y efectos –según la esencia de la causalidad– aparece como infinito en ambas direcciones (...). Enteramente diferente es la situación en el caso de la imputación. La condición a la que se imputa (...) la consecuencia, como a la muerte por la patria, las honras a la memoria; a la beneficencia, el agradecimiento (...) y al delito, la sanción, son todas condiciones que no constituyen necesaria y simultáneamente consecuencias que deban ser imputadas a otras condiciones. Y las consecuencias (...) tampoco tienen que ser necesaria y simultáneamente condiciones a las que corresponda imputar nuevas consecuencias. El número de miembros en una serie de imputaciones no es ilimitado, como el número de miembros de una serie causal, sino limitado. *Existe un término final de la imputación*» (KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.ª ed., trad. R. J. Vernengo, México, 1981, pp. 104-105; las cursivas son añadidas).

Algunas resoluciones judiciales y parte de la doctrina ya habían percibido hace tiempo que «*no es lo mismo causar un accidente que verse involucrado en él o que el causante sea quien requiera auxilio*» (28). Y si bien es escasa la jurisprudencia que se ha ocupado del fundamento teórico de este tipo agravado, no lo es la que, pese a encontrarse con un supuesto de omisión tras indudable *contribución causal previa* a un accidente, aplica al omitente el *tipo básico* de omisión de socorro y no el agravado de omiso socorro a la víctima del propio accidente.

Así, la STS de 23 de julio de 2002, confirmando la STSJ Cataluña de 30 de noviembre de 2000, se enfrentó a un caso lamentablemente no infrecuente: el acusado A llevó en su automóvil a dos conocidos, B y C, hasta un descampado, para que pudieran inyectarse una dosis de heroína tranquilamente y sin ser molestados. Primero lo hizo B, entrando en estado de semiinconsciencia por reacción a la citada sustancia. Con ayuda de C, A sacó a B del vehículo. Posteriormente, C imitó a su compañero, sufriendo las mismas consecuencias; nuevamente A sacó a B del coche y lo dejó en el mismo descampado, marchándose en su coche. Finalmente, debido a la calidad de la sustancia inyectada, B cayó en estado de coma y C falleció.

Tomando por probado el muy discutible conocimiento de la situación típica (peligro manifiesto y grave para B y C) por parte de A, que no debatiremos aquí, lo que no cabe dudar es que A *interpuso una condición causal que favoreció la intoxicación de B y C*, cual fue la de transportarles a una zona despoblada donde poder inyectarse la heroína. Sin embargo –y, en mi opinión, correctamente–, A no fue condenado por la modalidad agravada de omisión de socorro, sino por el tipo básico del artículo 195.1 (29).

(28) Aparte de las poco atendidas resoluciones STS de 5 de abril de 1983 y SAP Barcelona de 3 de noviembre de 1995 (de las que hablaremos más adelante), *vid.* tan sólo MOLINA FERNÁNDEZ, *Compendio II*, pp. 164 y ss.; y QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.ª ed, Barcelona, 2002, p. 150, de quien tomo la expresión entrecomillada.

(29) Compárese con los casos de los «*Zechkumpanen*» de la jurisprudencia alemana de los años cincuenta y sesenta (por todos, *vid.* la sentencia del BGH de 25 de marzo de 1954, publicada en *JR* 1954, pp. 269-270, con recensión de HEINITZ). Se trata de varios supuestos, que tienen en común el hecho de que dos o más personas beben alcohol en compañía y, posteriormente, uno de ellos realiza una conducta peligrosa, como la conducción de un automóvil o una motocicleta, acaeciendo un hecho dañoso para terceros (atropello) o para el propio conductor (accidente lesivo o mortal; tal fue el caso de la sentencia citada, en la que se dirime el caso, en la que, además, el acusado se encontraba dentro del vehículo y, pese a considerarse probado que

Otra resolución interesante a estos efectos es la STS de 13 de mayo de 1981, que conoció de un caso en el que el acusado X conducía su coche cuando fue adelantado de modo tan inadecuado por el vehículo de MB, que alcanzó al coche de X en su costado izquierdo; como consecuencia del contacto, el coche de MB se salió de la calzada y cayó por un desnivel, dando varias vueltas de campana, resultando lesionados tanto MB como los otros cuatro ocupantes que le acompañaban. X omitió socorrerles. El TS aplicó el tipo básico de omisión de socorro, y no el agravado, argumentando que «no se ve la posibilidad de penarla en su párr. 3.º [scil. en el tipo agravado de omisión de socorro a la víctima], so pena de una interpretación extensiva y desajustada de los preceptos penales, pues ni el procesado ocasiona, ni es causa del accidente, muy por el contrario se expuso, por causa ajena a ser víctima del mismo, y se limitó a presenciarlo, por lo que se ven razones legales para encajar el supuesto, como se pretende, en el párr. 3.º del precepto invocado por el M.º Fiscal; y la frase del Considerando “participa pasivamente en el accidente” ni tiene la relevancia jurídica que se pretende, ni es determinante de la causalidad del accidente; razones que conducen a su desestimación».

La solución alcanzada es correcta, aunque la motivación que la sostiene debe ser seriamente matizada. Desde la teoría de la equivalencia de las condiciones, es absolutamente imposible negar la aportación causal del acusado al accidente. Si el acusado no hubiese estado conduciendo, el accidente no habría tenido lugar (30): no cabe negar la relación *naturalística* de causalidad en este punto. Y, sin embargo,

le había pedido a su amigo que condujese más despacio, fue sancionado en instancias anteriores por un *delito de homicidio imprudente por omisión*; esta jurisprudencia hiperpunitivista consideraba que, por la conducta precedente de *beber conjuntamente*, la no-evitación de la conducta de riesgo (no impedir que el amigo condujese en el estado de ebriedad en el que se hallaba) equivalía a haberla causado activa y delictivamente. En la sentencia citada, el BGH aceptó plenamente la fundamentación del tribunal de instancia, que consideraba que el amigo del accidentado había entrado en posición de garante por haber bebido con él; pero casó la sentencia condenatoria y retrotrajo las actuaciones por problemas de prueba. Resulta llamativa la tendencia del BGH a admitir en sede de principios un «principio de injerencia» sumamente indefinido, pero a impedir con frecuencia su aplicación con base en objeciones procesales. Nótese que algo similar viene haciendo el TS: las escasas sentencias (SSTS de 23 de marzo de 1988 y de 28 de mayo de 1990) que consideran de algún modo aplicable la *comisión por omisión tras injerencia* a los casos de atropello y posterior huida, lo hacen en *obiter dicta* que no llegan a aplicar al caso.

(30) O, para quienes no gusten de los juicios hipotéticos, en presente de indicativo: la conducción del acusado fue una condición más de las que llevaron al acaecimiento del accidente.

la argumentación del TS en esta sentencia no resulta irrazonable. En lenguaje común es aceptable (es más: quizá es *lo único* aceptable) decir que el acusado *no ocasionó* el accidente (¡incluso: que *no causó* el accidente!; esto plantea la posibilidad de que «causar» sea un término polisémico). Sobre ello volveremos más adelante. Sin embargo, debe ya constatarse algo: que la mención a haber *ocasionado un accidente* no puede entenderse como la mera previa interposición de una condición causal de aquél; y que la jurisprudencia española, con todas las contradicciones terminológicas que se quieran ver, así lo asume en su praxis.

B) Un criterio descriptivo: la proximidad social con el desamparado

La aportación de Nikolaos K. Androulakis ha tenido una gran influencia en la doctrina de la omisión delictiva, «incluso cuando no sea siempre citado expresamente» (31). En su obra *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte* (1963) (32), el autor caracterizaba las «omisiones impropias» como aquellas que mediante las que el autor puede optar por realizar, del mismo modo que las acciones causales, para infligir un daño. Ello ocurre, en su opinión, cuando el omitente estaba *previamente próximo* («schon vorher Dabein-sein»), ya a la fuente de peligro, ya al titular del bien jurídico en peligro (33). Se trata de una proximidad que no ha de entenderse en sentido espacial, sino en uno «íntimo, social, en tanto prójimo (*mitmenschlich*)» (34). Con respecto a la inferencia, Androulakis entiende

(31) SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 150-151.

(32) Una interesante exposición crítica de esta obra la hallamos en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 148-156; en mayor o menor medida se adhieren a la lectura de Schünemann, SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln, 1974, pp. 11 y ss.; SANGENSTEDT, *und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtliche Garantenhaftung*, Frankfurt a. M. et al., 1989, pp. 123-131; en la española, HUERTA TOCILDO, «Las posiciones de garantía...», pp. 86-89.

(33) ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München; Berlin, 1963, pp. 159, 162, 205 y ss., 272.

(34) ANDROULAKIS, *Studien*, p. 159. HUERTA TOCILDO («Las posiciones de garantía...», pp. 86 y ss.) califica este concepto de «proximidad social» (similar, PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en lo delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, p. 44). Pese a estar de acuerdo con estos autores en que esa *proximidad* no puede sino reconducirse a lo social, no estoy tan seguro de que el calificativo abarque el hondo matiz *existencialista* de la postura de este autor, que no la reduce únicamente a la vertiente *social* en su comprensión habitual. Esa pers-

que el «injerente» en efecto está *previamente* próximo al desamparado (35).

En 1988 Silva Sánchez desarrolla su primera toma de posición sobre el delito de omisión de socorro a la víctima; y, pese a considerar que los casos tradicionales de injerencia no generan una comisión por omisión, se remite expresamente al argumento de Androulakis para interpretar por qué estos casos de injerencia permiten aplicar una «omisión de gravedad intermedia». Silva Sánchez expone que aquí la conducta precedente (fortuita o imprudente) genera «una especie de “proximidad social”, en virtud de la cual se deduce que quien crea el peligro, incluso fortuitamente, es más que un simple tercero, ha “entrado” en la esfera jurídico-social de bienes de la víctima y tiene, por ello, un deber intensificado de evitar la producción de la lesión» (36).

Esta primera posición de Silva Sánchez ha hallado un relevante eco en nuestra doctrina (37). En efecto, la afirmación es intachable: en los supuestos en que es aplicable el artículo 195.3, 1.^{er} inciso, el sujeto está más *vinculado* con el suceso dañoso y con su víctima (está más próximo) que las personas no implicadas. Sin embargo, esta consideración no supera el plano de lo meramente *descriptivo*, por lo que no proporciona claves para resolver el problema que nos ocupa: ¿quién tiene un deber específico por haber *ocasionado fortuitamente* un accidente?

pectiva existencialista contempla el fenómeno convivencial desde una cierta *impotencia expresiva*, pues busca explicarlo desde la (inefable, en cierto modo solipsista) experiencia personal del contacto con *el otro*, que a su vez nos revela un *eco* de nuestra propia identidad. ANDROULAKIS es, permítaseme la expresión, un *solipsista que no se resigna*, que acude, para superar lo que percibe como la barrera de la absoluta *otredad*, a términos sumamente emotivos como, por ejemplo, una visión muy connotada de los pronombres personales (así, dirá que para el garante el desamparado es «un “Tú” frente a todos los demás “otros en tercera persona”»: *ibidem* p. 214), las expresiones preposicionales (el fundamento de la comisión omisiva es un «estar *junto a alguien y para alguien*», «en tanto *prójimo*»: *ibidem*, p. 159), etc. Se busca así que el oyente identifique en las expresiones «connotadas» sus propias y profundas vivencias personalísimas como principal camino para aprehender el núcleo del contacto social, donde se encuentra lo inefable de la *identidad* y la *otredad*, en vez de acudir a cánones socialmente objetivados, que diluyen ese elemento personalista.

(35) Entendiendo ese *previamente* como «antes del fin del desarrollo del peligro», es decir: mientras la evitación es aún posible (y no como «antes del inicio del peligro»): ANDROULAKIS, *Studien*, pp. 214-215.

(36) SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1988, pp. 573-574.

(37) Se adhieren a esta posición GÓMEZ RIVERO, *La Ley* 1995-3, pp. 787 y ss., p. 789; LA MISMA, «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», en *La Ley*, 5 de junio de 1996, pp. 1 y ss., p. 2 (aunque deduciendo de ello otras conclusiones muy diversas en lo relativo a la comisión por omisión); y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2.^a ed. (G. Quintero dir.; F. Morales coord.), Pamplona: 1999, p. 316.

No es posible aplicar el criterio «proximidad social» para determinar quién, de entre los implicados en un accidente sin ser culpables, está afectado por un deber de socorro específico. La relación de proximidad es relativa en varios sentidos, y para su concreción se requiere en cada uno de ellos un referente material. Veamos las siguientes afirmaciones:

1. La campaña electoral tendrá lugar en las semanas próximas.
2. Son parientes próximos.
3. Vigo está próximo a Pontevedra.
4. Mi fisioterapeuta insiste en que ponga la mesa más cerca del ordenador.

La 1.^a afirmación usa la relación de proximidad en el *plano* temporal. La 2.^a, en el de las relaciones de parentesco. La 3.^a y la 4.^a se refieren a uno geográfico o espacial; sin embargo, la *escala* («grado de proximidad») empleada en ellas es, obviamente, distinta. Volvamos al ejemplo del parentesco: cuando decimos que sólo hay deber de alimentos entre parientes próximos, y que sólo pueden heredar *ab intestato* parientes próximos, el plano es obviamente el mismo (las relaciones de parentesco), pero la escala no, pues son llamados a heredar *ab intestato* parientes *menos próximos* que los que integran el reducido círculo de los obligados alimentarios. Lo mismo ocurre en las afirmaciones 3.^a y 4.^a: al hablar con mi fisioterapeuta, el contexto le libera de tener que expresar la escala a la que se refiere al prescribirme que aproxime la silla y el ordenador; y sería absurdo entender que mis problemas de espalda mejorarían si pusiese mesa y ordenador en la relación de proximidad que media entre Vigo y Pontevedra.

Por lo expuesto, cabe afirmar que la alusión al plano «social» de modo general no resuelve el problema, ya que en una sociedad pluralista (artículo 1.1 CE), la variedad de criterios («planos») sociales para enjuiciar un suceso es inabarcable; y dentro de cada uno de ellos son adoptables diferentes escalas. Obviamente, los autores que sostienen este concepto de «proximidad social» hacen referencia tan sólo a uno de ellos: *precisamente el que está plasmado en el artículo 195.3.1.º*, por lo que cualquier ulterior concreción requiere de nuevos criterios. Asimismo, al ser la «proximidad» un concepto gradual, sería necesario conocer la *intensidad* requerida para poder aplicar el precepto (38).

(38) En la década siguiente, y como veremos en el siguiente epígrafe, SILVA SÁNCHEZ sigue ahondando en el estudio de este precepto, matizando sensiblemente sus posiciones. Precisamente de esa época proviene una interesante crítica relacio-

Como indicaba en el título de este epígrafe, con esta argumentación no se llega más allá del nivel *descriptivo*, algo que sin duda puede ser útil y necesario, pero que no nos sirve de ayuda en nuestra tarea: la determinación de los supuestos abarcados por la expresión *ocasionar fortuitamente un accidente*.

C) «Solidaridad intensificada»: las consecuencias previsibles de un hecho fortuito

Silva Sánchez es uno de los autores que más ha tratado la cuestión del fundamento del delito de omisión de socorro a la víctima. En un trabajos más recientes, este autor hace dos afirmaciones sumamente interesantes.

En lo relativo al *fundamento* de la agravación en el tipo del artículo 195.3, sostiene Silva Sánchez que el vínculo entre el «injerente» y el accidente tiene un origen *solidarístico* o institucional, y que por ello no se trata de una derivación del principio «*neminem laedere*» (39). Esta afirmación debe explicarse algo más, en concreto en lo relativo a esta acepción del término *solidaridad*, ya que se distancia del habitual uso del término (que lo restringe a la *solidaridad mínima*, es decir: la que fundamenta la omisión de socorro general). Entiendo que esta moderna concepción de Silva Sánchez parece influida en cierta medida por la postura de Baldó Lavilla (quien, a su vez, se adhiere en gran medida a la primera posición de Silva Sánchez, en un juego de mutuas influencias en sucesivas obras). En opinión de este autor, dos son los principios básicos en el establecimiento de deberes penales: la *responsabilidad por organización* (*neminem laedere*) y los *deberes de solidaridad*. La responsabilidad por organización atiende al principio de *separación de esferas organizativas*, con lo que todo tipo de daño a una esfera ajena imputable a la esfera propia incurre en este tipo de responsabilidad. Los deberes de solidaridad pueden ser *de solidaridad mínima* (como la omisión de socorro) o *de solidaridad cualificada*; en este último caso, el ordenamiento establece, para la realización de determinados fines, una serie de concretas *vinculacio-*

nada con lo aquí expuesto: al referirse a las doctrinas que aceptan una posición de garante por «estrecha vinculación familiar», se pregunta irónicamente el autor: «¿hasta qué punto de “estrechez”?» [SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo dir.), t. I, Madrid, 1999, pp. 441 y ss., p. 471]. Claramente critica el autor una referencia de «proximidad» insuficientemente definida, pues concreta el *plano*, pero no la *escala*.

(39) SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», pp. 154 y ss.

nes entre esferas personales (en el sentido de la *responsabilidad institucional* de Jakobs) (40), como la que media entre padres e hijos, la que ostentan los funcionarios sobre sus competencias, etc. Así, y en resumen, la competencia «organizativa» o derivada del *neminem laedere* consiste en *mantener las esferas personales separadas*; mientras que la competencia *solidarística*, por el contrario, consiste en una *vinculación entre esferas* en virtud de una especial determinación del legislador.

En resumen: con lo expuesto, sostiene Silva Sánchez que en el artículo 195.3 no se trata de un deber derivado del principio *neminem laedere*, es decir, que no se trata de responder por los daños que otros sufren como consecuencia de nuestro ejercicio de libertad.

Más adelante se tomará posición respecto del fundamento de la específica responsabilidad de quien *ocasiona un accidente fortuito*; mas ya cabe adelantar que parece difícil hallar un fundamento distinto al de la responsabilidad por las consecuencias del propio ejercicio de libertad; por lo que parece difícil excluirlo de entre las consecuencias del *neminem laedere* o «competencia por la propia organización» (41).

(40) BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, pp. 47 y ss., 53 y ss., 57 y ss. No obstante, para este autor (*ibidem*, p. 56) los casos de injerencia son casos indubitados de responsabilidad por organización. Para el autor, este fundamento abarca dos clases de deberes de acción: deberes especiales de *aseguramiento activo de fuentes de peligro «propias»* (que constituyen comisión por omisión) y lo que llama «*deberes generales de aseguramiento activo de fuentes de peligro «propias»*» (como el subyacente al antiguo artículo 489 ter, que, recuérdese, no hacía distinción entre accidente «imprudente» y «fortuito»), consistentes en un «deber cualificado de auxilio en una situación intermedia entre la omisión pura y la comisión por omisión (...) fundado en que el sujeto en cuestión es “algo más” que un sujeto con “status de tercero al peligro” –ausencia de competencia por el peligro– y “algo menos” que un sujeto con competencia plena por aquél. A este sujeto lo consideraremos “preferentemente competente” por dicho peligro, porque su “propio” comportamiento organizador origina objetivamente el peligro, si bien no de forma subjetivamente imputable a título doloso». BALDÓ LAVILLA (*ibidem*, p. 71, nota 105 y texto correspondiente; pp. 170, 171-172, nota 389 y texto correspondiente, p. 174) sostiene que debe armonizarse la interpretación de la «competencia por el riesgo» que ostenta el sujeto pasivo de la acción en *estado de necesidad defensivo* (quien es *en parte* competente por el riesgo, mas no *plenamente*, como sí lo es quien agrede ilegítimamente) y la de la «competencia por el riesgo» ostentada por el omitente en el antiguo artículo 489 ter. 3.º.

(41) No es infrecuente en la doctrina la afirmación de que en este precepto concurre un fundamento *mixto*, derivado tanto de la solidaridad como de la responsabilidad por las consecuencias de los propios hechos (*vid.* por ejemplo MUÑOZ CONDE,

También en estos últimos trabajos ha realizado Silva Sánchez dos matices importantes: por una parte, a los efectos del artículo 195.3, el accidente fortuito debe reunir los requisitos de *previsibilidad* y *evitabilidad* del daño (42). Obviamente, el autor refiere ambos requisitos al propio momento del *ocasionamiento fortuito del accidente*, y no al de la omisión (ya que en tal caso no se estaría operando restricción alguna, ya que si no hay previsibilidad ni evitabilidad del curso lesivo ya desencadenado, no cabe hablar de omisión).

La solución parece, en principio, problemática, pues en los casos que nos interesan, estos dos requisitos convertirían a la conducta precedente *fortuita*, cuando menos, en un delito *imprudente*, vaciando de contenido el primer tipo del artículo 195.3 e integrando sus supuestos en el ámbito del segundo tipo (accidente *imprudente*). Esto sólo puede soslayarse si se entienden ambos requisitos no en sentido *normativo* (lo que se *debe* prever y evitar), sino en un puro sentido *fáctico* (lo que se puede prever y evitar).

Muy resumidamente: la llamada «previsibilidad *objetiva*» de la que se habla en el delito imprudente no debe entenderse como un mero pronóstico fáctico «posibilidades de que el sujeto X llegue a prever el suceso Y». Previsible es *casi todo suceso lesivo* en la vida: basta una suficiente dosis de mal agüero. Pero cuando en el delito imprudente se habla de la previsibilidad *objetiva* no nos referimos a cualquier representación que pueda llegar a tener un sujeto, sino a la posibilidad de anticipar en una concreta situación ciertas posibilidades de daño: aquellas que el Derecho nos obliga a precaver (43).

Derecho Penal. Parte Especial, 14.^a ed., Valencia, 2002, p. 323). Por supuesto, todo esto depende de qué se entienda por *solidaridad*. Si bien lo entiendo, parece que SILVA SÁNCHEZ reserva el concepto de *competencia organizativa* para los deberes de *mantener separadas* las esferas de autonomía de las personas (es decir: los deberes de *no lesionar*, mediante acción u omiso control de un foco de peligro); mientras que considera que los deberes de salvamento (consistentes en reparar los efectos de no haber mantenido separadas dichas esferas) los juzga deberes de base solidarística.

(42) SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», p.161.

(43) Si al día siguiente de revisar los frenos, un conductor atropella a alguien por un fallo imprevisto en ellos, diremos que el desgraciado suceso era *imprevisible* (por mucho que alguien con suficiente mal agüero pudiese haberlo previsto). Sin embargo, en el supuesto de un avión cuyo tren de aterrizaje, con base en la normativa del tráfico aéreo, hubiese que verificar antes de cada despegue, pero que debido a una revisión omitida realiza un aterrizaje defectuoso y se estrella contra otra aeronave, hablaríamos de un suceso *previsible* y lamentablemente imprevisto: aquí, permítaseme la expresión, el legislador impone su *mal agüero* como deber de previsión (y por la vía de la *actio libera in causa*, sancionará a quien realiza un acto lesivo, por mucho que el peligro fuese imprevisto *en el momento de la lesión*, siempre que esa

Pues bien: interpretando estas referencias a la previsibilidad y a la evitabilidad en clave meramente *fáctica* se evita, en efecto, la *interpretatio abrogans* del artículo 195.3.1.º, ya que existe un ámbito de supuestos donde la conducta precedente es evitable y el resultado es *fácticamente* previsible sin que quepa hablar de imprudencia. Pero con ello no se logra una definición satisfactoria. Variemos un poco uno de los ejemplos citados *supra*: unos niños pequeños juegan siempre a la pelota entre los coches estacionados; en el barrio ya ha habido problemas, pues los niños rayan los coches y, en alguna ocasión, se han hecho daño tropezando con ellos. Un conductor, *pese a saberlo*, aparca allí su vehículo. Cuando ya está en casa, oye un estruendo, se asoma al balcón y ve a un niño gravemente herido, pues al corretear entre los coches, chocó con el suyo, cayendo de espaldas y golpeándose la cabeza. Sabedor de todo ello, omite llamar a una ambulancia (como también otro vecino suyo, que estaba asomado a la ventana): el pequeño muere desangrado horas después. Teniendo en cuenta que el dueño del coche interpuso una condición que se reveló causal del daño; y que ésta era previsible y evitable, ¿cabe tratar de modo distinto a los dos omitentes? ¿Existe, desde un punto de vista normativo, alguna diferencia? Entiendo que la respuesta es negativa; y que ilustra suficientemente que el añadido de los requisitos de *previsibilidad* y *evitabilidad* no logra concretar de modo suficiente el ámbito de los casos de «injerencia fortuita».

Sin embargo, y como se verá más adelante, el problema es de (excesiva) *extensión* del ámbito definido. En efecto, existe una relación

imprevisibilidad se debiese a la previa infracción de un *deber previo* de investigación). Si todo esto se manejase en un nivel meramente *fáctico*, las consecuencias serían radicalmente opuestas. Imaginemos que un suicida se echa bajo las ruedas de un conductor, muriendo aplastado por el coche. ¿Era *previsible* el suceso? Por supuesto que sí: *conduciendo a 2 km/h*, el conductor hubiese podido mantenerse capaz de prever un suceso que fue imprevisible conduciendo a 50 km/h (habría visto cómo el suicida se aproximaba, se lanzaba, y hubiese podido frenar –evitabilidad–). Sin embargo, el Derecho no obliga a los conductores a mantenerse capaces de prever y evitar sucesos lesivos por la vía de conducir a 2 km/h. En resumen: todo lo *imaginable* es, precisamente en tanto tal, *fácticamente previsible* (FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana» –trad. J. Dopico y L. Pozuelo–, en *Revista de Derecho Penal* –Buenos Aires– 2002-2, pp. 79 y ss., pp. 93-94); pero sólo con respecto a un limitado número de posibilidades de lesión hay *deberes de investigar* [concepto que hallamos en los textos más antiguos: *vid.*, por todos, FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed. (ed. y adiciones de MITTERMAIER), Giessen, 1847 (reimpr. Aalen, 1973), 57]. Sobre todo lo aquí expuesto, más en extenso, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Madrid, 1980, pp. 205 y ss.

entre la previsibilidad, la evitabilidad y el concepto «ocasionamiento fortuito de un accidente», pero debe definirse en otros términos.

3. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO A UNA CONDUCTA LÍCITA Y LA PROHIBICIÓN DE LESIÓN (*NEMINEM LAEDERE*)

A) **Presupuestos. El término «accidente». La omisión del artículo 195.3 como conducta posterior a un «accidente»**

Como se ha expuesto, la doctrina hizo del término «accidente» el eje del debate acerca de las clases de injerencia que pueden dar lugar a una agravación de la omisión de socorro. Tras el CP 1995, ya no cabe duda acerca de que en el concepto «accidente» tienen cabida tanto los fortuitos como los imprudentes (44). Sin embargo, con esto no se ha agotado el rendimiento conceptual del análisis del término.

Cuando se ha dicho que es pacífica en la doctrina española la consideración de que los omisos *salvamentos* tras accidente fortuito no son casos de comisión por omisión dolosa de un homicidio o un accidente, se ha advertido de que la afirmación requería una matización. Y ello es debido a que el concepto de «salvamento» no suele ser definido por doctrina ni por jurisprudencia más allá del rasgo «omisa evitación».

Domina en la doctrina un manejo del concepto de conducta típica en los delitos de omisión excesivamente extenso, basado en el concepto de causalidad hipotética; así, en el ámbito de la competencia organizativa, la omisión relevante con respecto a un homicidio, unas lesiones, etc., será toda aquella no realización de una conducta posible (ya sea en concreto, ya de modo general) que hubiera podido evitar el resultado, sin más matices.

Sin embargo, no es ese el concepto que maneja el Código penal. En los delitos de omisión de socorro a la víctima del propio accidente (ocasionado fortuitamente o debido a imprudencia) se plantea un caso muy concreto de omisión: el *omiso salvamento de las consecuencias de un accidente*. Así, no están incluidas en estos tipos las omisas evitaciones *del accidente en sí*, que constituyen verdaderos casos de *comisión por omisión*.

(44) Lo único que excluye el Diccionario R.A.E. del término «accidente» son los sucesos dañosos *intencionados* («Suceso eventual o acción de que *involuntariamente* resulta daño para las personas o las cosas»).

La evitación del accidente en sí es, en los casos que nos interesan, una conducta debida en virtud de la propia competencia organizativa; pues se trata de evitar que surja una lesión procedente de un peligro de nuestra esfera de organización: no se trata, pues, de un deber basado en *solidaridad*, al menos no en su comprensión habitual (45). La persona no sólo actúa «*moviendo el cuerpo*», sino también por la gestión, activa u omisiva, de una esfera jurídica que le es asignada en un régimen de exclusividad (46). En este sentido, «actúa» y «lesiona» tanto quien atropella a otro *acelerando*, como quien lo hace *no frenando*; tanto quien azuza su perro para que muerda a otro como quien, pudiendo, no evita que el animal se abalance sobre un tercero con tal intención; y tanto los miembros de un consejo de administración que *dan órdenes* de introducir un producto dañoso del mercado, como los que *permiten* que sea introducido a sabiendas de sus características. Los elementos del ámbito de organización de una persona (herramientas, máquinas, instalaciones, actividades, etc.) configuran lo que cabría llamar un «cuerpo en sentido amplio» (47): a los efectos de la

(45) Para las siguientes líneas, me remito a JAKOBS, «La competencia por organización en el delito omisivo» (trad. E. Peñaranda), en *Estudios...*, pp. 347 y ss., 348 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. J. Sánchez-Vera), Bogotá, 1998, pp. 27 y ss. El concepto de *competencia organizativa* es, en mi opinión, el intento más elaborado de aproximación a un concepto de «dominio» técnicamente más depurado que el manejado en la dogmática del delito activo; pero no el único. Diferentes intentos interpretativos giran en torno a la idea de un ámbito gestionado en exclusiva por su titular; así, en la doctrina alemana cabe citar los conceptos de «área de dominio» (SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 235 y ss.), y el de *soberanía* de SANGENSTEDT (*Garantenstellung*, pp. 377 y ss.); en la italiana, la idea de «signoría» (FIANDACA, *Il reato...*, pp. 162 y ss.); en la anglosajona, el concepto de «personal sovereignty» (FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, t. III, *Harm to Self*, New York, 1986, p. 47; t. IV, *Harmless wrongdoing*, New York, 1988, p. 320; si bien menos orientado a la atribución de responsabilidad por las consecuencias, y más a subrayar el elemento de *atribución en exclusiva de la gestión* y con ello negar legitimidad a las normas paternalistas); y, en la española, los conceptos de «dominio» (SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 371), «dominio social» (GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en *Actualidad Penal* n.º 38, 1995, pp. 683 y ss., p. 701) o, con una definición funcional, el *conjunto de focos de peligro cuyo control está encargado al sujeto* (GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP* 1994, pp. 221 y ss., pp. 227 y ss.); así como el de *autonomía* manejado recientemente por LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, pp. 58 y ss.

(46) Dicha exclusividad puede ser *compartida* con otros, en un régimen de división de trabajo.

(47) Algo similar hallamos en los orígenes del idealismo alemán; *vid.*, HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del Derecho* (ed. K. H. Ilting) –trad. C. Díaz–, Madrid, 1993, § 116 (sometiendo a un mismo régimen de competencia del titular el propio

prohibición de dañar, es indiferente que lo hagamos moviendo los músculos o no impidiendo que cualquier otro elemento de ese «cuerpo en sentido amplio» dañe (no frenando una máquina, no conteniendo un animal, etc.).

El CP opta —en mi opinión, correctamente— por tratar de modo diferenciado los supuestos de un *acto de gestión de la propia esfera generador de daños* (casos de *comisión por omisión*, con frecuencia tratados aludiendo a la llamada *posición de garante por dominio de una esfera*) de los casos de responsabilidad por la *omisa revocación de los peligros producidos por una gestión de la propia esfera* (es decir: de los peligros que surgen de un *accidente*). De uno u otro modo la doctrina ha reconocido una diferencia entre ambos grupos de supuestos, con frecuencia aludiendo a la distinción entre *aseguramiento de un foco de peligro y salvamento de la víctima del accidente producido por dicho foco*; ya sea respaldando la opción diferenciadora (48), ya entendiendo que, a los efectos de la imputación, la dife-

cuerpo, la propiedad y otros ámbitos bajo el dominio del sujeto); y FICHTE, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia* —trad. y notas J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina—, Madrid, 1994, §§ 5 y ss. (con un verdadero concepto de *cuerpo en sentido amplio*; si bien no sólo a los efectos del deber de no lesionar, sino también tomándolo como elemento necesario del *reconocimiento* entre personas: *ibidem*, §§ 18 y 20).

(48) Desde diversos planteamientos, *vid.* tan solo GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* 1994, pp. 227 y ss.; EL MISMO, «El delito de omisión impropia», en *RDPC* 1999, pp. 537 y ss.; LUZÓN PEÑA, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Poder Judicial* n.º 2, 1986, pp. 73 y ss., pp. 81 y ss. [a su solución se adhiere DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 8 de octubre de 1991)», en *Poder Judicial* 1991, n.º 24, pp. 203 y ss., p. 209, p. 210]; SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», pp. 160 y ss.; EL MISMO, *Comentarios...*, pp. 477 y ss. [a su propuesta se adhiere GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial...*, pp. 317 y ss., si bien con algún matiz señalable]; GRACIA MARTÍN, *Actualidad Penal* 1995, pp. 687 y ss., 701 y ss. [no obstante, recientemente apunta este autor una dirección, si bien lo entiendo, totalmente distinta; EL MISMO, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 411 y ss.; aunque no creo que con ello haya alterado su comprensión de los delitos del artículo 195; téngase en cuenta que el artículo citado es una crítica de la posición dominante, y sólo esboza las líneas directrices generales de una doctrina que promete desarrollar próximamente]. Desde perspectivas más radicales, y pese a sostener una argumentación ontologista más que cuestionable, es un antecedente fundamental la citada obra de SCHÜNEMANN *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971.

rencia es irrelevante (49). Debe destacarse que *la opción diferenciadora es la mayoritaria en los ordenamientos de nuestro entorno* (50).

(49) El principal antecedente es aquí la obra de RUDOLPHI *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, quien pese a establecer las bases de la distinción entre lo que denomina las posiciones de garante por «dominio» y por «injerencia» (aunque sin dar un adecuado fundamento a dicha distinción), sigue reconociendo en los omisos salvamentos tras injerencia un fundamento de imputación idéntico. Por otra parte, en la obra de JAKOBS, quizá el revulsivo más interesante del último siglo en esta materia, cabe hallar la que posiblemente sea la definición más acertada hasta el momento de la distinción entre ambos grupos de supuestos: «*en el caso de los deberes de salvamento -a diferencia de lo que sucede con los deberes de aseguramiento- pueden ser tomados en cuenta varios ámbitos de organización como eventualmente competentes o, con mayor precisión: al menos dos, el del injerente y el de la víctima. Por el contrario, en el caso de los deberes de aseguramiento no existe ninguna alternativa en relación con la competencia global de aquel que domina el círculo de organización que ha de ser asegurado*» (JAKOBS, «La competencia por organización...», p. 354; en el mismo sentido, EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. -trad. J. Cuello y J. L. Serrano-, Madrid, 1995, 29/38). Sin embargo, el autor niega que la imputación por omiso *salvamento* revistiera caracteres distintos a los de la imputación por *omiso aseguramiento* (o por «conducta activa»); recientemente ha radicalizado esa negación: EL MISMO, «Teoría y praxis de la injerencia» -trad. M. Cancio-, en Jakobs/Cancio, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 101-102.

(50) Ya sea siguiendo el mismo modelo del Derecho *español* (tipificando para dichos casos una omisión «de gravedad intermedia», en palabras de SILVA SÁNCHEZ, como el artículo 195.3), como ocurre en *Italia* (art. 189 del Codice della strada, cuya sanción ha sido recientemente elevada por ley de 9 de abril de 2003, elevando su límite superior a 3 años), *Austria* (§ 94 StGB) o *Portugal* (art. 200.2 CP); ya, como en el caso de *Alemania*, estableciendo una cláusula de atenuación facultativa que la doctrina coincide en aplicar a los casos de omiso *salvamento* tras accidente, y no a los de omiso *aseguramiento* de los peligros de la propia esfera (*vid.*, de entre la escasa doctrina alemana que ha estudiado el § 13.II, *vid.* DENCKER, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 167-168, 169, quien no obstante aduce a tal efecto argumentos técnicamente muy problemáticos; Schönke-Schröder-STREE, § 13/64; y la detallada y reciente exposición de ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, München, 2003, §§ 31/236 y ss.). Resulta sorprendente el diferente interés de la doctrina alemana (y, correlativamente, de la española) por los párrafos I y II del § 13. Ello puede deberse a que el § 13.II ha sufrido el triste destino de ser calificado como una cuestión de «determinación de la pena», que viene a ser *de facto* el establecimiento de una licencia doctrinal para interpretarlo sin el rigor que merecen los demás elementos que *determinan* la pena (es decir: sin el rigor con el que debe tratarse todo aquello que la doctrina mayoritaria califique como relevante a los efectos de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad) y que termina por producir un cierto desinterés por parte de la *alta* ciencia penal; en este sentido, *vid.* por todos, en la doctrina alemana, la durísima crítica de STRATENWERTH a esta discriminación de la llamada «determinación de la pena» (*El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* -trad. E. Bacigalupo-, Madrid, 1980, pp. 82-83); y en la española, las consideracio-

Por mucho que la distinción entre estos dos grupos de supuestos sea objeto de debate en el plano teórico, su aplicación práctica al grupo de casos que nos ocupa no parece discutida en nuestra doctrina de la parte especial. Supuestos de «accidente fortuito» que dan lugar a la aplicación del artículo 195.3, 1.^{er} inciso, sólo pueden ser aquellos en los que se trata tan solo de salvar a la víctima de un peligro cuyo origen el autor ya no está gestionando (un *accidente*); y no entran en su ámbito típico las omisiones calificables como conductas de *gestión de los peligros de la propia esfera* que terminan lesionando a alguien (cuyo núcleo fundamental son las conductas de omiso *aseguramiento* de la propia esfera), por mucho que aquí dicha esfera pueda haberse descontrolado previamente sin mediación de dolo ni imprudencia del sujeto (51). Por ejemplo: si por un fallo mecánico imprevisible o intervención imprevisible de tercero el coche derrapa y queda atravesado en medio de la autopista, el conductor deberá *asegurar* o *gestionar* el foco de peligro (señalarlo, retirarlo al arcén, etc.), es decir: *evitar el accidente*; de no hacerlo así, si tiene lugar un accidente podremos hablar de la comisión omisiva de delitos de lesiones, homicidio, etc. Pero por fallo imprevisible lo que tiene lugar es un atropello (es decir: *si ya se ha producido el accidente*) dejando a la víctima incapaz de protegerse y en peligro, su omiso salvamento doloso dará lugar a un delito del 1.^{er} inciso del artículo 195.3, y no a un homicidio doloso por omisión si ésta finalmente fallece. El tratamiento indiferenciado de ambos grupos de casos, propiciado por un pensamiento excesivamente causal-naturalístico (pues desde la óptica causal o cuasi-causal en ambos casos se da lo mismo: la no-evitación de un resultado, y no se perciben las hondas diferencias que desde el plano normativo cabe apreciar entre ellos), es posiblemente uno de los lastres que más han pesado en la tortuosa evolución del estudio de la responsabilidad derivada de conducta peligrosa precedente.

Este es, si no yerro, el criterio en mi opinión más sencillo y razonable para distinguir los ámbitos típicos de los artículos 11.b) CP (comisión omisiva por injerencia) y 195.3 (omisión de socorro a la víctima, en sus dos modalidades); y viene a coincidir en no pocos

nes de GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)», en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 39 y ss., 55 y ss., 81-82 (publicado inicialmente en *RFDUCM* 1980, p. 129 y ss.).

(51) Ni tampoco, correlativamente, los casos de *gestión de la autoprotección ajena* cuando ésta ha sido *asumida* de quien pueda delegarla (o meramente *usurpada*). Estas son las dos vertientes del *principio de gestión*, que expongo y desarrollo en mi tesis doctoral *Fundamentos de la responsabilidad por injerencia*.

puntos con las soluciones alcanzadas por autores como Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Silva Sánchez, Gracia Martín, Díaz y García Conlledo o García Albero (52) (por mucho que cada una de las propuestas tenga sus propias características, en modo alguno equiparables), así como con la praxis constante de la jurisprudencia española (53).

B) Imputación y libertad de organización

Posiblemente la mejor definición de las implicaciones de la prohibición de lesión (*neminem laedere*) haya cristalizado en la obra de Jakobs, quien, desde un punto de vista material y desvinculándolo del obsoleto concepto naturalístico «acción causal», ofrece una interesante fundamentación de la institución que enlaza con los clásicos del liberalismo político; pero además, en el plano dogmático (y aquí reside, en mi opinión, la fundamental aportación de este autor), permite una explicación coherente de otras instituciones, como la comisión omisiva, sin los forzados giros a los que obligaba la dogmática tradicional.

Muy resumidamente (54): la asignación a la persona de un ámbito de libertad y disposición *en exclusiva* («ámbito de organización», que consta, en primer lugar, del propio cuerpo, pero también de herramientas, animales, instalaciones, actividades, etc.) tiene como correlato necesario para que sea posible el contacto social la necesaria *atribución de responsabilidad* por las consecuencias del ejercicio de ese ámbito de libertad. Esa responsabilidad se plasma, en primera línea, en una serie de deberes de adecuada organización de la propia esfera. Cuando se infringen esos deberes generando un peligro, el

(52) Vid. las obras citadas *supra*.

(53) No es posible ni adecuado desarrollar aquí con detalle el fundamento y límites del *principio de gestión* aquí solamente enunciado, ni las diferencias con las doctrinas de los autores españoles citados. Baste tan solo subrayar que, en los casos que nos interesan, *al ámbito del artículo 195.3 pertenecen los omisos salvamentos tras accidente*, en la medida en que el omitente no esté todavía gestionando el foco de peligro en cuestión. Sin embargo, esto no cuestiona el que *los deberes de salvamento lo son en virtud de competencia organizativa*; tan solo lleva a calificar el omiso salvamento como un momento derivado y *secundario* dentro de la dinámica del acto comisivo.

(54) Para lo que sigue, *vid.* JAKOBS, PG, 29/29 y ss.; EL MISMO, «El principio de culpabilidad» (trad. M. Cancio), en *Estudios...*, pp. 365 y ss., 392; EL MISMO, «La competencia por organización...», pp. 348 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal...*, Bogotá, 1998, pp. 27 y ss.; EL MISMO, «Teoría y praxis...», pp. 100-101.

daño en que se concrete se explicará precisamente como *emanación* de ese ámbito de organización, imputándose a su titular como a su autor. La imputación de una lesión a una persona no es consecuencia de la mera *relación causal* entre ésta y aquélla, sino que deriva de esa red de deberes que obligan a las personas a organizar su esfera de un determinado modo.

¿Cabría deducir de todo esto que no cabe imputar un daño a una persona que mantiene su ámbito de organización dentro de los estándares de seguridad prescritos, aunque exista una relación causal entre persona y daño (o lo que a estos efectos es lo mismo: entre ámbito de organización y daño)? Parecería que sí: Quien deja indebidamente la piel de plátano en la acera, responderá de que nadie resbale con ella; pero si la deja en el contenedor de basura y unos niños juegan con su contenido, volcándolo sobre la acera, la evitación del eventual resbalón de alguien con la piel de plátano ya no le compete.

Sin embargo, se trataría de una deducción *apresurada* (55).

C) **Fundamento material de la agravación del artículo 195.3, 1.º inciso: imputación de un suceso lesivo a una conducta lícita**

Y sería una deducción apresurada porque existen criterios de atribución de una especial responsabilidad por un suceso distinto de la infracción de un estándar de seguridad de la propia esfera (56). Estos criterios han sido más desarrollados en el ámbito del derecho de daños. Haremos a continuación una breve introducción a la *responsabilidad por las consecuencias lícitas de la propia conducta*.

Para la evitación del *surgimiento* de algunos peligros del ejercicio de libertad no se asignan tareas *a nadie*: ni se obliga al actuante a *asegurar* su esfera evitando que surjan tales peligros, ni se asignan específicamente a la víctima ni a un tercero tareas protectoras a tal efecto. Sin embargo, en algunos de esos casos sí pueden asignarse otro tipo de deberes, como los de *indemnización* (o los de *salvamento*). Aquí ha de hacerse una subdivisión:

1. Por una parte, se encuentran riesgos que, desde el punto de vista del Derecho penal, son *riesgo ambiental* (57), no diferente al

(55) JAKOBS, «La competencia por organización...», pp. 355-356.

(56) JAKOBS, *PG* 29/42 y ss.; EL MISMO, «La competencia por organización...», pp. 355 y ss.

(57) Empleo aquí el término «ambiental» en referencia a la distinción luhmanniana entre «sistema» y «ambiente» o «entorno»: los peligros son *ajenos al sistema*

riesgo de que a uno le caiga un rayo encima o que la lluvia le moje un traje caro (58). Pese a tener origen causal en una conducta, no existe posibilidad alguna de fundamentar responsabilidad del sujeto por ellas. Esta *indiferencia* del Derecho ante dichas consecuencias puede tener diversos orígenes; pero en último término se trata de una *definitiva liberación* de un determinado ejercicio de libertad por parte del legislador. Por ejemplo: nadie puede reclamar a una persona física responsabilidad por las lesiones que le cause el respirar humo de tabaco en una zona donde no está prohibido fumar; ni tampoco a los conductores de camiones por el ruido que hacen al pasar por la carretera junto a su casa, que le impiden dormir, por mucho que eso le traiga algún tipo de daños a la salud; o si ese ruido le trajese *daños patrimoniales*, como por ejemplo una reducción de la producción de leche de su ganado, debida a que el ruido también impide su descanso, etc. (59).

2. Por otra, hallamos permisos para trasladar *en primera instancia* ciertos costes del ejercicio de libertad a otra persona, pero que *no establecen un reparto definitivo de riesgos* (60), sino que obligan al ejerciente de libertad, en mayor o menor medida, a asumir diferentes responsabilidades ulteriores por los peligros desencadenados, sobre todo en el ámbito patrimonial. Este grupo de casos es, a su vez, heterogéneo, aunque en su base se encuentra siempre el *pensamiento de la ponderación* que subyace al estado de necesidad; y puede subdividirse como sigue:

a) Casos de *estado de necesidad agresivo*, en el que se trasladan a otra persona *de modo no definitivo* los costes del mantenimiento de

de regulación de conductas. Sobre este concepto en la reciente doctrina penal española, vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, pp. 46 y ss.

(58) De la literatura anglosajona de la *Law of Torts* proviene la expresión «act of God» para designar estos supuestos (vid. por ejemplo YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 219).

(59) A lo sumo, podría exigir responsabilidad al órgano que ha dictado el permiso para esas conductas que le dañan. Esa exigencia de responsabilidad puede basarse en la calificación del acto de otorgamiento de permiso como *infractor* (por ejemplo: un reglamento que establece que está permitido fumar en el lugar de trabajo, cuando ya hace décadas que se sabe de la peligrosidad del humo de tabaco); o en la consideración de que ese acto (por ejemplo: abrir la carretera al tráfico de camiones) no ha indemnizado suficientemente a aquellos a quienes se les trasladan costes de modo cuasiexpropiatorio (dañando la capacidad productiva de su ganado).

(60) Tomo esta plástica expresión de NK-SEELMANN, §13/49.

ciertos intereses frente a peligros por los que la víctima no es competente (61).

b) Supuestos que la doctrina civil denomina de diversos modos, como *de responsabilidad estricta (strict liability)* o *por el riesgo (Risikohaftung)* (62). La denominación «responsabilidad objetiva» (63), además de poco expresiva (¿responsabilidad sin sujeto?) es tan solo *negativa*, pues alude tan solo a la ausencia del criterio culpabilístico. Por ello, este grupo de supuestos debe ser tratado con extremo cuidado, pues aquí podemos encontrar muy diversos criterios de atribución. Por una parte, y en mi opinión, aquí hay casos en los que *el límite de la invencibilidad del error no coincide con el de la exclusión de la responsabilidad*; así, contando con los debidos permisos, se puede instalar una conducción de agua corriente en una vivienda; y no es obligatorio estar a todas horas controlando si tiene fugas. Sin embargo, si se produce una fuga mientras el sujeto se encuentra de vacaciones (por lo que éste ignorará invenciblemente que está teniendo lugar el suceso), cabe una regulación que le atribuya responsabilidad por los daños que el agua produzca en el piso inferior (64). En estos casos no se trata de una conducta en sí infrac-

(61) Sobre el estado de necesidad agresivo, fundamental en nuestra doctrina es la aportación de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 73 y ss., 121 y ss., 168 y ss. Sobre el carácter *no-definitivo* del traslado, baste atender a la regla del artículo 118.3.º CP, que atribuye la responsabilidad civil por el daño al sujeto en cuyo favor se haya precavido el daño. En mi opinión, es una regla insatisfactoria para los supuestos de estado de necesidad *defensivo* (donde habrá que acudir, si es posible, a los mecanismos de repetición que permita el Código Civil, ya que lo adecuado será imputar el daño a aquel que fuese *competente* por él —empleando la terminología de BALDÓ—, y no al beneficiario de su evitación); pero razonable para los casos de estado de necesidad *agresivo*.

(62) Entre ambas denominaciones existen diferencias en las que aquí no entraremos; *vid.*, por todos, desde una perspectiva histórica, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 108 y ss.

(63) PANTALEÓN PRIETO («Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pp. 1561 y ss., p. 1562 y nota 3) renuncia a emplear el término «responsabilidad objetiva» para estos casos, pues en ellos siempre hay un criterio de imputación al *sujeto*, aunque no sea la culpa o negligencia. Pese a que se trate en gran parte de una cuestión meramente terminológica, la acotación parece iluminadora.

(64) En esta tan obvia y sencilla atribución de responsabilidad no deja de plantear problemas el modelo exclusivamente culpabilista del artículo 1902 CC, cuyas excepciones son, a todas luces, demasiado limitadas para las necesidades sociales actuales. En estos casos con frecuencia la jurisprudencia española, maniatada por el tenor de este precepto, tiende a buscar *culpas* inexistentes para poder atribuir el daño al patrimonio del demandado (por todas, *vid.* la hilarante «*culpa in eligendo novio*» de la que habla YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, p. 298, al comentar la STS, Sala 1.ª,

tora de un deber, sino de un «espacio de libertad que tan sólo puede entenderse concedido en interés de la dinámica social» y no como un «reparto definitivo de los riesgos por el ordenamiento jurídico» (65). Con frecuencia, mas no siempre, el ordenamiento supedita el permiso para realizar esa conducta (en la que el deber de investigación no es

de 23 de febrero de 1976), llegando incluso con frecuencia a aducir lo que, de ser tomado en serio como regla general, sería una verdadera *disolución de las reglas de atribución social*: que «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia» (sorprendentemente ha sido amplia y pacífica jurisprudencia; *vid.* por todas, STS, Sala 1.ª, de 22 de diciembre de 1986). Imaginemos las consecuencias que tendría la generalización de este criterio; por ejemplo: un ciclista que circula por el «carril-bici» adecuadamente a 15 km/h no puede frenar adecuadamente cuando alguien resbala y cae en su trayectoria; pero que podría haber frenado a tiempo de circular tan sólo a 1 km/h: ¿sería *responsable civil de las lesiones!* Posiblemente consciente de ello, la STS (Sala 1.ª) de 13 de julio de 1999 matiza la afirmación hasta convertirla tan solo en una referencia *desformalizadora*: admitiendo el principio culpabilista, el TS juzga ahí que la diligencia no sólo abarca «las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además *todos los que la prudencia imponga*»; esto supone admitir un *límite objetivo*, con lo que evita las disolventes consecuencias a las que se llegaría con el principio anterior, pero no resuelve el problema que nos ocupa: en el caso propuesto de las cañerías que gotean, es obvio que quien se fue de vacaciones *cumplió con todas las reglas de prudencia*. Un claro resumen de las estrategias legislativas y jurisprudenciales para afrontar estas cuestiones puede hallarse en YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, pp. 217 y ss.; sobre las sentencias citadas, p. 222). En cualquier caso, tanto la expresa introducción legal –cada vez más frecuente– de preceptos que recogen casos de responsabilidad civil sin culpa, como la verdadera *elusión* que la jurisprudencia hace del requisito de culpa del artículo 1902 CC, revelan la posibilidad –la *necesidad*– de establecer dicha relación de responsabilidad.

(65) NK–SEELMANN, §13/49, si bien derivando de esta constatación consecuencias jurídicas distintas (posición de garante del omitente). Esto se asemeja bastante al concepto de *riesgo especial* manejado por JAKOBS, «La competencia por organización...», pp. 305 y ss. (mejor dicho: al concepto manejado por el autor *en sus primeras manifestaciones*, pues poco a poco ha ido ampliándose hasta abarcar prácticamente toda la fundamentación de la injerencia, perdiendo, en mi opinión, rendimiento analítico; *vid.*, recientemente, EL MISMO, «Teoría y praxis...», pp. 102-103, 130). Sin embargo, este autor en su primera posición emplea, para definir ese «riesgo especial», el rasgo de que sea «mayor que el de la vida cotidiana». Si los «riesgos de la vida cotidiana» se quieren reducir a la *interacción normal entre personas carentes de herramientas, animales, etc.* (es decir: si se quiere *excluir del concepto «vida cotidiana» el manejo de animales o herramientas*, y se deja en él tan solo la *dirección del propio cuerpo*), se llega a una pérdida de la referencia de la especialidad del riesgo. Que para la gestión de un riesgo rija o no un sistema de *responsabilidad objetiva* es una cuestión de programa político legislativo; y será precisamente la consideración social (política) del riesgo lo que le atribuya el carácter *especial*. Así, la reciente regulación de la *posesión de ciertas mascotas* incluye un régimen de responsabilidad objetiva respaldado por un seguro obligatorio; ¿acaso la posesión de mascotas es ajena a la *vida cotidiana*?

exhaustivo) a una obligación de *tomar un seguro que cubra esos riesgos*: un caso claro es el *seguro obligatorio de automóviles* (66).

Estos casos de *responsabilidad del sujeto por el daño imputable a su esfera jurídica sin que haya mediado infracción de una norma de aseguramiento* son el centro de gran parte del debate de la injerencia, puesto que, si puede imputarse responsabilidad al sujeto obligándole a *indemnizar*, ¿qué se opone a *imponerle al sujeto un deber de salvamento* e imputar el resultado a la *omisión de dicho deber*?

Queda constatado que, en ciertos ámbitos (y no de modo general) existen regímenes de responsabilidad donde cabe imputar responsabilidad por un suceso *sin que medie infracción*. Relacionando esto con el debate que nos ocupa, veremos que, *de modo intuitivo, doctrina y jurisprudencia se han orientado, en el debate sobre la injerencia fortuita, a estos supuestos*. Así, la jurisprudencia casi unánime sobre omisión de socorro a la víctima de un accidente versa sobre casos de tráfico vial (67); y la doctrina siempre ejemplifica sus conclusiones con ejemplos de tráfico automovilístico (68).

En mi opinión, JAKOBS emplea aquí un argumento, muy frecuente en los estudios de responsabilidad civil, que realiza más bien una descripción de los *supuestos más comunes* de responsabilidad por el riesgo; mas no puede predicarse de todos ellos una *especialidad con respecto a la vida cotidiana* (a menos que por «vida cotidiana» no se entienda en el sentido habitual de *cotidianidad*, sino, definida funcionalmente, como «vida sin riesgos especiales»: pero de ese modo, no se superaría un nivel descriptivo muy poco detallado, con lo que el concepto carecería de utilidad interpretativa).

(66) Sin embargo, en el ámbito del seguro obligatorio de automóviles no sólo se incluyen casos de responsabilidad por organización, por lo que esta circunstancia debe ser tomada en cuenta tan sólo de modo indiciario; al respecto, *vid. infra*.

(67) Es algo comúnmente aceptado (por todos, *vid. MOLINA FERNÁNDEZ, en Compendio II*, pp. 160–161, 165). De modo absolutamente excepcional cabe citar la SAP Barcelona –Sección 3.ª– de 27 de febrero de 2002 (en el ámbito del Derecho de menores), donde el *accidente* consiste en la caída y lesión de un anciano debido a los juegos de unos jóvenes en la vía pública, que posteriormente omiten auxiliarle (nótese, no obstante, que pese a que la resolución no haga hincapié en ello, parece razonable entender que lo acaecido fue un «accidente» *imprudentemente* producido).

(68) Por ejemplo: HUERTA TOCILDO («Injerencia...», pp. 257 y 267) toma como punto de partida de su trabajo la necesidad de resolver el caso del *atropello fortuito de un niño que inopinadamente se interpone en la trayectoria de un coche en marcha*. Excepcionalmente, se han señalado otros ámbitos donde rigen regímenes de responsabilidad objetiva: LUZÓN DOMINGO, «Nota a la S. 11 de diciembre de 1969», en *RDCirc* 1970, p. 92, citada por LUZÓN PEÑA, «Omisión de socorro. La “persona desamparada” en los párrafos 1.º y 3.º del art. 489 bis [hoy ter] (Comentario a la Sentencia TS de 26 de septiembre de 1974)», en *Derecho penal de la circulación*, pp. 195 y ss., p. 202, plantea que «la víctima... lo ha de ser en accidente producido en ocasión de una actividad que realice dicho sujeto, que ya no tiene que ser precisamente la de conducir vehículos de motor, sino que puede ser cualquier otra (albañilería, práctica

Así, cabría decir que la doctrina española ha pecado con frecuencia de un cierto *exceso de realismo*. El delito de omisión de socorro a la víctima nace en el ámbito del tráfico vial, y éste ha sido su ámbito de aplicación casi exclusivo durante toda su «existencia jurídica»; y parece (basta comprobar los ejemplos por ella empleados) que la doctrina tiene en mente *en todo momento* dicho ámbito. Pero es que *en el tráfico vial, así como en algunos otros concretos ámbitos sociales, rige un modelo de responsabilidad específico*.

En efecto, en el tráfico vial podemos encontrar un paradigma de responsabilidad «objetiva» (de las llamadas «por el riesgo») en la vida cotidiana; se trata de un modelo de responsabilidad perfectamente válido, y a cuyas bases nos hemos referido anteriormente. La responsabilidad llamada «objetiva», como ya hemos apuntado, no es un ámbito homogéneo, sino que en ella tienen cabida desde verdaderos supuestos de competencia organizativa, hasta meros expedientes de lo que se ha dado en llamar «pulverización» del riesgo (un modo de redistribución de los costes de una actividad). Por ello, en las siguientes líneas atenderemos a los supuestos que nos importan: la llamada «responsabilidad objetiva» *derivada de competencia por organización*.

En los casos en que cabe admitir una responsabilidad llamada «objetiva» por la propia conducta, se trata, como se ha avanzado, de una *asignación no definitiva de costes*: el Estado establece unos deberes de aseguramiento (en especial: unos deberes de investigación) *restringidos o muy poco gravosos* para el ejerciente de libertad, descargándole, en comparación con el resto de las actividades, de todos aquellos que reducirían el peligro típico de su conducta a niveles más cercanos a los habituales, pero que limitarían enormemente las posibilidades de desarrollo de la actividad. Imaginemos, por ejemplo, que hubiese que conducir por carretera a la misma velocidad a la que se camina, para que el conductor pudiese prever muchos más riesgos y reaccionar de modo más seguro. Con ello, se estaría manteniendo un nivel de cautelas en la conducción automovilística idéntico al exigido en el desplazamiento a pie; pero se eliminaría la utilidad del tráfico vial. Por el contrario, para hacerlo útil se permite que el conductor circule mucho más rápido (y, con ello, que prevea menos

de deportes, cuidado de animales peligrosos, manipulación con explosivos o sustancias inflamables, etc.)». En realidad, y por mucho que haya que matizar y concretar sustancialmente lo relativo a los dos primeros ejemplos, el autor llega con aguda intuición a señalar no «*cualquier otra*» actividad, como dice, sino precisamente ámbitos donde rigen sistemas específicos de responsabilidad no supeditadas a culpabilidad.

posibilidades de lesión), y se distribuyen reglas de interacción más gravosas a los demás intervinientes en el tráfico, como a los peatones.

Sin embargo, esa liberación en el ámbito de los deberes de aseguramiento *ya no halla fundamento* a ojos del ordenamiento cuando no se trata ya de controlar el foco de peligro sino, por ejemplo, de *indemnizar*: ahí el legislador ya no considera fundamental «abaratarse» el ejercicio de la libertad (69). Un deber de indemnización (máxime, cuando cabe tomar un seguro que lo cubra) no produce el *chilling effect* o efecto de retraimiento que sí produciría un deber de controlar la conducción con la misma seguridad que controlamos nuestro cuerpo al caminar.

Atendamos al concreto ámbito del tráfico vial. El permiso para conducir vehículos de motor, por las características de la actividad, permite elevar el nivel de peligros desarrollados muy por encima de lo controlable por el sujeto en otros ámbitos de la vida. La relación entre *peligro generado y control garantizado* es mucho menor en la conducción de un coche que, por ejemplo, en la de una carretilla (70). Históricamente, la regulación del tráfico automovilístico, pese a liberar al conductor de esos deberes de cuidado, *nunca le ha liberado del deber de auxiliar* a quien se ve en una situación peligrosa debido a su conducción, sea esta correcta o imprudente (71). De hecho, siempre

(69) Sobre *abaratamientos* que afectan también a la responsabilidad ulterior al control de focos de peligro, *vid.* por ejemplo PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar...», pp. 175-176, nota 19.

(70) Imagínese que sólo se pudiese conducir *si se mantuviese, a cualquier velocidad, la capacidad de previsión, control y frenado que se tiene con una carretilla*. Esto sería tanto como decir: no estaría permitido conducir.

(71) Esto es similar a lo que ciertos autores como, especialmente, JAKOBS, han tratado bajo la denominación posición de garante por generación de «riesgos especiales» (*Sonderrisiken*). En la argumentación aquí expuesta, no obstante, se atiende más a la perspectiva de la *legitimación* del régimen jurídico especial que rige para la gestión de esos riesgos. Así, JAKOBS emplea el argumento del *permiso condicionado* (está permitido gestionar el riesgo especial *porque existe* un deber ulterior de salvamento: «La competencia por organización...», pp. 355-356), un argumento que se encuentra en los orígenes de las viejas teorías de la injerencia (hasta donde conozco, el antecedente doctrinal expreso más remoto lo hallo en MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen* I, 1867, p. 87 —comparándolo con los *negocios jurídicos condicionados*—; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, p. 93, pp. 111-112). Sin embargo, en el uso que aquí analizamos, no es útil para determinar el fundamento de la regulación que estudiamos, pues se trata de un argumento meramente formal o *descriptivo* (descriptivo de una decisión político-legislativa de eliminar deberes de *cuidado* o aseguramiento, manteniendo deberes de *salvamento* o *indemnización*, en cuyo origen cabe hallar el verdadero fundamento de la regulación). En puridad, si no se acudiese a ese referente material, y dada la existencia de un deber general de

ha establecido deberes de auxilio, y no sólo a los implicados en un accidente, sino también a todos los demás *usuarios de la vía* (72). Por otra parte, en lo relativo a la responsabilidad patrimonial, se observa una tendencia a la introducción de consideraciones diversas a la de la responsabilidad por los riesgos típicos de la conducción, para establecer, con ciertos límites, una cierta *cobertura cuasi-general* para quien sufra daños en el ámbito de la circulación, con tal de que no concurra culpa exclusiva de la víctima ni fuerza mayor (entendida, como se verá, de modo muy restrictivo).

En el ámbito que nos interesa, entiendo que debe interpretarse el artículo 195.3, 1.^{er} inciso CP como relativo únicamente a los *riesgos típicos de una actividad peligrosa permitida* en estos ámbitos de responsabilidad por el riesgo (73).

socorro, cabría incluso decir que *toda* ejercicio de libertad está condicionado al cumplimiento de los deberes penalmente protegidos, entre los que se incluye un deber general de socorro, por lo que *toda conducta* estaría permitida en tanto se emprendiese cumpliendo con los deberes de salvamento. Obviamente, aquello a lo que hace referencia el autor alemán es a algo mucho más concreto, pero en un plano *no definitorio*.

(72) El artículo 129 del Reglamento General de Circulación establece un deber de socorro para los usuarios de la vía. Hasta ahí, el programa coincide con el del artículo 195.1 CP (con una diferencia: el ámbito «usuarios de la vía» no es general, como sí lo es el ámbito de autores idóneos del artículo 195.1 CP). Sin embargo, el mismo precepto obliga además a todo usuario de la vía a restablecer la *seguridad de la vía* cuando ésta se ve perturbada. Y, más en concreto, en los casos en que la seguridad de la vía resulte afectada por un vehículo inmovilizado en la calzada, el artículo 130 dirige un específico deber de retirarlo a su conductor y, «en la medida de lo posible», a «los ocupantes del vehículo». Se establece así un elenco gradual de deberes de cuidado de la seguridad de la vía que abarca a todos sus usuarios y, cuando el obstáculo peligroso es un vehículo, fija un sistema *escalonado* (en un primer nivel, el conductor; en un segundo nivel, sus ocupantes; y, finalmente, los demás usuarios). Nótese que se trata de un régimen de deberes sensiblemente más extenso que un mero deber de socorro, ya que no se supedita a la existencia previa de desamparo ante el peligro.

(73) Con agudeza apunta expresamente MOLINA FERNÁNDEZ (*Compendio II*, pp. 164 y ss.) hacia esta solución. Tras desestimar motivadamente la que aquí denominamos *solución causal* (pp. 164-165), expone que debe hallarse un elemento adicional que permita fundamentar la responsabilidad adicional de quien *ocasiona fortuitamente* el accidente; y lo encuentra allí donde pueda «justificarse como una *contrapartida más a la permisión social de actividades peligrosas* (...) Esta es la idea que se encuentra tras la responsabilidad civil por el riesgo, y en derecho penal es uno de los principales criterios que se utilizan para justificar en algunos casos la extensión de la responsabilidad en comisión por omisión a casos de injerencia por conductas previas no antijurídicas». Sin entrar en la última de las consideraciones, que requeriría un análisis más detenido (¿por qué, entonces, no hablar aquí de *comisión por omisión?*), y hasta donde conozco, se trata de la primera aportación de la doctrina

Esto no sólo ocurrirá en los casos de circulación motorizada, sino también en otros supuestos donde rige un sistema de responsabilidad no culpabilista. Son casos muy frecuentes y no menos cotidianos, como responsabilidad por animales (la correa y el bozal, así como otros medios de mantenimiento del *riesgo permitido*, no eliminan todos los *peligros típicos* de pasear un perro o simplemente tenerlo en casa; pese a ello, su poseedor responde, aun sin culpa, salvo en los casos de fuerza mayor o culpa de la víctima, artículo 1905 CC), por focos de peligro en la propia casa (arts. 1908.3.º y 1910 CC), etc. Ante la víctima de un accidente derivado de uno de estos riesgos, el titular del foco de peligro en cuestión (animal, instalación, etc.) se encontrará en la posición especial que señala el artículo 195.3, 1.º inciso con respecto al deber de auxiliar, y no en la general recogida en el tipo básico de omisión de socorro.

D) «Ocasionar un accidente fortuito» y las consecuencias objetivamente imputables a una conducta lícita

Sorprende que la doctrina haya debatido tan intensamente acerca del *producto* de la conducta precedente (el «accidente», fortuito o no), y tan poco acerca del término «ocasionar». Una vez el CP ha aclarado expresamente que denomina «accidente» tanto al *imprudente* como al *fortuito*, hemos de abordar la determinación típica desde la concreción del verbo nuclear «ocasionar».

española en esta línea para la interpretación del precepto en cuestión (aunque la jurisprudencia, como veremos en el siguiente epígrafe, ya había apuntado en esta dirección en varias ocasiones). La fundamentación, empero, y como hemos visto, no puede hallarse en el *topos* del «permiso condicionado», que el autor, en la línea de JAKOBS, aduce.

Quizá de modo no tan evidente, aunque en mi opinión sin forzar sus argumentos, puede citarse en esta misma línea la interpretación de HAUPTMANN/JERABEK en su comentario al § 94 del Código penal austríaco. El primer punto de ese precepto dice: «Quien omita prestar el socorro necesario a otro, a quien le ha causado lesiones corporales *incluso de modo no contrario a Derecho...*». En la interpretación de esa última frase, los autores emplean el término «Hilfeleistung ohne vorherige Prüfung seines Verschuldens» (WK-HAUPTMANN/JERABEK, § 94/13), que es prácticamente un calco de la expresión inglesa con la que se define tradicionalmente, desde una perspectiva más procesal, la llamada *strict liability* («*strict liability is liability without proof of negligence*»). Asimismo, los autores hablan de riesgos más altos que los *riesgos vitales generales*, que suele ser uno de los rasgos con los que se identifica este fundamento de responsabilidad, aunque a mi entender, no es un elemento definitorio.

Y, en mi opinión, lo expuesto permite interpretar de modo más que razonable la referencia del CP a *ocasionar fortuitamente un accidente*. Como ya hemos dicho, el empleo de este término no puede ser entendido en términos puramente mecánicos. De hecho, difícilmente cabría decir sin vulnerar las reglas del lenguaje que, en los siete ejemplos citados *supra* [epígrafe 2.a)], X «causó» u «ocasionó» los accidentes: la afirmación es tan forzada y ajena al lenguaje común como decir que la bisabuela del asesino «causó» el asesinato, o que el conductor que circulaba correctamente «causó» los daños patrimoniales en el coche del que le embistió (¡por mucho que pueda hallarse una relación de causalidad mecánica entre los sujetos y el daño!). En un texto legal, hablar de «causar» u «ocasionar un accidente» implica afirmar algún tipo de vinculación entre sujeto y suceso, que *no puede ser meramente mecánica*. Del mismo modo, si se habla de un accidente *fortuito*, se trata de una responsabilidad que no proviene de una generación ilícita del riesgo, pero consistente en *algo más* que la mera relación de causalidad.

Si podemos identificar a *alguien* que ha «ocasionado el accidente», de entre la cifra potencialmente inabarcable de las personas que pueden haberlo condicionado «causalmente», es porque podemos atribuirle de algún modo el suceso. Tal como se ha expuesto, en los casos de *responsabilidad por el riesgo se imputa al sujeto el suceso como consecuencia de su conducta lícita*.

Por ello, cabe decir que el sujeto que atropella a un niño que se cruza inopinadamente en la trayectoria de su coche *ha ocasionado* el atropello (74). Y, como acertadamente señala la STS de 13 de mayo de 1981, quien recibe el impacto de otro coche que le aborda por culpa de su conductor *no ha ocasionado el accidente*. No cabe atribuirle el suceso como consecuencia de su conducta lícita de conducción automovilística (pues se atribuye a la conducción *del automovilista infractor*) (75).

(74) Y no es posible decir, por ejemplo, que *los padres del conductor* lo han ocasionado (por mucho que la aportación «mecánicamente causal» de éstos al accidente sea indudable: trajeron al mundo a alguien que, a su vez, interpuso una condición causal; sin embargo, a la conducta de los padres no cabe imputarle, como consecuencia, el accidente).

(75) Anteriormente he dicho que en muchos supuestos tampoco es razonable decir en lenguaje común que el sujeto «causó» el accidente, *por mucho que haya interpuesto una condición causal*. Con reserva de un tratamiento más extenso en la publicación de mi tesis doctoral, baste decir aquí: 1. que el término «causa» es polisémico, como expone el Diccionario R.A.E. y como la doctrina penal tácitamente admite desde hace más de un siglo, al aceptar que quepa decir que la madre que no alimenta a su bebé puede con ello, por mucho que no los desencadene en un sentido

Obviamente, con esto no se propone excepcionar los requisitos del principio de culpabilidad: la responsabilidad penal no puede ser objetiva. Se trata tan solo de determinar los criterios de selección del *autor idóneo* (o *intrañeus*) del delito de omisión de socorro a la víctima de un accidente imprudente. La conducta típica es siempre una *infracción de un deber de salvar* (responsabilidad subjetiva); pero autor del delito del artículo 195.3, 1.^{er} inciso, sólo puede ser aquel que haya realizado una conducta lícita a la que quepa imputar el accidente, en un régimen de *responsabilidad por el riesgo* u «objetiva».

Procede citar dos interesantes resoluciones, en la línea de lo aquí expuesto. La SAP Barcelona 3 de noviembre de 1995 se enfrenta a uno de los *casos claros* de «accidente fortuito», el atropello de un niño de ocho años que cruza una calle, saliendo de entre unos vehículos estacionados, algo que «no es un evento previsible desde el punto de vista penal». La sentencia dice a continuación: «La circulación de vehículos comporta un riesgo, y la imputación objetiva del resultado ya está contemplada en el S.O.A.» [scil. Seguro Obligatorio de Automóviles]. En efecto, la ponente restringe el concepto *ocasionar fortuitamente* un accidente a aquellas conductas fortuitas a las que quepa imputar objetivamente el suceso como consecuencia de una conducta lícita.

Más explícita es la STS 5 de abril de 1983. En ella el acusado «conducía sin habilitación legal por el casco urbano (...) una motocicleta (...) y tuvo un accidente, atropellando a una niña que salió inesperadamente corriendo tratando de cruzar la calle de izquierda a

físico-mecánico, que «causar» es, conforme a la primera acepción del diccionario R.A.E., es ser la «razón o motivo» de que suceda algo (sin que quepa proponer un concepto «mecánico» o «naturalístico» de *razón* o de *motivo*). Así, cuando el legislador habla de «causar» lesiones, daños, etc. (como «irrogar» o «infligir» daños) no se limita a la sexta acepción del término «causa» (concepto mecánico). El límite de los significados posibles permite denominar «causar lesiones», por ejemplo, a un ámbito de conductas que, por una parte, no necesariamente están en relación *mecánico-causal* con el daño (como revela el que bajo la vigencia del CP derogado se penasen, sin problema alguno, multitud de comisiones omisivas); ni tampoco abarca todas las posibles «causaciones en sentido mecánico». En este sentido, *vid.* tan sólo LUZÓN PEÑA, Poder Judicial n.º 2, 1986, pp. 79-80, 85; GIMBERNAT, *RDPC* 1999, pp. 523-524; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, pp. 366 y ss.; VIVES ANTÓN, «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal*, t. I, (M. Cobo dir.), Madrid, 1999, p. 496; GRACIA MARTÍN, *Actualidad Penal* 1995, p. 695 (aunque con una posición parcialmente distinta dos años antes, si bien la entiendo –EL MISMO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993, p. 77, donde hace referencia a un *procedimiento analógico* para la sanción de la comisión por omisión, y no a una «subsumibilidad directa» de la omisión en el tipo).

derecha “yéndose a dar contra la motocicleta sufriendo lesiones”. El recurrente (...) no fue inculpado por ninguna clase de imprudencia». Dice esta sentencia que, junto a la causalidad, «empíricamente constatable», se requiere «una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma (...) Aplicando la doctrina que antecede, es clara la causalidad, física, material u ontológica en el caso enjuiciado, pues tratándose de dos móviles —la niña y el motorista— que se desplazan en direcciones convergentes, ambos tendrán que colisionar en un punto determinado, poniendo cada uno una condición necesaria al resultado. Pero es que además existe la causalidad adecuada para que se produzca el mismo, en el caso concreto examinado, ya que en los accidentes de tráfico en los que la víctima es un peatón, la situación de éste frente a la máquina que le atropella, es siempre de manifiesta vulnerabilidad y de manifiesto aumento del riesgo para su persona, lo que justifica la imputación objetiva al conductor de aquella, y sólo por esa imputación, sometido al tipo agravado del párr. 3.º del art. 489 bis».

El texto llama la atención por referirse a la imputación objetiva del resultado (activos del riesgo) a una conducta no infractora, como presupuesto de aplicación de la omisión de socorro agravada. Los *topoi* citados por la sentencia (adecuación, relevancia, inherencia del peligro a la acción, etc.) son, sin duda, heterogéneos; y algunos de ellos, ni siquiera estrictamente pertenecientes a la doctrina de la imputación objetiva [como el de la adecuación, que es más bien un antecedente de dicha doctrina (76)]. Sin embargo, en todos ellos se revela la necesidad de vincular una conducta y cierto ámbito de peligros. Interesa destacar que, pese al empleo de la expresión «peligro inherente a

(76) Sobre el concepto de «causalidad adecuada» *vid.*, por todos, en la doctrina española, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación...*, pp. 20 y ss.; EL MISMO, *PG*, p. 173; LUZÓN PEÑA, *PG I*, pp. 367 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990 (reimpr.), pp. 25 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, pp. 186-187; QUINTERO OLIVARES, *PG*, p. 322; COBO-VIVES, *PG 5.ª ed.*, 1999, pp. 412-413; MIR PUIG, *PG 10/41* y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG* pp. 266 y ss.

la acción», queda claro en el texto citado que entre conducta y riesgos no se da una relación *inmanente* (es decir: que quepa vincularlos mediante *leyes de la naturaleza*), sino, como la propia resolución subraya, una relación *normativa* o de *adscripción*, es decir, derivada de una regla que *atribuye* a quien realiza una conducta el deber de salvar los bienes afectados por ciertos riesgos, y no por otros.

E) Aproximación casuística a los riesgos típicos de una actividad permitida. En especial: los casos de «culpa de la víctima» o de un tercero

A estos efectos, debe señalarse *cuáles son esos peligros*. No basta con constatar que en un ámbito rige un sistema de responsabilidad por el riesgo para proceder a la imputación de especial responsabilidad por cualquier consecuencia causalmente conectable con un partícipe en el tráfico.

Recordemos la línea doctrinal que buscaba delimitarlos atendiendo a los requisitos de *previsibilidad* y *evitabilidad*. En mi opinión, esto debe entenderse en el sentido de que estos riesgos son previsibles *precisamente en tanto* «*riesgos típicos*» de la *concreta actividad*. Por su parte, el requisito de *evitabilidad* debe verse limitado únicamente a la *propia actividad* sometida al régimen de *Risikohaftung*: así, por ejemplo, el accidente de tráfico debe haber sido evitable por el expediente de *no haber conducido* (lo que, en puridad, es un corolario de la imputación del accidente a la conducción).

Así, pues, el concepto nuclear a los efectos de la imputación es el de *riesgos típicos* de una actividad (77), que ha sido objeto de una interesante tópica en el derecho de daños (78). A ese ámbito, por ejemplo, en el tráfico vial, deben imputarse en primer lugar y de modo evidente aquéllos derivados de *fallos del propio vehículo*, aunque el conductor no haya infringido ningún deber de revisión y reparación; pero también aquéllos que se derivan de las condiciones de la calzada,

(77) Eso es precisamente a lo que hace referencia la citada STS de 5 de abril de 1983.

(78) *Vid.*, por ejemplo, las siguientes resoluciones de la reciente jurisdicción civil: en el ámbito de los *riesgos típicos* de las intervenciones quirúrgicas, la STS de 31 de enero de 2003 y la STSJ, Navarra, 6 de septiembre de 2002; en el ámbito de los *riesgos típicos* de la conducción automovilística, las SSAP, Pontevedra, 13 de septiembre de 2002, Girona, 10 de febrero de 2003 y Cáceres, 23 de mayo de 2003 (sobre la misma materia, en la jurisdicción penal, *vid.*, la muy reciente SAP, Córdoba, 5 de noviembre de 2003).

de maniobras imprevistas debidas a obstáculos súbitos, etc. No nos adentraremos aquí en una definición exhaustiva de este concepto. Por el contrario, nos limitaremos a una primera aproximación al grupo de supuestos que posiblemente plantee mayores problemas: aquéllos en los que media responsabilidad de otra persona.

Para contestar a los supuestos de «culpa exclusiva de la víctima», es preciso plantearse: ¿es un *riesgo inherente* a la actividad en cuestión el peligro para quienes no tienen el cuidado debido en ese sector del tráfico?

Centrémonos en primer lugar en la conducción automovilística. La jurisprudencia, como hemos visto, parece *incluir* como riesgo «típico» de la conducción correcta (o «inherente» a ella) los posibles *atropellos a niños*. Ello no es difícil de explicar; en primer lugar, por lo poco relevante de la supuesta «culpa» de un niño que cruza una calzada de modo imprevisto. En segundo lugar, porque la alternativa consiste en una restricción excesiva del ámbito de desarrollo vital de los niños a favor de un tráfico vial que ya resulta excesivo en nuestras ciudades y no es interesante fomentar más.

En el extremo contrario, se encuentran los casos de omiso salvamento tras un *accidente mediados por culpa de otro conductor* (79). En ellos, procede atribuir el accidente sin problemas al conductor infractor, independientemente de si éste termina siendo víctima de *su* propio accidente o no, por lo que quien *ocasiona* el accidente (aquél a quien se le atribuye) es quien infringió las reglas del tráfico (80) y no

(79) Un ejemplo claro es el de los «segundos accidentes». Es sabido que los accidentes de tráfico con frecuencia *no vienen solos*; así, es lamentablemente habitual ver cómo a pocos metros de un choque automovilístico se produce otro, porque algún conductor que pasa cerca del primero presta más atención al impacto o sus consecuencias que a su propia conducción; o cómo kilómetros más allá de la retención producida por un accidente tiene lugar otro, debido a la impaciencia que aquélla ha producido en alguno de los conductores, que por ello, en cuanto sale de la retención, deja de respetar el límite de velocidad o la distancia de seguridad. Innegablemente, sin el primer accidente, el segundo no habría tenido lugar; sin embargo, con respecto a ese segundo accidente, el responsable por el primero ha de ser tratado como cualquier otro omitente de socorro (tipo básico, artículo 195.1), pues no ha sido *ocasionado* por él (no le es imputable), sino por otro conductor.

(80) Como ya hemos visto, en sede de principios la jurisprudencia ha manejado fórmulas generales que impiden apreciar adecuadamente los extremos relevantes aquí expuestos; *vid.*, por ejemplo, las SSTs 6-10-1989 («no importa el que la víctima fuera o no culpable en el accidente, ni siquiera que ella tuviera incluso voluntad de autolesionarse o de quitarse la vida») y 14-2-1992 («incluso aunque se tratara de suceso fortuito o de culpa del propio perjudicado o de otra persona diferente»). Sin embargo, al resolver concretos supuestos de esta clase, la solución es precisamente la que proponemos (como en el caso de la STS 13-5-1981, ya comentada *supra*).

el conductor que se comportó conforme a ellas; a éste último sólo cabe aplicarle, caso de que omita el socorro debido, la pena del tipo básico del artículo 195.1.

Los casos intermedios son más difíciles. De mediar «culpa exclusiva de la víctima», cuando ésta es un peatón, surgen no pocos problemas interpretativos (81).

En primer lugar, el tenor literal del 1.º inciso del artículo 195.3 parece excluir los supuestos en los que el peatón ha resultado atropellado por haberse expuesto infringiendo *gravemente* las reglas de interacción en el tráfico («culpa grave de la víctima»), sin que medie culpa alguna del conductor. En tales casos, resulta forzado entender que el conductor *ha ocasionado* el accidente; por el contrario, se dirá que ha sido la víctima quien ha dado lugar a su propio atropello. Ello es coherente con el fundamento aquí sostenido: no cabe entender que es un riesgo inherente a la conducción automovilística el atropello de personas que no guardan la cautela que, según decía Silvela, *cabe exigir al hombre menos cuidadoso y diligente*. Por el mismo motivo, *a fortiori*, se excluyen los supuestos de *autolesión intencionada de la propia víctima* (como, por ejemplo, el hipotético caso de un suicida que se arrojase bajo las ruedas de un coche). En términos también frecuentes en la doctrina penal: la evitación de esta clase de sucesos no integra el *fin de protección* de la responsabilidad por el riesgo.

Sin embargo, entiendo razonable considerar que es un riesgo inherente a la conducción el atropello de peatones que se hayan expuesto por infracción *leve* de las reglas del tráfico. De no ser así, *se operaría un desmesurado traslado de costes*, difícilmente justificable: para que ciertas personas puedan conducir automóviles (una actividad muy

(81) En la doctrina alemana este tipo de casos se tratan desde la óptica de la comisión por omisión, atendiendo a la subsunción en el § 13.I, con frecuencia sin atender al juego del § 13.II (atenuación facultativa). Optan por no atribuir responsabilidad especial al «injerente fortuito» en estos casos autores como OTTO («Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung», en *NJW*, 1974, p. 528 y ss., p. 535; más resumidamente, en OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Berlin; New York, 2000, § 9/76, caso 3 –planteamiento–; § 9/82, caso 3 –resolución–; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 649-650; y JAKOBS, «La competencia por organización...», p. 356. Nótese, no obstante, que OTTO y BRAMMSEN hacen una distinción según la víctima sea otro conductor o un peatón, si bien, con base en consideraciones sumamente vagas (el «tamaño» de su esfera de organización) y sólo la consideran si ambos, peatón y conductor, han actuado conforme a Derecho o si ambos lo han hecho de modo imprudente. En los que aquí planteamos (conducción correcta y conducta imprudente del peatón) niegan la especial responsabilidad del conductor por el salvamento del peatón.

peligrosa cuya masiva proliferación ya no resulta socialmente interesante), otras han de exponerse a enormes riesgos que, de no manejar con el *máximo* cuidado, se podrán concretar en daños por los que nadie responderá sino ellos mismos (82).

Es necesario detenerse aquí con el mayor de los cuidados. Usualmente los penalistas manejan el tópicó de la «culpa exclusiva de la víctima» en el ámbito de la *infracción*. La evitación de los daños tiene lugar mediante la *distribución* de reglas de conducta (algunas a quien maneja el foco de peligro, otras a los potenciales afectados, en tanto integrantes de la *competencia por su autoprotección*). Si el daño puede explicarse plenamente como consecuencia de la vulneración de las reglas de autoprotección (83), es que no cabe reconducirlo a la infracción de los deberes de cuidado del titular del foco de peli-

(82) Probablemente este tipo de argumentación, que busca determinar, dentro del ámbito de los significados posibles de la norma, la opción político-criminalmente más razonable, debería llegar a otras conclusiones en otro momento histórico (artículo 3 CC) en el que existiese una demanda social más acuciante de proliferación de la conducción automovilística. Sin embargo, en la actualidad la tendencia es la inversa, y en el debate político tienen hoy más relevancia las externalidades o costes sociales (marginales) que los beneficios (marginales) que pueda proporcionar el incremento del tráfico vial.

(83) Verdaderas normas *jurídicas*, ya que de su cumplimiento depende que subsistan o decaigan ciertas pretensiones del potencial afectado (es decir: su incumplimiento tiene consecuencias jurídicas). En la doctrina española, autores como MIR PUIG [«Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (Comentario a la STS de 17-7-1990)», en *ADPCP*, 1991, pp. 259 y ss., pp. 261-262] y 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*, Barcelona, 1998, pp. 301-302) ha negado que quepa hablar de *deberes* de autoprotección, pues no existe legitimación para la imposición de normas de conducta que obliguen a la autotutela. En mi opinión, y desde una perspectiva más genérica, se trata aquí de qué se entienda por *deber jurídico*. En sede de principios, no cabe rebatir el punto de partida antipaternalista de estos autores; sin embargo, quizá la conclusión a la que llegan dependa de la adopción de un presupuesto previo, a saber, si ciertas normas de carácter más (*sit venia verbo*) *intrasistemático* o *procesal* pueden ser calificadas de normas jurídicas (y, en verdad, normas de conducta *dirigidas a una concreta persona* y relativas a consecuencias jurídicas imponibles a esa persona por su conducta). Por ejemplo: la llamada «prohibición» procesal de ir contra actos propios es, sin duda, una *norma jurídica*, cuya consecuencia es que, sin una de las partes la contradice, perderá la posibilidad de ejercitar una determinada acción. En efecto, y, si no yerro, coincidiendo con los dos autores citados, no creo que quepa decir que aquí nos hallamos ante una *conducta antijurídica*. Ahora bien: si aquí estamos o no ante un *deber jurídico* depende en gran medida de los elementos que se entiendan incluidos en su definición (y, entre ellos, de modo fundamental una eventual correlación entre los conceptos «infracción de deber» y «antijuridicidad»). En mi opinión, lo mismo es aplicable al concepto «incumbencia por la autoprotección».

gro (84). Sin embargo, de lo que se trata aquí es de la imputación de un curso lesivo a una conducta *no infractora*.

En principio, y por lo expuesto, entiendo que no es imposible considerar que *ocasiona el accidente* quien conduciendo correctamente atropella a alguien que se expuso por un incumplimiento leve de las reglas que vinculan al peatón. Sin embargo, en contra de esta afirmación puede oponerse que la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor excluye de la cobertura los casos de *culpa exclusiva de la víctima*, sin distinguir entre *peatones y conductores*. Esto revelaría que el programa de política de seguro obligatorio, plasmado en la regulación española, es, efectivamente, el de operar el traslado de cargas criticado; y que dicho programa ha de servir de guía interpretativa del artículo 195.3.1.º, ya que no sería razonable entender que el legislador sigue un programa político-criminal distinto del plasmado en su política de seguro obligatorio.

La objeción plantea dudas. Sin embargo, no entiendo que se trate de un argumento concluyente. Como ya ha dicho la doctrina, la existencia de un deber de tomar seguro obligatorio (cabe añadir: y el que ese seguro cubra o no un determinado suceso) ha de entenderse tan sólo como un *indicio* de que exista o no fundamento para un régimen de responsabilidad objetiva al respecto (85); y, de existir, sus respectivos ámbitos no han de coincidir. Esta afirmación puede desarrollarse constatando que el seguro obligatorio de automóviles abarca con frecuencia *más* y con frecuencia *menos daños que los estrictamente imputables al sujeto agente* en virtud de su competencia organizativa. En efecto, estos seguros no sólo atienden a la llamada «responsabilidad por riesgo» (entendida como una responsabilidad por los riesgos objetivamente imputables a la conducta conforme al tráfico), sino en ocasiones a una especie de «responsabilidad objetivada, con causas tasadas de exoneración» (86) que –por ejemplo, en el ámbito del tráfico vial– en la práctica tiende a ser algo parecido a una *cobertura general por riesgos de la circulación* (la llamada «pulverización del riesgo»), con exclusión de la culpa de la víctima y la fuerza mayor extraña al vehículo (87). Nótese que los riesgos cubiertos no se ago-

(84) *Id.*, tan sólo JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. M. Cancio), Bogotá, 1998, pp. 38 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 275 y ss.

(85) JAKOBS, «La competencia por organización...», p. 356; similar EL MISMO, «Teoría y praxis...», p. 127.

(86) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, p. 128.

(87) Artículos 1.1. y 6.1. de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (*vid.*, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, pp. 128-129; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, p. 210).

tan en los *típicos de la conducción de los intervinientes*, a menos que se haga una interpretación tan forzada del término que desvirtúe el propio concepto.

a) *Casos de cobertura mayor que el ámbito de riesgos imputables a la conducta del autor: casos de dolo o culpa exclusiva de tercero*. Por ejemplo: si tuviese lugar un accidente porque un tercero *dolosamente hubiese cortado los frenos de uno de los coches*, nadie podría considerar que ahí nos hallemos ante un *riesgo típico de (inherente a) la conducción*. Sin embargo, el daño se imputará al seguro obligatorio del conductor, pues no hay culpa exclusiva de la víctima ni *fuerza mayor* en el sentido en que la define el Real Decreto 7/2001, pues «no se consideran casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos». La regulación del seguro obligatorio no excluye la responsabilidad por dolo o culpa exclusiva de tercero. Así, el artículo 7 de la Ley 24-12-1962 establece: «El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: (...) b) *Contra el tercero responsable de los daños*» [es decir: la existencia de un tercero responsable no excluye la imputación al seguro obligatorio (88)].

b) *Casos de cobertura menor que el ámbito de riesgos imputables a la conducta del autor: límites cuantitativos*. La responsabilidad establecida en esta regulación *no es ilimitada*, a diferencia de la responsabilidad aquiliana: artículo 1911 CC. Por ejemplo, en el ámbito del tráfico automovilístico, la responsabilidad «objetiva» abarca tan sólo daños a la vida o a la integridad física (89) *hasta una determinada cantidad* (90). Pero *lo que deba pagar el seguro* en estos casos no se extiende a todos los daños imputables a la conducta lícita del conductor. Así, por ejemplo, *el deber de salvamento del artículo 195.3.1.º no tiene limitaciones «cuantitativas»* como las citadas. ¿Cabe imaginar que un conductor con conocimientos de medicina, tras un accidente *fortuito*, dijese: «sólo atenderé a las víctimas proporcionándoles una asistencia cuyo valor en el mercado no supere la cobertura del seguro obligatorio»?

(88) Ciertamente, si ese tercero generó el riesgo conduciendo, la víctima tendrá acción directa *también* contra su seguro (del mismo modo que, si no fuese un conductor, la víctima tendría acción civil –109 y ss. CP– contra él); pero ello no debe hacernos olvidar que subsiste una acción directa contra el seguro del conductor que se comportó correctamente.

(89) Con exclusión de otros, como los patrimoniales: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, p. 128–129.

(90) *Vid.*, artículo 12 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto 7/2001, de 12 de enero).

Ello debería demostrar que el ámbito de la atribución de daños a un seguro obligatorio no coincide con el de los «riesgos típicos» de la conducción; y que, por ello, la mención a la «culpa de la víctima» como requisito negativo de la imputación a un seguro obligatorio no impide considerar que *ocasiona* un accidente quien atropella a alguien que se expone imprudentemente a ello. *En efecto, es posible considerar que la política de seguro obligatorio plasmada en nuestro ordenamiento tiene un ámbito distinto del de la política criminal en materia de deberes de socorro tras accidente fortuito.*

Por los argumentos expuestos en un inicio, y removido el obstáculo citado, entiendo que es posible considerar que es un riesgo inherente al tráfico la posibilidad de atropello de un peatón que se haya expuesto infringiendo *levemente* los deberes que le afectan (91). Tan sólo resta comprobar la cuestión de tipicidad formal: ¿es posible decir que en estos casos el conductor ha ocasionado el accidente? En mi opinión, no hay un obstáculo relevante para decir que en estos casos el gestor del peligro (92) es quien *ha ocasionado* el accidente, pues la aportación del peatón no tiene la relevancia suficiente para atribuírselo a él.

(91) Esta distinción entre culpa leve y grave a la hora de efectuar el citado traslado de cargas la hallamos en otros ámbitos del ordenamiento; *vid.*, por ejemplo, el artículo 1904, 2.º párrafo, CC, conforme al cual, en los casos de daños ocasionados a un niño por culpa o dolo de un profesor, los titulares de los centros docentes pueden repetir la cantidad indemnizada a dicho profesor tan sólo si éstos hubiesen incurrido en *dolo o culpa grave* en el ejercicio de sus funciones (con exclusión de la culpa leve). Es sabido que esta restricción procede de la presión ejercida por el grupo social afectado, sabedor de que, al participar en la gestión de bienes *muy delicados* (vida, integridad física de niños), la más leve imprudencia podría acarrearles una enorme pérdida patrimonial; cuando, en puridad, la *responsabilidad por el riesgo* (o *por el beneficio*) procede imputársela al titular del centro docente. La interpretación que aquí se propone, dentro de los límites de los significados posibles del artículo 195.3.1.º CP, parte de un planteamiento paralelo.

(92) Es decir: quien maneja un móvil de unas dos toneladas, a una velocidad permitida en ciudad equivalente al 1000% o 1200% de la velocidad del paso de una persona. La habitualidad del tráfico vial lleva a veces a olvidar que peatón y conductor *no están aquí en un plano de igualdad*. Es el conductor el que desarrolla un riesgo sumamente relevante (tanto, que se ha convertido en una de las primeras causas de muerte prematura en nuestro país); y a nadie se le ocurriría establecer un *seguro obligatorio de peatones* que cubriese los posibles daños que se les infligiesen, paralelo al S.O.A. Recuérdese que la regulación legal de este sector ha partido siempre de la *insuficiencia* de los limitados deberes de cuidado en la conducción automovilística, y nunca ha dejado de establecer deberes de salvamento que no tienen que ver con la *solidaridad mínima*, sino con la evitación de unos daños que son posibles precisamente porque se permite al conductor desarrollar una actividad tan excepcionalmente peligrosa.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München; Berlin, 1963.
- BACIGALUPO ZAPATER, «Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal», en *ADPCP*, 1970, pp. 35 y ss.
- *Principios de Derecho penal*, 5.^a ed., Madrid, 1998.
- BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)* (M. Cobo del Rosal, dir.), Madrid, 2000.
- 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*, Barcelona, 1998.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed., Valencia, 1988; 5.^a ed., 1999.
- COROMINAS, Joan; PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. II, G-MA, Madrid, 1980.
- CUERVO/INSTITUTO CARO Y CUERVO, *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana* (reimpr.), Santafé de Bogotá, 1994.
- DENCKER, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 8 de octubre de 1991)», en *Poder Judicial*, 1991, n.º 24, pp. 203 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, 1999.
- FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*: t. III, *Harm to Self*, New York, 1986; t. IV, *Harmless Wrongdoing*, New York, 1988.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.^a ed. (ed. y adiciones de Mittermaier), Giessen, 1847 (reimpr. Aalen, 1973).
- FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FICHTE, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia* —trad. y notas J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina—, Madrid, 1994.
- FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et al., 1992.
- «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana» (trad. J. Dopico y L. Pozuelo), en *Revista de Derecho Penal* (Buenos Aires), 2002 (2), pp. 79 y ss.

- Comentario al § 13, en *Münchener Kommentar zum StGB* (en prensa). FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- GARCÍA ALBERO, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2.^a ed. (G. Quintero, dir.; F. Morales, coord.), Pamplona, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (reimpr.), Madrid, 1990.
- «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, 1994, pp. 221 y ss.
- Enrique, «El delito de omisión impropia», en *RDPC*, n.º 4, 1999, pp. 525 y ss. (también publicado como «Das unechte Unterlassungsdelikt», en *ZStW* n.º 111, 1999, pp. 307 y ss.).
- GLASER (*Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht. Erster Band*, Wien, 1858 –reimpr. Aalen, 1978).
- GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Madrid, 1980.
- «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 37 y ss. (inicialmente publicado en *RFDUC*, 1980, pp. 129 y ss.).
- *Teoría Jurídica del Delito. Parte General*, Madrid, 1984.
- *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.
- GÓMEZ RIVERO, «La producción del resultado muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del artículo 489 ter», en *La Ley*, 1995-3, pp. 787 y ss.
- «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», en *La Ley*, 5-6-1996, pp. 1 y ss.
- GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en *Actualidad Penal*, n.º 38, 1995, pp. 683 y ss.
- «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 411 y ss.
- GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- HAUPTMANN/JERABEK, Comentario a los §§ 94 y 95, en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (eds. F. Höpfel y E. Ratz), 2.^a ed., Wien, 2001.
- HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del Derecho* (ed. K. H. Ilting) –trad. C. Díaz–, Madrid, 1993.
- HEINITZ, comentario a la sentencia del BGH de 25-3-1954, en *JR*, 1954, pp. 269 y ss.
- HUERTA TOCILDO, «Injerencia y artículo 489 bis, 3.º, CP», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 253 y ss., 265 y ss., 277 (publicado inicialmente en *ADPCP*, 1985, pp. 37 y ss.).
- «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en *Problemas fundamentales...*, pp. 17 y ss.
- *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.

- JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed. —trad. J. Cuello y J. L. Serrano—, Madrid, 1995.
- *La imputación penal de la acción y la omisión* (trad. J. Sánchez-Vera), Bogotá, 1996 (publicado inicialmente como *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996).
- «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. M. Cancio), en *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio prelim. E. Peñaranda Ramos; C. J. Suárez González; M. Cancio Meliá), Madrid, 1997, pp. 101 y ss. (publicado inicialmente como *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992).
- «El principio de culpabilidad» (trad. M. Cancio), en *Estudios...*, pp. 365 y ss. (publicado inicialmente como *Das Schuldprinzip*, en *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319*, Opladen, 1993).
- «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión» (trad. E., Peñaranda Ramos), en *Estudios...*, pp. 347 y ss.
- *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. M. Cancio), Bogotá, 1998.
- «Teoría y praxis de la injerencia» —trad. M. Cancio—, en JAKOBS/CANCIO, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 97 y ss. (también publicado como *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Bogotá, 2001).
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996.
- KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed. inalterada, Göttingen, 1988.
- KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., trad. R. J. Vernengo, México, 1981.
- KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. I. Delikte gegen Personenwerte*, 2.^a ed., Wien, 1984.
- LAMARCA PÉREZ (COORD.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2001.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002.
- LUZÓN PEÑA, «Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro (Comentario a la Sentencia TS 24-4-1974)», en *Derecho penal de la circulación*, 2.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 166 y ss. (es versión ampliada de «Comentario a la Sentencia TS (Sala 2.^a) 24-4-1974», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1974, pp. 269 y ss.).
- «Omisión de socorro. La 'persona desamparada' en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 489 bis [hoy ter] (Comentario a la Sentencia TS 26-9-1974)», en *Derecho penal de la circulación*, 2.^a ed., Barcelona: PPU, 1990, pp. 195 y ss.
- «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Poder Judicial*, n.º 2, 1986, pp. 73 y ss.
- *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Madrid, 1996.

- MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundleinheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867.
- *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.
- MIR PUIG, «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (Comentario a la STS de 17-7-1990)», en *ADPCP*, 1991, pp. 259 y ss.
- *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Barcelona, 2003.
- MOLINA BLÁZQUEZ, «El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación», en *RDPC* (2.^a época) n.º 4, 1999, pp. 555 y ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II (M. Bajo, dir.), Madrid, 1998.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.^a ed., Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia, 2002.
- OTTO, «Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung», en *NJW*, 1974, pp. 528 y ss.
- *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Berlin; New York, 2000.
- OTTO/BRAMMSEN, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens», en *Jura*, 1985 (publicado en tres entregas: pp. 530 y ss., 592 y ss., pp. 646 y ss.).
- PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pp. 1561 y ss.
- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)», en *AFDUAM*, n.º 4, 2000 (monográfico, *La responsabilidad en el Derecho*, F. Pantaleón, ed.), pp. 167 y ss.
- PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001.
- PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, pp. 2285 y ss.
- PFLIEDERER, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.^a ed., Barcelona, 2002.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia», en *ADPCP*, 1973, pp. 501 y ss.
- *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1977.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 3.^a ed., München, 1997; t. II, 1.^a ed., München, 2003.
- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen, 1966.
- Comentario previo al § 13, en *Systematischer Kommentar*, 6.^a ed., Frankfurt a.M., 1992,

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995.
- *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid; Barcelona, 2002.
- SANGENSTEDT, *und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtliche Garantenhaftung*, Frankfurt a. M. et al., 1989.
- SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln, 1974.
- SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971
- SEELMANN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Gesamtred. U. Neumann u. W. Schild), Baden-Baden, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos)», en *ADPCP*, 1988, pp. 561 y ss.
- «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo, dir.), t. I, Madrid, 1999, pp. 441 y ss.
- «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Madrid, 1999, pp. 153 y ss.
- STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* (trad. E. Bacigalupo), Madrid, 1980.
- STREE, comentario al § 13, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 26.^a ed., München, 2001.
- VIVES ANTÓN (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, et al., *Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., Valencia, 1999.
- «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal*, t. I, (M. Cobo dir.), Madrid, 1999, pp. 489 y ss.
- WELZEL, «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», en *JZ*, 1958, pp. 494 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extra-contractual*, Madrid, 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal», en *CPC*, 1984, pp. 571 y ss.

¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS

Doctor en Derecho (Universität Potsdam), LL.M. (Universität Münster), actualmente habilitando en la Karls-Ruprecht-Universität Heidelberg (Alemania)

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Reivindicaciones relativas a un endurecimiento del Derecho penal juvenil en Alemania y España.–3. Datos estadísticos de la PKS en Alemania: 3.1 Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania. 3.2 Incidencia. 3.3 Características. 3.4 Estructura.–4. Datos estadísticos de las estadísticas policiales en España: 4.1 Evolución de la delincuencia juvenil en España. 4.2 Incidencia. 4.3 Características. 4.4 Estructura.–5. Excurso: los llamados delincuentes de gran intensidad como grupo problemático específico.–6. Naturaleza de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana (JGG de 4 de agosto de 1953).–7. Naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.–8. Resultado de análisis. Una toma de posición.–Anexo. Tablas.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente se observa cómo los medios de comunicación informan de un aumento incesante de la criminalidad en general y de la delincuencia juvenil en particular, resaltando sobre todo los casos de violencia juvenil. Se habla de un aumento constante de la cifra de homicidios, robos o agresiones sexuales por parte de menores de edad. Motivo especial de preocupación es la aparente violencia de algunos jóvenes, la cual es resaltada a partir de determinados hechos aislados, pero que son puestos un primer plano por los medios de comunicación. Todo ello conduce a que la población perciba un aumento amenazante de la delincuencia juvenil en general, y de la

violencia juvenil en particular, lo cual hace pensar que a mayor delincuencia juvenil hay que esperar un incremento de la delincuencia adulta en un futuro.

La consecuencia inmediata de esta percepción de la delincuencia ha sido que el tratamiento de los delincuentes juveniles ha pasado a ocupar el centro de interés tanto desde un punto de vista científico como político-social. En este sentido, es objeto de una continua discusión en el debate social la forma de afrontar de un modo efectivo ese supuesto aumento de la delincuencia juvenil.

No obstante, analizando los datos ofrecidos por las estadísticas policiales, hay que decir que esa percepción subjetiva de la delincuencia juvenil está en manifiesta contradicción con la situación objetiva. Si se analizan esos datos estadísticos se observa cómo la mayoría de los actos delictivos cometidos por menores de edad son de mediana o baja intensidad. Esta afirmación es predicable para todos los países de la Unión Europea. La delincuencia juvenil está cuantitativamente marcada por los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Respecto a la delincuencia juvenil violenta, se ha demostrado que estadísticamente supone un porcentaje pequeño respecto a todo el abanico delictivo.

La entrada en vigor en España de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha supuesto para el Derecho penal español no sólo una reforma de profunda trascendencia jurídica, sino también de amplio eco social. El Derecho penal juvenil ha dejado de ser una disciplina menor, adquiriendo de forma súbita un marcado protagonismo en los más variados foros de debate. Ante la supuesta agravación de los casos de violencia juvenil, aumentan las voces que piden un endurecimiento general de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000. Con ello se pretende dejar en un segundo plano el espíritu preventivo-especial que inspira toda la legislación penal en tema de menores, dando preferencia al mero castigo retributivo por el hecho cometido y por ende a la protección de la sociedad frente al menor infractor.

En el presente artículo se va a proceder a analizar la conveniencia o no de un endurecimiento del Derecho penal juvenil en España. Para evitar un cierto aislamiento respecto al resto de Europa de la realidad criminal española y de las formas de hacer frente a ella, se va a proceder a realizar un estudio en el campo del Derecho y la criminología comparados, analizando paralelamente la evolución de la delincuencia juvenil y su tratamiento en Alemania. Dicho estudio comparado adquiere sentido si se tiene en cuenta el hecho de que la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, encuentra parte de su inspiración en