

¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Universidad Carlos III

Abstract

Si a causa de la legítima defensa el defensor deja al agresor en una situación mortalmente peligrosa y posteriormente no hace nada para evitar su muerte, ¿cómo debe calificarse esa omisión? La doctrina se ha inclinado de modo mayoritario a negar que en este caso sea posible hablar de una posición de garante "por injerencia". Sin embargo, esta respuesta debe ser matizada, debido a que bajo el término "injerencia" se abarcan varios grupos de casos, que requieren soluciones distintas.

Wie sollte ein Verhalten qualifiziert werden, bei dem der Verteidiger den Angreifer aus Notwehr in eine tödlich gefährliche Situation versetzt und danach nichts unternimmt, um seinen Tod zu verhindern? Die herrschende Meinung neigt hier dazu, die Garantenstellung aus Ingerenz zu verneinen. Diese Ansicht muss jedoch kritisch hinterfragt werden, da der Begriff „Ingerenz“ verschiedene Fallgruppen umfasst, die ausdifferenzierten Lösungsansätzen zuzuführen sind.

If, because of self-defense, the defender leaves the aggressor in a deadly dangerous situation and subsequently does nothing to prevent his death, how should that omission be qualified? The doctrine has often denied a position of guarantor "by Ingerenz" ("creation of peril") in that cases. However, this response must be qualified, because under the topic "Ingerenz" several groups of cases are covered, which require different solutions.

Titel: Garantenstellung aus Notwehr? Das Rudolphi-Paradoxon

Title: Guarantor's Position and Self-Defense. The Rudolphi Paradox.

Palabras clave: legítima defensa, justificación, omisión, injerencia, posición de garante, comisión por omisión, omisión de socorro.

Stichwörter: Notwehr, Rechtfertigung, Unterlassung, Ingerenz, Garantenstellung, Begehung durch Unterlassung, unterlassene Hilfeleistung

Keywords: self-defence, justification, omission, creation of peril, guarantor position, commission by omission, failure to provide assistance.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión en términos clásicos
2. Primer caso: abandonar al agresor a su suerte. La paradoja de RUDOLPHI
3. Segundo grupo de casos: ¿homicidio por omisión... en exceso extensivo en la legítima defensa?
4. Enunciación de hipótesis. Tratamiento diferenciado de la omisión de aseguramiento de un foco de peligro y de la omisión de socorro a sujeto desamparado
5. Ingerenz: una fórmula que nace para resolver los casos de omiso aseguramiento de un foco de peligro, pero que posteriormente se aplica a los casos de omiso salvamento tras accidente
6. Desencadenar un foco de peligro en legítima defensa y omitir asegurarlo cuando la agresión ya ha cesado definitivamente: exceso extensivo
7. El omiso salvamento tras injerencia no constituye comisión por omisión (a fortiori, tampoco la injerencia fue una conducta en legítima defensa)
8. Conclusión
9. Bibliografía

1. Planteamiento de la cuestión en términos clásicos

En la intersección entre dos de los ámbitos más apasionantes de la dogmática penal (la teoría de la justificación y la de la omisión) surge una de las cuestiones más interesantes de la teoría jurídica del delito: *¿es posible que la legítima defensa fundamente una posición de garante?*

En efecto: el ejercicio de la defensa puede desencadenar de modo justificado una situación de grave peligro para la vida del agresor, de la que es posible que éste no pueda salvarse por sus propios medios. En tal caso, ¿cómo juzgar la conducta de quien, tras haber ejercido legítima defensa y puesto en peligro a su agresor, omite evitar la muerte del éste cuando ya ha cesado la agresión?

Se trata de uno de los *topoi* habituales entre los estudiosos de la comisión por omisión desde hace décadas. En la doctrina actual es aplastantemente mayoritaria la posición que niega una comisión por omisión, y que califica la conducta de simple omisión de socorro. De hecho, una amplia corriente doctrinal ha llegado incluso a convertir este supuesto en una suerte de *piedra de toque* o *caso claro* a partir del cual construir algunos de los fundamentos dogmáticos de la cuestión (como, por ejemplo, la frecuente afirmación de que *sólo una injerencia antijurídica genera una posición de garante*).

Sin embargo, como veremos, cuando hablamos de “injerencia por legítima defensa” u “omisión tras legítima defensa” no nos encontramos realmente ante un *caso claro*, y ello se debe a que *el planteamiento clásico define el supuesto en términos ambiguos*. Por ello, cabe avanzar que *para alcanzar una solución razonable es necesaria una mayor concreción en el planteamiento del caso*, distinguiendo por un lado los casos de omiso *salvamento* tras legítima defensa y por otro los casos de *omiso aseguramiento de un foco de peligro* que se ha desencadenado en legítima defensa.

2. Primer caso: abandonar al agresor a su suerte. La paradoja de RUDOLPHI.

1. Entre finales de los años 30 y los años 60 del siglo XX se había ido asentando en ciertos sectores doctrinales la idea de que una reacción en legítima defensa debía considerarse como una *injerencia*, convirtiendo al defensor en garante del agresor herido, de modo que si omitiese salvarle o procurarle auxilio, se calificaría su conducta como un homicidio doloso por omisión¹.

¹ Por todos, ver DROST, «Der Aufbau der Unterlassungsdelikte», *GS*, (109), 1937, pp. 1 ss.; NAHSTOLL, *Unterlassung nach Notwehr* (tesis doctoral inédita), 1951, en especial pp. 142 ss.; nótese que llega a proponer el castigo de la omisión de salvamento *imprudente*, p. 146); VOGT, «Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», *ZStW*,(63), 1950-1951, pp. 381 ss., 21 ss.

A partir de los años 60, la voz fundamental a favor de la posición de garante del defensor es la de WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 212 ss., 224, 271 ss. Para WELP, la justificación siempre debe buscar el *óptimo* entre los intereses en conflicto, y ello exige imponer al defensor un deber de garante que le obligue a reducir el daño en la medida de lo posible. En su opinión, permitir que el defensor abandone a su suerte al agresor sería tanto como permitir *penas de muerte entre particulares* (RUDOLPHI se opone, aduciendo que el agresor está protegido por el deber general de socorro: *Die Gleichstellungsproblematik der unrechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz*, 1966, pp. 161-162). Años después HERZBERG desarrolló alguno de los argumentos de WELP, pero en el seno de su propio “concepto

Permítaseme una acotación: es sorprendente lo rápido que se extendió esta idea entre algunos autores alemanes de la posguerra, cuando de hecho antes de la II Guerra Mundial era totalmente *minoritaria* la posición que entendía que el omiso salvamento *tras accidente imprudente* (¡no ya tras legítima defensa, que es un caso mucho más dudoso!) debía juzgarse como homicidio doloso por omisión².

Pues bien: para reducir al absurdo la tesis que calificaba como *homicidio doloso por omisión* el omiso socorro del ejerciente de legítima defensa, a mediados de los años 60 RUDOLPHI proponía el siguiente caso:

Caso nº 1: Violador en el bosque. “Paseando por el bosque, A y B llegan a ver cómo un agresor sexual acomete a una joven indefensa para violarla. Mientras que B contempla los hechos sin decidirse a intervenir, A se apresura a ayudar a la joven y, en el marco de lo permitido por la legítima defensa, derriba de un golpe al agresor, causándole con ello una herida que pone en peligro su vida. Después, A, B y la joven abandonan el lugar de los hechos, sin llamar a nadie para procurarle atención médica al agresor herido. Éste fallece debido a sus heridas”³.

RUDOLPHI subraya cómo en este caso A, al actuar en legítima defensa y acometer al agresor, arriesgó su vida para intentar salvar a la joven, es decir: para conseguir “lo que el ordenamiento deseaba”⁴. Por el contrario, B no hizo absolutamente nada de eso: se mantuvo pasivo sin siquiera mover un dedo para ayudar a su amigo y evitar la violación. Después, ambos (debe añadirse: *y la propia joven salvada de ser violada*)⁵ incurrieron en la misma omisión: no procurar auxilio al agresor, ya gravemente herido e inconsciente. Ante ello, se plantea RUDOLPHI la siguiente paradoja: ¿cómo es posible que la omisión del remiso B sólo merezca la bajísima pena de la omisión de socorro, pero que la misma omisión por parte del heroico A pueda acarrearle la pena del homicidio doloso o asesinato por omisión? ¿Es este el *agradecimiento* que muestra el Ordenamiento a quien se arriesga por salvar la vida de una agredida: tratarle penalmente mucho peor que a los demás?⁶

La aportación de Hans-Joachim RUDOLPHI⁷, posteriormente desarrollada en otras obras, tuvo un hondo impacto en la doctrina y la jurisprudencia alemana. De hecho, no es exagerado afirmar que influyó de modo determinante en la consideración, hoy dominante en Alemania, de que la

negativo de acción”: «Garantenpflichtenaufgrundgerechtfertigten Vorverhaltens», *JuS*, 1971 pp. 74 ss., 76; EL MISMO, *UnterlassungimStrafrecht*, 1972, p. 294-295. Como explica en el texto, a partir de los años 80 pasa a ser posición minoritaria. Ver, por ejemplo, BAUMANN/WEBER, *AT*, 1985, p. 248.

² Por todos, en la doctrina alemana, ver WELZEL, «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», *JZ*, 1958, p. 494 ss.; EL MISMO, «Comentario jurisprudencial», *JZ* 1960, p. 180. Ver también el estudio histórico-dogmático en DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, en especial pp. 83-84, 225, 841, 842, 847.

³ RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz*, 1966, pp. 181-182.

⁴ Es más: según el art. 450 CP español cabría añadir que la defensa de la joven no sólo estaba justificada, sino que era *obligada* como contenido del deber de impedir determinados delitos (al menos *en la medida en que no hubiese habido riesgos para el sujeto ni para un tercero*). No obstante, como en el caso propuesto por RUDOLPHI. Así arrojó riesgo para su vida, la conducta no habría sido obligada sino *supererogatoria*.

⁵ De hecho, algún autor ha planteado la polémica posibilidad de una *posición de garante del beneficiario de una conducta justificada*, si bien limitada al *estado de necesidad* (JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, §§ 29/44, 29/44b). En este tipo de planteamientos late, en mi opinión, un residuo de las viejas teorías materiales del deber jurídico (*materielle Rechtspflichttheorien*); sobre estas teorías, por todos, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 148-165.

⁶ Recoge esta paradoja en términos similares ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 32/184.

⁷ Dos años después PFLIEDERER, *Die Garantstellung aus vorangegangenen Tun*, 1968, pp. 148-149, se adhería a RUDOLPHI sosteniendo que en realidad la omisión que parecía más reprochable era precisamente *la de quien ni siquiera se había dignado auxiliar a la víctima*.

injerencia s3lo genera posici3n de garante cuando ha sido *antijur3dica* o *contraria a deber*⁸. As3, hoy la doctrina mayoritaria en Alemania considera que, debido al car3cter *justificado* de su acci3n previa, la posterior omisi3n del defensor no constituye homicidio o asesinato por omisi3n⁹, sino a lo sumo omisi3n de socorro¹⁰.

Otros autores llegan a la misma conclusi3n, entendiendo que estos casos de omisi3n tras leg3tima defensa deben ser tratados 3nicamente como mera omisi3n de socorro y no como homicidio en comisi3n por omisi3n, pero no lo hacen apelando formalmente al car3cter justificado de la injerencia (puesto que admiten que *algunas* injerencias justificadas s3 pueden generar una posici3n de garante, como por ejemplo la actuaci3n en estado de necesidad agresivo^{11,12}). Por ello, lo fundamentan de otro modo: negando que la situaci3n de peligro en la que se encuentra el agresor pueda atribuirse al defensor¹³. Dado que esa situaci3n de peligro en la que el agresor se

⁸ Por todos, ver WEIGEND, *LK-StGB*, t. 1., 12ª ed., 2011, § 13/43; LACKNER/KÜHL, *StGB-K*, 29ª ed., 2018, §13/13.

⁹ Por todos, ver FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6/74; EL MISMO, *MK-StGB*, 3ª ed., 2018, § 13/140; JESCHECK, /WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 59 IV 4a; KÜHL, *AT*, 8ª, 2016, §§ 18/96 ss.; PERRON, *Sch3nke/Schr3der--StGB*, 29ª ed., 2014, §32/38; R3NNAU/HOHN, *LK-StGB*, 12ª ed., 2011, §32/288; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, §§ 32/181-185; STREE/BOSCH, *Sch3nke/Schr3der-StGB*, 29ª ed., 2014, §§ 13/32 ss., 37; WALTHER, «Notwehr - unddanach? Zur Hilfspflicht des Notwehreberechtigten», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 503 ss., 508 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 47ª ed., 2017, n.m. 726; as3 como la extensa referencia bibliogr3fica que ofrece GIMBERNAT ORDEIG, «La omisi3n impropia en la dogm3tica penal alemana. Una exposici3n», *ADPCP*, (53-1), 1997, p. 22.

La doctrina espa3ola rechaza tambi3n un3nanimemente una posici3n de garante en estos supuestos. S3lo en la manual3stica, por todos, ver G3MEZ BEN3TEZ, *Teor3a jur3dica del delito*, 1986, p. 594; LUZ3N PE3A, *PG*, 3ª ed., 2016, n.m. 31/59; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, n.m. 12/63. L3gicamente, esta exclusi3n no se extiende a los casos de previa provocaci3n de la situaci3n justificante (G3MEZ BEN3TEZ, *Teor3a jur3dica del delito*, 1986, p. 594; LASCURA3N S3NCHEZ, *Los delitos de omisi3n. Fundamento de los deberes de garant3a*, 2002, pp. 97 s.).

¹⁰ Alg3n autor alem3n ha detectado problemas de tipicidad formal para aplicar a la situaci3n del agresor herido el tipo de omisi3n de socorro del § 323c StGB, que exige que el desamparo se deba a una situaci3n *accidental* ("bei Ungl3cksf3llen"). ROXIN, *AT*, t. II, 2003, §32/183) dice que aplicar este tipo supondr3a forzarlo m3s all3 de lo que permiten sus l3mites; pero pese a ello parece abonar tal calificaci3n, ya que en su opini3n una regulaci3n que declarase l3cito dejar morir al agresor ser3a inconstitucional. Tambi3n WALTHER detecta esos problemas de constitucionalidad (*FS-Herzberg*, 2008, p. 505-508), aunque pese a ello entiende que para poder aplicar el § 323c StGB ser3a necesaria una reforma de su tenor literal.

¹¹ Por ejemplo: el peligroso perro de A salta imprevisionablemente para atacarle, y para salvarse A abre la puerta de su finca y desv3a el animal hacia el viandante B, a quien muerde dej3ndole en trance de morir desangrado. Si A, consciente de la situaci3n, omite socorrerle y le deja morir, surge el debate sobre c3mo juzgar su omisi3n: si como una simple omisi3n de socorro o como un homicidio doloso en comisi3n por omisi3n.

¹² Sobre la injerencia en estado de necesidad agresivo ver, por todos, en la literatura alemana, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 29/43-44; EL MISMO, «La competencia por organizaci3n en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinc3n entre comisi3n y omisi3n» (traducci3n de Enrique Pe3aranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (traducci3n y estudio preliminar Enrique Pe3aranda Ramos; Carlos Jes3s Su3rez Gonz3lez; Manuel Cancio Meli3), 1997, pp. 347 ss., 357; EL MISMO, «Teor3a y praxis de la injerencia», (trad. M. Cancio Meli3), en EL MISMO/CANCIO MELI3, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, pp. 97 ss., 103; EL MISMO, «Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en CANARIS/HELDRICH/SCHMIDT/ROXIN/WIDMAIER, *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabeausder Wissenschaft*, 2000, pp. 29 ss., 41. En la doctrina espa3ola, por todos, ver SILVA S3NCHEZ, «Art3culo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al C3digo Penal*, t. 1, 1999, p. 480, n. 97; DOPICO G3MEZ-ALLER, *Omisi3n e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 299, 459-460, 832-833.

¹³ En la doctrina alemana, por todos, ver OTTO, «Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung», *NJW*, 1974, p. 528 ss., p. 534; EL MISMO, «Ingerenz und Verantwortlichkeit», en *FS-G3ssel*, 2002, pp. 99 ss., 112; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 32/182; JAKOBS, en CANARIS/HELDRICH/SCHMIDT/ROXIN/WIDMAIER, *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabeausder Wissenschaft*, 2000, pp. 29 ss., 41.

encuentra sólo puede imputarse al propio agresor¹⁴, no habría fundamento alguno para cargar al defensor con una especial responsabilidad por ella¹⁵.

Este último argumento resulta notablemente más sólido a la hora de explicar por qué el ejerciente de legítima defensa no es especialmente responsable por la situación de peligro en la que se encuentra el agresor (y que, por ello, su omiso salvamento no puede calificarse como homicidio doloso por omisión sino únicamente como una omisión de socorro).

3. Segundo grupo de casos: ¿homicidio por omisión... en exceso extensivo en la legítima defensa?

Pero analicemos ahora estos otros casos:

Caso nº 2. Prensa hidráulica. En un taller hay una prensa hidráulica que se activa cuando se introduce el material, y una vez activada va incrementando la presión automáticamente hasta que se pulsa un botón. Mientras el trabajador T la está manipulando, el agresor entra e intenta matarle. Para repeler la agresión T le da un empujón, arrojando al agresor dentro de la prensa hidráulica. La máquina comienza a apretarle el torso y el agresor, ya desarmado, pide auxilio. Aunque T podría fácilmente detener la prensa sólo pulsando un botón, dejando al agresor inmovilizado en la prensa, no lo hace. El agresor muere aplastado minutos después.

Caso nº 3. Perro fiero. A abre la puerta a B, aparentemente un cartero, quien se cuela violentamente en la vivienda y comienza a golpearle. A ordena a "Sultán", su pitbull, que ataque al agresor. Al primer mordisco, B cae al suelo y se golpea la cabeza, quedando inconsciente. "Sultán" sigue atacándole y se dirige a morderle en el cuello, mientras A lo contempla sin impedirlo. El perro desgarró el cuello del agresor inconsciente y lo mata. A habría podido detener al perro en todo momento.

Caso nº 4. Defensor voluminoso. El agresor se dispone a disparar a una persona muy alta y obesa. Para defenderse, éste se arroja sobre el agresor, derribándole y dejándole inconsciente. Aunque la agresión ya ha concluido, el voluminoso agredido decide no realizar un nuevo movimiento corporal (levantarse) sino, por el contrario, mantenerse sentado sobre el agresor ya inconsciente, pese a que los testigos le advierten de que está comenzando a romperle las costillas del agresor y que le va a asfixiar. El agresor sufre una parada respiratoria y fallece.

En todos estos casos se da la típica sucesión que caracteriza al pensamiento clásico de la injerencia: desencadenamiento de un peligro (arrojar al agresor a una prensa hidráulica; azuzar un perro; arrojarse sobre el agresor) seguido de una no evitación del resultado típico, en los tres casos de modo doloso (no apagar la prensa, no detener al perro, no dejar de aplastar al agresor).

Sin embargo, la solución que intuitivamente nos sugieren estos casos es distinta a la del caso anterior. En estos tres nuevos casos parece clara la idea de un *exceso extensivo en la legítima*

¹⁴ En la doctrina española es MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, n.m. 12/62-63) quien más tempranamente detectara que el único sentido que tenía exigir que la injerencia fuese antinormativa era proporcionar una base para imputar el curso de riesgo al injerente (y, con ello, atribuirle también una especial responsabilidad por él).

¹⁵ Otros autores explican la exclusión desde los fundamentos de su propia concepción de la injerencia. Así, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, pp. 97-99) entiende que la injerencia sólo genera posición de garante cuando es un "ejercicio normal de la libertad del sujeto", algo que no concurre en su opinión cuando el sujeto obra en legítima defensa o estado de necesidad, momento en que el sujeto actúa "obligado por las circunstancias".

*defensa*¹⁶: pese a que la agresión haba terminado definitivamente y no haba riesgo de que fuese reemprendida, el defensor omiti3 evitar que el foco de peligro continuase su actividad lesiva (el aplastamiento en el caso 2, las mordeduras mortales en el caso 3, la asfixia en el caso 4), y con ello determin3 dolosamente que se produjese la muerte del agresor. Ello llevara a considerar en los tres casos que **esa omisi3n constituye un ataque doloso contra la vida en comisi3n por omisi3n, injustificado por incurrir en exceso extensivo.**

¿C3mo es posible esta diferencia de tratamiento con el caso n3 1 (el propuesto por RUDOLPHI, y que hemos llamado "Violador en el bosque"), siendo todos ellos casos de desencadenamiento justificado de un riesgo mortal seguido del omiso impedimento del resultado?

4. Enunciaci3n de hip3tesis. Tratamiento diferenciado de la omisi3n de aseguramiento de un foco de peligro y de la omisi3n de socorro a sujeto desamparado.

Este contraste pone de manifiesto un punto de partida fundamental: **durante largas d3cadas la doctrina ha agrupado bajo el concepto "posici3n de garante derivada de injerencia" grupos de casos muy diferentes, que requerian tratamientos diversos.**

Esta heterogeneidad en el contenido del *topos* de la injerencia no es nada nuevo: es conocida desde siempre. La doctrina ha admitido desde siempre que la posici3n de garante por injerencia es perturbadora, que su fundamentaci3n -fuertemente arraigada en el dogma causal- es err3nea¹⁷, que sus perfiles son de enorme inseguridad¹⁸, y que m3s que un verdadero fundamento de responsabilidad es un *tapagujeros* o un *cubrelagunas*¹⁹... pero sin embargo, la sigui3 aceptando masivamente como dogma, sin m3s replanteamiento que una acumulaci3n heterog3nea de *criterios correctores* (que, adem3s, ni en su concepto ni en su n3mero son m3nimamente compartidos por la comunidad de int3rpretes)²⁰.

Desde este punto de partida, las hip3tesis que se desarrollaran a continuaci3n son las siguientes:

1. Dos grupos de casos distintos.

- a. El t3pico de la injerencia hist3ricamente ha abarcado diversos grupos de casos, 3nicamente vinculados porque podian ser definidos como la sucesi3n de una conducta

¹⁶ Que impide aplicar la leg3tima defensa, tanto plena como incompleta (ver por todos, en la manual3stica, G3MEZ BEN3TEZ, *Teoría jur3dica del delito*, 1986, pp. 328, 350-351; LUZ3N PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, n.m.23/38; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, n.m. 16/63).

¹⁷ Por citar a un autor cl3sico en materia de comisi3n por omisi3n: "En la idea de la injerencia... ha cristalizado como Derecho consuetudinario una construcci3n dogm3tica fallida, una consideraci3n causal sobre cuyo fracaso reina hoy unanimidad. Por eso ya es objetable que quepa basar un mandato de impedir un resultado 3nicamente en la acci3n precedente" (KAUFMANN, *Dogm3tica de los delitos de omisi3n*, 2006, p. 292). El mayor cr3tico del concepto de injerencia en la doctrina alemana es sin duda SCH3NEMANN, «ZurKritikderIngerenz-Garantenstellung», *GA*, 1974, p. 231 ss.

¹⁸ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 216.

¹⁹ DAHM, «Bemerkungen zum Unterlassungsproblem», *ZStW* (59), 1940, pp. 133 ss., 177-178; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, p. 39; STRATENWERTH, *AT*, t. I, 4ª ed., 2000, § 13/26; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 32/145.

²⁰ Mientras que algunos autores exigen que la injerencia genere un riesgo *pr3ximo* (o *previsible*), o adem3s sea *contraria a deber*, o incluso *dolosa*, ROXIN llega a acumular hasta *siete* "restricciones de la posici3n de garante por injerencia" (*AT*, t. II, 2003, §§ 32/155 a 190).

activa y una omisiva.

b. De entre ellos, los principales son los casos de *activación o desestabilización de un foco de peligro seguida de omiso aseguramiento de dicho foco* y los de *causación de un accidente seguida de omiso salvamento*: dos grupos de supuestos con un fundamento y una lógica interna diferenciados, que requieren tratamientos jurídicos diferentes.

c. Ese tratamiento jurídico también debe ser diferenciado cuando la *conducta activa* generadora del peligro está justificada por legítima defensa.

2. Legítima defensa y omiso aseguramiento. Si alguien en legítima defensa activa un foco de peligro y después permite dolosamente que éste siga actuando, *cuando la agresión ya ha cesado*, causando así la muerte del agresor, responde por homicidio doloso no justificado.

3. Legítima defensa y omiso salvamento. Quien actuando en legítima defensa deja al agresor desamparado y en peligro manifiesto y grave, y después, cuando la agresión ya ha cesado, no le socorre, comete una omisión propia y no un homicidio por omisión. Ello es coherente con la regulación del omiso salvamento tras *accidente*, que en el CP español se trata también como una omisión propia.

5. Ingerenz: una fórmula que nace para resolver los casos de omiso aseguramiento de un foco de peligro, pero que posteriormente se aplica a los casos de omiso salvamento tras accidente

1. Es ilustrativo comprobar cómo la doctrina de mediados del siglo XIX hasta mediados del s. XX en realidad acudía al dogma de la injerencia para dar respuesta a los casos de *omiso aseguramiento de un foco de peligro por el que el sujeto responde*²¹: el cochero que omite frenar *su carro* y atropella a un niño²²; el operario que abre *una zanja* y omite tajarla, provocando así que alguien caiga en ella y se lesione²³; el dueño de *un animal* que omite controlarlo y permite que lesione a otra persona²⁴; el timonel que omite virar *su buque* y aborda a otra embarcación; el químico que deja *un preparado tóxico* desatendido y al alcance de un niño pequeño que, por ello, se lo bebe y muere²⁵, etc. Tanto es así que la jurisprudencia alemana, hasta después de la II Guerra Mundial, jamás condenaba los

²¹ Al respecto, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 29-30, 56, 84, 96, 760, 863-864; en general sobre la evolución histórico-dogmática de la idea de injerencia, ver *ob. cit.*, 37-670.

²² ROTERING, «Ueber die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr», *GS*, (34), 1882, pp. 206 ss.; TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913, pp. 97-98

²³ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, pp. 84-85.

²⁴ Los casos de responsabilidad por omiso control de un animal peligroso están en los antecedentes remotos de la comisión por omisión (BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 12). Ver por ejemplo el texto de *Éxodo* 21/28-29 sobre la responsabilidad del dueño por la muerte causada por un animal (y el breve análisis que le dedico en DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 745-746).

²⁵ Estos últimos ejemplos, en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II/1, 2ª ed., 1914, pp. 600-602, que cita hasta 8 casos diferentes, de los que 7 son casos de omiso aseguramiento de un foco de peligro.

casos de omiso salvamento por parte de quien produjo el accidente como homicidio doloso por omisión, sino como distintos tipos de omisión propia²⁶.

2. Así, para resolver los casos de comisión por omisión por omiso control de focos de peligro, la doctrina construyó una fórmula excesivamente *pobre* en elementos y prácticamente basada de modo exclusivo en la causalidad (“no impedir un resultado que uno previamente desencadenó causalmente, equivale a causarlo mediante esa omisión”); y que por su extrema simplicidad no sólo abarcaba aquellos casos de *omiso aseguramiento de un foco de peligro previamente desencadenado*, sino también otros muy distintos y que deberían recibir un tratamiento diferenciado: los de *omiso salvamento tras un accidente*²⁷. Así, atendiendo a la miope perspectiva del dogma causal, *aseguramiento y salvamento* pasaban a ser tratados de modo idéntico.

Esta fórmula tan amplia, pues, fue clave para que, a partir de los años 50, la doctrina fuese aceptando la calificación de homicidio doloso para los casos de omiso salvamento tras accidente, ya que en principio encajaban bajo la descripción doctrinal de la “posición de garante por injerencia”. A este respecto, es muy ilustrativo el comentario de WELZEL en 1958, quien se escandaliza de que *“la misma conducta (omisión de socorro tras accidente) que en el año 1906 era juzgada como falta, en 1909 como delito leve y en 1939 como delito de gravedad media, pertenece desde 1955... a la criminalidad grave”* en virtud de la creación jurisprudencial de la posición de garante por injerencia²⁸.

Así, pues, es como se llega a la situación doctrinal dominante en Alemania a mediados de los años 70: la doctrina mayoritaria entendía que la “posición de garante por injerencia” también abarcaba los casos de omiso salvamento tras accidente y obligaba a su tratamiento como homicidio doloso por omisión.

3. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX se produce un cambio sumamente relevante. Paulatinamente se va asentando en un grupo de autores cada vez más grande la idea de que los casos de “posición de garante de *control o aseguramiento de un foco de peligro*” en realidad no se explican correctamente atendiendo a la “injerencia” o acción causal previa, sino que se corresponden con reglas diferentes.

El punto clave en esta evolución es la idea, abonada de modo fundamental por RUDOLPHI, de que en los casos de omiso salvamento sólo se puede reprochar de modo especial a quien causa la situación de desamparo de modo *contrario a deber*; mientras que en los casos de responsabilidad

²⁶ WELZEL, *JZ*, 1958, pp. 494 y ss.; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 32/145.

²⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 761, 863 y ss.

²⁸ WELZEL, *JZ*, 1958, p. 495; se adhiere a esta opinión KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 292. Así, en su detallado estudio jurisprudencial, PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, 1968, pp. 158 y ss. destaca cómo los casos de *injerencia* en la Jurisprudencia hasta los años 60 casi siempre tenían que ver con la *no vigilancia de objetos peligrosos o la omisa advertencia en situaciones peligrosas* (¡deberes de aseguramiento!). No obstante, a día de hoy en Alemania es minoritaria en la doctrina alemana la opinión que niega que el omiso salvamento tras accidente sea constitutivo de un homicidio doloso por omisión en virtud del pensamiento de la injerencia (por todos, SCHÜNEMANN, *GA*, 1974; EL MISMO, *Grundund Grenzübertretungen Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1971; ver también otros autores, como LAMPE, «Ingerenz oder dolus subsequens?», *ZStW*, (72), 1960, pp. 93 ss., 106; LANGER, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 1972, pp. 504-505. El mismo ROXIN se mostraba en los años 70 contrario a la posición de garante por injerencia: «Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems», *ZStW*, (83), 1971, pp. 369 ss., 403).

por un foco de peligro es irrelevante si el foco se ha activado de modo lícito o ilícito (es más: puede ser incluso irrelevante *quién lo ha activado*²⁹, lo cual supone que la estructura de la injerencia deviene *inútil* para este grupo de casos), siempre que el sujeto haya omitido controlarlo dolosa o imprudentemente.

4. Ante la evidencia de que los fundamentos de responsabilidad en estos dos grupos seguían reglas distintas, la doctrina opta por segregarlos. Así, los casos de “responsabilidad por un foco de peligro” son desplazados a una categoría autónoma, con un fundamento material diferenciado. Esta categoría recibe diversos nombres: los más habituales son *responsabilidad por los focos de peligro sitios en la propia esfera de “dominio”*³⁰ o *comisión por omisión por “infracción de deberes de seguridad del tráfico”*³¹.

Así puede describirse este movimiento sorprendente:

- la posición de garante “por injerencia” nace para explicar los casos de responsabilidad por no controlar un foco de peligro previamente desencadenado por uno mismo.
- posteriormente se usa para explicar los casos de omiso salvamento por injerencia.
- la doctrina mayoritaria terminará por *extraer los casos de responsabilidad por un foco de peligro de la posición de garante por injerencia y crear con ellos una categoría nueva*.
- así, bajo el tópico de la “posición de garante por injerencia” acaban quedándose solamente los casos de omiso salvamento tras accidente (y a los que en la doctrina alemana, de modo casi unánime, se aplica la modalidad *atenuada* de comisión por omisión³²).

²⁹ Al respecto, con una claridad con frecuencia desatendida, de nuevo WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 215-216; antecedentes de esta afirmación en TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913, pp. 108-109, 112; más recientemente, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten*, 1971, pp. 250-251; modernamente ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 759-760.

Aplicando esta reflexión a nuestros casos 2 a 4, en el caso 2 (“Prensa hidráulica”), el trabajador habría debido apagar la máquina *aunque el agresor hubiese caído él solo en la máquina*. En el caso 3 (“Perro fiero”), el sujeto también habría debido evitar que el perro matase al agresor indefenso *aunque no lo hubiese azuzado él, sino que hubiese sido el propio animal el que espontáneamente se hubiese lanzado contra el agresor*. Y en el caso 4 (“Defensor voluminoso”), el sujeto que aplasta al agresor también estaría obligado a levantarse para no matarle *en el hipotético caso de que no se hubiese lanzado él contra el agresor, sino si hubiese sido un tercero quien le hubiese empujado*.

RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 175 ss.; EL MISMO, *SK-StGB*, 1992, §13/64.

³¹ Por todos, ver STREE/BOSCH, *Schönke/Schröder-StGB*, 29ª ed., 2014, §§ 13/43 ss., que pronto mencionó como posición de garante autónoma “la responsabilidad por los focos de peligro sitios en la propia esfera de competencia” (subgrupo que debe distinguirse cuidadosamente del de la *injerencia*, pues “tienen aspectos en común”: *ob. cit.*, §13/33); STRATENWERTH, *AT*, t. I, 4ª ed., 2000, §§ 13/45 ss., que introduce al final de su exposición una suerte de posición de garante *residual* basada en el “ámbito de dominio”, donde también se recogen los grupos de casos más modernos (responsabilidad del empresario, responsabilidad por el producto, etc.); ROXIN, que separa como supuesto diferente de la injerencia (y más importante) el “deber de vigilancia de cosas peligrosas en el propio ámbito de dominio” (*AT*, t. II, 2003, §§ 32/108 ss.). En la manualística española reciente, distinguen ambos grupos de casos autores como MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, n.m. 12/55 ss. (injerencia), 12/69 ss. (control de focos de peligro) o LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, pp. 631-632 –control de focos de peligro-, 632-634 –injerencia-).

³² Por todos, ver ROXIN, *AT*, t. II, 2003, §§ 31/236 ss., rotundo en §31/240; STREE/BOSCH, *Schönke/Schröder-StGB*, 29ª ed., 2014, §§ 13/64; DENCKER, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 167 ss.

Son en este punto ilustrativas las palabras de ROXIN, quien en el año 2003 anuncia que para explicar los casos de deber de aseguramiento de focos de peligro “*ya no es necesaria*” la idea de injerencia, en la medida en que el concepto de dominio proporciona una mejor fundamentación de la posición de garante; y que hoy el concepto de injerencia debe limitarse a los casos de “omisión de *salvamento* frente a peligros causados por el obligado a evitar el resultado”³³.

5. Pese a que la manualística alemana del cambio de siglo es casi unánime a la hora de distinguir estos dos grupos de casos, lo que no está tan claro es *el deslinde* entre ellos. En efecto, los conceptos empleados para perfilar la posición de garante de control de un foco de peligro (“dominio” o “deberes del tráfico”) tienen perfiles poco determinados, y por ello es habitual un cierto grado de confusión en este punto. Por este motivo los comentaristas apelan a la prudencia a la hora de deslindar ambos grupos de casos³⁴. Debido a esta confusión doctrinal, un mismo caso puede ser tratado bajo el tópico de la injerencia por unos autores, bajo el de la posición de garante por *dominio* o *deberes de seguridad del tráfico* por otros, o incluso bajo una posición de garante *ad hoc*³⁵.

6. Para evitar esa confusión, debe adoptarse un criterio diferente de deslinde entre ambos grupos de casos; criterio que, en mi opinión, debe definirse de modo más correcto de la mano de la diferencia entre *aseguramiento y salvamento* (es decir: del *diferente contenido del deber de evitar*)³⁶.

Así, el **aseguramiento** es una conducta referida a un foco de peligro, y que consiste en impedir que éste desarrolle una actividad lesiva sobre un bien jurídico³⁷ (por ello, omitir asegurar un foco de peligro es tanto como permitir que el foco de peligro actúe lesivamente sobre el bien jurídico). El deber de aseguramiento corresponde de modo primario *al titular de una esfera de libertad*: es él el que debe controlar que los focos de peligro sitios en ella dañen a terceros (la alternativa sería tanto como *someter la esfera de una persona a gobierno ajeno*).

Por el contrario, la tarea exigida en el deber de **salvamento** no es ya evitar que el bien jurídico sea atacado por el foco de peligro, sino solamente actuar para reducir o eliminar los efectos de aquel ataque, después de que haya tenido lugar³⁸. Por ese motivo puede (y debe) ser ejercido de modo

³³ ROXIN, AT, t. II, 2003, §§ 32/145; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten*, 1971, p. 303; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, (53-1), 1997, p. 46.

³⁴ STREE/BOSCH, *Schönke/Schröder-StGB*, 29ª ed., 2014, §13/32.

³⁵ Un caso paradigmático es el de la posición de garante relativa a la responsabilidad por el producto se fundamenta en ocasiones por *injerencia* (así lo hizo el BGH 37,106 en su famosa sentencia del *spray para cuero*; con matices, JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, § 29/42; FREUND, AT, 2ª ed., 2009, § 6/69); como *posición de garante por dominio* (STRATENWERTH, AT, t. I, 4ª ed., 2000, §13/46; BRAMMSEN, «Strafrechtliche Rückrufpflichten befehlhafter Produkten?», GA, 1993, pp. 97 ss., 113 ss.) o, dependiendo de si la puesta en el mercado fue diligente o negligente, *posición de garante por asunción* o *por injerencia* (ROXIN, AT, t. II, 2003, §§ 32/214-216; en este último punto, en mi opinión, de modo incoherente con su afirmación -§32/145- de que la posición de garante por injerencia se limita sólo al omiso *salvamento*: la retirada del mercado no es una conducta de *salvamento*).

³⁶ Para un análisis en detalle de las diferencias entre los deberes de aseguramiento y salvamento ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 773-783, resumen en pp. 783-784. Como hemos visto, ROXIN distingue así estos dos grupos de casos: los de *responsabilidad por focos de peligro* y los de injerencia, que son casos de omiso *salvamento* (AT, t. II, 2003, §§ 32/144-145).

³⁷ Ello no significa que el aseguramiento deba operar *sobre* el foco de peligro. Se asegura el foco de peligro “*perro fiero*” tanto tirando de la correa para que no se acerque al niño, como alejando al niño del perro.

³⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 325, 767 ss. La diferencia entre

usual por *cualquiera*. Asimismo, es un deber que sólo se establece para la protección de los bienes jurídicos de máximo valor (vida, integridad física, etc.), pero no para la protección de otros como el patrimonio³⁹; y, en los ordenamientos de nuestro entorno⁴⁰ se sanciona mediante *tipos penales específicos* con una pena inferior a la comisión activa, y no como una comisión por omisión del delito doloso de resultado.

Así perfilada la distinción entre estos grupos de casos, la solución es más sencilla.

6. Desencadenar un foco de peligro en legítima defensa y omitir asegurarlo cuando la agresión ya ha cesado definitivamente: exceso extensivo.

El omiso aseguramiento de los focos de peligro por parte de su responsable es el caso claro de comisión por omisión.

“La sociedad ha de confiar en que, quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, proceda de forma que tal amenaza latente no se traduzca, por su reprochable omisión, en una realidad dañosa, incidiendo sobre la esfera jurídica de terceros”⁴¹. Así, cuando hablamos de responsabilidad por riesgos para terceros, las máquinas, animales, etc. al servicio de la libertad de organización de la persona son tratadas jurídicamente como si fuesen su propio cuerpo⁴²; y a su responsable se le imputan los daños causados por su máquina en los mismos términos que de los daños por los causados por su propia mano, si concurre la capacidad y el deber de control sobre aquella en los mismos términos que sobre ésta⁴³.

aseguramiento y salvamento es con frecuencia malinterpretada por la doctrina germánica. Así, WELP entiende erróneamente que el aseguramiento es la prevención de riesgos *generales*, mientras que el salvamento es “la evitación de un peligro *concreto*”. Por su parte, en mi opinión confunde el criterio aseguramiento / salvamento con el hecho accidental de que el foco de peligro esté dentro de la esfera de dominio del omitente o que ya se encuentre en la esfera de dominio del titular del bien jurídico en peligro FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, pp. 180-187; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6/68; EL MISMO, *MK-StGB*, 3ª ed., 2018, § 13/115). La confusión parece clara: contener al perro fiero para que no ataque al niño es *siempre* un aseguramiento, independientemente de si el perro está en mi casa o ya está en finca ajena; proporcionar al herido auxilio médico es *siempre* salvamento, independientemente de si para ello debo llevarlo a un hospital o puedo prestárselo yo mismo en mi casa.

³⁹ Así, por ejemplo, existe en el Código Penal una omisión de socorro agravada (art. 195.3) que obliga a quien ha causado un accidente a salvar la *vida*, la *integridad física*, etc. del accidentado desamparado; pero no existe un precepto similar que castigue el omiso salvamento doloso de quien ha atropellado *una res ajena* tras el atropello omite llevarla al veterinario para salvar la vida de ese animal perteneciente al patrimonio de otra persona.

⁴⁰ Con la excepción del alemán, que sanciona las *omisiones de gravedad intermedia* mediante una comisión por omisión atenuada (§ 13 II StGB), mientras otros países como España, Portugal, Austria, etc. lo sancionamos en tipos específicos.

⁴¹ STS de 12 de noviembre de 1990, Pte. Soto Nieto (Roj: STS 8142/1990 - ECLI: ES:TS:1990:8142).

⁴² PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, 1974, pp. 132 ss. En términos idealistas, FICHTE definía el cuerpo humano como el “ámbito de todas las posibles acciones libres de la persona” (*Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia* (traducción de José L. Villacañas Berlanga; Manuel Ramos Valera; Faustino Oncina Coves, 1994, p. 149).

⁴³ De hecho, la más nutrida corriente de monografistas españoles desde finales del siglo XX -la que he llamado “*corriente restrictiva española*”-ha construido sus teorías de la comisión por omisión *precisamente sobre la base del caso claro del omiso aseguramiento de un foco de peligro por el que debe responder el sujeto*. Esto es evidente en la doctrina de la “omisión de control de un foco de peligro” de GIMBERNAT ORDEIG, «El delito de omisión impropia», *RDPC*, (4), 1999, pp. 537 ss., 547 ss.; EL MISMO, «Art. 11 CP», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, 1999, pp. 420 ss., 432 ss. También lo es en la construcción de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión:*

Siendo así, se entiende con facilidad por qué los casos 2 a 4 aparecían con claridad como excesos extensivos respecto del ejercicio de la legítima defensa y, por ello, como delitos dolosos contra la vida: *porque el foco de peligro (prensa hidráulica, perro, cuerpo humano⁴⁴), una vez cesada definitivamente la agresión, realiza una nueva actividad lesiva sobre el bien jurídico, que es la que produce la muerte (el mordisco en el cuello, el aplastamiento definitivo, la asfixia); y ello es tolerado dolosamente por quien es responsable por que ese foco de peligro no dañe a otros.*

Una simple modificación inesencial del caso 2 (“caso de la prensa hidráulica”) permite ilustrar con mayor claridad esta conclusión:

Caso nº 2-B (Modificación del caso “Prensa hidráulica”). En este caso, la prensa hidráulica funciona de un modo diferente: va incrementando la presión cada vez que se pulsa el botón, y deja de hacerlo cuando se deja de pulsar.

Cuando el trabajador T repele la agresión, lo hace empujando al agresor dentro de la prensa hidráulica y apretando el botón tres veces, con lo que la prensa atenaza al agresor y éste suelta el arma. En esta situación, T vuelve a pulsar el botón tres veces más, hasta que el agresor muere aplastado.

Desaparece así cualquier obstáculo dogmático para admitir que se trata de un atentado doloso e injustificado contra la vida, pero esta vez cometido por acción (las nuevas pulsaciones del botón cuando la agresión ya había cesado). Sin embargo, parece evidente que *la modificación del caso es inesencial*. La única diferencia consiste en si la prensa (1) tiene un mecanismo automático que va incrementando la presión hasta nueva orden, o (2) si los incrementos de presión deben lograrse uno a uno pulsando un botón cada vez. Y una diferencia absolutamente contingente -cómo opere el mecanismo de la prensa, si de modo automático o necesitando nuevas intervenciones humanas- no puede conducir a una diferencia de tratamiento penal (y menos, a una tan grave como la que va desde una pena de multa a una de 10 a 15 años de prisión).

Una modificación similar puede plantearse con respecto a los casos 3 y 4:

concepto y sistema, 1986, p. 371; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, 1999, pp. 455 ss., 463 ss., 471 ss.; EL MISMO, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», *FS-Roxin*, 2001, pp. 644 ss.), relativa a la *asunción de un compromiso de actuar como barrera de contención de peligros*, donde el momento de *alzar la barrera* se corresponde en estos casos con el momento de *omiso aseguramiento*, es decir, con la organización de la propia esfera de libertad de modo lesivo (EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión», *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Madrid, 1999, p. 156). Lo mismo cabe decir de la versión más depurada que GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *AP*, (38), 1995, pp. 683 ss., 703-704) elabora de la doctrina del dominio sobre la causa del resultado de SCHÜNEMANN, concibiéndola como un *dominio social sobre la causa del resultado*; y de la concepción de LUZÓN PEÑA sobre la *omisión que genera un riesgo al descontrolar el peligro* («La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *PJ -2ª época-*, (2), 1986, pp. 82-84; específicamente en relación con la injerencia, ver EL MISMO, *PG*, 3ª ed., 2016, n.m.31/84 ss.).

En esta misma línea se inscribe la propuesta que formulé en *Omisión e injerencia en Derecho penal* (2006): la comisión por omisión de un delito de resultado tiene lugar cuando el sujeto, mediante una omisión a) *gestiona un foco de peligro* determinando que éste produzca un daño; o b) *gestiona los medios de protección de una esfera ajena*, desprotegiéndola y determinando que un foco de peligro externo la lesione). Los casos de omiso salvamento tras accidente no cumplen estos requisitos (la omisión del sujeto no gestiona un foco de peligro que dañe a la víctima; y tampoco gestiona los medios de protección de su esfera), y obedecen a una lógica totalmente distinta (ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 740 ss., 764 ss., 865 ss. y *passim*).

⁴⁴ La doctrina moderna considera que el cuerpo humano es el foco de peligro nuclear de nuestra esfera de competencia; el caso de la *nariz sangrante* de HERZBERG, *Unterlassungim Strafrechtund das Garantenprinzip*, 1972, p. 173, lo ilustra con claridad; en el mismo sentido, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 29/31; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6/64; ver también DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 742.

Caso nº 3-B (Modificación del caso “Perro fiero”). Cuando el agresor B cae al suelo y se golpea la cabeza, quedando inconsciente, el perro se detiene. A **vuelve a ordenar** a “Sultán” que ataque, y es entonces cuando el perro desgarrar el cuello del agresor inconsciente, produciendo su muerte. La diferencia entre ambas versiones del caso es contingente, y consiste en si una vez le ordenan el ataque al perro, éste (1) lo ejecuta hasta matar a su víctima; o (2) se detiene tras la primera agresión, y sólo continúa el ataque en caso de recibir una nueva orden.

Caso nº 4-B (Modificación del caso “Defensor voluminoso”). Cuando el agresor, ya desarmado, estaba a punto de asfixiarse bajo el peso del voluminoso defensor, intentó zafarse pateando. El defensor **se movió nuevamente** para mantenerse sobre él y lograr que su peso aplastase al agresor hasta matarle. La diferencia entre ambas versiones del caso vuelve a ser irrelevante, y reside en si el defensor voluminoso, para mantener la presión de su gran peso sobre el agresor enclenque, (1) necesitó únicamente su primer acometimiento, o si (2) debido al pateo del agresor debió realizar nuevas conductas activas para ajustar su posición y asegurar el aplastamiento.

La solución, pues, puede formularse de modo sencillo. Si, cesada la agresión ilegítima, el garante por el foco de peligro no lo vuelve a controlar, a partir de ese momento está tolerando dolosamente que un elemento de su esfera actúe lesionando o matando a un tercero, sin que concorra situación alguna que permita justificar esa muerte. Al no darse la actualidad de la agresión ilegítima, necesariamente ha de ser tratado como un exceso extensivo, lo cual excluye la posibilidad de una legítima defensa tanto plena como incompleta. Y ello, independientemente de si la gestión del foco de peligro se realiza por acción o por omisión: en el análisis de la responsabilidad del garante, acciones y omisiones son fungibles⁴⁵.

7. El omiso salvamento tras injerencia no constituye comisión por omisión (a fortiori, tampoco si la injerencia fue una conducta en legítima defensa)

Analicemos ahora los supuestos de omiso salvamento al agresor que, por un acto violento en legítima defensa, ha quedado desamparado y en peligro manifiesto y grave.

El caso es muy distinto. Aquí ya no nos encontramos, como en los casos de omiso aseguramiento de un foco de peligro, a un sujeto tolerando dolosamente que de su esfera sigan surgiendo nuevos ataques contra un agresor desarmado y desamparado. Por el contrario, nos encontramos ante un sujeto que se limita a *no revocar las consecuencias de que su esfera previamente hubiese lesionado a otro de modo justificado*. Es decir: ante alguien que omite una tarea de *salvamento*.

Para calificar correctamente este caso de omiso salvamento, es del máximo interés detenerse primero en la regulación de los deberes de salvamento tras injerencia más habituales: la *omisión de socorro tras accidente causado previamente por el omitente*.

⁴⁵ SCHÜNEMANN, *Grundund Grenzenderunechten Unterlassungsdelikten*, 1971, pp. 374-375; GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en EL MISMO, *Ensayos Penales*, 1999, pp. 189 ss., 226-227, 231-232; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, 1999, pp. 409 ss., 431; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 65 ss. Sobre la responsabilidad por riesgos emanados de automatismos, ver PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, pp. 140 ss. (la referencia más remota a la fungibilidad de acción y omisión en relación con los riesgos generados por automatismos la halla en ROTERING, *GS*, (34), 1882, pp. 206 ss.).

El Código penal español, como la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, expresamente establece para estos casos *un tipo penal específico, distinto del homicidio por omisión y con una pena muchísimo más baja* (art. 195.3 CP, pena de 6 meses a 4 años; que según Jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo, puede entrar en concurso real con el homicidio o las lesiones imprudentes): una *omisión de gravedad intermedia* u *omisión pura de garante*, en atinada expresión de SILVA SÁNCHEZ⁴⁶.

Quien conciba la comisión por omisión en la línea de las teorías del deber formal entenderá imposible que el CP contemple en el art. 195.3 la *infracción de un deber especial* de evitar el resultado sin considerarlo, *eo ipso*, comisión por omisión⁴⁷. Quien por el contrario la entienda en términos materiales, como la realización de tipos mediante una omisión, verá que estas omisiones puras de garante obedecen a una lógica distinta.

La lógica del art. 195.3 se entiende partiendo de la distinción entre las conductas lesivas (por acción y omisión) y el omiso salvamento. Por lo general todos los delitos dolosos de resultado contienen, tras la fase de agresión al bien jurídico, un momento secundario en el que el sujeto activo *dolosamente* omite salvar a aquel a quien *dolosamente* ha agredido: ese momento omisivo es simplemente el *no desistimiento*, y obviamente no fundamenta una mayor responsabilidad, pues su desvalor ya está abarcado por la pena del delito doloso. Igualmente, la pena del delito imprudente abarca el desvalor de una primera conducta lesiva (por ejemplo, la de haber empujado *imprudentemente* a un ciclista fuera de la calzada) y el de una segunda: la de *imprudentemente* no haberse percatado de ello y no haberlo socorrido.

No obstante, hay supuestos en que la conducta comisiva es *imprudente*, pero el omiso salvamento es *doloso*: el caso paradigmático es el atropello imprudente seguido de omisión de socorro dolosa. Aquí el tipo imprudente no abarca plenamente la gravedad del omiso salvamento *doloso*, pero tampoco procede la aplicación del tipo doloso de resultado, pues no se da su presupuesto fundamental (haber organizado dolosamente la lesión del bien jurídico). La función que cumple el tipo de omisión de socorro a la víctima es la de *recoger el desvalor adicional de ese segundo*

⁴⁶ Esta es la solución que adoptan la gran mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, que *no* tratan estos casos como homicidio doloso por omisión en virtud de *posición de garante por injerencia*, sino como omisiones puras agravadas. Así, el § 94 del StGB austríaco (*Imstichlasseneines Verletzten*); art. 200.2 CP Portugués (*omissão de auxílio em situação criada previamente pelo omitente*); art. 189 de la *Legge della strada* italiana; art. 341 CP mexicano; art. 175 CP salvadoreño; y otros como el art. 126 CP peruano, el art. 278 CP cubano, el art. 262 CP Boliviano, el art. 117 CP paraguayo. Ver, con otra técnica legislativa, el art. 121.4 CP brasileño (un tipo agravado del homicidio imprudente por omitir socorro quien antes cometió la acción imprudente; algo similar hacen el código francés y el panameño).

El Derecho alemán, en vez de generar una *omisión propia agravada*, opta por una *comisión por omisión atenuada*. Así, como hemos visto, según la doctrina dominante a estos casos no debe aplicárseles la pena del delito doloso sin más (la del homicidio doloso, por ejemplo), sino que procede aplicarles siempre la cláusula de atenuación facultativa del § 13.II StGB alemán (ROXIN, AT, t. II, 2003, §§ 31/236 ss., STREE/BOSCH, *Schönke/Schröder-StGB*, 29ª ed., 2014, § 13/64; DENCKER, *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 167 ss.), lo cual determina una pena similar a la de nuestro art. 195.3 CP.

⁴⁷ Algunos autores españoles sostienen que ciertos omisos salvamentos tras injerencia *sí* deben calificarse como comisión por omisión, dependiendo por ejemplo del *elemento subjetivo* de la omisión (MOLINA FERNÁNDEZ, «Capítulo 31. Omisión del deber de socorro», en EL MISMO (dir.), *Memento Penal*, 2017, n.m. 9728) o de la *injerencia* (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, pp. 92-96). Estas propuestas no han tenido acogida jurisprudencial. Para un análisis crítico, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 735 ss., 516 ss.

*momento doloso, no abarcado por el tipo de resultado imprudente, entrando en concurso con él. Se trata, pues, de una norma complementaria de la regulación de ciertos delitos de resultado contra la vida y la integridad física*⁴⁸.

Así, el Código penal español, al optar como la mayoría de los de nuestro entorno por una tipificación fragmentaria de los omisos salvamentos en la parte especial, selecciona específicamente qué conductas desea sancionar con una pena superior a la omisión de socorro simple. Y únicamente crea tipos de omisión de socorro agravada cuando se trata de conductas:

- *dolosas* (a diferencia de la comisión por omisión, que permite atribuir responsabilidad también por omisiones imprudentes);
- relativas a bienes jurídicos como la *vida* o la *integridad física* (a diferencia de la comisión por omisión, que permite atribuir responsabilidad por delitos contra cualesquiera bienes jurídicos); y
- *allí donde el omitente tiene una responsabilidad especial por el riesgo que amenaza al desamparado* (por ejemplo, por haber causado previamente el accidente)⁴⁹.

En el caso del omiso salvamento tras legítima defensa, *este último requisito falta*, ya que la situación de peligro sólo puede ser atribuida *al propio agresor*. Es él el que ha generado el contexto de agresión ilegítima, y el responsable de que se haya debido llegar a usar la legítima defensa.

Puede que el dramatismo del ejemplo empleado –donde el agresor está en trance de morir– pueda perturbar la solución del caso. Para simplificar el estudio de la estructura de imputación, rebajemos la gravedad de los bienes jurídico en juego con un nuevo caso.

Caso nº 5: El rifle del agresor. El agresor A apunta con su carísimo rifle a la víctima V para matarla. El defensor D logra arrojar de un manotazo el rifle al río (daño patrimonial en legítima defensa). La corriente comienza a llevarse el rifle y el agresor A no sabe nadar. Sólo el defensor D y la víctima V podrían recuperar el rifle, pero lógicamente no lo hacen.

¿Acaso podría pretender el agresor que el defensor o el agredido saltasen al río y recogiesen el fusil antes de que se lo lleve la corriente al mar, para devolvérselo, pues el daño patrimonial ya no es necesario para evitar la agresión? (partamos de que con la pólvora ya mojada, el rifle ya no es un peligro) ¿Podría el agresor denunciar al defensor por daños dolosos a causa de esta omisión, o siquiera exigirle responsabilidad patrimonial? Todas estas preguntas se antojan obviamente absurdas, porque absurdo sería pretender atribuirle al agredido las consecuencias dañosas de la legítima defensa.

Por ello, de entre todos los tipos de omisión de socorro, esta conducta sólo es calificable conforme al tipo básico (arts. 195.1 y 2)⁵⁰. Un argumento *a fortiori* apoya aún más esta conclusión: si, como demuestra el art. 195.3 CP, para el Derecho español no constituye homicidio por omisión el no socorrer a alguien que está desamparado *por culpa del omitente* (que fue quien causó el accidente),

⁴⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 805 ss., 870-871.

⁴⁹ Sobre todo ello, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 773 ss. El art. 195.3 también contempla una modalidad de omisión de socorro tras accidente fortuito. Sobre su significado y estructura, ver pp. 818 ss.

⁵⁰ Esta conclusión la abona también un argumento de *tipicidad formal*: no cabe aplicar el tipo agravado, pues la situación en la que se encuentra el desamparado no puede ser denominada “accidente”.

menos aún lo constituirá el no socorrer a quien, como el agresor herido, está desamparado *por su propia culpa*.

Como ya hemos visto, parte de la doctrina ha aducido argumentos que incluso *relativizarían* el deber de socorro en estos supuestos, sosteniendo que en ocasiones al defensor no le sería exigible prestar auxilio personal al agresor herido (por la tensión emocional, la gravosidad de tener que socorrer precisamente a quien le ha agredido, etc.)⁵¹. La idea de una legítima defensa en la que el defensor fuese precisamente *el único sujeto no vinculado por el deber general de socorro* sí nos retrotraería a concepciones de esta causa de justificación que, como señala MIR PUIG, hemos ido felizmente abandonando con el tránsito desde el idealismo liberal decimonónico hacia el Estado Social y Democrático de Derecho⁵².

8. Conclusión

Las concepciones que se resisten a admitir la relevancia de la distinción entre deberes de aseguramiento y deberes de salvamento a la hora de estudiar la responsabilidad por omisión tras “injerencia” se ven obligadas a tratar de idéntico modo los dos diferentes grupos de supuestos que analizamos aquí. Y si la necesidad de un tratamiento diferente de los casos de *omiso aseguramiento* y *omiso salvamento* tras injerencia es clara de modo general, resulta mucho más evidente cuando esa *injerencia* es una reacción amparada por la legítima defensa.

La infracción de los deberes de aseguramiento es jurídicamente idéntica a la comisión activa. Por ello, quien responde por un foco de peligro (un perro, una máquina, etc.) que puede matar a una persona indefensa, está obligado a contenerlo, y su omisión dolosa realiza el tipo de homicidio doloso... *aunque en el momento de desencadenar el foco de peligro lo hubiese hecho amparado por la legítima defensa*.

Por el contrario, como sabemos, la infracción de los deberes de salvamento tras injerencia en el Código Penal español no se sanciona como la realización omisiva de un tipo de resultado, sino que se sanciona mediante tipos penales específicos (“omisiones puras de garante”), de modo *fragmentario* (con respecto a ciertos bienes jurídicos: únicamente vida, integridad física, etc.) y con penas más bajas (con frecuencia, complementarias a la pena correspondiente al acometimiento no doloso, como lesiones u homicidio imprudente). El Código Penal no prevé, no obstante, un tipo de omisión de gravedad intermedia u “omisión pura de garante” para los supuestos de omisión de socorro tras legítima defensa. Ello es razonable, pues el defensor no es competente por la situación en la que se encuentra el agresor. Por ello, el omiso salvamento del agresor solo puede castigarse como omisión de socorro simple.

⁵¹ WALTHER, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 509-510, si bien sostiene que estas circunstancias no harían menos exigible la *solicitud de auxilio de terceros*, por ejemplo si el sujeto dispusiese de un teléfono móvil.

⁵² MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, n.m. 16/41.

9. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER (1970), *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires.

BAUMANN/WEBER(1985), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Giesecking, Bielefeld.

BINDING (1914), *Die Normen und ihre Übertretung, t. II. Schuld. Vorsatz. Irrtum. 1. Zurechnungsfähigkeit. Schuld*, 2ª ed., Engelmann, Lipsia (reimpr. Aalen, 1965).

BRAMMSEN (1993), «Strafrechtliche Rückruffpflichten bei fehlerhaften Produkten?», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 97 ss.

DAHM (1940), «Bemerkungen zum Unterlassungsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), pp. 133 ss.

DENCKER (1993), «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», en KÜPER/WELP (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 162 ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2006), *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DROST (1937), «Der Aufbau der Unterlassungsdelikte», *Gedächtnisschrift*, (109), pp. 1 ss.

FICHTE (1796, 1994), *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, (traducción de la edición de 1796 de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

FREUND (2018), «§13 StGB», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I (§§ 1-51), 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.

—————(2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlín-Heidelberg.

—————(1992), *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Heyman, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich.

GIMBERNAT ORDEIG(1999),«Comentario al artículo 11», en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, t. I, EDERSA, Madrid, pp. 409 ss.

—————(1999b), «Causalidad, omisión e imprudencia», en EL MISMO, *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid, pp. 189 ss. (publicado inicialmente en EL MISMO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47-3), 1994, pp. 5 ss).

—————(1999c), «El delito de omisión impropia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (4), pp. 525 ss. (también publicado como «Das unechte Unterlassungsdelikt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (111), 1999, pp. 307 ss.).

—————(1997), «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (50-1), pp. 5 ss. (también en EL MISMO, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 257 ss.).

GÓMEZ BENÍTEZ (1984), *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid (reimpr. Madrid, 1992).

GRACIA MARTÍN (1995) «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en *Actualidad Penal*, (38), p. 683 ss. (publicado anteriormente en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La comisión por omisión*, Madrid, 1994, pp. 55 ss.).

HERZBERG (1971), «Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens», *Juristische Schulung*, p. 74 ss.

JAKOBS (2000b), «Teoría y praxis de la injerencia» (traducción de Manuel Cancio Meliá), en EL MISMO/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, p. 97 ss. (también publicado en EL MISMO/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 49 ss.; y en EL MISMO, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 11 ss.).

—————(2000), «Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en CANARIS/HELDRIECH/SCHMIDT/ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, C.H. Beck, München, pp. 29 ss.

—————(1997), «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión» (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (traducción y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González; Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, pp. 347 ss.

—————(1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, De Gruyter, Berlín. JESCHECK/WEIGEND (1996), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

—————(1972), *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, De Gruyter, Berlín-Nueva York.

KAUFMANN (1959, 2006), *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. de la edición alemana de 1959 por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid.

KÜHL (2012), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Vahlen, München.

LACKNER/KÜHL (2018), *Strafgesetzbuch:StGB. Kommentar*, 29ª ed., C.H. Beck, München.

LAMPE (1960), «Ingerenz oder dolus subsequens?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (72), pp. 93 ss.

LANGER (1972), *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002), *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid.

PERRON (2014), «§32», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C.H. Beck, Berlín.

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

—————(1986), «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Poder Judicial -2ª época-*, (2), pp. 73 ss. (también en *Estudios penales*, Barcelona, 1991, pp. 225 ss.; publicado inicialmente como «Participación por omisión y omisión de impedir delitos», *La Ley*, (39, 1986, pp. 535 ss; -la versión de Pjnº 2 y de los Estudios penales contienen ligeras variantes-).

MERKEL (1867), *Kriminalistische Abhandlungen, I. Zur Lehre von den Grundeinheiten des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Breitkopf und Härtel.

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2017), «Capítulo 31. Omisión del deber de socorro», en EL MISMO (dir.), *Memento Penal*, Lefebvre, Madrid.

NAHSTOLL (1951), *Unterlassen nach Notwehr* (Tesis doctoral inédita), Heidelberg.

OTTO (2002), «Ingerenz und Verantwortlichkeit», en DÖLLING/ERB, *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 99 ss.

—————(1974), «Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 528 ss.

PFLEIDERER (1968), *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, Duncker & Humblot, Berlín.

PHILIPPS (1974), *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, V. Klostermann, Frankfurt del Meno.

RÖNNAU/HOHN (2011), «§ 32 StGB», en LAUFHÜTTER/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12ª ed., De Gruyter, Berlín-Nueva York.

ROTERING (1882), «Ueber die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr», *Gedächtnisschrift*, (34), pp. 206 ss.

ROXIN (2003) *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, Múnich.

- (1971), «Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (83), pp. 369 ss.
- RUDOLPHI(1966), *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, O. Schwarz, Gotinga.
- RUDOLPHI (1992), «§13 ss. StGB», en Wolter (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., C. Heymanns, Frankfurt del Meno.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.
- SCHÜNEMANN(1974) «Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 231 ss.
- (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, O. Schwarz, Gotinga.
- SILVA SÁNCHEZ (2001), «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en Schünemann/ Archenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 644 ss.
- (1999), «Art. 11 CP», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, EDERSA, Madrid.
- (1999), «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», *Manuales de Formación Continuada (Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal)*, (4), CGPJ, Madrid.
- (1986), *El delito de omisión: concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.
- STRATENWERTH (2000), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Carl Heymanns, Colonia.
- STREE/BOSCH (2014),«§13 StGB», enSCHÖNKE/SCHRÖDER (eds), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C.H. Beck, Berlín.
- TRAEGER (1913), *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, N.G. Elwert, Marburgo.
- VIVES ANTÓN (2016), «Nullum crimen sine lege: Comisión por omisión y dogmática penal», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (20), p. 149 ss.
- VOGT (1950-1951), «Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung»,*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), pp. 21 ss.
- WALTHER (2008), «Notwehr – und danach? Zur Hilfspflicht des Notwehrberechtigten», en Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schehofer/Seier (eds.),*Strafrecht zwischen System*

und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, Heidelberg, pp. 503 ss.

WEIGEND (2011), «§ 13 StGB», enLAUFHÜTTER/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., De Gruyter, Berlín-Nueva York.

WELP (1968), *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker & Humblot, Berlín.

WELZEL(1969), *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11^a ed., De Gruyter, Berlín.

————(1958), «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», *Juristen Zeitung*, pp. 494 ss.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2017), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 47^a ed., C.H. Müller, Heidelberg.