

Posición de garante: Estudios y debates.

Proyecto DeCyT 2022-2024 "Delegación de la posición de garante"



INTRODUCCIÓN

Los últimos años de la teoría del delito se ven atravesados por una expansión de la dogmática omisiva que influye en la estructura de la sociedad moderna: en particular, en los vínculos entre los individuos. Es por esta razón que, en el año 2022, se inició el proyecto de investigación DECYT 2022-2024 (código DCT2220) dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se titula “Delegación de la posición de garante Requisitos. Estándares diferenciales. ¿Restricciones por cuestiones de género?”. Este proyecto dio nacimiento a este libro que cuenta con la participación de algunos de sus investigadores, profesores invitados y estudiantes que formaron parte del trabajo investigativo¹.

Desde *Feuerbach*² en adelante, la dogmática penal se ha dedicado a fundar y clasificar los deberes jurídicos que sustentan evitar un resultado típico, que se desprende de una norma cuyo mandato prohíbe la realización de una determinada conducta. De esta situación surgen otros dos puntos que han sido problemáticos: en primer término, la causalidad de la omisión del resultado no impedido, cuyo tratamiento estuvo en el centro de la discusión dogmática durante mucho tiempo; y, en segundo, el problema que Jescheck/Weigend consideraron como irresuelto, a saber, la fundamentación y limitación de los deberes de garante³.

La posición de garante es una exigencia de la doctrina prácticamente unánime, mediante la cual se busca limitar a un grupo de autores cuya omisión de evitación resulta más grave que la del ciudadano común. En otras palabras, se le imputa al garante el resultado como si lo hubiera

¹ Este proyecto fue posible gracias al esfuerzo conjunto del grupo de investigación, conformado por Santiago Lopez Warriner (director), Ailén Martina Argento (coordinadora), Lucía Majluf Capilla, Gonzalo Luis Coelho, Martín Casagrande, Facundo Sarrabayrouse, Tomás Dakkache, Francisco Romano Daffau, Lisandro Loglen, Martina Jaimes, Lucila Martínez Arana, Cristian Ariel Mouzo Valicenti, Selene Yael Baez Senini, Andrea Paola Corletto, Francesca Palermo (becaria), Andrea Carolina Cruz y Valeria Quiroga.

² FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Recht's*, Giessen, 1847, §24.

³ JESCHECK, HANS-HEINRICH Y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, T. II, ed. Instituto Pacífico, Perú 2014, p. 901.

causado con su actividad⁴. Sin embargo, no existe entre las distintas doctrinas de la posición de garante una única línea dominante que concentre los fundamentos en torno a la comisión por omisión, pues los distintos modelos teóricos esgrimen distintos argumentos para considerar el momento en que una persona se encuentra en posición de garante.

Como explica Claus Roxin, el §13 del StGB exige que el omitente “jurídicamente tiene que responder por que no se produzca el resultado”. Por lo tanto, se enlaza de esta manera con el requisito de una posición de garante y postula que, si bien ese punto de partida goza de una extendida aprobación para la comprobación de la punibilidad de la omisión, tiene un limitado valor informativo, pues deja abierta la posibilidad de abordar qué presupuestos específicos tienen que afirmarse. Por eso, considera que los esfuerzos por una fundamentación teórica sólida no han conducido a una teoría generalmente admitida y que tampoco tuvieron éxito los intentos legislativos de conseguir una descripción más precisa de las posiciones de garante. Esto lo lleva a concluir que la problemática de la equivalencia de los delitos impropios de omisión “representa el capítulo, aún hoy, más discutido y oscuro en la dogmática de la parte general”⁵.

Por ese motivo, el proyecto de investigación buscó dar cuenta de los distintos criterios de imputación que establece la dogmática sobre la responsabilidad por delitos de omisión, posición de garante y delegación. Asimismo, aborda su tratamiento en la jurisprudencia y los contrastes con las formas en que las distintas teorías eran aplicadas en las acusaciones y condenas penales por la no evitación de un resultado conminado con pena. De esta manera, el libro está integrado por ensayos, artículos, traducciones y fallos jurisprudenciales que son el resultado de toda la investigación realizada a lo largo de dos años.

⁴ LUZÓN PEÑA DIEGO MANUEL, *Sobre la problemática de la causalidad en la omisión*, véase, entre otros, *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posición de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, en *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 6, 2017 (julio) ISSN: 2254-6278, p. 189 y ss.

⁵ ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña (dir.), Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier de Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, 1ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, 2019, p. 845. Véase PAWLIK MICHAEL, *Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils. Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten*.

Así, en el artículo “Debates actuales sobre omisión: causalidad y expansión de la dogmática omisiva”, se expuso un análisis crítico sobre el avance de la dogmática omisiva en la vida cotidiana de las personas y se abordaron los problemas relativos a la causalidad en las omisiones, con el objetivo debatir la posibilidad de encontrar una explicación causal (los resultados se producen por condiciones positivas y por la ausencia de condiciones negativas) previa a la explicación normativa.

También, se realizó una traducción del artículo “The Puzzle(s) of Frankfurt-Style Omission Cases. In The Ethics and Law of Omissions (Nelkin and Rickless, eds., 2017)” (El rompecabezas de los casos de omisión al estilo Frankfurt) que se trabajó en los encuentros de investigación, pues la autora se pregunta si realmente podemos ser moralmente responsables de omitir hacer cosas que no somos capaces de hacer. Lo que la lleva a analizar las estructuras causales de comportamientos activos y omisivos a partir de los casos de omisión al estilo Frankfurt.

Por otra parte, la obra colectiva cuenta con un artículo del Prof. Dr. Diego M. Luzón Peña sobre los “Delitos omisivos impropios: Posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia” que fue facilitado por el autor tras haber mantenido reuniones de trabajo con el director del proyecto de investigación DeCyT. En él, se profundizan los siguientes temas: en primer lugar, las distintas opiniones en torno a la posición de garante, así como si es posible o no hablar de comisión por omisión; en segundo, si ese deber jurídico es especial y, por último, el tratamiento que se le da a las distintas posiciones de garante que van surgiendo en la dogmática. Además, se analizan las distintas formas de autoría y participación en la comisión por omisión, así como también la forma de aplicación de la imputación objetiva y los desarrollos de la causalidad en la materia. La profundidad de análisis sobre la temática, lo vuelve un texto de lectura obligatoria.

En el artículo “Fuentes de la posición de garante: algunos apuntes sobre la cuestión en España” luego de un primer repaso sobre la teoría de los delitos de infracción se realiza un análisis sobre cuáles son las fuentes que dan origen a la posición de garante según la legislación penal española y cómo fueron analizadas en la jurisprudencia de ese país. Además, se examina el problema relativo a la delegación de los deberes que hacen a ese estatus especial.

En las mesas de debate, surgió un nuevo interrogante donde nos planteamos si la legítima defensa podía generar una posición de garante: es decir, si el acto defensivo obligaba positivamente a quien ejerce la legítima defensa contra el sujeto que fue objeto de la acción defensiva. Esta investigación podrán encontrarla en el artículo “¿Es posible que la legítima defensa fundamente una posición de garante?”, donde la autora analiza la conducta posterior de quien ejerce la acción defensiva para determinar si existe algún deber especial de auxilio hacia quien realizó la agresión, una vez que la agresión ha cesado y el defensor está fuera de peligro. Para evacuar ese interrogante plantea un caso hipotético y a partir de allí desarrolla los fundamentos de la legítima defensa, los deberes de salvamento derivados de la injerencia, las discusiones doctrinarias en torno a la “posición de garante tras legítima defensa” para, finalmente, dar sus conclusiones.

Se agrega al libro la traducción del artículo “*Filial Responsibility Laws— Codifying a Qualified Quid Pro Quo of Care*”, Danielle Erickson. *Connecticut Public Interest Law Journal*, Vol. 22.2.2023 (Leyes de Responsabilidad filial: codificación de un deber especial de cuidado recíproco). Este artículo resulta pertinente, pues se analizan distintas leyes de responsabilidad filial de los Estados Unidos y aquellos estatutos que codifican la responsabilidad filial de los hijos para brindar cuidado o apoyo (meramente financiero) a sus padres ancianos e indigentes.

En línea con esa traducción, que fue materia de debate en el proyecto de investigación, surgió el artículo “*Filial Responsibility Laws: ¿Deber Moral o Deber Legal?*” que presenta un exhaustivo desarrollo histórico y evolutivo de la responsabilidad filial, con el objetivo de ofrecer una visión sobre estas leyes (ausentes en nuestra normativa). A su vez, se abordan los distintos requisitos que la mayoría de los estados contemplan, así como el tratamiento que ha dado la jurisprudencia respecto de ellos. Finalmente, se elabora un apartado de opiniones y propuestas de acción para el futuro de esas leyes mencionadas por autores estadounidenses.

Debo destacar el trabajo incansable de Ailén Argento, quien como coordinadora del proyecto les ha facilitado la tarea a todos sus miembros y ha sido una pieza central para que estas páginas pudieran conocerse. Si es que este proyecto de investigación puede arrogarse algún mérito, buena parte de ello le pertenece. Eugenio nos ha apoyado desde un silencioso presente, dándonos el espacio y aliento permanentes para llevar adelante la tarea.

En suma, como se dijo al principio de esta presentación, este libro ha sido escrito tanto por profesores como estudiantes que se han comprometido e invertido tiempo y dedicación en la investigación académica. Por ende, este trabajo marca el resultado de dos años de discusión jurídica y, no menos importante, de construcción de vínculos humanos, por lo que esperamos sea el inicio de un espacio de reflexión sobre problemas dogmáticos que perdure en el tiempo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
DEBATES ACTUALES SOBRE OMISIÓN: CAUSALIDAD Y EXPANSIÓN DE LA DOGMÁTICA OMISIVA, por Tomás Dakkache y Santiago López Warriner	10
I. Introducción	10
II. Deber jurídico especial y causalidad	11
III. Evolución de las posiciones de garante	23
IV. Deberes de garante y privatización	24
EL ROMPECABEZAS DE LOS CASOS DE OMISIÓN AL ESTILO FRANKFURT, por Carolina Sartorio	34
I. El rompecabezas original	35
II. El nuevo rompecabezas	40
III. Resolviendo el nuevo rompecabezas: estructuras causales	43
IV. Resolviendo el nuevo rompecabezas: causalidad disyuntiva	45
V. Implicancias para las teorías de la responsabilidad	47
DELITOS OMISIVOS IMPROPIOS: POSICIÓN DE GARANTE O NO, AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y EQUIVALENCIA, por Diego M. Luzón Peña	51
I. Posiciones de garante (deberes de garantía): exposición de las opiniones	51
II. Autoría y participación en comisión por omisión	73
III. Equivalencia (o, según los ordenamientos, correspondencia) con la causación activa o comisión activa: exigencia de la tipicidad aun sin consagración expresa en un precepto de la Parte General	78
IV. Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión como forma de imputación objetiva del resultado a la omisión. Los casos normales: autoría por dominio o determinación objetiva del hecho	83
FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE: ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA, por Lisandro Loglen	119

I. Introducción: la vital importancia de la delimitación del garante	119
II. Un punto de partida el rechazo a la teoría de los delitos de infracción de un deber	120
III. La legislación española	125
IV. Algunos casos de la jurisprudencia	130
V. Conclusiones	136
¿ES POSIBLE QUE LA LEGÍTIMA DEFENSA FUNDAMENTE UNA POSICIÓN DE GARANTE?, por Francesca Palermo	137
I. Introducción	137
II. Legítima defensa: fundamento y principios	139
III. Deberes de salvamento derivados de injerencia	141
IV. Posición de garante tras legítima defensa. Discusión doctrinaria	143
V. Conclusiones	152
LEYES DE RESPONSABILIDAD FILIAL: CODIFICACIÓN DE UN DEBER ESPECIAL DE CUIDADO RECÍPROCO, por Daniella Erickson	156
I. Personas sobre quienes recae este deber	158
II. Instancias en que surge la responsabilidad de cuidado de padres mayores	160
III. Formas en las que se hace cumplir este deber	166
IV. Posibilidad real de hacer cumplir este deber filial	169
V. Sobre la pregunta de si deberían ser aplicables las leyes de responsabilidad filial una vez que el padre alcance la edad de sesenta y cinco años	171
VI. Conclusión	174
FILIAL RESPONSIBILITY LAWS: ¿DEBER MORAL O DEBER LEGAL?, por Ailén Argento y Lucía Majluf Capilla	175
I. Introducción a la figura	178
II. Regulación Actual	188
III. Conclusión	199

DEBATES ACTUALES SOBRE OMISIÓN: CAUSALIDAD Y EXPANSIÓN DE LA DOGMÁTICA OMISIVA^{6*}

Por TOMÁS DAKKACHE^{7**} y SANTIAGO LÓPEZ WARRINER^{8***}

I. Introducción

La conjunción entre causalidad, deberes de garante y la constante influencia del derecho privado en los fundamentos de responsabilidad del derecho penal hacen que en la actualidad la imputación ya no descansa en un comportamiento causal reprochable, sino que es la comunidad jurídica quien crea esos deberes y los pone en cabeza del individuo, quien debe hacer propias las competencias de salvamento positivas hacia terceros, muchas de las veces alejados de esa estrecha vinculación, como puede ser ante el deber institucional matrimonial.

Repasemos a modo ilustrativo una resolución emblemática de la jurisprudencia: el caso Lederspray. En este caso, el BGH modificó de manera expresa el núcleo esencial de la dogmática de los deberes de garante y la vinculación causal entre determinada conducta y su resultado: además de la injerencia por la que se crea un peligro con el actuar precedente, se hizo referencia al dominio de la fuente de peligro, se afirmó que le son aplicables al derecho penal los deberes de responsabilidad por el producto derivados del derecho privado y se intentó construir una relación causal sobre bases no muy sólidas⁹. Así, entre otros supuestos, el BGH renunció al requisito de la antijuridicidad precedente en el supuesto de injerencia; con el dominio de la

^{6*} El presente trabajo forma parte de un proceso de investigación que se lleva a cabo en el marco del proyecto DeCyt 2022-2024, DCT2220 título “Delegación de la posición de garante” dirigido por Santiago López Warriner.

^{7**} Abogado (UBA), Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires, Profesor e investigador UBACyT y DECyT. Contacto: tomasdakkache@gmail.com.

^{8***} Contacto: slopezwarriner@hotmail.com.

⁹ Así puede leerse, entre otros, en SEELMAN KURT, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Marcial Pons, 2013, p. 117 y ss.

fuente de peligro renunció a la pertenencia del hecho peligroso al círculo de organización de quien tiene el deber de actuar; con la referencia a los deberes de responsabilidad por el producto derivados del derecho privado se renunció al establecimiento de un filtro en la fundamentación de tales deberes.

Como puede verse, entonces, estas dificultades matrimoniales entre la evolución de los deberes de garante, el derecho privado y el derecho penal, la causalidad y la omisión, no son nuevas. Proyectar esto hacia el futuro no hace más que agudizar el problema. Será objeto de este trabajo soltar algunas ideas sobre esta relación compleja, centrándonos en su estructura causal y la influencia privatizadora que pesa sobre los deberes de garante.

II. Deber jurídico especial y causalidad

La posición de garante es una exigencia de la doctrina prácticamente unánime, mediante la cual se busca limitar a un grupo de autores cuya omisión de evitación resulta más grave que la del ciudadano común: se le imputa al garante el resultado como si lo hubiera *causado* con su actividad¹⁰. Así, la posición de garante es condición normalmente necesaria, pero desde luego no suficiente.

Esta última consideración, es decir, la necesaria incorporación de la posición de garantía para hacer responder por el resultado al omitente y no al resto de los ciudadanos, es un elemento que se encuentra mayormente consensuado¹¹. Amparados en el §13 del StGB, parece que no es posible la omisión impropia sin posición de garante, y que la equivalencia ha de ser un requisito adicional al previo de la existencia de un deber especial de garantía.

¹⁰ *Sobre la problemática de la causalidad en la omisión*, véase entre otros, LUZÓN PEÑA DIEGO MANUEL, *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posición de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, en *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 6, 2017 (julio) ISSN: 2254-6278, p. 189 y ss.

¹¹ Véase, NAGLER JOHANNES, 1938, GS 111, p. 1 y ss. De modo contrario, es decir sobre la posibilidad de sostener una omisión por comisión sin posición de garante, ver véase FREUND GEORG, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 39 y ss.

Quien se ocupará primeramente de modo sistemático de los deberes de garante ha sido Feuerbach. Allí señalaba que “*la obligación primigenia del ciudadano sólo está referida a la omisión*”, en tanto el ordenamiento jurídico sólo impone al ciudadano el deber de omitir comportamientos activos a través de los cuales pueden ser menoscabados bienes jurídicos de terceros¹². Por ese motivo, sostiene la necesidad de fundar un deber jurídico especial para que alguien, excepcionalmente, pueda ser responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una acción positiva.

La equivalencia de la omisión con el hacer positivo, así, presupone que el autor de la omisión responda como “*garante*” de la evitación del resultado, dada una expectativa de acción consolidada y reconocida¹³; por eso, para que un agente sea culpable, resulta necesario que haya una relación empírica de determinada especie entre una acción del agente y un evento independiente, de la clase relevante.

Ferrante se opone a la explicación general del requisito causal para la responsabilidad penal dado que considera que el requisito causal exige que el agente cause el resultado del delito, con una concepción de la causalidad según la cual una relación causal es un vínculo que sólo puede darse entre eventos reales, como movimientos corporales y muertes, pero nunca entre omisiones (u otras ausencias) y eventos reales. Y es a partir de esa interpretación no causal, a la que podemos denominar imputación normativa, que el autor puede considerar que quienes omiten cuando están bajo un deber especial de salvar deban responder de la misma clase de ilícito que aquellos que lo afirman activamente.

Planteo de la cuestión: Los extremos de la causalidad en esta clase de delitos son una consecuencia que realmente ha ocurrido en el mundo de lo natural (resultado), y una condición que no está representada por un hecho antológicamente acaecido, sino por la determinación normativa de un comportamiento que debería haberse desplegado (causa). Esta estructura parece alterar la esencia misma de la relación causal porque la despoja de su doble anclaje natural, causa y resultados perceptibles en el plano ontológico, para permitir que sea construida a

¹² FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts, Giessen*, 1847, §24.

¹³ Véase FERRANTE MARCELO, *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad hoc, 2013.

partir de hechos que sin haber tenido ocurrencia podrían estar vinculados con resultados que sí se materializaron.

De manera sucinta, mientras en los delitos de acción nos encontraríamos frente a una causalidad real, en los delitos de omisión nos hallamos frente a una causalidad hipotética:¹⁴ habrá causalidad hipotética entre una omisión y un resultado, cuando la acción omitida no puede ser mentalmente introducida sin que el resultado desaparezca; en un segundo paso, se complementa la causalidad hipotética por la imputación objetiva, a modo de acortamiento de los posibles autores: la causalidad hipotética servirá para llenar un simple requisito formal de conexión cuasicausal entre omisión y resultado, debiendo considerarse una conexión posterior, aquella de la cual surge el deber de actuar, fundamento de la imputación jurídica del resultado. Entre acción y omisión parece existir otra clase de conexión, de tipo normativa, que surge del deber de actuar y que otorga fundamento a la imputación jurídica del resultado: debe contestarse a la pregunta relativa a si el omitente tenía el deber de actuar o si existía un mandato de garante¹⁵..

Como sabemos, la explicación causal de los hechos es el sustento de todo conocimiento científico¹⁶, pudiendo de esta manera entenderse un suceso mediante la determinación de sus causas y de las leyes causales que lo rigen. *“El concepto de causa es el que mantiene unida nuestra visión del mundo, una visión que, de lo contrario, se desintegraría en un tablero de lo mental y lo corporal”*¹⁷. A pesar de la importancia de la causa como fenómeno de explicación de un hecho, la

¹⁴ Llama la atención el éxito del que ha gozado esta teoría, no sólo por su inconsistencia y alcance semántico, sino por la limitación que posee al momento de su aplicación práctica. Por ejemplo, en el plano médico, se sostuvo que resulta muy ambicioso hablar de seguridad absoluta o probabilidad lindante en la certeza con relación a un diagnóstico, una indicación o un pronóstico: un significado de esa entidad “nunca puede ser alcanzado en la medicina, dado que las reacciones del organismo humano viviente no pueden ser determinadas de antemano con precisión matemática, al igual que toda verdad en medicina es relativa... También cambiará conforme al tiempo, el estado de la investigación respectiva en teoría y praxis. Así, si bien toda apreciación médica está basada en investigaciones y experimentos fundados científicamente, el desenlace final en el caso particular sigue siendo hipotético” (Wachsmuth / Schreiber, Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos, en Sancinetti (comp.), Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva, Hammurabi, Buenos Aires, 2009).

¹⁵ V. LISTZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, Guttentag, 1900.

¹⁶ Esta afirmación comienza a ser puesta en duda.

¹⁷ DAVIDSON, DONALD, *Actions, Reasons and causes*, The Journal of Philosophy, n.º 60, 1963.

explicación causal omisiva en el ámbito penal ha viajado por los más diversos lugares, sin poder aún encontrar su destino final.

Engisch afirma la causalidad en la omisión desde el seno de la *conditio sine qua non*, subordinando, aparte de las modificaciones, las no modificaciones como fenómenos a la relación conforme a ley. *“El comportamiento que puede suprimirse mentalmente en el hacer positivo es un empleo de energía concreto y determinado, y en la omisión es su negación; si suprimo mentalmente esta última negación, luego, con arreglo al principio duplex «negatio est affirmatio», a la acción añadida mentalmente”*¹⁸. Esta afirmación lleva a Engisch a sostener que si una conducta causa cuando no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado, esto debe valer también cuando se omita una acción positiva que habría impedido el resultado.

Este análisis es objetado, entre otros, por Spendel, quien limita la fórmula de la condición propuesta por Engisch. *“Una acción sólo es causal si, en ella, no teniendo en cuenta todas las circunstancias que la sustituirían o que han sido impedidas, pero no se han materializado, no se habría producido el resultado concreto; cabe suprimir mentalmente, pero no añadir nada mentalmente”*¹⁹, lo que impide darle un contenido de causación a una no modificación en el sentido de la fórmula de la *conditio*.

De esta forma busca perfilarse la idea de que la omisión es tan causal como la acción: los resultados se producen por condiciones positivas y por la ausencia de condiciones negativas. En esa medida, la omisión de aquella acción que evitaría el resultado con toda seguridad o con probabilidad lindante en la certeza es causal del resultado. La cuestión de si la condición figurada sin la conducta del autor es suficiente para explicar el resultado o no, se puede resolver por principio por leyes de la naturaleza, mediante aportes positivos y negativos. *“No se puede entender en qué sentido los significados de enunciados de negación verdaderos serían de menor ‘realidad’ que la que tienen los enunciados en los que no aparece la palabra ‘no’. Nosotros hemos*

¹⁸ ENGISCH, KARL, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Hammurabi, Buenos Aires.

¹⁹ SPENDEL GÜNTER, *Die Kausalitätsformel der Bediugungstheorie für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948.

definido la causa como hecho que, según leyes causales, es parte integrante de una condición mínima verdadera del resultado, cayendo de este modo, sin más, los hechos ‘negativos’²⁰..

A la contrariedad al mandato pertenece la relación causal entre ausencia de la acción mandada y entrada del resultado por evitar. Para esta teoría la entrada de un resultado se explica causalmente haciendo acopio de una serie de factores, de los cuales algunos se describen positivamente y algunos otros se describen negativamente. Por ello, para afirmar la causalidad entre la acción omitida y el resultado basta con que éste fuera de esperar con probabilidad claramente mayor que la que habría habido en caso de una conducta alternativa conforme al deber, es decir, en caso de haberse ejecutado la acción que se omite. Según la teoría de la condición ajustada a una ley de la naturaleza, entre omisión y resultado debe existir una relación legal natural de tal forma que el resultado, si se hubiera realizado la acción omitida, casi con seguridad no se habría producido.

Un elemento de este tipo no es, sin embargo, sólo característico de la omisión, sino que también vale para la explicación causal mediante acción. La fórmula para comprobar la denominada ‘causalidad hipotética’ de la omisión es una simple inversión de la fórmula utilizada para la comprobación de la causalidad en la acción: la teoría de la equivalencia de condiciones ha resultado insuficiente para contestar la pregunta acerca de cuándo puede definirse un resultado típico como la consecuencia de una acción. Por ello, se cree que la doctrina de la imputación objetiva resuelve el problema que deja irresoluto la teoría de equivalencia. Dicho esto, conviene repasar algunas cuestiones sobre las cuales llamar la atención.

1. Explicación causal previa a la explicación normativa

Cuando se observa el punto de vista de la doctrina dominante en el campo de la explicación causal de la omisión, uno puede advertir que la pregunta por la causación se reemplaza por la imputación objetiva. Bien es cierto que las condiciones exclusivamente negativas de un resultado existen en sentido lógico, pero no se dan realmente y no constituyen objetos física, psíquica o espiritualmente en el sentido de que se pudieran emplear en la

²⁰ PUPPE INGEBORG, *El resultado y su explicación causal en el resultado, en Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Sancinetti Marcelo compilador, traducción de Lerman Marcelo y Sancinetti Marcelo, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

configuración de una situación. Las condiciones negativas, por ello, quedan fuera de la relación causal.

De modo concluyente, afirma Jakobs:

La polémica en torno a la causalidad en la omisión enseña lo difícil que es para el derecho penal cortar el cordón umbilical con las categorías naturalísticas: si a la omisión le falta la causalidad para el resultado, así falta también entre el que omite y el resultado la conexión que permita efectuar la imputación del resultado. Sin embargo, el proceder correcto se desarrolla a la inversa: los principios de imputación deciden sobre si es necesaria, y cómo, la imputación.... Lo problemático no es la ausencia, en la omisión, de la causalidad que caracteriza a la acción, sino la imputación, de un hacer u omitir, de resultados evitables²¹..

La posición de garante del ciudadano, aceptada en forma general como standard normativo de comportamiento, será el parámetro decisivo entre un curso causal cualquiera y uno relevante para la teoría de la imputación; el rol marcará la competencia del ciudadano y, desde allí, se podrá uno hacer responsable por un curso de acción. ¿Pero esta posición puede defender a ultranza o está llamada a entrar en crisis? Pretendemos aquí disparar algunas críticas y cuestionamientos a esa hegemonía.

Así, podemos plantear que la pregunta por la causación debe diferenciarse clara y rigurosamente de la pregunta por la imputación, no siendo ningún aporte reemplazar la causación por la imputación, pues la responsabilidad jurídico-penal no se funda alternativamente o en la causación o en la imputación, siendo ambos niveles imprescindibles en el análisis de la responsabilidad. Es metodológicamente asistemático desplazar a un nivel superior del sistema de imputación penal un problema que puede ser solucionado ya en el nivel inferior.

Cualquier intento de reducción partirá de una premisa falsa pues, aunque la responsabilidad por las consecuencias no se agote en la causación, este sí es un presupuesto

²¹ JAKOBS GUNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2da. edición, Madrid, 1997.

necesario. Esto significa que la responsabilidad penal tanto en la causación como en la imputación, una tras otra, deben entenderse como una construcción escalonada. La pregunta por la causación no es ninguna pregunta por la imputación, y es por ello que sería terminológicamente equivocado reemplazar o complementar la constatación de la causalidad mediante la imputación.

La pregunta relativa a si la entrada de un resultado típico puede ser causalmente explicada con la conducta del autor, debe, por razones lógicas, diferenciarse de aquella pregunta acerca de si el autor puede ser hecho responsable por la conducta que ha causado ese resultado²². La imputación objetiva aborda preguntas de naturaleza secundaria, en la medida en que el concepto de imputación se entiende como un medio para la no conexión entre hecho y resultado, previamente afirmada en forma natural.

2. ¿Son necesarios los principios causales en la explicación de omisiones? ¿Puede adquirir relevancia las leyes de probabilidades?

Que la explicación causal es la base de todo conocimiento científico parece ser aceptado de modo más o menos indiscutido. Gracias a la explicación causal puede entenderse un evento mediante la determinación de sus causas y de las leyes causales que lo rigen. Por ello, todo aquel que pretenda ofrecer una explicación científica deberá, irremediamente, contestar a la pregunta por sus causas²³.

Debe aclararse, sin embargo, y previo a entrar en el seno de la discusión, que las ciencias no se valen únicamente de explicaciones causales, y, como se demostrará a continuación, éstas son tan deficientes o incompletas como otras explicaciones de sucesos o eventos determinados.

La explicación científica se conforma, en primer término, mediante la determinación precisa de aquello que se quiere explicar, para luego seleccionar los datos empíricos que se consideran relevantes para su explicación y, finalmente, relevar las leyes generales, que son siempre hipótesis que se consideran relevantes para relacionar los datos empíricos. El resultado

²² VOGÉ JOACHIM, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993.

²³ BUNGE MARIO, *Causalidad*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

de estas operaciones es lo que se denomina *explanans*, es decir, explicación de antecedente y consecuente conforme a leyes generales naturales universales.

Estas leyes generales son generalizaciones empíricas universales de segundo nivel, pues generalizan ciertas proposiciones básicas particulares que surgen de la simple observación. Una ley causal es la generalización del fenómeno del que da cuenta una proposición empírica básica particular de primer nivel, pero no cualquier generalización, sino una generalización universal, que usualmente tiene la forma de un enunciado condicional: *“si un cuerpo recibe calor, entonces necesariamente se dilata”*.

En este contexto, universal se refiere a generalizaciones que no pueden ser falsas sin contradecir leyes naturales conocidas. Se oponen, necesariamente, a las regularidades accidentales, que no son empíricamente necesarias dentro de este contexto. Dado el carácter universal de las leyes causales, presentan ellas la característica definitoria de que un solo contraejemplo o falsación, acudiendo al pensamiento de Popper, bastan para refutarlas o falsearlas. A contramano, el carácter no universal de las leyes probabilísticas es que éstas tienen la propiedad de que el hallazgo de un contraejemplo, o incluso de varios, no es suficiente para refutarlas o falsearlas.

Como podrá entenderse, de acuerdo al carácter limitado de la existencia humana, más allá de que ciertos enunciados se expliquen por deducción y otros por inducción, según el tipo de leyes que intervengan en la explicación, de ninguna manera debe creerse que las hipótesis generales universales o leyes causales se obtienen deductivamente, y que las hipótesis generales no universales o leyes probabilísticas se obtienen por inducción por simple enumeración. Ambas se obtienen de igual manera: por inducción.

La diferencia entre ambas formas de explicación es la ausencia de una refutación o falsación, y ello nos conduce a sostener la formulación de una ley causal universal. Sin embargo, como se ve, ambas son leyes de probabilidad, una sin la existencia de contraejemplos, y la otra con una generalización empírica, no obstante, la existencia de contraejemplos, sustentada en relevancia estadística, esto es, sin que ninguna variable de prueba demuestre la irrelevancia estadística del antecedente respecto del consecuente.

No debe alarmarnos esta observación. Una explicación probabilística concluyente es posible aun cuando se base en un grado de probabilidad bajo, o incluso, muy bajo: para que una explicación estadística sea aceptable no es necesario, siquiera, que el número probabilístico que proporciona la ley sea un número alto. Ilustra esta conclusión con el siguiente ejemplo: a un paciente se le administra un medicamento que determina una probabilidad de 0,05 % para sus efectos curativos, y el enfermo se cura. ¿Estamos aquí ante una explicación? Si hasta ahora ninguna droga había curado al enfermo, ¿cómo puede entenderse que de repente esto se haya logrado?

Llegado este punto, conviene detenernos en tres consideraciones. En primer término, la posibilidad de formular leyes causales o probabilísticas va a venir señalada por el contexto. Será posible y necesario formular leyes causales en contextos en los que interviene un número reducido de variables o premisas, pues ante ellos se reduce la posibilidad de contraejemplos. En contextos en los que, por el contrario, interviene un número elevado de variables que pueden explicar un resultado, la formulación de leyes causales no sólo es imposible sino también incorrecta, pues las explicaciones intentadas con ellas, en virtud de la ubicuidad de las refutaciones, no tendrían poder explicativo. De esta manera, habrá necesariamente que convivir con un déficit epistémico: se dará por existente un nexo causal en base a leyes estadísticas o probabilísticas, aceptando explicaciones de un suceso ocurrido en el mundo sin comprobación fehaciente.

Ciertos sucesos, entre ellos las omisiones, no deben ser explicados causalmente, sino mediante reglas de probabilidad. Allí tiene lugar una vinculación que también podemos denominar causalidad, pese a que debemos ser conscientes de que ella constituye un tipo completamente distinto al de la causalidad natural. De esta manera, en el ámbito del delito de omisión impropia encontramos la dificultad, insalvable, de que el antecedente, el estado de cosas verdadero susceptible de ser descrito mediante proposiciones, sólo puede relacionarse probabilísticamente con el consecuente, con lo cual se renuncia a una de las características definitorias de la explicación causal: el carácter universal de las leyes que intervienen en ella, y por tanto, toda explicación causal de una omisión llevará consigo el sello de ser deficitaria epistemológicamente.

Esta dificultad, a mi modo de ver, no es propiedad exclusiva de las omisiones, sino que también es propia de las causaciones, y de aquí las siguientes dos consideraciones.

Todo conocimiento científico es inductivo, y por tanto lleva sobre sus hombros el peso de la fragilidad. Ningún número finito de enunciados singulares, aquellos de los cuales es capaz el ser humano, puede justificar concluyentemente un enunciado universal. Todas las observaciones humanas son limitadas y los enunciados de la ciencia son generales, abiertos, de modo que el conocimiento que brindan no es totalmente racional, en el sentido de tener un fundamento absoluto, sino sólo razonable, dependiente más del acuerdo intersubjetivo que de la certeza objetiva.

A las leyes causales se llega de modo inductivo, pues ellas representan la generalización de las oraciones causales basadas en regularidades. Como regla general, las explicaciones causales resultan ser deficitarias, y la selección de las condiciones enunciadas se orienta totalmente según el interés actual y la atención de quien hace la explicación.

El siguiente problema me resulta más estimulante. La construcción del concepto causal alrededor de la noción de certeza sobre la vigencia del vínculo que une los dos extremos de la relación causal plantea el problema de suponer un conocimiento absoluto sobre el suceso objeto de análisis, porque la certeza sobre esta conexión sólo puede surgir del análisis de todas las condiciones y variables que intervinieron en la producción del resultado, pues cualquiera de ellas tendría la potencialidad de hacerlo cambiar.

De aquí se abren dos caminos. Si pensamos en un proceso universal variable, y que por tanto nos impida conocer de manera concluyente los motivos de unión entre los extremos de una relación causal, estaremos participando de la idea de un conocimiento humano deficitario y, por tanto, la imposibilidad de conocer el conjunto de condiciones y variables que intervienen en la explicación de un resultado. Se trate de explicar acciones u omisiones, las leyes de probabilidad serán, estrictamente, las únicas al alcance de nuestra mano. Si optamos por la otra posición, es decir, por la posibilidad de controlar y conocer todas las variables que intervienen en un proceso causal, mediante una verdadera ley causal natural universal, estaremos optando, implícitamente, por un universo involutivo. Ello implicaría reconocer que causas y resultados permanecen inalterados desde sus inicios.

Aunque esta conclusión pareciera llevarse mejor con las necesidades de la imputación penal, no puede apoyarse, pues nos conduce a la doctrina del Eterno Retorno, construida en el pensamiento de Nietzsche: “El número de todos los átomos que componen el mundo es, aunque desmesurado, finito, y sólo capaz como tal de un número finito, aunque desmesurado también, de permutaciones, de causas. En un tiempo infinito, el número de las permutaciones posibles debe ser alcanzado, y el universo tiene, necesariamente, que repetirse”²⁴..

De este modo, si pensamos la materia como un componente finito, limitado, debemos concluir que un número finito de partículas no es susceptible de infinitas trasposiciones; en una duración eterna, todos los órdenes y colocaciones posibles ocurrirán un número infinito de veces. Este mundo, con todos sus detalles, hasta los más simples, ha sido elaborado y aniquilado, y será elaborado y aniquilado, infinitamente. Claro, esta posición puede tener ciertos condimentos interesantes: en tiempos de auge la conjetura de que la existencia del hombre es una cantidad constante, invariable, puede entristecer o irritar; en tiempos que declinan, como éstos, es la promesa de que ningún oprobio, ninguna calamidad, ningún dictador, podrá empobrecernos.

3. ¿Se puede efectuar una explicación causal conjugando elementos positivos y negativos?

Como se sostuviera párrafos atrás, para el concepto de causalidad parece ser suficiente la alta probabilidad de que un factor determinado sea causal y que en el caso concreto haya producido efectos. Quizás sea equivocado pretender que haya estándares empíricos de la ciencia válidos genérica y universalmente; debe reclamarse, tan sólo, que el principio causal empleado forme parte de aquellos corroborados y reconocidos por una parte representativa de los integrantes de esa ciencia.

Debemos preguntarnos si nosotros, en vista de nuestras lagunas de conocimiento, y teniendo en cuenta la perspectiva de que, para ciertos ámbitos de la conducta humana no valga ninguna ley causal determinada, debemos exigir siempre causalidad para imputar el resultado a través de leyes causales estrictas o, por el contrario, podamos contentarnos en ciertos presupuestos con leyes ligadas a la probabilidad.

²⁴ BORGES JORGE LUÍS, *La doctrina de los ciclos*, Alianza, Madrid, 2003.

Esto puede sostenerse aun cuando uno se limitase a los enunciados positivos, donde sería imposible enumerar por completo todas las condiciones propuestas en una explicación causal. Como regla general, las explicaciones causales que se dan en la práctica son directamente rudimentarias, y la selección de las condiciones enunciadas se orienta totalmente según el interés actual y la atención de quien orienta la explicación. Por ello, el que se haga una preselección de los hechos mencionados en la explicación causal de ningún modo es característico, solamente, de la inclusión de negaciones en las explicaciones causales.

Esta inclusión de negaciones en las explicaciones causales y su resistencia por una parte de la doctrina se debe a la ligadura que hoy pervive en la idea metafísica de la causa como fuerza, como idea productiva, en el sentido de la ya mencionada expresión “*de la nada, nada surge*”. Como se sostiene, no puede entenderse en qué sentido los significados de enunciados de negación verdaderos pueden ser de menor entidad que la de aquellos en cuyos enunciados no aparece una negación; sin embargo, ello no debe traducirse en que los enunciados negativos puedan dar cuenta de una explicación causal²⁵.

La imputación penal, en el plano de la causalidad, se conforma con que la acción u omisión a imputar haya sido, así más no fuese, tan sólo un eslabón de aquel conjunto que configura la causa total del resultado, es decir, que basta con que el hecho en cuestión sea uno de los varios antecedentes vinculados con el consecuente. Para esta conexión lógica da profundamente igual que el antecedente a considerar sea una condición positiva (acción) o una condición negativa (omisión).

De allí que sostengamos que para poder explicar causalmente la entrada de un resultado determinado deban incluirse una serie de factores, algunos de los cuales se describen positivamente y otros negativamente: ello significa que existieron una serie determinada de factores de cuya conjunción surgió el resultado. Aquí deben diferenciarse dos momentos: un primer momento en el cual el resultado no se produjo y un segundo momento en el cual el resultado, con el mismo trasfondo del primer momento, sí se produjo. Ello porque, en general, antecedente y consecuente no son eventos que deambulen libremente, sino que son cosas que le

²⁵ En este sentido, ver véase PUPPE INGEBORG, *El resultado y su explicación causal en Derecho Penal*, InDret, 4/2008, p. 32.

pasan a un sujeto determinado o que ocurren en un entorno preciso. Es decir, existe un trasfondo en el cual tiene lugar la causación, que no forma parte de la causa, y que se denomina campo causal.

Por ello, la entrada del resultado se explica causalmente haciendo acopio de una serie de factores, de los cuales algunos se describen positivamente y algunos otros se describen negativamente. Ya Engisch había llegado a esta misma conclusión, al concluir que la entrada de un resultado sólo puede explicarse mediante la cooperación de condiciones descritas positiva y negativamente.

Definiendo el elemento causa como sólo una parte necesaria de un curso causal que conduce al resultado, una negación será condición de un resultado cuando en caso de antecedentes que por lo demás permanecen inalterados, la afirmación correspondiente sea condición necesaria, según leyes causales o probabilísticas, de que aquel no se produzca: ello no hace más que probar que la acción omitida hubiese impedido el resultado. No podemos, asimismo, ofrecer cualquier condición para la explicación causal, sino sólo una condición mínima suficiente, es decir, no debemos incluir en la explicación más hechos que los que necesitamos para la derivación del resultado a partir de leyes causales²⁶. Por tanto, para ofrecer una condición mínima negativa, tenemos que proveer a lo negado de tantas determinaciones como sea posible, sin que deje de ser condición suficiente de la producción del resultado.

En la aquí defendida teoría de la condición mínima entran en consideración una serie de factores mediante los cuales ha de explicarse causalmente el resultado. Esa elección de condiciones respectivas dependerá del interés pragmático que rija el correspondiente análisis causal. De conformidad con ese que conduzca el análisis causal, habrá una gran cantidad de condiciones descritas negativamente que se tornen irrelevantes. Cada afirmación incluida en la explicación causal excluye un número infinito de otras proposiciones cuyas negaciones, una vez más, son verdaderas, sin que por ello deban ser ellas mismas incluidas.

Cualquier otro intento que vaya más allá de aquí, entiendo, fracasará con las propias deficiencias cognitivas del ser humano.

²⁶ En esta línea de pensamiento, PUPPE, INGEBORG, ob. cit.

III. Evolución de las posiciones de garante

Las antiguas teorías de las fuentes formales del deber jurídico exigían la posición de garante al menos en las derivadas de ley o contrato, siendo más cuestionable si ello también replicaba en la injerencia²⁷. Sin embargo, al irrumpir la concepción de Kaufmann respecto a los deberes de protección de un bien jurídico y las de supervisión y control de una fuente de peligro, se han ido concibiendo deberes de garante no ya sobre la base de un fundamento jurídico sino más bien fundados en deberes ético-sociales que la dinámica de la sociedad ha considerado esenciales incorporar: así, comunidad de peligro, comunidad de vida, relaciones de parentesco o proximidad, entre otros.

Como se sostuviese, los deberes de garante en sus inicios se afirmaban sobre bases formales, vinculando sus fuentes a la ley, el contrato y, luego, el actuar precedente o la injerencia o los deberes cuasicontractuales. Aunque esta exposición de las fuentes de posiciones o deberes de garantía es meramente formal y no examina el contenido material que caracteriza a las distintas posiciones de garante, la teoría formal tiene la ventaja de explicar y fundamentar suficientemente cuándo hay un auténtico deber jurídico especial para determinadas personas y cuándo no es así y se trataría a lo sumo de un deber moral.

Se debe a Kaufmann, entonces, el desarrollo de la teoría de las funciones: de protección de un bien jurídico y de vigilancia (supervisión) y control de una fuente de peligro²⁸; así, entonces, hablaremos de garantes protectores y garantes de vigilancia, supervisión y control. Esta clasificación, se ha tornado en la posición dominante en la dogmática.

Hay que advertir, sin embargo, que muchas veces se mezcla en el mismo supuesto una posición de garante de protección con una posición de garante de supervisión o control de un peligro y, asimismo, no se entiende de qué modo la doctrina a través de esta clasificación pretende diferenciar el grado de intervención de un sujeto en un hecho ilícito²⁹.

²⁷ SCHÜNEMANN BERND, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 218 y ss

²⁸ KAUFMANN ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283 y ss.

²⁹ HERZBERG ROLF D, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, De Gruyter Verlag, 1972. Así, Por ejemplo, Herzberg diferencia por un lado los garantes de protección y, por otro, los garantes de vigilancia. Los garantes de protección serían calificados fundamentalmente como autores, mientras que los garantes de vigilancia lo serían en calidad de partícipes. Esto es debido a que el garante que no es

IV. Deberes de garante y privatización

Retrocediendo a los inicios, Feuerbach elaboró la dogmática de los delitos omisivos sobre la base del derecho privado, a través de las nociones de ley y contrato. Esta hermandad entre el derecho privado y los deberes de garante, sin embargo, no le fue muy simpática a la doctrina y jurisprudencia en general, pues existía un deseo de liberación del derecho penal³⁰.

Entendemos que el principal argumento en favor de esta pretendida liberación se encuentra en la lógica del sistema de imputación que le es propio al derecho penal, mientras que la responsabilidad civil hace suyos presupuestos que se encuentran alejados de la reprochabilidad de un comportamiento.

Esto nos lleva a una pregunta evidente: ¿no debería el derecho penal tolerar estos problemas de imputación? ¿no es acaso el precio por la adhesión a una dogmática moderna, el precio también por el mantenimiento de la unidad del ordenamiento jurídico?³¹.

La influencia de las conductas omisivas en la estructura de la sociedad moderna es cada vez más creciente y, como se dijese, ello no parece detenerse sino todo lo contrario: uno tiene la sensación, creo cada vez más justificada, que se le puede hacer responsable por omisión por múltiples conductas, y ya no importará el filtro causal ni una determinación clara de los deberes de garantía, sino que nos hemos transformado en espectadores dispuestos, en todo momento, a tener que ir salvando cursos de conducta que, en apariencia, nos competen. Esto es llamativo si las bases de nuestra sociedad continúan siendo liberales, lo cual puede ser materia de objeciones.

responsable por una fuente de peligro, sino que protege un determinado bien jurídico, le es indiferente cuáles son los motivos por los cuáles se materialice el resultado. Por el contrario, el garante de protección, que es responsable de una fuente de peligro, es cómplice sólo y en la medida de si su participación activa se funda en la colaboración del hecho. Como se dijese, muchas veces estas posiciones son intercambiables, el matiz diferenciador no resulta preciso ya que no se pueden separar ambas posiciones del garante de modo concluyente: el guardavida, ¿es garante de protección de los clientes ante el peligro del agua o supervisor de ese mismo peligro?

³⁰ Véase, por ejemplo, RGSt 69, p. 323.

³¹ SEELMAN KURT, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Marcial Pons, 2013, p. 117 y ss.

Esta situación expansiva se puede observar en los desarrollos teóricos de Jakobs con su competencia organizativa e institucional, y las nuevas propuestas de Michael Pawlik sobre las competencias de los ciudadanos³²..

Jakobs es quien, a partir de la introducción de los delitos de infracción de un deber, desarrollados teóricamente por Roxin en el ámbito de la intervención en el delito para solucionar los discutidos problemas que presentan los casos de “*instrumento doloso no cualificado*”³³, incorpora nuevamente en la dogmática penal moderna la distinción entre deberes negativos y positivos. En su planteamiento, los deberes negativos se refieren a la evitación de que los individuos amplíen su propio ámbito de organización a costa del de los demás, de esta manera, la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en algo puramente negativo: esto es, no dañar a otros a través de la configuración del propio ámbito de organización³⁴.. Mientras que los deberes positivos, son propios de quien ocupa un “*estatus especial*”, ese “*obligado positivo*” no sólo tiene que garantizar que de su propia organización no se deriven efectos lesivos, sino que además debe preocuparse “*de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida*”³⁵..

³² PAWLIK MICHAEL, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, traducción de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman, Hernán Darío Orozco López, presentación de Jesús María Silva Sánchez, Bogotá-Barcelona-Universidad Externado de Colombia, Ed. Atelier, 2023, p. 193 y ss.

³³ ROBLES PLANAS RICARDO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 31. Explica Robles Planas que, si “el criterio de autoría es el dominio del hecho, entonces el intraneus que no domina el hecho, sino que sólo induce al *extraneus* a cometer un «delito especial propio», no podría ser hecho responsable como inductor ya que el inducido no ostenta la cualidad necesaria para ser considerado autor del hecho. Pero si, en determinados delitos (en delitos especiales), se cambia el criterio de autoría y se afirma que en ellos no es el dominio del hecho lo que convierte en autor a un interviniente, sino la infracción de un deber (extrapenal), entonces no existe dificultad alguna para castigar al intraneus que no domina el hecho como autor si efectivamente ha incumplido el deber que le incumbía. A partir de ahí Jakobs y sus discípulos afirman acoger y desarrollar esta teoría”.

³⁴ ROBLES PLANAS RICARDO, *Deberes Negativos y Positivos en Derecho Penal* en Indret 4/2013, p. 3.

³⁵ ROBLES PLANAS, *ibid.* p. 3, con cita en JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83. Además, agrega que a diferencia de lo que suceden con los deberes negativos, en los deberes positivos “se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo” cfr. *Idem*, con cita en JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83.

En esa lógica, los deberes positivos derivarían de la propia existencia de instituciones diferentes a la de la libertad de organización y libertad por las consecuencias, que conformaría la institución negativa elemental de cualquier sociedad, pero que serían de la misma importancia básica que ella³⁶. Por ese motivo, en el planteamiento de Jakobs, la infracción de los deberes positivos que se derivan de instituciones determinadas (relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales, la seguridad elemental y la vinculación a la ley de la administración y jurisprudencia) dan lugar a que al sujeto se le impute el resultado en comisión por omisión y no la eventual infracción a un mandato por incumplimiento de una omisión pura.

Como puede observarse, Jakobs acoge la denominación acuñada por Roxin, pero desarrolla un nuevo título de imputación de la responsabilidad penal denominado "*responsabilidad institucional*" que complementa a su clásica "*responsabilidad por el comportamiento organizador*"³⁷. De esta manera, se aparta de la construcción de Roxin³⁸, y se afirma la responsabilidad/injusto de una conducta que no sigue las reglas del dominio u organización propio. En esta construcción, se atribuye la responsabilidad por la infracción a deberes institucionales, que son distintos a los deberes negativos de no dañar *-neminem laedere-*, pero que suponen una equiparación en cuanto a sus consecuencias. De ahí que, deberes negativos y positivos, se encuentran equiparados³⁹.

La imputación penal, en estos términos, parecería quedar debilitada. Si para que prospere una imputación penal, principalmente en los delitos de dominio u organización, es requisito que se lesione de modo jurídico penalmente relevante los objetos de protección mediante un ejercicio de libertad voluntaria del sujeto, en la responsabilidad por institución esa lesión puede producirse sin ejercicio alguno de libertad organizativa; solo basta la no prestación positiva o de fomento que exige la institución para contrariar el deber y asignar responsabilidad jurídico

³⁶ Idem, con cita en Jakobs, AT, 2^a ed., 1991, pp. 29/58.

³⁷ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices...*, ob. cit. p. 32.

³⁸ Por medio de la cual se explicaba que en ciertos delitos la autoría siga una regla diferente a las del dominio del hecho u organización.

³⁹ Debe tenerse en cuenta que algunas instituciones se hallan abarcados todos los ciudadanos, lo cual demostraría la expansión de este tipo de deberes.

penal⁴⁰.. En consecuencia, si un policía no impide que un ladrón cometa un robo cuando puede hacerlo, tendría que responder como autor del delito de robo por la lesión cometida a los deberes de lealtad hacia la institución, por la infracción del deber de fomento que emana la “institución” de la que forma parte.

Discípulos de Jakobs también han continuado este desarrollo, para Javier Sánchez Vera la violación de las instituciones positivas da lugar a los llamados delitos de infracción de deber, en donde lo relevante ya no es -aunque lo haya- tener el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber impuesto por una institución positiva que solo le incumbe al autor. Así el individuo no solo configura con su comportamiento el mundo exterior, sino que él se encuentra inmerso en un mundo que ya se encuentra configurado -institucionalizado-, entonces, adquiere un “*status especial*”, que lo obliga a edificar un mundo en común con los otros y que se basa en un comportamiento solidario –que incluye a los deberes de los padres respecto de los hijos o a los deberes estatales–⁴¹.

⁴⁰ Ibidem p. 33. Así lo entendió Robles Planas, al decir que “precisamente por ese vínculo positivo al que está obligado todo sujeto sometido a la institución (en el caso de algunas instituciones ¡todos los ciudadanos!) el mero hecho de apartarse del deber de fomento, seguido de la correspondiente lesión, es ya elemento suficiente para atribuir responsabilidad penal a título de autoría por el delito consumado que contemple la producción de aquella lesión” cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices...*, ob. cit. p. 33.

⁴¹ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES JAVIER, *Delitos de infracción de deber* en *La responsabilidad en los «delitos especiales»*. *El debate doctrinal en la actualidad* director Ricardo Robles Planas, ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2022, pp. 292/4. Allí, Sánchez Vera entiende que, en caso de los padres respecto de los hijos, el mandato de construir u organizar un mundo en común, o de fomentar el bien jurídico se encuentra fundamentado porque el padre se halla inmerso en la institución positiva paterno-filial, y por ese motivo se le exige un plus consistente en el establecimiento de las condiciones para la ayuda y no un mero salvamento en caso de necesidad. Ese plus, sería justamente, “la construcción de un mundo en común con su hijo y mantener, pues, las condiciones para la ayuda” cfr. p. 294. Además, resalta que las expectativas que están referidas a una institución positiva tienen un doble contenido, diferenciándolas de las expectativas negativas del *neminem laedere*, así: “toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa –pero no al contrario-. El deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo en virtud de la institución positiva paterno-filial comprende evidentemente el deber de no dañarlo” cfr. Idem. De esta manera, su posición acarrea la consecuencia de sostener que: “si la madre organiza algo dañoso para su hijo, por ejemplo, facilita el arma homicida a quien pretende asesinarlo, quebranta no sólo la institución negativa, sino también la positiva, luego lleva a cabo pues un delito de infracción de deber con las consecuencias, por ejemplo, a nivel de su intervención (autoría)” cfr. Ibid. p. 295.

Entonces, la construcción inicial de la teoría de la infracción de deber formulada por Roxin y que apuntaba a la solución de los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”⁴² mutó, con la construcción formulada por Jakobs⁴³ y continuada y profundizada por Javier Sánchez-Vera⁴⁴ para dar lugar a esta responsabilidad penal por institución donde el injusto penal estaría constituido por la lesión a una institución prejurídica que se encuentra garantizada por el derecho (como son las relaciones paterno-filial, funcionarios públicos), o una institución positiva en la que el propio derecho integraría o mandaría al individuo (como es caso del testigo como cooperador con la Administración de Justicia⁴⁵) a través de esa infracción del deber jurídico especial que recae sobre un sujeto especial, es decir, un sujeto que ostenta un deber especial.

Así, mientras que en la construcción de Roxin la infracción del deber no fundamenta el injusto, sino que solo interviene sobre la autoría. En el desarrollo de Jakobs, el injusto viene definido exclusivamente con la lesión de la institución a la que sirve el deber⁴⁶. De esta manera, el sujeto va a estar obligado a velar por la institución, por lo que no queda comprometido por sus propios actos de organización, sino que tiene que evitar los peligros que amenacen a la institución.

Claro que estas posiciones han recibido críticas. Para Juan Pablo Mañalich, la doctrina de los delitos de infracción de deber suponer un retroceso hacia una concepción premoderna del

⁴² ROXIN CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 33.

⁴³ JAKOBS GUNTHER, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2da ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 21/115, 21/116, 25/45, 25/46.

⁴⁴ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, JAVIER, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002; y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, JAVIER, *Delitos de infracción de deber*, ob. cit. 2022.

⁴⁵ JAKOBS, ob. cit. pp. 25/46.

⁴⁶ ROBLES PLANAS, RICARDO, *Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*, ob. cit. p. 122. Además, se afirma que, en los delitos de infracción de deber, no va a resultar necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado así el “delito de infracción de deber es toda forma de conducta que lesiona una institución y ello también es así pese a que el tipo de la Parte Especial haya sido formulado por el legislador como delito común” cfr. Ibid. p. 123.

derecho⁴⁷, puesto que este debe tener lugar a través del seguimiento de normas públicamente vinculantes, asociadas a la legalidad de su producción y que sirvan de base para un deber cuya infracción sea jurídico-penalmente reprochable. Esa comprensión de las normas como fundamento de obligaciones, es incompatible con las premisas de los delitos de infracción de deber pues se pretende buscar un fundamento de la obligación que se encuentra “por detrás” de la norma y en atención a una determinada institución. Señala, que esa vinculación institucional no permite hacer una fundamentación precisa de las exigencias de los comportamientos que recaen sobre los portadores de los “roles institucionales” al invertirse la relación de derivación entre norma como una proposición abstracta del deber-ser y el concreto deber que le corresponde al individuo cuya infracción acarrea responsabilidad⁴⁸..

En esa misma sintonía, Ricardo Robles Planas critica⁴⁹ la teoría al considerar que nos encontramos ante un momento de clara expansión de la dogmática de la responsabilidad institucional y que, en este modelo, las ideas de la libertad y autonomía sufren una importante erosión puesto que la responsabilidad no surge de un acto de libertad del individuo⁵⁰.. Es por ello que, al permitirse que con la mera infracción de un deber institucional se dé lugar a idéntica

⁴⁷ MAÑALICH, JUAN PABLO, *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*, en *Polit. Crim.* Vol 7, n.º 14 (diciembre 2012), art. 4, pp. 357/77.

⁴⁸ MAÑALICH, JUAN PABLO, ob. cit. Además, advierte que en la formulación de esta doctrina, “no se trata de que la norma abstracta- que se deja extraer, a modo de formulación contradictoria, del tipo correspondiente delito-base-fundamente un deber personal para su destinatario, en atención a la propia capacidad de éste de hacer o no hacer lo que la norma respectivamente ordena o prohíbe, sino más bien de que la norma recogería, bajo un principio de selección fenomenológica, las instancias de infracción de deber que reclamarían relevancia jurídico penal” cfr. Ídem.

⁴⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 226 y ss.; ROBLES PLANAS RICARDO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, ed. Atelier, Barcelona, 2007, pp. 57, 92 y 121 ss.; ROBLES PLANAS RICARDO, *Deberes negativos y positivos* en *inDret* 4/2013.

⁵⁰ Explica Robles que “se atribuye institucionalmente valor supremo a un bien y se designan también institucionalmente garantes del mismo y, en fin, se establece la lesión del deber como nexo de imputación suficiente, ni puede entonces hablarse de ámbitos o espacios de libertad general de acción, ni se tiene en cuenta el valor restrictivo, garantístico y liberal de los principios de distribución de responsabilidad derivados de la idea rectora de la autonomía individual” cfr. ROBLES PLANAS RICARDO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, ob. cit. p. 92.

responsabilidad que los supuestos en donde se ejerció una máxima libertad por parte de los sujetos, se altera la relación entre libertad y responsabilidad⁵¹..

Por ese motivo, en esta nueva forma de atribución de responsabilidad, no es necesario que el sujeto realice un acto de libertad organizativa que genere responsabilidad por las propias consecuencias, sino que se requiere solamente de la exteriorización de una infracción de deber que se impone de forma institucional, es decir, *“sin que pueda justificarse frente al propio destinatario del deber su vinculación (basada en el ejercicio de su libertad) con el deber”*⁵²..

Entonces, puede haber muchas buenas razones para modificar los presupuestos de imputación para ajustarlos a los nuevos avances de la sociedad y a los nuevos valores rectores, pero eso ha de tener efectos sobre las consecuencias jurídicas y ello por razones de coherencia: quien por razones de eficacia imputa sin reproche, empieza a mirar de costado al derecho penal. Quien, por razones preventivas, quizás razonables, aboga por la conexión con los presupuestos de responsabilidad del derecho privado, también tiene que considerar la proximidad a ese otro ámbito jurídico en relación con las consecuencias jurídicas.

Ante esta reflexión uno escucha, al intentar defender las estructuras de un derecho penal liberal, que éste debe cimentarse sobre nuevos paradigmas, que la sociedad ha cambiado y, por tanto, el derecho penal debe seguir ese nuevo curso: así, entonces, la moderna dogmática de los deberes de garante, causalidad y omisión en general debe reclamar un concepto de derecho adecuado, más cercano a sus nuevas razones.

Resulta perturbador que el aumento de la punibilidad de las omisiones ocasione una pérdida del carácter liberal de nuestro derecho penal. No es llamativo, por ello, que la sociedad moderna y sus lógicas de funcionamiento hayan hecho de la omisión el aspecto más complejo a desentrañar por parte de la dogmática penal.

Ante esta reflexión uno se ve tentado a responder, rápidamente, que cada uno de nosotros goza de un ámbito de individualidad no lesivo sobre el cual el Estado no tiene permiso de ingresar, que si ello fuese distinto se forzaría el cumplimiento de un deber moral y que, por tanto,

⁵¹ *Ibíd.* p. 57.

⁵² *Ídem.*

no se nos puede exigir forzosamente el cumplimiento de conductas positivas en ayuda de terceros.

Por citar algunos, de tantísimos ejemplos, ¿cuál el fundamento y alcance de la figura del progenitor afín regulado en el derecho privado? ¿Qué respuesta puede darme mi viejo y buen derecho penal liberal ante la pregunta de por qué debo prestar una ayuda positiva a ese individuo que excede la mínima solidaridad? La creciente pérdida de capacidad del Estado ha significado que, en ciertos ámbitos, el individuo se vea obligado a sustituir una competencia estatal. Nuevamente, se le exige a la persona una prestación positiva allí donde antes no había nada.

Estas nuevas formas han generado un doble anclaje entre el deber de protección y la legitimación de las expectativas que dan forma, en algunos sentidos, a un nuevo sistema de imputación. Así, por ejemplo, esto tiene repercusiones en el deber de garante derivado de la participación en una comunidad de peligro, en la asunción de la responsabilidad basada en la confianza o en la idea de una obligación a partir de una estrecha comunidad de vida⁵³.

Con esto, quisiéramos hacer notar que quien omite no piensa ya en su ámbito propio de injerencia sino más bien en las necesidades del otro, dando paso a criterios de utilidad en detrimento de las categorías para definir aquello que merece una respuesta por parte del derecho penal.

Lejos estamos aquí de dar una respuesta concluyente sobre esta problemática, sino más bien a dejar a la vista una dificultad cada vez más creciente que, como se ha graficado con gran originalidad, se expende como una mancha de aceite sobre todo nuestro sistema de imputación⁵⁴.

⁵³ En este sentido, ver véase el excelente trabajo de PERDOMO TORRES, JORGE. *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, 2012. No sin tanta consolidación, por ejemplo, supuestos de comunidades de drogas, aceptadas en algunos fallos regionales de Alemania.

⁵⁴ WELZEL, HANZ, JZ 1960, p. 179.

BIBLIOGRAFÍA

BUNGE, MARIO. *Causalidad*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

BORGES, JORGE LUÍS. *La doctrina de los ciclos*, Madrid, Alianza, 2003.

DAVIDSON, DONALD. *Actions, Reasons and causes*, The Journal of Philosophy, n.º 60, 1963.

ENGISCH, KARL. *La causalidad como elemento de los tipos penales*, trad. de M. Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

FREUND, GEORG. *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992.

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts*, Giessen, 1847.

FERRANTE MARCELO. *Filosofía y Derecho Penal*, ed. Ad hoc, Buenos Aires: 2013.

HERZBERG, ROLF D. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, De Gruyter Verlag, 1972.

JAKOBS GUNTHER. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2da ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

KAUFMANN ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posición de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, en Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, n.º 6, 2017 (julio) ISSN: 2254-6278.

MAÑALICH, JUAN PABLO. *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*, en polit. Crim. Vol 7, n.º 14, diciembre 2012.

- NAGLER, JOHANNES. GS 111.
- PAWLIK, MICHAEL. *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*. Traducción de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman, Hernán Darío Orozco López, presentación de Jesús María Silva Sánchez, Bogotá-Barcelona-Universidad Externado de Colombia, Ed. Atelier, 2023.
- PERDOMO TORRES, JORGE. *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- PUPPE, INGEBORG. *El resultado y su explicación causal en el resultado, en Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Sancinetti Marcelo compilador, traducción de Lerman Marcelo y Sancinetti Marcelo, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- _____. *El resultado y su explicación causal en Derecho Penal*, en InDret 4/2008.
- ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003.
- _____. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- _____. *Deberes Negativos y Positivos en Derecho Penal*, en Indret 4/2013.
- ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. González de Murillo, Marcials Pons, Madrid, 2000.
- SANCHEZ VERA GOMEZ TRELLES, JAVIER. *Delitos de infracción de deber en La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, director Ricardo Robles Planas, ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2022.
- _____. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, ed. Marcials Pons, Madrid, 2002.
- SCHÜNEMANN, BERND. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971.
- SEELMAN, KURT. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Marcial Pons, 2013.
- SPENDEL, GÜNTER. *Die Kausalitätsformel der Bediugungstheorie für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948.
- VOGEL, JOACHIM. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, Ducncker & Humboldt, 1993.
- V. LISTZ. *Lehrbuch des Deutschen Strfrechts*, Berlín, Guttentag, 1900.
- WACHSMUTH / SCHREIBER. *Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos, en Sancinetti (comp.), Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- WELZEL, HANZ. JZ 1960.

EL ROMPECABEZAS DE LOS CASOS DE OMISIÓN AL ESTILO FRANKFURT

Por CAROLINA SARTORIO*

Resumen

¿Podemos ser moralmente responsables de omitir hacer cosas que no somos capaces de hacer? Aunque a primera vista parece que no podemos, algunos han argumentado que los casos de omisión al estilo Frankfurt muestran lo contrario. Esto genera un rompecabezas que impide una solución fácil. El texto sostiene que resolver este acertijo es como abrir una lata de gusanos en cuanto a que identificar la solución correcta genera otros acertijos aún más complejos e interesantes. Luego, el texto ofrece algunas soluciones provisionales para los acertijos, viejos y nuevos, pero su objetivo principal es llamar la atención sobre los problemas y descubrir la clase de elementos que necesitaríamos para resolverlos.

I. El rompecabezas original

Las omisiones son desconcertantes en muchas formas interesantes. Aquí me centraré en un acertijo sobre la responsabilidad moral: el rompecabezas que involucra casos de omisión del estilo Frankfurt. Sugeriré que tratar de resolverlo es como abrir una lata de gusanos: lo que creo

(y he argumentado en el pasado) es la solución correcta simplemente genera más, y aún más interesantes, acertijos. Ofreceré algunas soluciones tentativas para los acertijos, antiguos y nuevos, pero mi principal objetivo aquí es llamar la atención sobre ellos y descubrir los tipos de elementos que necesitaríamos para resolverlos.

Frankfurt (1969) y otros presentaron casos al estilo Frankfurt para demostrar que el modelo tradicional de responsabilidad es equivocado, es decir, que la responsabilidad no requiere el acceso a posibilidades alternativas. Los casos originales al estilo Frankfurt involucraron acciones positivas. Considere, como ejemplo, el siguiente escenario:

El caso de la acción de Frank: Un niño está nadando en un estanque. Frank quiere que muera, entonces él salta y empuja la cabeza del niño bajo el agua hasta que se ahoga. Un neurocientífico malvado, que también quería que el niño muriera, había estado monitoreando la actividad cerebral de Frank a través de un chip que había insertado en su cerebro mientras dormía, y que también podría usar para manipular las elecciones de Frank. Si Frank hubiera dudado en su decisión de matar al niño, el neurocientífico habría intervenido manipulando el cerebro de Frank de tal manera que habría tomado exactamente la misma decisión.

Frankfurt argumentaría que Frank es responsable por su elección de matar al niño (por matar al niño y por la muerte del niño)⁵⁵ incluso si, dada la presencia del neurocientífico, no podría haberlo hecho de otra manera (no pudo haber fallado en tomar esa elección, y, por lo tanto, tampoco pudo haber fallado en provocar la muerte del niño).

^{55*} *The Puzzle(s) of Frankfurt-Style Omission Cases*, en *The Ethics and Law of Omissions* (Nelkin and Rickless, eds., 2017). Presenté una versión temprana de este documento en una conferencia sobre ética y omisiones en la Universidad de California, San Diego, en 2015. Estoy agradecida los miembros de la audiencia por sus útiles comentarios y especialmente a Derk Pereboom, quien comentara mi exposición, así como Dana Nelkin y Sam Rickless quienes organizaron el evento. Traducción de Martina Jaimes y Santiago López Warriner.

Asumo que los agentes pueden ser responsables de otras cosas además de sus elecciones. Como se verá más adelante, esta suposición es necesaria para que surjan los acertijos sobre casos de omisión al estilo Frankfurt.

Como algunos han señalado, las omisiones parecen comportarse de manera diferente (ver, por ejemplo, van Inwagen (1983), Fischer (1985-6) y Ginet (2003)). Considere este famoso ejemplo, originalmente de Fischer (1985-6):

El caso de los tiburones: Nuevamente, un niño está nadando en un estanque. Esta vez, John nota que el niño comienza a ahogarse. Al igual que Frank, él quiere que el niño muera; entonces, incluso si cree que podría rescatarlo fácilmente, decide no saltar y dejarlo morir. El niño muere. Sin que John supiera, había algunos tiburones hambrientos en el agua que lo habrían atacado e impedido que rescatara al niño.

Dada la presencia de los tiburones, John no podría haber salvado al niño. En este caso, John no parece responsable por no salvar al niño (o por la muerte del niño) aparentemente por esa misma razón: porque no podría haberlo salvado (por supuesto, puede ser responsable de no tratar de salvarlo o de decidir no salvarlo, pero obsérvese que podría haber intentado salvarlo o podría haber decidido salvarlo, pero no podría haberlo salvado).

Hay, entonces, un contraste interesante entre los casos que involucran responsabilidad por/a través de acciones y los casos que involucran responsabilidad por / a través de omisiones: mientras que Frank parece ser responsable por una acción que no podría haber evitado, y por ciertas consecuencias de esa acción, John no parece ser responsable por una omisión que no podría haber evitado, o por las consecuencias de esa omisión, y parece no ser responsable de esas cosas precisamente porque no podría haberlas evitado. En otras palabras, la responsabilidad por / a través de omisiones parece ser sensible a la incapacidad del agente para hacer lo contrario de una manera que la responsabilidad por / a través de acciones no lo es.

A pesar de ello, varios filósofos han rechazado la afirmación de que existe tal asimetría entre acciones y omisiones (véase, por ejemplo, Clarke (1994 y 2011)⁵⁶, McIntyre (1994) y Fischer y Ravizza (1998)). Ellos han argumentado que, así como los casos de acción al estilo Frankfurt (como el caso de la acción de Frank) muestran que la responsabilidad por / a través de las acciones no requiere la capacidad de actuar de otra manera, los casos de omisión al estilo

⁵⁶ Más recientemente, Clarke parece menos seguro acerca de esto (véase Clarke 2014, capítulo 6).

Frankfurt igualmente muestran que la responsabilidad por / a través de omisiones no requieren la habilidad de hacer lo contrario.

Considere, por ejemplo, el siguiente escenario:

La omisión de Frank: Frank nota que el niño está empezando a ahogarse. Como quiere que el niño se ahogue, decide no saltar. Esta vez no había tiburones en el agua, pero el neurocientífico está en el fondo. Si Frank hubiese dudado en su decisión de no saltar, el neurocientífico habría manipulado el cerebro de Frank de tal manera que habría tomado la misma decisión.

Este es un caso al estilo Frankfurt porque el agente toma una decisión por su cuenta, pero la presencia del neurocientífico garantiza que no podría haber fallado en tomar esa decisión. En este sentido, la omisión de Frank es como la acción de Frank. Pero la omisión de Frank también es como el caso de los tiburones y, a diferencia de la acción de Frank, al menos parte de lo que está en cuestión no es una acción sino una omisión del agente: Frank no salva al niño (aunque también hay una acción mental positiva en juego, a saber, su decisión de no intentar un rescate o su decisión de quedarse en la orilla).

Aquellos que rechazan la asimetría entre la responsabilidad por/a través de acciones y la responsabilidad por/a través de omisiones sugerirían que la omisión de Frank es tan reprochable como la acción de Frank: es responsable de su decisión de no salvar al niño, por su fracaso para salvar al niño y por la muerte del niño. Esto es así, a pesar de que no podría haber tomado una decisión diferente y, por lo tanto, no podría haber salvado al niño. Por lo tanto, sugerirían que los casos de omisión al estilo de Frankfurt muestran que la responsabilidad por/a través de omisiones no requieren la capacidad de hacer lo contrario, de la misma manera que los casos de acción al estilo de Frankfurt muestran que la responsabilidad por/a través de acciones no requiere esa capacidad.

Ahora, tenga en cuenta que este punto de vista tiene algunas consecuencias desconcertantes. Porque, suponiendo que nuestros juicios intuitivos sobre la responsabilidad del agente en el caso de los tiburones son correctos, la opinión implica que, si el neurocientífico hubiera decidido que era demasiado problema monitorear el cerebro de Frank y (habiendo

predicho que una situación como esta podría surgir) hubiera en cambio liberado los tiburones, entonces Frank no habría sido responsable de su omisión o de la muerte del niño; sin embargo, él es responsable de su omisión y de la muerte del niño en el caso real, donde lo que el neurocientífico hace es monitorear su cerebro. ¿Cómo puede ser esto? La única diferencia es el método particular elegido por el neurocientífico: mientras que en un caso está al nivel de elecciones o estados cerebrales, en el otro está al nivel de movimientos corporales. En ambos casos, el plan del científico permanece simplemente como un plan de respaldo (monitorea el cerebro de Frank, pero nunca interviene; libera a los tiburones, pero los tiburones nunca intervienen). Entonces, ¿cómo puede la diferencia en el método elegido hacer una diferencia en la responsabilidad del agente?

Aunque algunos han tratado de hacer que este punto de vista parezca menos desconcertante⁵⁷, en mi opinión no han tenido éxito. Todavía me parece muy desconcertante.

Sugerí una solución diferente a este rompecabezas en Sartorio (2005). Allí sostuve que, aunque en el caso de la omisión de Frank este es responsable de las decisiones que tomó (su decisión de no salvar al niño, su decisión de quedarse en la orilla saboreando su helado, etc.), que son acciones mentales positivas, él no es responsable de su omisión de salvar al niño o de la muerte del niño. Básicamente, mi argumento fue que la responsabilidad del agente por sus decisiones no se traslada a que él no salve al niño, ni a la muerte del niño, porque no guarda el tipo adecuado de relación con esas cosas. Argumenté que el niño no muere como resultado de lo que Frank efectivamente decidió hacer, sino como resultado de lo que no decidió hacer (es decir, porque no decidió saltar al agua para salvarlo)⁵⁸. Entonces, para que él sea responsable de su muerte, él debería ser responsable de lo que no decidió hacer. Y, por ello sostuve, que no está para nada claro que él sea responsable de no haber tomado la decisión pertinente (una omisión o una ausencia); todo lo que es razonablemente claro es que él es responsable de haber tomado

⁵⁷ Véase, de modo notable, Clarke (2011).

⁵⁸ Aquí y en lo que sigue, y en aras de la simplicidad, asumo que las ausencias pueden entrar en relaciones causales, por lo que la relación relevante "resultante" es causal. Nada importante depende de esto. Todo lo que digo aquí se puede reformular en términos de otras relaciones que son suficientemente cercanas a la causalidad como relevantes para la responsabilidad, por ejemplo, la relación de "cuasicausalidad" de Dowe (véase Dowe (2000 y 2001)).

ciertas decisiones. En otras palabras, mi sugerencia fue que, aunque hay una analogía con los casos de acción al estilo Frankfurt, esta es solo en cuanto a las acciones mentales positivas (las decisiones tomadas), y no se extiende a la omisión del agente o a las consecuencias de la omisión. El agente no es responsable de su omisión o de la muerte del niño, al igual que en el caso de los tiburones⁵⁹..

En cualquier caso, no es necesario creer esta historia para ver si hay un problema al reconciliar la afirmación de que Frank es responsable de su omisión con la afirmación de que John no es responsable en el caso de los tiburones. Así que supongamos que usted llega a creer, conmigo, que Frank no es responsable de su omisión o de la muerte del niño. Entonces surge un nuevo rompecabezas. Porque si Frank no es responsable de su omisión o de la muerte del niño, ¿quién lo es entonces? En particular, ¿es responsable el neurocientífico? ¿Ninguno es responsable?

Ambas respuestas (el neurocientífico es responsable; ninguno es responsable) parecen problemáticas. De nuevo, comparemos el caso de la omisión de Frank con el caso de los tiburones. En el caso de los tiburones parece perfectamente razonable sugerir que nadie es responsable de la muerte del niño, o de que John no salvó al niño. La muerte del niño es solo un desafortunado accidente en este caso; nadie es responsable (suponiendo, por supuesto, que el propio niño no sea el culpable, ni sus cuidadores). Y lo mismo ocurre con el hecho de que John no haya podido salvar al niño: no pudo haber salvado al niño a causa de los tiburones; así que, de nuevo, nadie parece ser responsable de eso.

Pero, ¿cómo podría nadie ser responsable de la muerte del niño en el caso de la omisión de Frank? La muerte del niño no es accidental en este caso: el pobre niño no habría muerto si no hubiera sido por el comportamiento moralmente reprochable de dos agentes malvados: Frank y el neurocientífico. Alguien, entonces (alguien además del niño mismo o sus cuidadores), seguramente deberá responder. ¡Dos errores no hacen un acierto!⁶⁰

⁵⁹ Por cierto, tenga en cuenta que esto podría explicar la ambivalencia que da lugar al enigma de los casos de omisiones al estilo Frankfurt: en algunos aspectos importantes, la omisión de Frank es como la acción de Frank, pero en otros aspectos importantes es como el caso de los tiburones.

⁶⁰ Moore (2009) argumenta lo contrario. Pero, de nuevo, no estoy convencida. Discuto los puntos de vista de Moore y cómo deberíamos tratar de resistirlos en Sartorio (2012).

Entonces, si Frank no es responsable de su omisión, esto debe significar que el neurocientífico sí lo es. Pero, de nuevo, esto parece muy desconcertante. El neurocientífico nunca interviene; entonces, ¿cómo podría ser responsable? Por supuesto, él habría sido responsable si hubiera intervenido, pero, podría decirse que no puede ser responsable si no interviene. Esta es, presumiblemente, una lección importante para aprender de los casos al estilo Frankfurt: los únicos factores que importan para la responsabilidad de un agente son aquellos que realmente desempeñan un papel en la explicación de lo que sucede. Como el neurocientífico nunca desempeñó un papel, no puede ser responsable⁶¹.

Entonces parece que no tenemos opciones: no podemos decir convincentemente que alguien es responsable, pero tampoco podemos decir convincentemente que nadie lo es. ¿Qué hacer?

II. El nuevo rompecabezas

En la última sección, abrí la lata de gusanos. Sostuve que resolver el enigma original de los casos de omisiones al estilo Frankfurt da lugar a un nuevo rompecabezas. El nuevo rompecabezas es igualmente desconcertante, o tal vez incluso más desconcertante que el original. De nuevo, estos son los acertijos, viejos y nuevos:

Rompecabezas original: ¿Los agentes en los casos de omisión al estilo de Frankfurt son responsables (como en los casos de acción al estilo de Frankfurt) o no son responsables (como en el caso de los tiburones)?

Nuevo rompecabezas: si los agentes de los casos de omisión al estilo de Frankfurt no son responsables, ¿quién lo es?

⁶¹ El punto de vista de Clarke (2014, capítulo 6) parece ser que los agentes pueden ser responsables de resultados que no causaron y que no podrían haber prevenido, en la medida en que son responsables de no poder prevenirlos en el primer lugar (es decir, pueden ser responsables de los resultados al proporcionar una condición no causal suficiente para la realización de esos resultados). Tengo algunas reservas sobre este tema. Una de ellas es que es difícil conciliarla con la visión de Frankfurt. Volveré a tratar este tema a continuación, en la última sección de este documento.

Permítanme decir un poco más sobre el nuevo rompecabezas y por qué es desconcertante. Considere de nuevo, una variante del caso de los tiburones que presenté en la última sección:

Tiburones plantados: el neurocientífico decide que monitorear el cerebro de John es demasiado problema. Habiendo predicho de antemano que John podría estar en una situación en la que el niño comenzaría a ahogarse y John tendría que decidir si salvarlo, colocó los tiburones en el agua para que John no pudiera salvar al niño, incluso si lo intentara. Resulta que, John (inconsciente de la presencia de los tiburones) decide, completamente por su cuenta, no intentar un rescate.

¿Es responsable John por no haber podido salvar al niño y por la muerte del niño en este caso? Parece que, si él no es responsable en el caso de los tiburones, tampoco puede ser responsable aquí. Tenga en cuenta, sin embargo, que el supuesto de los tiburones plantados difiere del caso de los tiburones en que la muerte del niño no es accidental en este caso. Al igual que en el caso de la omisión de Frank, el niño no habría muerto si no hubiera sido por el comportamiento moralmente reprochable de dos agentes malvados que querían su muerte y que hicieron lo que creyeron necesario para que muriera. Entonces, alguien seguramente es responsable de la muerte del niño en este caso. Y, si no es John, debe ser el neurocientífico⁶².

Pero, una vez más, debe tenerse en cuenta que esto plantea un interrogante: ¿cómo podría ser responsable? Todo lo que hizo fue liberar a los tiburones, y los tiburones nunca pudieron intervenir, ya que John nunca saltó al agua para intentar un rescate. Si los tiburones no fueron causalmente eficaces de ningún modo, entonces parece que quienquiera que los ponga en el agua no puede ser moralmente responsable de la muerte del niño en virtud de ponerlos allí. Y, si plantar los tiburones es todo lo que hizo el neurocientífico, el neurocientífico no puede ser responsable de la muerte del niño (o del fracaso de John en salvar al niño).

Por otro lado, sin embargo, espero que todos estén de acuerdo conmigo en que el neurocientífico parece ser responsable de la muerte del niño en el caso de los tiburones plantados. Por alguna razón, esto parece mucho más claro en este caso que en la omisión de

⁶² Clarke (2014, capítulo 6) analiza un caso similar: primero, un agente, Gwenda, deja negligentemente a los tiburones escapar de su corral; luego, cuando John ve que el niño se está ahogando, él decide de modo independiente no intentar un rescate (sin estar al tanto de la presencia de los tiburones).

Frank (probablemente, porque parece mucho más claro en este caso que el agente John, no es responsable de la muerte del niño, dada la estrecha analogía con el caso de los tiburones y esto deja al neurocientífico como el obvio culpable)⁶³. Entonces, al menos en el caso de los tiburones plantados, parece que queremos decir que el neurocientífico es responsable de la muerte del niño (y del fracaso de John en salvar al niño). Pero aún no está claro cómo podemos decir esto. Dado esto, tampoco está claro cómo podemos decir que el neurocientífico es responsable de esas cosas en la omisión de Frank.

Hemos visto que un caso como el de los tiburones plantados se puede utilizar, al menos, para ablandarnos hasta la idea de que el neurocientífico puede ser en efecto responsable de la muerte del niño (y del fracaso de John en salvarlo), incluso si todo lo que hace es comenzar un camino que nunca llega a completarse y permanece como un simple plan de respaldo. Pero sigue siendo un misterio cómo puede ser eso. Entonces, el nuevo rompecabezas permanece, pero toma una forma más precisa:

Nuevo rompecabezas (de modo más preciso): si el neurocientífico es responsable de la omisión del agente en los casos de omisión al estilo de Frankfurt, ¿cómo es responsable?

Una vez más, el rompecabezas se vuelve cada vez más desconcertante y, por lo tanto, cada vez más interesante.

Por cierto, tenga en cuenta que de la discusión hasta el momento surge otra posible e interesante asimetría entre las acciones y las omisiones. El debate estándar sobre los casos de omisión al estilo de Frankfurt se refiere a la propia responsabilidad del agente por su omisión (¿es responsable de su omisión, del mismo modo que es responsable de su acción en un caso de

⁶³ Además, imagine que (en lugar del neurocientífico) el propio John liberó negligentemente a los tiburones el día anterior. En ese caso, está claro que John es responsable de la muerte (y de no haber salvado al niño). Pero está igualmente claro que él es responsable por haber plantado los tiburones, no por no saltar cuando los tiburones ya están en el agua. Esto parece sugerir que, cuando el neurocientífico planta los tiburones y luego John decide no saltar, el neurocientífico (no John) es responsable de la muerte del niño. Clarke (2014, capítulo 6) discute un caso similar (Tiburones plantados olvidados) donde John coloca los tiburones en el agua en un momento anterior y luego, habiéndose olvidado de todo esto en el momento en que ve al niño ahogado, decide no intentar un rescate.

acción al estilo de Frankfurt? ¿o no es responsable de su omisión, como en el caso de los tiburones?) Pero, como hemos visto, hay una pregunta (relacionada) diferente sobre una posible asimetría entre los casos de acción y omisión, una que no se relaciona con la responsabilidad del agente, sino con la responsabilidad del neurocientífico. Una suposición implícita sobre los casos de acción estándar al estilo Frankfurt es que el neurocientífico no es responsable de lo que el agente hace en el escenario real, donde el neurocientífico no interviene (habría sido responsable de lo que hace el agente si él hubiera intervenido, pero no es responsable en el caso real, dado que él no interviene). Pero, como hemos visto, las cuestiones son mucho menos claras en los casos de omisión. Está mucho menos claro que el agente sea responsable y también está mucho menos claro que el neurocientífico no lo sea. Los dos problemas están conectados: la cuestión de si el agente es responsable está relacionada con la cuestión de si el neurocientífico es responsable.

Presumiblemente, si uno de ellos no es responsable, entonces el otro sí lo es.

III. Resolviendo el nuevo rompecabezas: estructuras causales

Creo que la clave para resolver el nuevo rompecabezas generado por los casos de omisión al estilo Frankfurt consiste en darse cuenta que realmente no hay nada especial en tales casos. El enigma básico es, de hecho, mucho más general, y ha sido discutido en la literatura filosófica bajo una apariencia diferente, principalmente como un rompecabezas sobre la causalidad.

El rompecabezas que tengo en mente se refiere a escenarios de un fenómeno a veces llamado “*preemptive prevention*” (el nombre se debe a Collins (2000); McDermott (1995) originalmente introdujo casos de ese tipo). Considere el siguiente caso:

El receptor y la pared: me lanzas una pelota béisbol y la atrapo con mi guante. Detrás de mí había una sólida pared de ladrillo; detrás de la pared, había una ventana de vidrio. La ventana permanece intacta a lo largo de todo este tiempo.

El enigma es este: ¿qué causó que la ventana permaneciera intacta? Si no hubiera sido por el receptor y la pared, se hubiera roto en mil pedazos. Pero, presumiblemente, el receptor no lo

mantuvo intacto, ya que la pared la habría detenido de todos modos; y la pared tampoco lo mantuvo intacto, ya que la pelota nunca lo tocó. Entonces parece que nada hizo que se mantuviera intacto. Pero, de nuevo, ¡algo sin duda lo hizo!⁶⁴

Existe un acertijo muy conocido en la literatura jurídica sobre causalidad que tiene una estructura similar. En una de sus versiones, dice así:

El viajero sediento: Un hombre está a punto de emprender un viaje al desierto, por lo que llena su cantimplora con agua para prepararse. El hombre tiene dos enemigos, X e Y, que quieren que muera. En T1, X vuelca el agua de la cantimplora y la llena con arena (para que no se sienta vacía y el viajero no note el cambio). Sin darse cuenta de lo que X ha hecho, Y roba la cantimplora, en T2, pensando que todavía está llena de agua. El viajero sediento muere de sed en algún momento posterior, T3.

Aquí el enigma es: ¿quién causó la muerte del hombre? Él no habría muerto si no hubiera sido por lo que hicieron los dos enemigos. Por otro lado, sin embargo, no está claro cómo alguno de ellos pudo haber causado su muerte. Porque, primero, es difícil explicar cómo robar una cantimplora llena de arena puede contribuir causalmente a una muerte por sed. Y lo mismo debe decirse para alguien que vuelca el agua de una cantimplora que estará a kilómetros de distancia del hombre en el momento en que la necesitará.

Estos casos comparten una estructura similar. La estructura es esta. Algún resultado no habría ocurrido si no hubiera sido por el hecho de que se obtuvieron dos factores diferentes. Ahora, cada uno de los factores parece hacer al otro causalmente irrelevante. Entonces, aunque queremos echarle la culpa de al menos uno de esos factores, parece que no podemos; de ahí el rompecabezas.

Tenga en cuenta que el caso de los tiburones plantados también tiene ese tipo de estructura. En ese caso, los dos factores son que el neurocientífico haya plantado los tiburones y que el agente no haya intentado el rescate. El niño muere como resultado de una combinación de

⁶⁴ Esto es así incluso si pensamos en la ventana que permanece intacta como una ausencia (la no ruptura de la ventana). Recuerde que estoy asumiendo que la causalidad que involucra ausencias es posible (véase nota 4 *supra*). Por lo tanto, la no destrucción de la ventana debe tener causas, si las ausencias en general tienen causas.

estos dos factores (si el neurocientífico no hubiera plantado los tiburones, y si el agente hubiera intentado un rescate, el niño no habría muerto). Sin embargo, ninguno parece ser causalmente relevante por sí solo, dada la existencia del otro. En particular, como hemos visto, el hecho de que el agente nunca saltara, y por lo tanto los tiburones nunca intervinieran, parece obstaculizar la responsabilidad del neurocientífico por la muerte del niño y por la incapacidad del agente para rescatarlo.

¿Qué pasa con los casos de omisiones al estilo de Frankfurt, como el supuesto de la omisión de Frank? Les presento que también tienen ese tipo de estructura. Una vez más, el niño muere como resultado de una combinación de dos factores, uno que involucra al agente y otro que involucra al neurocientífico. Aquí el factor que involucra al neurocientífico es algo así como su intención de intervenir y de meterse con el cerebro del agente si las cosas no salen según lo planeado. Y el factor que involucra al agente es algo así como que no se conmueve por los motivos para salvar al niño. El niño no habría muerto si no hubiera sido por la combinación de estos factores (si el neurocientífico no hubiera tenido la intención de intervenir si las cosas no salían según lo planeado, y si el agente poseía razones que lo conmuevan para salvarlo, entonces el niño no habría muerto). Y la presencia de cada uno de estos factores parece hacer que el otro sea causalmente irrelevante, como en los otros casos.

Los casos de omisiones al estilo Frankfurt, entonces, ejemplifican un patrón más general, uno que involucra casos con cierto tipo de estructura que ha resultado desconcertante en otros contextos, en particular, en la literatura sobre la metafísica sobre la causalidad y en la literatura jurídica sobre la causalidad. ¡No es de extrañar que también sean desconcertantes!

Una cosa que se desprende de esto es que, si pensamos que conocemos la respuesta a uno de estos rompecabezas, la misma solución debería extenderse a los demás. En otra parte, he ofrecido una solución al rompecabezas que involucra el caso del Viajero Sediento discutido anteriormente (véase Sartorio (2015)). Por lo que, en la siguiente sección explico brevemente qué es, y luego lo aplico a los casos de omisión al estilo Frankfurt.

IV. Resolviendo el nuevo rompecabezas: causalidad disyuntiva

En pocas palabras, mi solución propuesta para el rompecabezas del viajero sediento es esta. El caso del viajero sediento implica una causación colectiva que no se distribuye entre los agentes como causas individuales. Es decir, los dos enemigos colectivamente causaron la muerte del viajero sediento, pero ninguno la causó individualmente. Tenga en cuenta que el hombre murió porque su cantimplora llena de agua no estaba disponible para él en ese momento. Y observe que este es un hecho que se obtiene siempre que la cantimplora no estaba disponible para él o no estaba llena de agua (o ambas cosas). Este es un hecho disyuntivo. Si hay causalidad en este caso, entonces, la forma relevante de causalidad es un tipo de causalidad disyuntiva⁶⁵.

En este caso, cada enemigo es responsable de uno de los disyuntos: X es responsable de que la cantimplora no contenga agua, e Y de que no esté disponible para el hombre en ese momento. Y, por supuesto, la obtención de cualquiera de los disyuntos es suficiente para que se obtenga el hecho disyuntivo. Sin embargo, en este caso todavía existe una asimetría entre lo que hace X y lo que hace Y, a saber, X actúa antes que Y. Como resultado, X proporciona conocimiento para el hecho disyuntivo (la causa de la muerte) anterior a Y. Parece posible argumentar que esta asimetría es motivo suficiente para afirmar que X es responsable de la muerte y no Y (Y entra en escena demasiado tarde, cuando ya se ha proporcionado un conocimiento para la causa de la muerte por X).

Si algo como esto funciona, entonces es fácil extender la solución a los otros casos. En todos los casos de este tipo que involucran dos agentes morales, el agente moralmente responsable sería el que realiza la acción relevante o forma la intención relevante primero. Por ejemplo, en el caso de los tiburones plantados, el neurocientífico (y no el agente) sería responsable de la muerte del niño y de la incapacidad del agente para salvar al niño, en virtud de

⁶⁵ Una breve nota sobre la causalidad disyuntiva: por extraña que pueda parecer la causalidad disyuntiva, no creo que sea mucho más extraña que la causalidad de la ausencia misma (después de todo, las ausencias parecen ser de naturaleza disyuntiva: digamos que mi omisión de regar las plantas se obtiene en caso de que haga cualquiera de una serie de cosas incompatibles con regar las plantas). Además, incluso aquellos que no aceptan la posibilidad de una causalidad omisiva tienden a aceptar la posibilidad de otras relaciones cuasicausales que pueden hacer responsables a los agentes en casos de omisión (véase, nuevamente, Dowe (2000 y 2001)). Las relaciones cuasicausalistas disyuntivas funcionarían tan bien para mis propósitos como las relaciones causales disyuntivas. Clarke (2014, capítulo 6) expresa sus reservas sobre mi posición a la causalidad disyuntiva en este tipo de casos. Para una defensa más general de la causalidad disyuntiva, ver véase Sartorio (2006).

haber plantado los tiburones. Esto es así incluso si los tiburones nunca intervinieron y, por lo tanto, incluso si la colocación de los tiburones no es en sí misma una causa de la muerte del niño. Nuevamente, el caso involucra una forma de causalidad disyuntiva: el niño muere porque (entre otras cosas) el agente no intenta rescatarlo en aguas libres de tiburones. Este es un hecho que se obtiene siempre que el agente no intenta el rescate o las aguas no están libres de tiburones (o ambas). Al colocar los tiburones antes, el neurocientífico proporciona un conocimiento para este hecho disyuntivo antes que lo haga el agente. De este modo, el neurocientífico es responsable de la muerte del niño (y del fracaso del agente en rescatar al niño), y el agente no lo es.

Nuestro caso de omisión al estilo Frankfurt, el caso de la omisión de Frank, es similar. El neurocientífico es responsable de la muerte del niño y de que Frank no haya podido salvarlo, y Frank no. Esto es así incluso si la intención del neurocientífico de intervenir si las cosas no salen de acuerdo con el plan no es en sí misma una causa de la muerte del niño. Aquí, también, hay una causalidad disyuntiva: el niño muere porque (entre otras cosas) Frank no se conmueve por las razones para salvar al niño en circunstancias en que el neurocientífico no tuvo intención de intervenir. Este es un hecho que se obtiene siempre que Frank no se conmueve por esas razones o el neurocientífico forma la intención de intervenir si las cosas no salen según lo planeado (o ambas). Al formar la intención de intervenir, el neurocientífico proporciona un saber para este hecho disyuntivo antes que Frank. Por lo tanto, el neurocientífico es responsable de la muerte del niño (y del fracaso de Frank para salvar al niño) y Frank no.

Ahora hemos proporcionado respuestas tentativas a todos los acertijos sobre omisiones al estilo Frankfurt. Recuerda que los rompecabezas fueron estos:

Rompecabezas original: ¿Los agentes en los casos de omisión al estilo Frankfurt son responsables (como en los casos de acción al estilo Frankfurt) o no son responsables (como en el caso de los tiburones)?

Nuevo rompecabezas: si los agentes de los casos de omisión al estilo Frankfurt no son responsables, ¿quién lo es?

Nuevo rompecabezas (de modo más preciso): si el neurocientífico es responsable de la omisión del agente en los casos de omisión al estilo Frankfurt, ¿cómo es responsable?

He sostenido que la respuesta al rompecabezas original es "no responsable", la respuesta al nuevo acertijo es "el neurocientífico", y la respuesta al nuevo rompecabezas más preciso es aquello que conté sobre hechos disyuntivos y sus generadores de conocimiento. Estas me parecen respuestas satisfactorias para esos rompecabezas.

V. Implicancias para las teorías de la responsabilidad

La naturaleza fascinante de los casos de omisión al estilo Frankfurt no termina aquí. Los rompecabezas que hemos examinado no solo son interesantes en sí mismos, sino también debido a las potenciales implicancias que las soluciones correctas para esos acertijos podrían tener para problemas más amplios relacionados con la responsabilidad. Terminaré con una breve discusión sobre cuales considero que son esas cuestiones.

Sostuve que los casos al estilo Frankfurt ayudan a descubrir una asimetría interesante entre acciones y omisiones. La asimetría es que, mientras que en los casos de acción al estilo Frankfurt el agente es responsable de su acción y el neurocientífico no lo es, en los casos de omisión al estilo Frankfurt, en realidad, es al revés: el neurocientífico es responsable de la omisión del agente, y el agente no lo es. Ahora, originalmente, se pensó que los casos al estilo Frankfurt ilustraban cómo la visión tradicional de la responsabilidad es errónea y la responsabilidad no se basa en el acceso del agente a posibilidades alternativas, sino solo en "secuencias reales" o la historia causal real del comportamiento del agente. Entonces, una pregunta importante que surge es: ¿la asimetría que he defendido es compatible con este tipo de visión de la responsabilidad, una visión de la secuencia de la responsabilidad? En particular, ¿es compatible con ese punto de vista la afirmación sobre casos de omisión? Si el neurocientífico es responsable en esos casos, aunque no sea parte de la secuencia real, ¿no está esto en conflicto con una visión de la responsabilidad de secuencia real?

Aunque no puedo entrar en mucho detalle al respecto aquí, creo que los argumentos en este documento son perfectamente compatibles con una visión de responsabilidad basada en la secuencia real. Como hemos visto, la asimetría entre los casos de acción y omisión surge del tipo de historia causal que tiene la conducta en un caso de acción y en un caso de omisión. En un caso

de acción al estilo Frankfurt, la historia causal de la acción del agente involucra directamente al agente de una manera que no involucra al neurocientífico. Ninguna causalidad disyuntiva está involucrada en ese caso; sólo causalidad por las propias razones del agente y su proceso ordinario de deliberación. El agente, o los estados relevantes que involucran al agente, individualmente causan su propio comportamiento y el neurocientífico no⁶⁶. Por el contrario, en un caso de omisión al estilo Frankfurt, la historia causal es, de alguna manera, más compleja, en el sentido de que involucra hechos disyuntivos. Ni el agente ni el neurocientífico causan individualmente la omisión del agente; en cambio, ambos participan en una forma de causalidad colectiva (no distributiva). Su responsabilidad (o la falta de ella) se determina entonces de una manera diferente, por medio de sus contribuciones a los conocimientos para el hecho disyuntivo relevante. Podría decirse que todo esto es compatible con la afirmación de que la responsabilidad es una función de secuencias reales solamente (y no de posibilidades alternativas). Porque la visión de la secuencia real no está comprometida con la idea de que la secuencia real es la misma (o incluso del mismo tipo, en términos generales) en los casos de acción y de omisión. A lo único que se compromete, a grandes rasgos, es la idea de que la responsabilidad es solo una cuestión de la secuencia real, cualquiera que sea la secuencia actual en cada caso particular⁶⁷.

Finalmente, y de forma crucial, nótese que no he argumentado que, en un caso de omisión, el neurocientífico es responsable de la omisión del agente (y de la muerte del niño) a pesar de estar completamente desconectado casualmente de esas cosas. Sin duda, ¡eso sería una locura!⁶⁸ Por el contrario, mi solución se basa en la afirmación de que está conectado a esas cosas; es solo que la conexión no implica causación individual sino una causalidad colectiva (no distributiva).

En conclusión, las soluciones que he desarrollado para los rompecabezas que involucran casos de omisión al estilo Frankfurt son felizmente consistentes con un enfoque de secuencia

⁶⁶ Discuto esto con más detalle en Sartorio (2016) (ver véase especialmente el capítulo 2). En ese trabajo también desarrollo mi propia versión de la visión de secuencia real.

⁶⁷ De nuevo, analizo estos temas con mucho más detalle en Sartorio (2016).

⁶⁸ Al menos, yo creo que sería una locura. Pero, de nuevo, otros no parecen pensarlo (véase los comentarios de Clarke 2014, capítulo 6).

real de la responsabilidad, un enfoque que se basa en las ideas importantes de Frankfurt sobre la naturaleza de la responsabilidad moral.

BIBLIOGRAFÍA

- CLARKE, R. *Ability and Responsibility for Omissions*, *Philosophical Studies* 73: pp. 195-208, 1994.
- _____. *Omissions, Responsibility and Symmetry*, *Philosophy and Phenomenological Research* 82, 3: pp. 594-624, 2011.
- _____. *Omissions: Agency, Metaphysics, and Responsibility*, New York: Oxford University Press, 2014.
- COLLINS, JOHN. *Preemptive Prevention*, *Journal of Philosophy* 97, 4: pp. 223-34, 2000.
- DOWE, P. *Physical Causation*, Cambridge U.P., 2000.
- _____. *A Counterfactual Theory of Prevention and 'Causation' by Omission*, *Australasian Journal of Philosophy* 79: pp. 216-26, 2001.
- FISCHER, JOHN MARTIN. *Responsibility and Failure*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 86: pp. 251-70, 1985-6.
- FISCHER, JOHN MARTIN y MARK RAVIZZA. *Responsibility and Control*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- FRANKFURT, HARRY. *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, *Journal of Philosophy* 66, 23: pp. 829-39, 1969.
- GINET, CARL. *In Defense of the Principle of Alternative Possibilities: Why I Don't Find Frankfurt's Argument Convincing*, en Widerker y McKenna 2003, pp. 75-90.

- MCDERMOTT, MICHAEL. *Redundant Causation*, *British Journal for the Philosophy of Science* 46: pp. 523-44, 1995.
- MCINTYRE, ALISON. *Compatibilists Could Have Done Otherwise: Responsibility and Negative Agency*, *The Philosophical Review* 103, 3: pp. 458-88, 1994.
- MOORE, MICHAEL. *Causation And Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SARTORIO, C. *A New Asymmetry between Actions and Omissions*, *Noûs* 39, 3: pp. 460-482, 2005.
- _____. *Disjunctive Causes*, *Journal of Philosophy* 103, 10: pp. 521-538, 2006.
- _____. *Two Wrongs Do Not Make a Right: Responsibility and Overdetermination*, *Legal Theory* 18: pp. 473-90, 2012.
- _____. *Resultant Luck and the Thirsty Traveler*, *Methodes* 4, 6: pp. 153-72, 2015.
- _____. *Causation and Free Will*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- VAN INWAGEN, PETER. *An Essay on Free Will*, New York: Oxford University Press, 1983.
- WIDERKER, DAVID y MICHAEL MCKENNA. *Moral Responsibility and Alternate Possibilities: Essays on the Importance of Alternative Possibilities*, Aldershot: Ashgate, 2003.

DELITOS OMISIVOS IMPROPIOS: POSICIÓN DE GARANTE O NO, AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y EQUIVALENCIA^{69*}

^{69*} El presente trabajo parte del tratamiento mucho más amplio de todas las cuestiones esenciales de los delitos omisivos impropios en mi estudio casi monográfico (que antes había sido anticipado pero de modo bastante menos extenso en el capítulo 31 de la 3.ª edición de mi manual: LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP, PG*, 3.ª, Valencia, Tirant, 2016, la vers. española, y vers. para Iberoamérica: *DP, PG*, 3.ª, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2016; citaré ambas como *PG*, 3.ª 2016) titulado: *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, en *Libt (Libertas)* 6 2017 (www.ficp.es), 145-272; y en *RDP* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni; Dir. E. Donna) 2017-2, 51-207, con cita completa de mis trabajos anteriores. A él me remito de entrada para una visión de conjunto, pero en los temas enunciados en el título del actual he completado en parte lo tratado en 2017, en particular sobre la necesidad o no en todo caso de posición de garante para la comisión por omisión y sobre la fundamentación de la aplicabilidad en los delitos omisivos del criterio del dominio del hecho/o determinación objetiva del hecho para delimitar la autoría de la mera participación. Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995. seguridad de control del riesgo frente a los ciudadanos corrientes que no tienen un deber jurídico especial de garantizar que no se producirá el resultado (solamente hay alguna excepción en los supuestos de omisión impropia sin posición de garante indicados infra I.2).

I. Posiciones de garante (deberes de garantía): exposición de las opiniones

1. Posición de garante o garantía y deber jurídico especial de garante

La posición de garante o deber jurídico especial de evitación ha sido una exigencia doctrinal prácticamente unánime para restringir el círculo de autores cuya omisión de evitar un resultado típico es mucho más grave que la del ciudadano cualquiera y se ha considerado imprescindible para poder imputarle al garante el resultado como si lo hubiera causado con su actividad. No obstante, como veremos *infra* I.2, puede haber como *excepción* a la regla general *supuestos de comisión por omisión sin una posición o deber específico de garante*.

Pero efectivamente la posición de garante es condición normalmente necesaria, pero desde luego no suficiente de la equivalencia de una omisión con la comisión activa: pues como veremos (*infra* III. 2, IV), sólo hay equivalencia si socio-normativamente se puede afirmar que las reglas sociales dan por seguro, por descontado, que estando presente esa persona no hay peligro o el peligro está totalmente controlado o el bien jurídico está seguro y protegido (y por eso la omisión crea o descontrola y con ello aumenta decisivamente el peligro); y esa expectativa de seguridad por las normas sociales por regla totalmente general requiere como mínimo que estemos ante un garante, aunque a continuación haya que restringir aún más dentro de los garantes, pero desde luego no se puede dar esa seguridad de control del riesgo frente a los ciudadanos corrientes que no tienen un deber jurídico especial de garantizar que no se producirá el resultado (solamente hay alguna excepción en los supuestos de omisión impropia sin posición de garante indicados *infra* I.2).

2. ¿Posibilidad de comisión por omisión sin posición de garante?

Antes de la regulación en la PG del CP español de 1995 ello era opinable, por mucho que la doc. absolutamente dominante requería siempre la posición de garante, es decir un deber jurídico especial (que afecta sólo a un círculo restringido de sujetos) de evitar el resultado como razón

^{70**} Catedrático de Derecho Penal (emérito), Univ. de Alcalá, Madrid. Dr. h.c. mult. Presidente de honor de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales: www.ficp.es; contacto@ficp.es).

fundamental para hacer responder del resultado al omitente garante y no al resto de omitentes no garantantes⁷¹.. Tras la exigencia de infracción de “un especial deber jurídico del autor” de evitar el

⁷¹* Catedrático de Derecho Penal (emérito), Univ. de Alcalá, Madrid. Dr. h.c. mult. Presidente de honor de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales: www.ficp.es; contacto@ficp.es).

† El presente trabajo parte del tratamiento mucho más amplio de todas las cuestiones esenciales de los delitos omisivos impropios en mi estudio casi monográfico (que antes había sido anticipado pero de modo bastante menos extenso en el capítulo 31 de la 3.^a edición de mi manual: LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP, PG, 3.^a, Valencia, Tirant, 2016, la vers. española, y vers. para Iberoamérica: DP, PG, 3.^a, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2016; citaré ambas como PG, 3.^a 2016) titulado: Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, en Libt (Libertas) 6 2017 (www.ficp.es), 145-272; y en RDP (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni; Dir. E. Donna) 2017-2, 51-207, con cita completa de mis trabajos anteriores. A él me remito de entrada para una visión de conjunto, pero en los temas enunciados en el título del actual he completado en parte lo tratado en 2017, en particular sobre la necesidad o no en todo caso de posición de garante para la comisión por omisión y sobre la fundamentación de la aplicabilidad en los delitos omisivos del criterio del dominio del hecho/o determinación objetiva del hecho para delimitar la autoría de la mera participación. Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995. seguridad de control del riesgo frente a los ciudadanos corrientes que no tienen un deber jurídico especial de garantizar que no se producirá el resultado (solamente hay alguna excepción en los supuestos de omisión impropia sin posición de garante indicados infra I.2).

Doctrina casi unánime desde que NAGLER, GS 111, 1938, p. 1 y ss., acuñó los términos posición de garante y deber de garante; antes no se manejaba el concepto (sólo BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II-1, 2.^a 1914, p. 553 y ss. había hablado ocasionalmente del garante), pero sí se exigía mayoritariamente un deber jurídico especial derivado de ley, contrato o acción precedente: cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/3 y ss. No obstante, en la época moderna alguna posición aislada en la doc. alemana ha mantenido que puede haber comisión por omisión e imputar el resultado producido sin el criterio de la posición o deber especial de garantía: así FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 39 y ss., p. 135 y ss., p. 154 y ss.; MK, 2.^a 2011, § 13/48 y ss., 65 y ss. (especialmente, 79), pero porque propone sustituir el concepto de posición de garante o incluso deber de garante por el de tener “responsabilidad especial” por la no producción del resultado, circunstancia que sostiene que fundamenta asimismo la comisión activa, siguiendo la línea de, entre otros, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1972, p. 169 y ss. (por otra parte FREUND en 60 y ss. prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas), JAKOBS, AT, 1.^a 1983/2:^a 1991 [PG, 2.^a 1997], pp. 7/56 y ss., pp. 28/14 y ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 36 y ss., SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern*, 1989, p. 296, o S. WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, 2000, p. 124 y ss. En la doc. de habla española son más numerosos quienes admiten la posibilidad de omisión impropia sin posición o deber especial de garante:

resultado (o sea, de un deber de garante) para “los delitos que consistan en la producción de un resultado” en el nuevo art. 11 CP 1995, siguiendo el modelo del § 13 StGB alemán, *en principio* parece que no es posible la omisión impropia sin posición de garante, y que la equivalencia ha de ser un requisito adicional al previo de existencia de un deber especial de garantía.

Sin embargo, como excepción a la regla general (del art. 11 CP esp. o § 13 StGB) de exigir deber de garante, pensada a mi juicio para los delitos *puros* de resultado o *puramente* resultativos, es **posible omisión impropia o comisión por omisión sin deber especial de garantía o posición de garante** al menos en estos tres grupos de supuestos⁷²:

a) En los delitos de *comisión por omisión expresamente regulados, equiparados a la comisión activa, en la Parte Especial, si el tipo legal prescinde del requisito del deber de garante*, como sucede *v.gr.* en el allanamiento de morada pasivo consistente en no abandonar el domicilio ajeno a requerimiento del morador (por Ej. en el CP español en el art. 202.1, donde el precepto a la modalidad activa de entrada indebida le añade equiparada en pena la modalidad omisiva de permanencia indebida en la morada ajena por entender la ley que ambas conductas por sí mismas son lesivas por igual para los bienes jurídicos: la intimidad de la morada y la libertad de disposición sobre ella.

b) En los supuestos en que *la descripción legal de una conducta típica –en un tipo de mera conducta o resultativo pero con modalidades de ejecución descritas–* emplea un término que pueda

entre otros, LUZÓN PEÑA, ya en PJ 2 1986, 73 y ss., negando su necesidad sobre todo en la participación. por omisión = EPen, 1991, p. 235 y ss.; con carácter más general admito la posibilidad en PG, 3.^a 2016, pp. 31/39; Libt 6 2017, 184; RDP 2017-2, 100; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 24 1991, p. 209; GRACIA MARTÍN, en *Modernas tendencias en la ciencia DP y Criminología*, Madrid, UNED, 2001, 468 y ss.; Prólogo, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, p. 23; VIVES, Coment. CP 1995, I, 1995, p. 85; en Cobo (dir.) Coment. CP, I, 1999, p. 523; TRAPERO, AFDOur 2003, p. 449 y ss.; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013, p. 53 y ss., p. 124 y ss., estos tres últimos para la participación por omisión; con carácter general ROSO, LH-Luzón, 2020, p. 1021 y ss., p. 1031 y ss., niega para la comisión omisiva la necesidad de la posición. de garante, a la que considera sólo criterio interpretativo para la autoría y en la imputación. objetiva para la creación de riesgo y el fin de protección de la norma, salvo (n.º 30, p. 1032) en contextos como los empresariales, donde sí es necesaria.

⁷² Ya defendí la innecesidad de posición de garante en los grupos a y c en LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 31/39; Libt 6 2017, 184; RDP 2017-2, 100 (aparte de sostener ya en PJ 2 1986 ob. cit. la no necesidad en el grupo c, o sea, en la participación en comisión por omisión). Desde la preparación de mi Tratado, aún inédito, en el cap. 31/51-54 desde 2018 he añadido en 31/53 el grupo b.

realizarse tanto mediante actos positivos como mediante omisión de realizar una acción esperada o debida y tal deber *no tenga que ser necesariamente un deber específico de garante*⁷³: así por ej. un no garante puede realizar por omisión de informar sobre datos esenciales el “engaño” de las estafas y fraudes (arts. 248 y ss.) o de la alteración de precios del mercado (art. 284) o en delitos laborales (arts. 311 y ss.), o las “alegaciones falsas” o “manifestación de características inciertas” en el delito publicitario del art. 282, como igualmente en las injurias puede cualquier no garante realizar mediante una ostensible negativa a saludar o a entregar un reconocimiento en una ceremonia la acción –en sentido amplio– que, según redacciones típicas, lesiona la dignidad de otro o lo menosprecia, ofende o deshonra; etc.⁷⁴..

c) En la *participación (cooperación) por omisión*, a la que no parece referirse la regulación del art. 11 CP⁷⁵, participación consistente en el auxilio moral o apoyo psíquico al autor de un delito que le presta un tercero al no intentar impedir que el autor lo cometa, cuando para éste tiene una especial importancia la postura del tercero, lo que puede equivaler en cuanto favorecimiento a la participación activa sin necesidad de posición de garante⁷⁶.

3. Las diversas posiciones de garante propuestas por la doctrina. Análisis provisional. ¿Deberes especiales jurídicos o también ético-sociales?

⁷³ Igualmente, FREUND, *Erfolgsdelikte u. Unterlassen*, 1992, p. 60 y ss., prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas.

⁷⁴ Como he expuesto en n.2, desde la preparación de mi Tratado, aún inédito, desde 2018 he añadido en 31/53 este grupo b y todos esos ejemplos. Igualmente, ROSO, *LH-Luzón*, 2020, 1033, comparte esta posición y los ejemplos. de la estafa por silencio y la injuria por negar el saludo, aun sin citar mi tratado.

⁷⁵ Considera expresamente que la cooperación y la inducción no encajan en la fórmula del art. 11 de delitos que consistan en la producción de un resultado dañoso y por tanto se podrán realizar mediante omisión, pero viendo si la conducta es directamente subsumible en los tipos, VIVES, *Comentarios al Código Penal* 1995, I, 1995, p. 85; en Cobo (dir.) *Coment. CP*, I, 1999, p. 523. En contra, considera que la cooperación necesaria y la complicidad pueden encajar en la fórmula del art. 11 por consistir en el resultado de favorecer el hecho principal SILVA SÁNCHEZ, en Cobo (dir.) *Coment. CP*, I, 1999, p. 485 y ss. (ya antes del actual art. 11 CP SILVA admitía la cooperación por omisión en CPC 1989, p. 367 y ss., 388 y ss.); y aunque no lo dice expresamente, ello presupondría la necesidad de un deber de garante requerido en el art. 11.

⁷⁶ Ya sostuve esta interpretación en LUZÓN PEÑA, *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, PJ 2, 1986, (p. 73 y ss.,) 87: “la no evitación o no obstaculización del delito sólo constituirá cooperación ... al delito si le ayuda o facilita la realización del tipo al autor, y ello no tiene nada que ver con que el omitente sea o no garante”, desarrollándolo y con casos concretos de auxilio moral omisivo en p. 87 y ss.

a) Vamos a hacer ahora solamente un **análisis provisional** y aplazamos el enjuiciamiento de cada una, salvo alguna indicación concreta, hasta analizar su aptitud para la equivalencia con la comisión activa. Es decir, admitir que determinadas posiciones generan **un deber jurídico de garante todavía no decide nada sobre si además se va a cumplir o no** el requisito adicional y decisivo de **la equivalencia de la omisión del garante con la comisión activa**. Ello se examinará *infra* III y IV.

b) ¿Los deberes especiales de garantía han de ser jurídicos o pueden ser **también deberes extrajurídicos**, concretamente deberes sociales o morales: **ético-sociales**? Las antiguas teorías de las fuentes formales del deber jurídico sí exigían base jurídica de la posición de garante al menos en las derivadas de ley o contrato (más dudoso si era un deber jurídico en la ingerencia)⁷⁷. Pero al abandonar la doc. mayor. esa concepción y seguir la teoría de ARM. KAUFMANN de las fuentes materiales de posición de garante distinguiendo entre funciones o deberes de protección de un bien jurídico y las de supervisión y control de una fuente de peligro, realmente la dogmática penal ha ido elaborando y desarrollando en muchos casos posiciones o deberes de garantía sin un estricto fundamento jurídico para los mismos, tratándose más bien de deberes ético-sociales que a la doctrina y los tribunales les ha parecido evidente que tenían que implicar una especial función de garantía: así por ej. los casos de asunción, muchísimos supuestos de la comunidad de peligro, o de la comunidad de vida, o de la ingerencia⁷⁸, o de ciertas relaciones de parentesco o proximidad⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. la exposición de doc. antigua defensora de los deberes de garantía jurídico-formales en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, 218-220 = *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, 262-264. En la doc. y jurisprudencia española, insistiendo en que ha de ser un deber jurídico p. ej. RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1977, 318 s., con citas de varias STS en ese sentido.

⁷⁸ Se escribe a propósito ingerencia con g y no con j: v. *infra* nota 27.

⁷⁹ Cfr. la exposición de doc. y especialmente jurisprudencia alemana en ese sentido en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 61 y ss., 220 y n. 40-42 = *Fundamento y límites*, 2009, p. 93 y ss., 264 y ss y n. 40-42.

En la doctrina se pueden citar bastantes ejemplos de afirmación gratuita de que tal posición de garante es un deber jurídico⁸⁰. SCHÜNEMANN⁸¹ expone detallada y penetrantemente cómo la dogmática alemana mayoritaria ha afirmado deberes de garante sin base jurídica, sin preocuparse de buscarla o afirmándola gratuitamente. En el caso de la “asunción” de una posición de protección o control él recurre a la “creación de Derecho” (por doctrina y jurisprudencia) en el campo civil donde no hay regulación para fundamentar el deber jurídico⁸²; ello no me parece convincente, porque con esa argumentación los tribunales podrían crear libremente cualquier deber de garante sin base jurídica clara (cosa que de hecho hacen muchas veces con simples deberes morales).

4. La clasificación de fuentes formales de posición de garante o deber jurídico: ley, contrato, ingerencia⁸³, otras

Inicialmente se sostenía una clasificación de los deberes de garantía meramente formal, atendiendo a su origen y se afirmaba que las fuentes del deber eran fundamentalmente la ley, el contrato y luego se añade el actuar precedente peligroso o ingerencia (clasificación tripartita que ha sido precisamente la acogida en la segunda parte del art. 11 del actual CP 1995: v. sobre lo que ello significa *infra* III.1). Posteriormente se van añadiendo otras posibles fuentes: deberes cuasicontractuales, compromisos etc.

⁸⁰ Así en la doc. alemana todas las posiciones que expone SCHÜNEMANN, cit. en la n. sig. En la doc. en lengua española, entre otros muchos, p.ej. en POLAINO, *PG II*, 2000, 294-304; *Lecc. PG II*, 2.ª 2016, 87-90, que afirma el deber jurídico sin fundamentación detallada en la asunción, injerencia, expectativa social, estrecha relación vital por comunidad de intereses o de peligro y dominio de la cosa, limitándose a decir en la asunción –donde al menos intenta fundamentar el deber jurídico– que hay una confianza jurídica (en *PG II*, 295: basada “en la correlativa esperanza de quien se confía a él”; en *Lecc. II*, 87: la asunción genera una expectativa social “fundamentada en una confianza jurídica... de garante”). Anteriormente por ej. CUELLO CALÓN, *PG I*, 18.ª 1980, p. 348 y ss., tras admitir deberes derivados de preceptos jurídicos o de especiales deberes profesionales, añade sin más fundamentación que una conducta anterior peligrosa también puede imponer el deber.

⁸¹ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 215 y ss. = *Fundamento y límites*, 1009, p. 261 y ss.

⁸² Según expone, “de la letra de la ley no se puede desprender en ningún lugar un deber de evitar el resultado qua asunción. Sin embargo, ese deber existe, si bien sólo como norma de conducta no escrita del Derecho de cuasidelitos, fundamentada por la vía de la creación de Derecho”: SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 227, p. 341 y ss. = *Fundamento y límites*, 1009, 271, p. 390 y ss.

⁸³ Se escribe a propósito injerencia con g y no con j: v. *infra* n.º 29.

Aunque esta exposición de las fuentes de posiciones o deberes de garantía es efectivamente meramente formal y no examina el contenido material que caracteriza a las distintas posiciones de garante –lo que explica la predilección que ha cobrado la teoría de las funciones que examinamos a continuación–, sin embargo la teoría formal tiene la ventaja de explicar y fundamentar suficientemente cuándo hay un auténtico deber jurídico especial para determinadas personas y cuándo no es así y se trataría a lo sumo de un deber moral: v. *infra* I.7.

5. La distinción según la teoría material o de las funciones (ARMIN KAUFMANN y doc. dom. hoy): deber o función de protección de un bien jurídico y deber o función de control de una fuente de peligro. Los distintos supuestos

ARMIN KAUFMANN desarrolla (en 1959) la teoría de las funciones, que se agrupan en dos grupos: funciones (y deberes) **de protección de un bien jurídico** y funciones (y deberes) **de vigilancia (supervisión) y control de una fuente de peligro**⁸⁴; y en consecuencia se distingue entre *garantes protectores* o *garantes de protección* y *garantes de vigilancia, supervisión y control*, también llamados *garantes de aseguramiento*⁸⁵. Esta clasificación se ha convertido en doc. dom. en la dogmática alemana y es crecientemente aceptada en otros países.

Hay que advertir, sin embargo, de que muchas veces se mezcla en el mismo supuesto una posición de garante de protección con una posición de garante de supervisión o control de un

⁸⁴ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283 y ss. (en alemán: *Schutz eines Rechtsguts* frente a *Überwachung einer Gefahrenquelle*; el término *Überwachung* significa supervisión o vigilancia, pero también implica control).

⁸⁵ En la terminología original alemana, *Beschützergaranten* o *Schutzgaranten* frente a *Überwachungsgaranten* o *Sicherungsgaranten*. Así, siguiendo a ARM. KAUFMANN, cit., entre otros muchos, JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 29/27, aunque él efectúa su propia clasificación: v. *infra* I.6; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3; FREUND, AT, 1998, § 6/57 y ss.; STRATENWERTH, 4.ª 2000, § 13/14; KÜHL, AT, 5.ª 2005, § 18/44; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/33 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/9 y ss. (todos ellos con numerosas ulteriores citas de la doc. dom. y jurisprudencia). En la doc. de otros países, por ej.: BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, p. 384 y ss.; POLAINO, PG II, 2000, p. 294 y ss.; CEREZO, Curso DP PG, III, 2001, 263; DP PG, Buenos Aires/Montev., 2008, p. 983; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, p. 938 y ss. (completándola con las “posiciones de monopolio” como tercera clase de posiciones de garante); FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 258 y ss.; MIR, PG, 10.ª, 2015/16, 12/44 y ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª, 2016, § 31/63 y ss.; Libt 6 2017, p. 187 y ss.; RDP 2017-2, p. 103 y ss., aceptándola; y aplicando mi criterio de equivalencia a los grupos de posiciones de garante de esa clasificación en pp. 31/123 y ss.; Libt 6 2017, p. 250 y ss.; RDP 2017-2, p. 182 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª 2019, p. 230 y ss.

peligro. Por citar ahora un solo ejemplo: el dueño de un perro muy fiero que tiene en su casa en el jardín pero entrando también al interior, que es por ello garante de control de esa fuente de peligro frente a cualquier tercero, acepta hacerse cargo durante unos días del cuidado de un sobrino pequeño, siendo por ello garante de protección del niño por asunción mientras sus padres viajan fuera, e incumpliría ambos deberes de garante si dolosa o imprudentemente no impide que el perro atacara y lesionara al niño.

5.a) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro

1) Deberes de protección por estrecha vinculación familiar o análoga

Normalmente se trata de deberes impuestos por ley: así a los padres respecto de los hijos menores, o a tutores o encargados de la guarda respecto de menores o incapaces bajo su custodia; a los cónyuges entre sí (obligados “a socorrerse mutuamente”); o a los hijos respecto de sus padres o ascendientes ancianos y desvalidos, o a los hermanos muy limitadamente: arts. 110, 142 y ss., 154, 172 y ss., 68, 215, 222 y ss. CC. Es discutible si también pueden existir deberes supralegales de garante protector de familiares como parientes colaterales o afines o parejas ligadas por análoga relación de afectividad a los cónyuges. No obstante, en las últimas décadas tanto las leyes civiles como las propias leyes penales han reconocido efectos jurídicos y casi equiparado a las parejas de hecho (ligadas por análoga relación de afectividad) a los matrimonios, pero sigue siendo dudoso si la equiparación lo es también a efectos de deberes de garante, pues ningún precepto impone a los miembros de esas parejas el deber de “socorrerse mutuamente” que sí impone expresamente el art. 68 CC a los cónyuges.

Dado que el art. 11 exige un especial deber jurídico, si la ley no lo contempla, parece que en estos casos sólo puede fundamentarse si el pariente o allegado asume un pacto, formal o informal, de proteger al otro. De lo contrario, sólo podría fundamentarse el deber jurídico en la libre creación de Derecho por los tribunales en el campo civil, lo que no es convincente (*v. supra* I.3 b). Y de todos modos ya veremos que estos pretendidos deberes supralegales, precisamente por no estar muy claros, no fundamentarán la necesaria equivalencia a la comisión activa: *v. infra* IV.4 b 2).

2) Deberes por participar en comunidad de peligro

Algunos los consideran un subcaso de la comunidad de vida o convivencia⁸⁶, pero realmente no hay una convivencia prolongada. Para algunas personas con profesiones o cargos especiales sí hay deberes jurídicos de garantía, impuestos unas veces por ley, como a bomberos o miembros de unidades militares que intervienen en caso de incendios o a las tripulaciones de naves y aeronaves frente a los pasajeros en caso de emergencias; y otras veces por contrato: así sucede con el guía alpino o de montaña, que genera confianza en los montañistas para el caso de emergencias en escaladas y similares y por ello no recurren a otro (posición que, contra lo que a veces se sostiene, se debe distinguir de la mera solidaridad entre los alpinistas o miembros de una cordada, que no supone posición jurídica de garante). En muchos casos, como sucede entre las personas que se ven implicadas junto con otras en una emergencia como un incendio, terremoto, bombardeo, pasajeros de un barco o aeronave en caso de naufragio, o los citados integrantes del grupo de montañistas que se ven en peligro, si no hay contrato, asunción o encargo, no son deberes jurídicos, y ya por ello son rechazables.

3) Deberes por comunidad de vida o convivencia

La doctrina mayoritaria tradicionalmente en Alemania ha defendido la posición y deberes de garante derivados de la convivencia o vida en común⁸⁷; llegando incluso a sostenerse que es una forma especial de comunidad de peligro⁸⁸. Se está pensando inicialmente en comoradores en

⁸⁶ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 335. = *Fundamento y límites*, 2009, p. 384.

⁸⁷ sí NAGLER/MEZGER, LK I, 8.^a, 1958, p. 38 y ss.; BLEI, FS-H. Mayer, 1966, p. 127 y ss.; BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968, p. 179 y ss.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.^a 1970, p. 93 y ss.; Blei, AT I, 18.^a 1983, 327; Jescheck, AT, 4.^a 1988, § 59 IV.3 b; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.^a, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88 y ss. (con la reserva -nm. 89- de que ha de haber confianza recíproca); SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.^a 1974, antes del §1/116; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 24.^a 1991, § 13/25 (con reservas y limitadamente); LILIE, JZ 1991, p. 541 y ss.; ALBRECHT, *Begründung von Garantienstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, 1998, passim; WEIGEND, LK I, 12.^a 2006/07, § 13/38, pero condicionado a que haya una concluyente declaración de ayuda recíproca (lo que en 39 considera que rara vez se dará en una comunidad de vivienda para un fin como entre estudiantes o jóvenes). Admite posición de garante en los casos de convivencia fáctica, pero siempre que haya una asunción de facto de la protección de bienes jurídicos CEREZO, Curso III, 2001, p. 266; PG, 2008, 986. Sobre su aceptación en la jurisprudencia alemana cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 338 y ss.= *Fundamento y límites*, 2009, p. 387 y ss.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 355 = *Fundamento y límites*, 2009, p. 405, sostiene que “la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio: en este caso

la misma vivienda, pero la tendencia puede irse ampliando, en una extensión cada vez más infundada, a admitir comunidad de vida entre amigos íntimos de muchos años o incluso personas que viajan en un mismo vehículo⁸⁹, vecinos en un edificio o una urbanización, compañeros de trabajo etc. Otro sector, cada vez mayor en la doc. moderna los rechaza⁹⁰. En efecto, en la gran mayoría de casos no son deberes jurídicos de garante⁹¹, salvo en algunos casos de parentesco estrecho, o en casos de acuerdo recíproco al decidir convivir bajo el mismo techo: en tal caso, cuasicontractual, hay una recíproca asunción de funciones de protección cotidianas del otro u otros moradores, aunque no sean parientes o vinculados por análoga relación de afectividad. Por tanto, fuera de esas excepciones, dada la exigencia legal de deber jurídico en el CP español y otros muchos, ya son rechazables como posiciones y deberes de garante. Y con independencia de ello, incluso en Códigos que no requieran esa exigencia, es más que discutible que la convivencia fáctica genere un deber material de garante, y aún más que haya equivalencia de una omisión del conviviente con la comisión activa del delito: v. *infra* IV.4 b 3).

se reúnen o ponen en común dos o más personas para poder arrostrar mejor el riesgo general de la vida y disponen su vida de tal modo que actuando conjuntamente y cooperando con el compañero puedan hacer frente mejor a las asechanzas de la vida cotidiana". Pero las diversas comunidades de vida no suponen una comunidad para afrontar peligros especiales o actividades particularmente arriesgadas, sino para convivir juntos en distintos ámbitos con carácter estable –hogar, vecindad, centro de trabajo, de estudios, de recreo, militar, etc. – o incluso transitorio, como un viaje más o menos largo, y en alguna de ellas, fundamentalmente en la del hogar o morada, para de paso, entre otros objetivos, poder afrontar mejor los riesgos cotidianos; por ello no son realmente comunidades de peligro y deben tratarse separadamente de las comunidades de peligro.

⁸⁹ Así lo apreciaron respectivamente las sentencias del KG, VRS 11, 360, y VRS 10, 138, citadas por SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 339, n.º 47 y 48 = *Fundamento y límites*, 2009, p. 388, n.º 49 y 50.

⁹⁰ Así GEILEN, FamRZ 1961, p. 147 y ss.; FamRZ 1964, p. 385 y ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55-60 sólo la admite cuando haya una dependencia de la persona a proteger respecto del garante, y la rechaza en todos los demás casos. Con reservas frente a la categoría WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª, 1969, p. 217; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, § 18 II 4, y BAUMANN/WEBER, AT, 11.ª 2003, § 18 II 4; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, citado en n. 15; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13/38-41, rechazándola (nm. 41) si no hay una confianza recíproca que hace renunciar a otras medidas protectoras. Simplemente no la incluye entre las posiciones de garante de protección de bienes jurídicos CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/135-139. Cfr. sobre la discusión SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 355 y ss. = *Fundamento y límites*, 2009, p. 405 y ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/55 y ss.

⁹¹ Por eso es por lo que MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.ª, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88, que admiten estos deberes de garante, reconocen sin embargo "su carácter suprapositivo".

4) Encargo contractual. Asunción voluntaria de función de protección. Transferencia de dicha función

El encargo por contrato de una parte a otra de la función de protección de bienes jurídicos a favor de la parte contratante/encargante o de un tercero naturalmente que genera según el Derecho civil y privado en general en todos los países una obligación contractual y por tanto un deber de garante. En cambio, en la asunción de una posición de garante, que generalmente será garante de protección de un determinado bien jurídico o persona, pero también cabe asumir funciones de supervisión y control de un peligro o riesgo, ciertamente en unos supuestos puede darse, además de por deber legal, en virtud de encargo por contrato, o sea asunción pactada con otro u otros, en cuyo caso no hay duda sobre la fuente formal y el carácter jurídico del deber de garante. Pero normalmente se denomina “asunción” de la función de protección (o de control) a la que se produce sin contrato o pacto, o sea la asunción unilateral de la función de garante. En este segundo caso hay bastante discusión doctrinal sobre cuál puede ser la fuente de un deber jurídico. No obstante, a mi juicio, puede fundamentarse en un *pacto tácito (cuasi contrato) entre quien asume voluntariamente esa función y la colectividad*: v. *infra* I.7, párr. 3.º.

La doc. dom. fundamenta aquí el origen de los deberes de garante en la asunción efectiva de una función de protección unida a un incremento del peligro⁹²: este puede deberse a que quien asume la función crea un nuevo riesgo, p.ej. el médico que opera⁹³, o a que, al comprometerse él a prestar la protección, otros dejan de prestarla o el sujeto pasivo renuncia a pedir la ayuda de otros⁹⁴. SCHÜNEMANN la fundamenta en que se asume (se entra en posesión de) el dominio

⁹²Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, 3.ª 1949, 144; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III C 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 1, 117a, p. 118; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 214 s.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 335.= *Fundamento y límites*, 2009, 384; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3 c; JAKOBS, *Estudios de DP*, 1997, p. 351 y ss.; SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 68; en Cobo (Dir.), *Coment. CP I*, 1999, 463; POLAINO, PG II, 2000, p. 295 (aunque unido a “la correlativa esperanza de quien se confía a él”, el asumente); CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

⁹³ Así lo destaca CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

⁹⁴ Así p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 121 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3c; JAKOBS, *Estudios de DP*, 1997, 351 s.; AT, 2.ª 1991 [PG, 1997], 29/47; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

sobre el fundamento del resultado⁹⁵. Otro sector en cambio basa esta posición de garante en la idea de la “confianza” social que genera esa asunción⁹⁶. Hay que señalar la crítica de SCHÜNEMANN a la confianza (social) como fundamento de un deber de garante: la confianza será efecto o consecuencia de una posición de garante reconocida, pero no la puede fundamentar⁹⁷.

La transferencia o delegación por el garante de la función nuevamente de protección, pero que también puede ser de vigilancia y control, genera una posición de garante en el delegado en virtud de pacto o contrato, o a veces de ley si éste, aunque no lo desee, tiene la obligación legal de aceptar la delegación. No obstante, la transferencia de función no siempre libera al transferente o delegante de una posición de garante si éste conserva un deber de supervisión o control de la actuación del delegado: v. *infra* IV.4 b 4).

5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo

En los múltiples deberes de protección por funcionarios públicos de bienes jurídicos de terceros o de la comunidad, o en deberes encomendados –transferidos o delegados– por las Administraciones a profesionales o empresas (como servicios de seguridad o vigilancia y protección de instalaciones o personas) no habrá problema en admitir su carácter de deberes jurídicos de garantía si están establecidos por la legislación o si se derivan de contrato o pacto de la Administración con terceros. En caso de asunción unilateral de un deber de protección por autoridades o funcionarios no obligados por ley o pacto, depende de si se admite como deber jurídico la asunción: v. *supra* I.5 a 4). Cuando no sea así, es mucho más discutible que se pretenda

⁹⁵ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 343 y ss.= *Fundamento y límites*, 2009, p. 3.

⁹⁶ Así BLEI, FS-H. Mayer, 1966, p. 140 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, 239 s.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.^ª 1970, 91 y ss.; JAKOBS, AT, 2.^ª 1991 [PG, 1997], p. 29/47 y ss.; POLAINO, Lecc PG, II, 2.^ª 2016, 87, la asunción fáctica genera una expectativa social “fundamentada en una confianza jurídica... de garante” (en PG II, 2000, 295, se fijaba en “la correlativa esperanza de quien se confía a él”, lo que no tiene en cuenta los supuestos en que el sujeto pasivo no se manifiesta). En cambio, más allá de la simple confianza social y de forma similar a mi idea del pacto tácito entre asumente y sociedad, SILVA, CPC 1989, 376 n.º 39 i.f., refiriéndose a su exigencia siempre de compromiso de barrera de contención para que haya omisión impropia, califica “el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad”, lo cual apunta a esa posibilidad de fundamentar así el deber de garante por asunción: v. *infra* I.7, n.º 49.

⁹⁷ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 251. = *Fundamento y límites*, 2009, 298.

derivar un deber general de garante protector simplemente de la misión general de servicio y protección de las Administraciones públicas al servicio de la comunidad.

5.b) Posiciones de garante de supervisión, vigilancia o control de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)

1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales

No suelen ofrecer problemas de reconocimiento como deberes jurídicos especiales los de supervisión y control de fuentes de peligros de origen no humano –o humano no responsable, equiparables a los naturales–, como los que pueden provenir de objetos, procesos, instalaciones, máquinas, animales, fuerzas naturales o similares (para un estudio desarrollado de los múltiples supuestos, mucho más numerosos de los que a veces se citan⁹⁸, v. *infra* IV.4 a 1)), ya que dichos deberes se derivan de funciones específicas impuestas legalmente o contractualmente –o de modo similar, como pacto, delegación o transferencia–, o por asunción voluntaria de esas funciones.

2) Actuar precedente peligroso o ingerencia⁹⁹

⁹⁸ Pej., no es sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108-124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio.

⁹⁹ Se escribe a propósito ingerencia con g, (como hacen también otros penalistas hispanoparlantes, p. ej. CÓRDOBA en su traducción de MAURACH, Tratado, II, 1962, § 46 III C 4, p. 289; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia*, ADPCP 1973, p. 501 y ss.; PG, 1977, 312; ROSO CAÑADILLAS, en LUZÓN (dir.)/ROSO (coord.), DP casos PG, 2018, Cap. 19, 335 y ss.; y yo mismo: LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 269 y ss.; PJ 2 1986, 73 y ss.; DPCir, 2.ª 1990, p. 167 y ss.; trad. de Roxin, PG II, 2014, § 32/143 y ss. y n.* p. 899; Lecc. PG, 3ª 2016, 31/56 y ss., 130 y ss.; Libt 6 2017, 192 y ss., 255 y ss.; RDP 2017-2, 110 y ss., 188 y ss.), y no con j como recoge el DRAE, porque es realmente lo correcto, no sólo para ingerir sustancias o alimentos, sino también para ingerirse en un asunto, de acuerdo con su etimología latina de *ingerere*, y no de *inserere* (del que sí se derivaría injerir, como injertar o injerto): v. más ampliamente sobre ello LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la Circulación*, 2.ª ed., 1990, 167, apoyándome en la autorizada opinión en ese sentido del gran filólogo COROMINAS. Y por ese origen latino del término, por cierto, es por lo que ingerencia se escribe con g en todas las otras lenguas modernas que recogen la palabra.

a') Esa ingerencia, pese a la aceptación mayoritaria doctrinal (o de la jurisprudencia alemana) y aunque un sector la ha basado en el Derecho consuetudinario¹⁰⁰ reconocido por la jurisprudencia, era dudoso que pudiera generar un deber jurídico de garantía, hasta que precisamente es reconocida por la ley (extrapenal o penal). Por eso ese deber de garantía para algunos era un *deber no jurídico, sino ético-social* o a lo sumo basado en un principio general del Derecho¹⁰¹, salvo en alguna regulación concreta extrapenal, como en España, donde había ya una previsión de deberes administrativos de no huida, no de socorro, para el causante de accidentes de circulación, y desde regulaciones en materia de circulación en 1950, 1962 y 1967 se introdujo un deber penal de socorro con omisión pura agravada para el ingerente, que reconoce la propia ley penal, primero en leyes especiales, desde 1967 en el art. 489 bis, 3.º (luego 489 ter, 3.º) CP anterior¹⁰² y hoy en el art.195.3 CP vigente. Otra consideración sin embargo permite interpretar que la ingerencia consistente en actuación imprudente, es decir en un ilícito (no así la que supone una creación de peligro sin imprudencia, por caso fortuito, acto no ilícito), se puede basar en las

¹⁰⁰ Así en la doc. LANDSBERG, *Die sogennanten Commissivdelikte durch Unterlassung*, 1890, p. 232 y ss., p. 242 y ss. (como destaca DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 120 n. 18); TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte*, 1913, 101-104 (afirman que fue el primero en formularlo MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª 1949 -Tratado I, 2ª 1946-, § 16 IV 3, o SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 61; pero DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, que en 124 también lo cita, en 120 n. 18 señala como anterior a Landsberg); V. LISZT/SCHMIDT, Lb, 26.ª 1932, 180, n.º 17; FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 1 IV 2, V; MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª 1949, 4.ª 1953 (Tratado I, 2ª 1946, 3ª 1955), § 16 IV 3; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III B 1; JESCHECK, AT, 4ª 1988 [PG, 1981], § 58 IV 2; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 58 IV 2. En la jurisprudencia alemana RGSt 58 (1924), p. 130 y ss. (132), que basa el Derecho consuetudinario en su reconocimiento por la jurisprudencia; ya antes RGSt 46 (1912), p. 337 y ss. (343) declaraba como "jurisprudencia constante" reconocer un deber jurídico derivado de la ingerencia.

¹⁰¹ Cfr. p. ej. las exposiciones de jurisprudencia alemana tradicional, y también en doctrina, que aceptan aquí el deber de garante sin un claro y concreto fundamento jurídico, en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 308 y ss., p. 215 y ss. = *Fundamento y límites*, 1009, p. 356 y ss., p. 261 y ss.; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13/26; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/144 y ss. Fundamentaban los supuestos de ingerencia para los que no encontraban otra base jurídica en un principio general del Derecho, partiendo de la responsabilidad civil aquiliana, según el cual la acción dañosa genera no sólo obligación de indemnizar a posteriori, sino también para el agente un deber previo de no producir el daño LANDSBERG, *Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung*, 1890, 276 y ss.; TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte*, 1913, p. 101 y ss.; cfr. sobre ellos y otras fundamentaciones que buscaban para otros supuestos concretos de ingerencia DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 121-124.

¹⁰² Aunque cabía preguntarse si realmente esto era una posición de garante que pudiera fundamentar comisión por omisión.

obligaciones derivadas de delito o cuasi delito y entonces sí sería un deber de garantía jurídico, aun sin regulación legal específica¹⁰³. Tras el CP de 1995 al regularlo en el art.11 b) *ya tiene clara base jurídica* (legal) y concretamente jurídico-penal con carácter general y precisamente como deber de garante para la comisión por omisión en el art. 11 b); y además se mantiene la agravación de la omisión (pura) de socorro para el ingerente en el art. 195.3 CP, con independencia de alguna concreta regulación extrapenal.

b') Generalmente la conducta precedente peligrosa será *activa*, pero la conducta previa también podría ser una *omisión impropia creadora de peligro*, como lo reconoce expresamente el art. 11 b del CP: "Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". El supuesto más normal es por actuación previa *imprudente* peligrosa; así el más frecuente de la causación imprudente de un accidente de tránsito o laboral con víctimas que corren riesgo para su integridad o incluso su vida; o también la conducta del hostelero o de un particular que sirve muchas bebidas alcohólicas a un conductor y luego no le impide conducir un vehículo, o el dejar imprudentemente un arma cargada al alcance de alguien que la usa para suicidarse o para cometer un delito. ¿Cabe también una posición de garante por actuación *fortuita, no contraria al deber de cuidado?*: aquí existe una división enconada de opiniones¹⁰⁴. A mi juicio, en todo caso la provocación precedente fortuita

¹⁰³ Recuerdo que en ese sentido LANDSBERG, 1890, y TRAEGER, 1913 (citado en n.º 31) derivaban el deber por previa ingerencia de un principio general de las obligaciones del Derecho civil, pero de modo aún más amplio, sin exigir que el acto previo sea ilícito.

¹⁰⁴ En la doc. alemana incluyen en la generación del deber de garante tanto la acción previa imprudente como la no contraria a deber por. ej. v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 26.ª 1932, 191; WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, 209 y ss.; HERZBERG, *Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens*, JuS 1971, 74; *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 294 y ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª 1987, p. 141; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.ª 1989 [PG 2, 1995], § 46/99; BAUMANN/WEBER, AT, 11.ª 2003, § 18 II 4c. Por el contrario, rechazan la que no infringe el deber de cuidado (fortuita), entre otros muchos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5ª 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.ª 2000, § 13/35; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/35; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/p. 155 y ss., p. 160 y ss., todos con abundantes citas a favor. En la doc. española la opinión tradicional admite la ingerencia imprudente y la fortuita, pero modernamente un sector importante rechaza la fortuita como fuente de deber de garante: SILVA, en *Problemas específicos de la aplicación del CP*, CGPJ, 1999, p. 164 y ss.; VIVES, *Coment. I*, 1996, p. 83 y ss.; CERESO, *Curso III*, 2001, 264; PG, 2008, p. 985; SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, 2005, p. 215 y ss. (rechazando incluso la ingerencia imprudente); MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/59-67.

–riesgo permitido– de una situación de riesgo no es un acto ilícito, así que, si falta una previsión legal de la ingerencia, ésta no puede ser fuente extracontractual de obligaciones, y por ello no debería fundamentar deber de garante a efectos de comisión por omisión. Pero con la previsión expresa de la ingerencia como posición de garante a efectos de equiparación en el CP 1995 la cuestión es al menos dudosa, ya que el art. 11 al mencionar la creación de peligro no distingue si es imprudente o fortuita. En cambio, el art. 195, como el antiguo 489 bis o ter, sí la admite para una omisión de socorro agravada, o sea omisión propia de garante). Pero la cuestión no tiene tanta trascendencia como se le suele otorgar, porque la posición de garante por sí sola no puede fundamentar comisión por omisión y por ello, aunque se acepte la ingerencia fortuita y lícita como fuente de posición de garante, en la gran mayoría de los casos la omisión de ese ingerente no va a equivaler a la comisión activa: v. *infra* IV.4 a 2).

c') La actuación precedente peligrosa *dolosa* mayoritariamente no se suele tratar como supuesto de ingerencia que genere posición de garante¹⁰⁵ (aunque la tendrá que crear con mayor motivo aún que una actuación precedente sólo imprudente¹⁰⁶): la razón es que la actuación peligrosa inicial dolosa ya da lugar a comisión activa de un delito de causación doloso consumado

¹⁰⁵ Así tácitamente la doc. mayoritaria (al discutir sólo la actuación previa imprudente o fortuita). Para la ingerencia que sólo da lugar a omisión propia agravada en el 195.3, DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, 805 y ss. Rechaza expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de ingerencia Cerezo, Curso III, 2001, p. 264 y ss.; PG, 2008, 985, pero v. n. sig.

¹⁰⁶ Admiten expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de posición de garante por ingerencia SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 344 y ss.; en Cobo (dir.), *Coment. CP, I*, 1999, p. 67; VIVES, *Coment. I*, 1996, p. 88; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, LL 1999-1, p. 1750 y ss.; GIMBERNAT, en Cobo (dir.), *Coment. CP, I*, 1999, 417; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], §32/ p. 192 y ss., que sin embargo señala que la comisión por omisión quedará desplazada por la comisión activa dolosa; SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión*, 2005, p. 215 y ss.; DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 784 y ss., para la previa usurpación de una esfera ajena; Mir, PG, 10.^ª 2015/16, 12/67 (precisamente para fundamentar comisión por omisión, frente a la ingerencia imprudente, que sólo genera omisión propia: pp. 12/66 y ss.); LUZÓN PEÑA, PG, 3.^ª 2016, 31/58; Libt 6 2017, 195; RDP 2017-2, p. 113 y ss.; ROSO, en LUZÓN (dir.)/ROSO (coord.), *DP casos PG*, 2018, p. 335 y ss. También en principio CEREZO, Curso III, 2001, p. 264 y ss.; PG, 2008, 985, aunque prefiere llamarla creación “voluntaria”, y no dolosa, de la ocasión de peligro, porque señala (en loc. cit., n.º 49) que, si hubiera dolo respecto de todos los elementos del tipo, habría un delito de acción doloso, que consumiría la omisión posterior; igualmente admiten la ingerencia “voluntaria”, sin argumentar el nombre, NAVARRO/SOLA/ROMEO, en *Romeo/Sola/Boldova*, PG, 2013, p. 149.

–o al menos en tentativa si luego no se produce el resultado–, tanto si su autor omite luego una actuación salvadora como si no lo hace, y por ello la eventual omisión –dolosa o imprudente– posterior del ingerente doloso queda ya consumida o absorbida por el inicial delito doloso de resultado por comisión activa, tanto si se apreciara posición de garante y por ello omisión impropia, como igualmente aunque no hubiera posición de garante y se tratara de una posterior omisión propia. Sin embargo, puede haber algunos casos en que excepcionalmente el inicial delito doloso de comisión activa resulte en el caso concreto menos grave y por ello no consuma o absorba a una posterior omisión impropia dolosa¹⁰⁷; por tanto, no se debe descartar que la actuación peligrosa precedente sea dolosa y pueda generar una posición de garante por ingerencia.

d') ¿Es ingerencia generadora de posición de garante, la *conducta precedente* peligrosa-lesiva *amparada por una causa de justificación*, especialmente p.ej. por una previa legítima defensa contra un agresor, que ahora queda herido y desvalido? Ha habido discusión, aunque la doctrina mayoritaria lo rechaza¹⁰⁸. Y efectivamente debe rechazarse que una actuación

¹⁰⁷ Así p. ej. en el supuesto de la SAP Barcelona 40/2011, 30-11, en el que un hombre en una discusión por la noche en una casa inicialmente apuñala a una mujer con dolo homicida, quedando ésta gravemente herida, pero pudiendo desplazarse, bajan a la calle y decide acompañarla, primero a pie y luego en auto, a un hospital, pero cuando llegan cerca del mismo la baja del vehículo y, pese a que la mujer ya muy debilitada no se puede mover, no la entra al hospital a que la traten urgentemente, sino que decide dejarla abandonada de madrugada a una cierta distancia de la entrada y se marcha de allí en el vehículo, de modo que transcurre bastante tiempo hasta que encuentran a la mujer, que acaba muriendo desangrada, ROSO, en LUZÓN (dir.)/ROSO (coord.), DP casos PG, 2018, Cap. 19, tras analizar los hechos (p. 332 y ss.), considera (p. 335 y ss.) que habría dos calificaciones posibles del hecho, una como comisión activa dolosa de homicidio por la inicial tentativa con el apuñalamiento, que al final acaba causando la muerte, y otra como comisión por omisión por una inicial ingerencia dolosa seguida de una nueva intervención del sujeto controlando el curso del hecho aparentemente para salvar, pero que finalmente desemboca en un abandono dejándola en peor situación, y considera acertadamente que en este caso debe aplicarse la calificación por omisión impropia, porque excepcionalmente en este caso resulta más grave, ya que (p. 335 y ss.) la comisión activa por apuñalamiento se beneficiaría de una atenuante por reparación del daño y en todo caso la calificación sería sólo por homicidio, mientras que (p. 336 y ss.) en la calificación como comisión por omisión no se da tal atenuante e incluso podría calificarse como asesinato por haber alevosía en el abandono final dada la absoluta indefensión de la víctima en ese momento. Cfr. mi exposición sobre estos supuestos en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/170 y n. 61.

¹⁰⁸ Así exigen ilicitud en la acción previa, p.ej. WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 216 s.; SCHÜNEMANN, GA 1974, p. 233; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5ª 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE,

en legítima defensa genere una posición de garante que pueda producir comisión por omisión por una razón aún más clara que la indicada para la actuación precedente fortuita, ya que la legítima defensa no sólo no constituye un ilícito, sino que no produce un desvalor del resultado, que le es achacable al propio agresor, de modo que no es razonable que el defensor deba asumir un deber especial de garantía de la integridad del agresor responsable de su situación; otra cosa es que el que creó justificadamente el peligro pueda cometer luego omisión de socorro, e incluso, aunque es dudoso, pudiera darse el tipo agravado por ingerencia en el art. 195.3. Más dudoso es si genera posición de garante una previa actuación en estado de necesidad justificante, que, aunque está permitida sí provoca un desvalor del resultado¹⁰⁹.

3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes

Dichos deberes pueden derivar de una regulación legal que los imponga a autoridades o funcionarios, a determinados profesionales o empleados, o de encargos contractuales o laborales o pactos informales. Normalmente los peligros humanos no impedidos serán delitos dolosos o imprudentes, pero a veces pueden ser también circunstancias accidentales o naturales como enfermedades, o ilícitos no penales. Anticipando su calificación: En caso de comisión por omisión (muchas veces sólo omisión propia general o especial de impedir delitos), no será autoría del delito no impedido, sino sólo participación omisiva en la autoría de dicho delito por quien(es) tiene(n) el dominio del hecho, o participación imprudente impune (por omisión) en la autoría ajena de un delito imprudente.

StGB, 26.^a 2000, § 13/37; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 984; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/37, con ulteriores citas. Pero son muy numerosas las posiciones diferenciadoras: v. n. sig.

¹⁰⁹ En efecto, son muy numerosas las posiciones diferenciadoras, que rechazan posición de garante por la previa legítima defensa, pero la admiten para el estado de necesidad: p. ej. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/181-188 (con citas en n. 329); también DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 833, admite alguna actuación previa justificada como fuente de posición de garante, así para el estado de necesidad agresivo, no para el defensivo ni la legítima defensa; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/63 s. (la rechaza respecto de la previa actuación en legítima defensa o estado de necesidad, impuesta al sujeto, mientras que admite deber de garante si la previa actuación lícita la ha buscado voluntariamente). Mi posición, expuesta en el texto, ya en LUZÓN PEÑA, *Libt.* 6 2017, p. 195 y ss.; RDP 2017-2, 114 s.; también en PG, 3.^a 2016, pp. 31/59, pero sólo sobre la legítima defensa.

6. Distinción entre deberes por competencia institucional y deberes por (auto)organización (JAKOBS)

Una posición peculiar es la distinción de JAKOBS¹¹⁰, que aquí sólo vamos a exponer sintéticamente, entre deberes en virtud de competencia institucional”, es decir por desempeñar el garante funciones por la posición que ocupa dentro de una institución pública o privada: parentesco en la familia, funcionarios en el ejercicio del cargo, determinadas profesiones, y “deberes en virtud de competencia por organización”, que puede ser organización pactada con otros, como en los deberes de aseguramiento del tráfico, o bien “autoorganización” del propio sujeto, como en la asunción o en la ingerencia. Esta teoría ha encontrado un seguimiento bastante limitado¹¹¹.

La distinción alude al origen y fundamento material (en vez de a la fuente formal) de los deberes de garante (aunque ROXIN¹¹² dice que coincide prácticamente con la distinción de las funciones de ARM KAUFMANN, en el sentido de que los deberes por organización se corresponderían con los deberes de control de fuentes de peligro y los deberes por competencia institucional con los de protección de bienes jurídicos; ello no es siempre así, porque deberes institucionales encomendados oficialmente por ej. a funcionarios o a profesionales pueden ser también deberes de control de peligros, por ej. de hacer frente a actuaciones delictivas por la policía, o a eventuales incendios por los bomberos). En la terminología peculiar siempre de JAKOBS, competencia quiere decir misión, cometido, función dentro de una institución. En cuanto a la modalidad de deberes por autoorganización, la distinción se debe a que JAKOBS, partiendo de un concepto negativo de acción o conducta como no evitar evitable (en su fórmula, evitabilidad de

¹¹⁰ AT, 2: ^a 1991 [PG, 2.^a 1997], pp. 28/14 y ss., pp. 29/101 y ss.

¹¹¹ Así VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, 1993, passim; BACIGALUPO, en *Conde-Pumpido* (dir.), CP, I, 1997, p. 434 y ss.; LASCURAÍN, *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 49 y ss., y partiendo de ella desarrolla (p. 53 y ss.) un planteamiento similar; PÉREZ DEL VALLE, Lecc. PG, 2016, 97 (aunque sin citar a Jakobs; aquí y en p. 123 y ss., coincidiendo también con la bipartición jakobsiana, aplica ese planteamiento sobre las posiciones de garante no sólo a los delitos de omisión, sino también a los de acción). Aceptándolo en gran medida DA PALMA, PG, 2013, p. 72 y ss., p. 68 y ss.; una cierta influencia hay también en los planteamientos de DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 741 y ss.

¹¹² Así ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/7, p. 17.

una diferencia de resultado¹¹³), también sostiene que los delitos de comisión activa son delitos omisivos de garante: y que la posición de garante deriva precisamente de que en su forma de organizarse el sujeto se interfiere en la esfera jurídica o bienes jurídicos de otros¹¹⁴.

Con independencia de otras cuestiones discutibles, como la de si tal bipartición no es demasiado reduccionista, en todo caso esta posición presenta un importante déficit de fundamentación: se da por sentado que es evidente, y por ello no se busca la menor base legal o jurídica concreta a esta tesis, que el sujeto que organiza su esfera jurídica interfiriendo esferas jurídicas ajenas se ha de convertir automáticamente en garante de los bienes jurídicos ajenos¹¹⁵; y por ello y por no especificar ni prestar suficiente atención a la concreta fuente jurídica en que se concretaría esa pretendida “competencia” por autoorganización o institucional, en varias ocasiones esta posición va a dar por buena la existencia de posiciones de garante sin comprobar si verdaderamente existe un deber jurídico de garantía: v. a continuación I.7.

Por otra parte, el criterio jakobsiano sigue centrado en la perspectiva de buscar el origen de los deberes de garante, aunque a diferencia de la teoría de las fuentes formales, adentrándose en la razón material de por qué social y jurídicamente se atribuye a una persona deberes o posiciones especiales de garantía; pero prescinde de la perspectiva, también material, de la distinta función o finalidad que cumplen o pretenden cumplir esos deberes de garante: o bien vigilar y controlar una fuente muy concreta de peligro, a veces latente, pero a veces incluso ya en marcha, para alguno o para múltiples bienes jurídicos, o bien proteger algún bien o algunos bienes jurídicos frente a todos los múltiples e inconcretos posibles peligros que puedan afectarlos. Y no se puede ignorar esa perspectiva de la función material, que ya había destacado perspicazmente ARM. KAUFMANN, y que es esencial, porque, como veremos (*infra* IV.3 h 1 y 2 a', 4 a y b), la diferencia de situación con mucha mayor concreción de la situación de peligro y mayor sencillez de la labor de contrarrestarlo en los garantes de control hace más plausible en muchos de ellos afirmar la equivalencia con la comisión activa que en los supuestos de los garantes de protección, con mayor inconcreción y amplitud de las posibles futuras situaciones de peligro y mayor dificultad para el garante de cumplir esa protección.

¹¹³ JAKOBS, AT 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/32. Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, pp. 10/32.

¹¹⁴ JAKOBS, AT, 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], pp. 28/14 y ss., pp. 29/101 y ss.

¹¹⁵ Así lo he criticado ya en LUZÓN, Libt. 6 2017, 197; RDP 2017-2, p. 117.

7. Ventajas e inconvenientes de la teoría formal y de las teorías materiales. La delimitación de los auténticos deberes jurídicos de garantía mediante los criterios de la teoría formal

Las teorías materiales tienen la ventaja de poner mejor de relieve el sentido real que cumplen y las características comunes de las diversas posiciones de garantía, especialmente la de las funciones de ARM. KAUFMANN, que permite destacar la diferencia entre la función de vigilar y controlar una concreta fuente de peligro frente a múltiples posibles bienes jurídicos afectados por el mismo y la función de proteger a algún bien jurídico concreto frente a múltiples, numerosísimos e indeterminados por futuros y aún inexistentes eventuales peligros (y como veremos, es más posible que en este segundo caso no haya equivalencia). Por el contrario, ello no lo destaca la teoría de las fuentes formales de las posiciones de garante, que efectivamente peca de formalismo, pero a cambio tiene la ventaja de dar mayor precisión, seguridad y limitación a la fijación de los auténticos deberes jurídicos especiales, mientras que la teoría de las funciones no le da demasiada importancia a si éstas derivan de auténticos deberes jurídicos y propende a una expansión excesiva de las posiciones de garante. En efecto, la teoría formal, al limitar las fuentes inicialmente a la ley y el contrato, y más tarde ampliarlas también a la ingerencia, tiene la virtud de adoptar una posición muy estricta, incluso restrictiva, sobre cuándo puede haber auténticos deberes jurídicos de actuación especiales para algunas categorías de personas; y no hay que olvidar que la regulación legal del art. 11 CP, igual que la del § 13 StGB, exige como primer requisito para la comisión por omisión que infrinja “un especial deber jurídico del autor”¹¹⁶.

Prescindiendo por el momento del actuar precedente peligroso o injerencia, que durante un buen periodo era dudoso si generaba un deber jurídico y luego tuvo un reconocimiento legal parcial en la omisión de socorro agravada, pero que ahora está reconocida como fuente de deber de garante precisamente por el art. 11, la remisión de éste a la ley y al contrato señala las fuentes más evidentes de deberes u obligaciones. La ley, entendida aquí en el sentido amplio de norma

¹¹⁶ Así, pese a criticar la redacción de las tres fuentes de posición de garante mencionadas en el art. 11 CP por su excesivo formalismo, consideran sin embargo que el respeto al principio de legalidad exige que haya un deber jurídico especial y no puede bastar la asunción fáctica o desempeño material de funciones de garante sin ese deber jurídico CERESO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986; siguiéndole NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, p. 150.

escrita de un poder público puede imponer tanto en el Derecho público como en el privado, además de deberes generales a los ciudadanos, deberes específicos a categorías concretas, como autoridades o funcionarios, profesionales, empresarios, directivos, parientes, etc. Y en Derecho privado el contrato o figuras asimiladas es fuente de deberes y obligaciones para las partes (la voluntad de las partes es ley entre ellas). Pero si somos más exactos, como es bien sabido, en Derecho privado desde el Derecho romano se efectúa una división tripartita de las fuentes de las obligaciones: contratos, cuasicontratos y actos ilícitos, que es cuatripartita si se divide el elemento actos ilícitos: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasi delitos¹¹⁷, en estos dos últimos casos en definitiva el acto ilícito, penal o no, que causa un daño o perjuicio; y el CC español el art. 1089 establece: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, por tanto de ilícitos tanto penales como extrapenales. Los deberes provenientes de estas fuentes son en última instancia deberes de reparar e indemnizar si se produce el daño, pero primariamente en los contratos o pactos cuasicontractuales son obligaciones; y del mismo modo puede entenderse que los actos ilícitos, antes del deber de reparar el daño si se llega a producir, en la fase de peligro, generan previamente la obligación especial de evitar el daño o resultado o contrarrestar el peligro producido por el acto ilícito. Si es así, ello da base para legitimar que de la ingerencia de carácter ilícito (imprudente pero no cuando haya habido caso fortuito u otra causa de justificación en la previa conducta creadora del peligro), ya antes de su reconocimiento expreso por el art. 11, surgía un deber especial de evitar el resultado.

Pues bien, aplicando los mencionados criterios se puede delimitar con bastante rigor los *deberes jurídicos* de garante de los *deberes meramente éticos o ético-sociales*:

¹¹⁷ En una evolución que va desde la inicial división de GAYO incluyendo sólo el contrato y el delito –civil– (Gaius, *Institutiones*, 3,88: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), hasta la cuatripartición recogida en las *Institutiones* de Justiniano, I, 3, 13, 2: *ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu y quasi ex maleficio* (o *ex delicto*): Cfr. DE LOS MOZOS, *Clasificación de las fuentes de las obligaciones*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 6, 1994, p. 103 y ss., 116; RODRÍGUEZ ENNES, *En torno al derecho romano de obligaciones*, AFDUCorñ (Anuar. Fac. Der. Univ. Coruña)5 2001, (p. 693 y ss.), p. 701 y ss., p. 707.

Así, hay deberes a lo sumo sólo morales, como ya he advertido, en muchos casos de la comunidad de peligro y en la mayoría de los de convivencia o comunidad de vida¹¹⁸ (v. *supra* I.5. a 2-3), o entre familiares no muy próximos y no legalmente obligados (v. *supra* I.5. a 1), o cuando autoridades o funcionarios no tienen obligación legal o incluso pactada de actuar y se pretende basar su posición de garante en el deber general de las Administraciones de actuar al servicio de la sociedad (v. *supra* I.5. a 5). En cambio, en algunos de los deberes que han sido discutidos, sí se puede encontrar un fundamento jurídico al deber de garante: Así en los casos de actuaciones precedentes peligrosas ilícitas, incluso en los ordenamientos que no reconocen explícitamente la injerencia como sí hace ahora el art. 11 CP (por generar la injerencia ilícita obligaciones derivadas de delito o cuasidelito: v. *supra* I.5 b 2 a'-b'). En la transferencia o delegación de responsabilidad hay acuerdo o pacto, aunque no sea contrato estricto (v. *supra* I.4 a 4), 3.º). La asunción unilateral de una función de protección o de supervisión y control, si se mira bien, realmente supone un pacto tácito entre el asumidor y la colectividad (v. *supra* I.4 a 4), 1.º): al hacerse cargo, transitoriamente o con más estabilidad, de la protección de bienes jurídicos o personas desprotegidas o del control de un peligro, la colectividad acepta esa oferta del sujeto¹¹⁹ y por eso no busca o encarga a otra persona, al menos hasta que considera que debe sustituirla.

Pero hay que volver a advertir de que los **deberes de garante**, fundamentados jurídicamente mediante una fuente formal y explicados materialmente en cuanto a su función, **no**

¹¹⁸ Por no ser deberes jurídicos los rechaza como deberes de garante p. ej. SAINZ CANTERO, *Lecciones PG*, 3.ª 1990, p. 519: no hay cauce positivo para la admisión de ambas clases (sólo admite los derivados de ley, aceptación especial y conducta anterior).

¹¹⁹ Similar SILVA, CPC 1989, 376 n.º 39 i.f., refiriéndose a su criterio del compromiso de barrera de contención como fundamento de la omisión impropia: “el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad”. En sentido contrario, SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 353 (Fundamento, 2009, 403), refiriéndose al médico de urgencias que no atiende a un paciente que llega allí, sostiene que “la asunción de un servicio de socorro sólo genera una posición de garante si se efectúa frente al titular del bien jurídico o frente a un garante mediante un acto de confianza. Por el contrario, una *asunción frente a la colectividad* sólo crea una canalización de los deberes generales de socorro del § 330 c [omisión de socorro] y por ello no puede fundamentar *ninguna* relación de dominio concreta”. Pero eso es porque se está refiriendo a los médicos que al estar en el servicio de urgencias están asumiendo su disposición y deber de atender y proteger a los potenciales usuarios que lleguen a ese servicio, pero aún no han asumido el tratamiento de un paciente en concreto. Mientras que en el texto me estoy refiriendo a la asunción efectiva de la protección de una persona concreta incapacitada para solicitarla o del control de un peligro concreto como pacto del asumente con la colectividad.

son suficientes para que haya omisión impropia, sino que, desde antes del art. 11 del CP 1995, tal omisión del garante ha de equivaler a la comisión activa para que pueda subsumirse en el tipo legal correspondiente y respetar el principio de legalidad, exigencia que afortunadamente hoy consagra expresamente dicho art. 11. Y este segundo y decisivo requisito no lo satisfacen por sí solas ni las teorías formales ni las materiales sobre las posiciones de garante; es más, mayoritariamente unas y otras se han caracterizado por despreciar el requisito de la equivalencia y sostener que la omisión de quien tiene un especial deber jurídico de garante y podía evitar el resultado actuando ya es *eo ipso* comisión por omisión¹²⁰.

II. Autoría y participación en comisión por omisión

1. Posibilidad de distinción entre autoría y participación en la comisión por omisión. Su negación por los conceptos unitarios de autoría o de cooperación

Es perfectamente posible distinguir entre autoría y participación por omisión (igual que podría ser activa). La autoría de un delito en comisión por omisión presupone, igual que en los delitos comisivos normales, que la conducta del sujeto realice el tipo del delito de resultado, lo que requiere dominio del hecho –excepto en supuestos excepcionales de algún delito de infracción de deber–; mientras que la participación (cooperación) por omisión no realiza, sino que sólo favorece la realización del tipo por otro autor. Sin embargo, esa forma de distinción la niega la posición que cree inaplicable (por incompatible) el dominio del hecho a los delitos omisivos, por creer que el dominio del hecho requiere dominar mediante actividad un curso

¹²⁰ Así la doc. dom. De la doc. alemana, entre muchísimos, MEZGER, *Strafrecht*, 3.^a 1949 (Tratado I, 2.^a 1946, 3.^a 1955), § 16 III. 2, IV; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 5.^a 2002], § 59 IV (en V con una ligera excepción exigiendo algo más para la correspondencia en los tipos con modalidades limitadas de ejecución); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/2 y ss. (todos con ulteriores numerosas citas). De la doc. de habla española cfr. solamente, p. ej., JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado DP, III, 2.^a 1958, p. 416 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, 1977, p. 307 y ss.; SAINZ CANTERO, Lecciones DP, PG, 3.^a 1990, p. 518 y s.; BUSTOS, Manual PG, 4.^a 1994, p. 383 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a 1995, p. 387 y s.; POLAINO, PG II, 2000, p. 271 y ss. Exponiéndolo como doc. dom. DONNA, PG, VI, 2010, p. 260 y ss., aunque él acaba siguiendo (p. 319 y s.) la exigencia del dominio de Schönemann.

causal material, lo que no se da en la omisión¹²¹, con lo que en consecuencia se defiende un concepto unitario de autoría en todo garante que omite cumplir su deber especial (salvo algunos que aplican un criterio de distinción diferente). Ello no es correcto porque, como vamos a ver a continuación, sí cabe dominio o determinación objetiva del hecho en la comisión por omisión para caracterizar a la autoría, distinta de la simple participación por omisión; v. ampliamente *infra* II.2, IV.4 y 5.

Un sector, que parte igualmente de la inaplicabilidad del dominio del hecho, mantiene una teoría de distinción según la clase de la posición de garante o de deber (“teoría del contenido del deber”): Si el sujeto infringe un deber de garante de protección o de protector (de un bien jurídico frente a cualquier peligro) es siempre autor si no impide que un tercero lesione ese bien jurídico, y en cambio si infringe un deber de garante de supervisión y control de una fuente de peligro es siempre sólo cooperador si no impide que un tercero utilice esa fuente de peligro de modo

¹²¹ Ciertamente, como he fundamentado en otros lugares (LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 31/17 y ss.; *Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa*, LH-Mir Puig, 2017, p. 692 y ss. (p. 685 y ss.); Libt 6 2017, p. 165 y ss.; RDP 2017-2, p. 75 y ss.), en la omisión no hay auténtica causalidad con el resultado, salvo para las posiciones minoritarias que defienden una causalidad hipotética o negativa o una causación conforme a las leyes naturales: cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, pp. 31/11 y ss.; LH-Mir Puig, 2017, p. 686 y ss.; Libt 6 2017, p. 158 y ss.; RDP 2017-2, p. 67 y ss. Estas posiciones que no admiten el dominio del hecho en la omisión impropia suponen el mismo tipo de argumentación que la posición finalista que niega el dolo en toda omisión por no haber control o supradeterminación de un curso causal: v. críticamente ya LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 30/40 s., e *infra* II.1.

lesivo¹²². Esta posición no es convincente, en primer lugar porque si un tercero responsablemente realiza activamente el delito es el único que domina o en caso de imprudencia determina objetivamente el hecho, y el garante omitente, sea de la clase que sea, no posee esta circunstancia y por ello no puede ser autor (salvo en el caso excepcional de que se trate de un puro delito de infracción de deber), y en segundo lugar porque, aun suponiendo que en los delitos omisivos el criterio general de autoría fuera la mera infracción de ciertos deberes, no estaría justificado que fuera más grave y por ello fundamentara autoría la infracción de deberes de protección que la de deberes de supervisión y control¹²³.

2. Criterios de distinción de la autoría en comisión por omisión de la simple participación: dominio del hecho y determinación objetiva del hecho; autoría por infracción de un deber especial

2. a) La aplicabilidad del criterio normal de la determinación objetiva y positiva del hecho (dominio del hecho con dolo) a la autoría en comisión por omisión; sólo participación de no concurrir el criterio

Una omisión de garante que equivalga a la comisión activa puede ella sola dominar el hecho de un tipo de resultado o determinarlo objetivamente si es imprudente: cuando el garante que se daba por seguro que controlaba o iba a controlar el peligro de pronto lo descontrola al omitir dolosa o imprudentemente (o sea, normativamente crea o aumenta un peligro relevante,

¹²² Así lo formuló SCHRÖDER: v. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.^ª 1974, antes del § 47/105 y ss.; también HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, 257 y ss.; *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, 82 y ss.; ESER/BURKHARDT, *Strafrecht II*, 3.^ª 1980, caso 27 nm. 22 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 29.^ª 2014, antes del § 25/103 y ss. Similar SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 377= *Fundamento y límites*, 2009, 428, cuando dice que el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima (deber de protección) fundamenta autoría, mientras que el dominio sobre una cosa peligrosa (deber del tráfico) fundamenta sólo cooperación (y él mismo cita en n. 77 como similar a SCHÖNKE/SCHRÖDER); pero es porque distingue según que el dominio sobre el fundamento del resultado abarque el resultado directamente o sólo mediando el libre hecho de un agente activo, de modo que al hablar de dominio sobre una cosa peligrosa se está refiriendo, sin decirlo expresamente, a que el garante de supervisión de un peligro no controle la utilización de éste por una acción de un tercero; por eso añade que la posición de garante de vigilancia dará lugar a autoría mediata si el no vigilado es incapaz penalmente, o sólo a inducción si es un imputable. Con estas conclusiones sí se puede coincidir.

¹²³ Para una crítica más amplia cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/159-165.

que ahora va a seguir necesariamente un curso lesivo) y no hay una intervención activa ajena que por su energía física sea la que determine objetivamente (o incluso domine dolosamente) el curso peligroso, y será por ello autoría del delito en comisión por omisión. (Sobre la fundamentación de que pueda existir dominio o determinación del hecho cuando el omitente crea el riesgo de un necesario curso natural sin que se interponga decisión humana v. *infra* IV.4 y 5; sobre las posibles formas de autoría v. *infra* II.3. O puede que sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, concretamente cooperación por omisión; v. ampliamente *infra* IV.5.

2. b) ¿La infracción de deber como criterio unitario de autoría?

Una posición, cuyo principal defensor es ROXIN¹²⁴, mantiene que los delitos omisivos son delitos de infracción de deber o delitos contra deber (*Pflichtdelikte*), porque no rige en ellos el dominio del hecho, es decir, que es autor todo aquel que omita cumplir su deber de actuación, con independencia de si interviene él sólo o sólo permite la intervención activa de otro, que será autor comisivo; por ello afirma que es autor de homicidio por omisión el padre que observa impasible cómo la madre ahoga al recién nacido cuando podía haberlo evitado. Según esto, en la comisión por omisión se será siempre autor y no partícipe, salvo en casos excepcionales en que la autoría requiera algún requisito típico adicional¹²⁵, es decir, se defiende aquí un concepto unitario de autor. Este entendimiento podría parecer en principio adaptarse muy bien a la omisión impropia, dado que en la misma hay que incumplir un deber jurídico especial, el de garante. Pero realmente no es así y es incorrecto considerar a los delitos impropios de omisión como delitos de infracción de deber: En primer lugar, porque ya en la concepción de los mismos ideada por ROXIN para los delitos comisivos en general, en el delito de infracción de deber lo único que cuenta es la vulneración del deber especial, con independencia de si el sujeto actúa y realiza el tipo o si sólo permite que otro lo realice o sólo favorece la realización ajena, y aplicando esto a la omisión

¹²⁴ AT II, 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/140 y ss., donde lo predica respecto de todas las omisiones, pero luego en sus ejemplos se refiere únicamente a omisiones impropias.

¹²⁵ ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 31/140, añade ciertamente que para ser autor quien incumple su deber tiene que reunir además otros eventuales requisitos típicos: en la omisión impropia el que con su intervención hubiera podido impedir el resultado; o en un delito de propia mano llevar a cabo la actividad corporal, por cuya razón el padre que no impide actos incestuosos de sus hijos no es autor, sino sólo cooperador por omisión en un incesto; o el vigilante que no impide un robo que podía evitar sólo será cooperador omisivo y no autor, porque el robo exige ánimo de apropiación del que el vigilante carece.

impropia significaría que lo único que cuenta es que un garante incumpla su deber especial; pero como ya hemos visto, ello es totalmente insuficiente, ya que en los ordenamientos donde no hay regulación legal general, la omisión del garante tiene además que equivaler plenamente a la comisión activa para encajar en el tipo, y ese mismo requisito adicional (equivaler, o en el StGB corresponderse con la comisión activa) lo exigen las cláusulas generales de códigos como el español, alemán, austríaco y otros. Y, en segundo lugar, porque, además, como acabamos de ver, no es cierto que en la comisión por omisión no pueda operar como criterio de autoría el dominio o determinación objetiva del hecho, y por ello el garante omitente que no lo hace, sino que sólo favorece o facilita la conducta de un tercero autor que domina el hecho, únicamente puede ser partícipe, concretamente cooperador.

2. c) ¿Delito de infracción de deber en algún caso especial de comisión por omisión dolosa?; ¿en delitos imprudentes de comisión por omisión?

Ello no obsta a que, por una parte, en la parte especial de modo bastante excepcional la ley tipifica *algunos delitos dolosos que son realmente delitos contra deber o de infracción de deber* en el sentido expuesto, p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado de los mismos; y entonces naturalmente que pueden realizarse en comisión por omisión y es legalmente indiferente si estructuralmente la conducta domina o sólo favorece el hecho. Por otra parte, en algunos supuestos de delitos imprudentes la interpretación de las normas de cuidado infringidas puede llevar a la conclusión de que habrá *autoría imprudente en comisión por omisión como delito de infracción de deber*, es decir, *sólo por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro, aunque tal omisión no cree el peligro ni determine objetivamente el hecho, sino que sólo permita que se produzca la lesión del bien jurídico por la conducta imprudente de otros y por tanto en principio y conforme a las reglas generales no sería autoría de un delito en comisión por omisión*. Sobre todo ello véase con más detalle *infra* IV.6.

3. Formas de autoría en comisión por omisión¹²⁶

¹²⁶ Cfr. ampliamente ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/124-175; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, 2005, p. 157 y ss.

Puede haber autoría directa unipersonal, con o sin otros partícipes. Coautoría en los casos en que las omisiones de dos garantes se realicen conjuntamente y la conjunción de ambas domine (o determine objetivamente) el hecho; ej.: dos sanitarios al cuidado de algunos enfermos graves en una unidad de cuidados intensivos se entretienen jugando a las cartas y no renuevan a su hora el suero con medicación de los enfermos provocando, imprudentemente o más raramente con dolo eventual, lesiones o muerte de algunos. También puede darse, aunque ciertamente sea infrecuente, autoría mediata en omisión por omisión; ej. un familiar garante omite dolosa o negligentemente controlar a un menor inimputable que tiene bajo su custodia cuando éste ataca y lesiona algún bien jurídico ajeno, y el garante responde como autor mediato doloso o imprudente de la producción de ese resultado lesivo.

4. Participación activa en un delito omisivo impropio. Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión

La participación en un delito omisivo impropio puede ser por supuesto activa, induciendo y convenciendo al omitente garante o facilitándole materialmente o con apoyo moral su actuación que es la que domina el hecho. Pero la forma que en este contexto nos interesa es la mera participación en comisión por omisión, que también es posible: sobre ella v. IV.5 a, b.

III. Equivalencia (o, según los ordenamientos, correspondencia) con la causación activa o comisión activa: exigencia de la tipicidad aun sin consagración expresa en un precepto de la Parte General

1. Las regulaciones legales

La tipicidad de un delito comisivo y el respeto al principio de legalidad requieren que la omisión del garante sea subsumible dentro de la descripción legal de ese delito comisivo de resultado. Ello desde luego era así antes de la introducción en la PG de algunos CP como el español o el alemán de cláusulas que expresamente consagran y regulan la comisión por omisión, y es así sin duda en los ordenamientos que no contienen dichas cláusulas generales; por lo cual la conducta omisiva, para encajar en un tipo comisivo de resultado, tiene que equivaler exactamente

a la causación activa (razón por la cual ha habido posiciones que, negando que se dé esa equivalencia, han considerado que admitir la comisión por omisión sería vulnerar el principio de legalidad criminal¹²⁷). Pero es que además, tras la introducción en el CP español de 1995 de la cláusula general sobre comisión por omisión del art. 11, éste no se conforma con un deber jurídico especial de garante, sino que exige además equivalencia con la comisión activa: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Con una fórmula similar el § 2 del StGB austríaco de 1974 requiere que la omisión de evitación del resultado por el especialmente obligado “sea equiparable a” la realización activa del tipo legal. Y la cláusula paralela del § 13 del Código alemán, introducida en 1969 en una nueva PG del StGB que entró en vigor en 1975, sin llegar a exigir equivalencia estricta, como inicialmente exigían los proyectos de reforma, requiere al menos “correspondencia”: que la omisión del garante además se corresponda con la comisión activa¹²⁸.

El origen de la cláusula española de la regulación general de la omisión impropia exigiendo equivalencia del art. 11 CP 1995 está en el art. 10 de los BAP (Borrador de Anteproyecto) 1990, AP 1992 y P 1992 (art. que no mencionaba el deber jurídico especial: “Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido el texto de la Ley, a su causación”) y más aún en el art. 11 del AP 1994 y P 1994 (“Los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”), prácticamente idéntico a la

¹²⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, pp. 31/3 y ss.

¹²⁸ En efecto, como expone ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 32/221 y ss., en 1968 la Comisión especial de reforma del Derecho penal sustituyó en el nuevo § 13 ap. 1 el requisito de ser “equivalente” a la comisión mediante hacer, que figuraba en los proyectos de 1959, 1960 y 1962, por el de que la omisión “se corresponda con” (*entspricht*) dicha comisión activa; y ello se hizo de modo plenamente consciente, porque al mismo tiempo se introdujo un ap. 2 con la posibilidad de atenuación facultativa de la pena, lo que significa que, si se atenúa, ello estaría en abierta contradicción con la equivalencia con el hecho comisivo activo “correspondiente”.

primera parte del precepto finalmente contenido en el CP actual; en cambio el P 1980 y el AP 1983 no habían incluido un precepto así. El art. 11 ciertamente se inspira en su primera parte en el modelo de los StGB alemán y austríaco, pero inclinándose por la equiparación requerida en el segundo y más aún, de modo muy loable por la total equivalencia según el sentido del tipo legal, no conformándose con el deber especial de garante, y sin posibilidad de atenuación de la pena.

Pero a esos textos de los citados Anteproyectos y Proyectos el art. 11 CP 1995 desafortunadamente le añadió un segundo inciso que reza: “A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:/ a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar./ b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.” Esta segunda parte, añadida en 1995 al proyecto inicial, que no la contenía¹²⁹, ha sido objeto de múltiples críticas¹³⁰. Y en efecto no es acertada: Primero porque utiliza la teoría formal de las fuentes de posición de garante en su versión más antigua, y no menciona otras muchas posiciones de garante actualmente reconocidas o discutidas. (Sin embargo, tiene un aspecto positivo: que aclara que hay deber jurídico especial de actuar en caso de ingerencia, donde no estaba totalmente claro que hubiera un deber jurídico de actuar, mientras que en la ley y el contrato el deber jurídico es indudable). Además, puede introducir la duda de si para el CP esos tres son los únicos deberes jurídicos de garantía, como interpreta algún autor¹³¹; aunque esa interpretación no es en absoluto obligada, pues la redacción legal no dice en

¹²⁹ La redacción inicial del proyecto del CP fue modificada añadiendo dicho inciso 2º al aceptarse durante su tramitación parlamentaria una enmienda del grupo parlamentario del PNV; así lo señalan MACIÁ GÓMEZ/ROIG ALTOZANO, *Nuevo CP de 1995*, 1996, 52; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 528; DOPICO, *Omisión e ingerencia*, 2006, 700.

¹³⁰ VIVES, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 528, destaca que la inclusión de un segundo inciso en el art. 11 “ha provocado un aluvión de críticas”. Así lo han criticado efectivamente todos los que proponen interpretaciones correctoras restrictivas del tenor legal citadas *infra* en n. 64. Una enumeración de las críticas más acerbas puede verse en DOPICO, *Omisión e ingerencia*, 2006, 706 (con citas del TS, Gimbernat, Mir, Silva, Huerta y Bacigalupo). No obstante, como lamentablemente tantas veces ocurre con las regulaciones legales desafortunadas y mayoritariamente criticadas, ello no ha servido para que en las modificaciones sin número experimentadas por el CP 1995 desde su aprobación se aprovechara alguna para suprimir el inciso 2.º o al menos cambiar su redacción explicando simplemente que en esos tres supuestos de ley, contrato o ingerencia hay un deber jurídico especial de actuar.

¹³¹ Así VIVES, *Coment. I*, 1996, 86; Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 529 y s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comp. PG*, 6.ª 2016, 264; DOPICO, *Omisión e ingerencia*, 2006, 705-707; parece compartir esta posición MORALES, en QUINTERO/MORALES, *Coment. CP*, 7.ª 2016, 137 s.

absoluto que sean los únicos supuestos, de modo que hay que reconocer que existen otros muchos deberes jurídicos especiales, a los que alude el inciso primero¹³².

Pero sobre todo, la mala redacción añadida por la 2ª parte del art. 11 en el CP 1995 en su literalidad parece dar a entender que toda omisión de evitar un resultado si el deber de garante deriva de ley, contrato o injerencia se equipara *eo ipso* a la causación activa y es por ello comisión por omisión, cuando eso no es cierto porque hay muchos casos de esas omisiones de garante que sin embargo sólo son omisiones propias de mayor gravedad y ello lo reconoce en otros preceptos de la Parte especial el propio CP¹³³: así lo reconoce en el art. 195.3 para la omisión de socorro agravada del inherente causante del accidente que produce una víctima en grave peligro, o en el 189.6 para el encargado de un menor o discapacitado que no impide su prostitución o corrupción, o en el art. 407.1 para un garante legalmente obligado, autoridad o funcionario que abandona su destino para no impedir delitos o ciertos delitos muy graves y sin embargo no es castigado como autor o partícipe por el delito no impedido, sino por una omisión propia ciertamente más grave que la del art. 408 (omisión de perseguir delitos por el funcionario obligado). Ello **obliga a una interpretación correctora** y restrictiva de la misma, entendiendo que también la **omisión de los deberes especiales de garante por ley, contrato o injerencia sigue sometida al requisito general de la equivalencia**, como ha propuesto buena parte de la doctrina¹³⁴. Por tanto, la 2ª

¹³² Así lo señala expresamente p. ej. SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 68; Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 462 y s., poniendo el ejemplo de la posición de garante por asunción fáctica del compromiso de protección, en el que hay indudable equivalencia, aunque no encaje en ninguno de los tres supuestos citados en el art. 11. Y la gran mayoría de la doc. española reconoce, como ocurre en otros países, otros deberes de garante distintos de los tres de las tradicionales fuentes formales recogidas por el inciso segundo del precepto.

¹³³ Así argumentan igualmente GIMBERNAT, *Prólogo a CP*, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 417 s.; SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 462; DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, 696; que ponen también el ejemplo de la omisión de socorro del causante del accidente del art. 195.3 y el del art. 189.2 (hoy 189.6, o sea el encargado de un menor o incapaz que no impide su prostitución), y el primero añade el ej. del art. 329.1: autoridad o funcionario competente que no inspecciona o silencia en su inspección actividades contaminantes.

¹³⁴ P. ej. SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 67 y ss.; Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 461 y ss.; GIMBERNAT, *Prólogo a CP*, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 417 y s.; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) *Coment. CP, I*, 1999, 528 y s.; CEREZO, *Curso III*, 2001, 266; PG, 2008, 986 (en ambas eds. propugna “una interpretación teleológico-restrictiva del precepto” exigiendo

parte del art. 11 debe entenderse en el sentido de que *en esos tres supuestos la ley considera que se da sin necesidad de interpretación* el primer requisito para la imputación del resultado, o sea *el deber jurídico especial* y con él el *primer presupuesto de la equiparación*; pero que también en esos tres casos para la comisión por omisión será precisa la exigencia general del primer inciso de equivalencia según el sentido del tipo legal con la causación activa, y si no se da la equivalencia, no habrá comisión por omisión¹³⁵.

2. Justificación como baremo para la equivalencia del criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión misma

En diversos trabajos míos desde los años 70 y 80 fui elaborando el criterio de que la completa equivalencia de una omisión impropia a la comisión activa, cuando se trata de subsumir la conducta omisiva en un tipo de resultado como equivalente a su causación activa (y la equiparación no ha sido establecida por decisión legal expresa en un tipo de la PE), requiere que

además de los deberes jurídicos especiales formales la asunción real de posiciones materiales de garante de protección o de control); DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696-707, 803; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149 s.; MORALES (en QUINTERO, Coment. CP, 7.^a 2016, 137 y ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 31/30; Libt 6 2017, 178 y s.; RDP 2017-2, 92 y s.

¹³⁵ Nótese que la (defectuosa) redacción del inciso 2.^o no dice que en esos tres supuestos la omisión “equivaldrá según el sentido del texto de la ley” a la causación del resultado (que, si lo dijera, sí significaría que en esas tres de clases de deberes de garante la ley ya hace una aclaración de equivalencia que no sucede en otros deberes jurídicos especiales, aunque a continuación se daría la contradicción con regulaciones de signo contrario en la PE), sino sólo dice que “se equiparará a la acción”. Siendo así, y dado que la propia ley penal pone de manifiesto en diversos preceptos de la PE que algunas omisiones de garantes legales, contractuales o por injerencia previa no equivalen a la causación activa, la fórmula “se equiparará a la acción” ha de interpretarse en el sentido de que en los deberes de garante legales, contractuales o por previa injerencia la omisión es equiparable en principio, o sea que cumple en principio el primer requisito para la imputación, el de infringir inequívocamente un deber jurídico especial de impedir el resultado; pero a continuación habrá que examinar si se cumple el segundo y decisivo requisito especificado en el inciso primero, el de la propia equivalencia, que no tiene sentido –ni es la interpretación axiológicamente más conveniente– considerar derogado y convertido por el inciso 2.^o en prácticamente inaplicable para una parte enorme de las posiciones de garante. Destacan también esta argumentación para apoyar la interpretación restrictiva SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment. CP, I, 1999, 461 s.; VIVES, en Cobo (dir.) Coment. CP, I, 1999, 528: evitar “una inadmisibles *interpretatio abrogans* del inciso primero”; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 698 (igual que Vives, pero sin citarlo); MORALES, en Quintero/Morales, Coment. CP, 7.^a 2016, 137 y s.

desde la perspectiva normativa –socialmente o jurídicamente– se pueda afirmar que la omisión misma crea o aumenta decisivamente un peligro o riesgo, al descontrolar un peligro que se daba por seguro, por hecho que estaba o iba a estar controlado por el sujeto¹³⁶.

Pues bien, la utilización como baremo para la equivalencia del criterio aquí defendido de que la misma omisión normativamente (socialmente o incluso jurídicamente) suponga la creación de un peligro o riesgo típicamente relevante o el descontrol de un riesgo o peligro existente pero controlado y el consiguiente aumento de dicho riesgo, que pasa a ser típicamente relevante, se justifica precisamente porque **ese es el mismo criterio que permite la imputación objetiva** –esto es, la relevancia típica– **de la conducta en el delito resultativo de comisión activa**, en el que no basta la simple relación causal con el resultado (o aportación causal al mismo), sino que la imputación objetiva de la propia acción **requiere la adecuación de la conducta** (idoneidad, normal previsibilidad objetiva de su potencialidad para causar el resultado en un juicio normativo) **y por tanto la creación por la misma de un peligro o riesgo relevante o al menos el aumento del mismo**, la creación de mayor peligro. Y como se ve, en el delito de comisión activa también es normativo y no puramente fáctico el criterio de imputación objetiva.

IV. Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión como forma de imputación objetiva del resultado a la omisión. Los casos normales: autoría por dominio o determinación objetiva del hecho

¹³⁶ Para la exposición histórica bastante detallada de la elaboración de mi criterio en trabajos míos de los años 70 y 80 del s. XX [en RDCir 1974, 272 s.; también en LUZÓN, DP de la Circulación: DPCir, 1985, 126 s., 2.ª ed. 1990, 174 y ss.; después formulado con carácter general en RDCir 1980, 387 y s.; vers. ampliada en LUZÓN, DPCir, 1985, 137 y ss., 2.ª ed. 1990, 183 y ss.; mucho más desarrollado en: La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, (73 y ss.) 80 y ss., recogido también en LUZÓN PEÑA, Estudios Penales: EPen, 1991, (225 y ss.), 236 y ss.], remito a: LUZÓN PEÑA, PG, 3ª 2016, 31/83 y ss.; Libt 6 2017, 216 y ss.; RDP 2017-2, 137 y ss.

Vamos a ocuparnos como supuestos normales de los casos de **autoría**, y dejamos para un segundo momento los supuestos de participación por omisión¹³⁷.

1. La creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de imputación objetiva, también en los delitos de comisión activa

En el delito de **comisión activa** que consista en un tipo de causación o de resultado lo característico del mismo es la creación activa de un riesgo¹³⁸ mediante la actividad del sujeto: esta actuación positiva pone en marcha un curso causal que por primera vez, o bien crea o provoca un riesgo hasta ese momento inexistente de producción del resultado¹³⁹, o bien, si ya existía un cierto riesgo, tal actividad lo incrementa decisivamente, y dicho riesgo se realiza en el resultado: así lo destacan de modo penetrante algunos autores (*Stratenwerth, Otto, Silva*), señalando como contraposición que en cambio en el delito omisivo (propio) hay un riesgo preexistente que se va a realizar en el resultado y que no es disminuido por una acción del sujeto¹⁴⁰. Eso precisamente es lo que ha puesto de manifiesto la teoría de la **imputación objetiva** al exigir como primer requisito **la creación de un riesgo jurídicamente relevante por parte de la acción** (la **adecuación ex ante** de ésta) y, en segundo lugar, dentro del fin de la norma, la realización de ese

¹³⁷ Lo sustancial de lo que sigue lo he anticipado en mi PG, 3.ª 2016, 31/103 y ss. y en mis artículos en GA 2016-5: FG-Roxin 3, 275 y ss.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 83 y ss.; ForFICP (Foro FICP) 2017-1, 219 y ss.; y sobre todo en Libt 6 2017, 235 y ss.; RDP2017-1, 164 y ss.

¹³⁸ Así SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 y ss., 169, 196, passim; pero SILVA hace esta afirmación de todos los casos de comisión, con lo que incluiría también a los delitos de mera actividad (en los que no parece muy adecuado hablar de creación del riesgo (de resultado); similar en 150: la comisión vulnera la prohibición de ingerencia en la esfera jurídica ajena.

¹³⁹ Resultado que normalmente consistirá ya en la lesión del bien jurídico (ej. la muerte, las lesiones físicas, en la estafa el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo), pero que en algunos tipos resultativos puede consistir en un resultado anticipado distinto: ej. lograr la “posesión” en el tráfico de drogas, o en las falsificaciones de moneda o documentales el lograr crear un objeto con un mínimo de apariencia engañosa, lo que sin embargo todavía no supone lesión ni peligro concreto para la fe pública: v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 14/11.

¹⁴⁰ Así STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, nm. 976; 6.ª 2010, § 13/3, ciertamente hablando de (delito de) “acción” en lugar de denominarlo de “comisión”; OTTO, AT, 1.ª 1976, 166; 7.ª 2004, 156; SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 y ss., 169, 196. Similar, pero menos preciso, es el planteamiento de SAMSON, FS-Welzel, 1974, 592 s.: es comisión la intervención que empeora la situación de un bien jurídico en situación normal, y omisión la que no lo mejora; coincide SAMELÜCK, *Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikt*, 1976, 135 y ss., 138.

riesgo o peligro en el resultado, lo que se comprueba ya *ex post* ¹⁴¹. Y de cualquiera de las dos maneras dicha actividad –en caso de consumación y autoría– causa con imputación objetiva el resultado determinando objetiva y positivamente el hecho (dominando el hecho en caso de dolo).

Pues bien, para que un delito omisivo sea de **omisión impropia**, es decir de comisión por omisión, el criterio o exigencia de que la omisión misma cree un riesgo inexistente o antes totalmente controlado o incrementalmente decisivamente (descontrole) un riesgo existente controlado en parte, no es sino **trasladar aquí el criterio general de que el primer requisito de la imputación objetiva** (ya en los delitos de causación activa de resultado) es **que la conducta cree un riesgo jurídicamente relevante (adecuación de la conducta)** ¹⁴². Lo mismo ha de regir en la omisión impropia para que haya equivalencia con la realización activa del correspondiente tipo comisivo de resultado. Por tanto para ello – para la imputación objetiva de la conducta, equivaliendo a la conducta típica de la comisión activa– la propia conducta, en este caso la omisión misma en las circunstancias que la rodean ha de crear un peligro o riesgo relevante hasta ese momento inexistente o, lo que será lo más frecuente, ha de aumentar, descontrolándolo, un peligro o riesgo existente pero controlado o bastante controlado y con ello crear un riesgo o peligro mayor y ahora jurídicamente relevante por descontrolado y preocupante¹⁴³. Dicha **creación o aumento de peligro o riesgo sólo en algunos casos por la omisión del garante, no**

¹⁴¹ Cfr. al respecto sobre la imputación objetiva en el delito de comisión activa LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 15/50 y ss., 61 y ss. Así lo destaca en la comparación delito de actividad/de omisión STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13 3; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2011, § 13 3, señalando que la distinción mencionada, según la cual en el delito de acción el autor ha creado o aumentado el riesgo y en el de omisión no ha disminuido el riesgo, la realiza “sobre la base de los criterios aquí mantenidos de la imputación objetiva”. También SILVA, CPC 1989, 377 n. 42, hace esta distinción entre la creación de riesgo o peligro *ex ante* como criterio de imputación objetiva de la propia conducta fundamental para la equivalencia y realización *ex post* de ese peligro en el resultado como criterio de imputación objetiva del resultado (precisamente defendiéndonos a MIR y a mí de la crítica de HUERTA, Problemas fundamentales, 1987, 174 n. 559, 91 n. 269: v. con más detalle LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 167 n. 57; RDP 2017-2, 78 s. n. 57); similar RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, 116.

¹⁴² Así lo he destacado en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/105; Libt 6 2017, 237 s.; RDP2017-1, 166. En el mismo sentido ROSO, Cap. 19 en LUZÓN PEÑA (*dir.*) /ROSO (*coord.*), DP Casos PG, 2018, 337 y n.º 7 (citando mi PG, 3.ª, 2016, 31/104 s.), quien había llegado por su lado a la misma conclusión.

¹⁴³ También ROSO, ForFICP 2017-1, 242 s.; LH-Luzón, 2020, 1032, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por su descontrolamiento como criterio normativo de imputación objetiva.

por su conducta anterior, es posible afirmarla desde una perspectiva normativa, social o jurídica o ambas cosas, aunque naturalmente basada en datos fácticos.

2. Imputación del resultado sin causalidad material, natural, pero con situación jurídicamente equivalente a la causación mediante actividad

Esto significa que la creación o, más frecuentemente, aumento de peligro por la propia omisión desde un punto de vista normativo, social o jurídico, ciertamente no es causación del resultado en sentido material, naturalístico, la cual requiere la modificación del mundo externo en estado pacífico por una energía real, de origen natural o de una actividad humana, pero jurídicamente sí es una *situación exactamente equivalente a la causalidad estricta* (algunos la consideran por ello “causa” en sentido jurídico) y por ello permite la imputación jurídica, la imputación objetiva del resultado a esa omisión.

3. La perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa, como justificación de la afirmación de creación o aumento del riesgo por una omisión

3. a) Descontrolamiento o desencadenamiento del peligro ante un control fáctico o ante un juicio normativo de seguridad de control por el garante

Dado que algunos objetan a mi criterio que ninguna omisión causa ni crea el peligro, porque la omisión es algo negativo: no realizar una acción debida¹⁴⁴, o a la inversa, que en sentido

¹⁴⁴ Así la crítica a mi posición en MIR, *Adiciones a Jescheck, Tratado PG*, 1981, 874: naturalísticamente ninguna omisión crea nada y por tanto tampoco puede crear peligro alguno, pero socialmente toda omisión sin la cual el resultado se habría evitado crea o aumenta el peligro, y parecen seguirle ZUGALDÍA, CPC 24 1984, 586 n. 46, y HUERTA, ADPCP 1985, 55 n. 64. De modo menos matizado: BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 404: “en la medida en que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión”; similar DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 154, 255, pero oponiéndose incluso a mi criterio del aumento del peligro desde el punto de vista socio-normativo: dado que el delito impropio de omisión no tiene como presupuesto la existencia de una relación de causalidad por “la conocida incapacidad de la omisión para causar resultados”, “de ahí que no proceda exigir que la omisión cree o incremente, ni siquiera en un sentido socio-normativo, el peligro de producción del resultado... como han sostenido... Luzón y Paredes”. Aquí estos autores, a diferencia de MIR y de mi propia posición, no distinguen entre el plano real de la causalidad y el plano normativo en el que también se puede afirmar una creación o aumento de peligro, aunque no haya causación en el plano natural.

social toda omisión crea o incrementa el peligro o riesgo¹⁴⁵, hay que responder que efectivamente –contra lo que sostienen las posiciones afirmativas de la causalidad– en el plano natural entre la omisión y el resultado lesivo no hay causalidad real, pues ésta requiere la intervención de una energía natural o humana que modifique el estado de cosas¹⁴⁶, pero desde la perspectiva normativa, sea socio-normativa o incluso jurídica, sí se puede afirmar que hay supuestos en que la omisión misma es la que crea un peligro prácticamente inexistente o totalmente conjurado, es decir anulado mediante control del propio sujeto, o bien aquella en la que, habiendo un cierto grado de peligro, pero sometido a cierto control del garante, la omisión lo descontrola totalmente y hace que aumente ese peligro o riesgo. En efecto, hay riesgos existentes, pero controlados porque ocurre:

- que **esos riesgos fácticamente están controlados**: v.gr. el equipo quirúrgico que lleva a cabo una operación no especialmente complicada o arriesgada controlando perfectamente todo su desarrollo e incidencias; la madre, padre o reemplazante de ellos que tienen a su cargo a un recién nacido y los alimentan correctamente; los pilotos de aviones o helicópteros, que manejan un proceso peligroso por el riesgo de estrellarse por posibles incidencias o fallos del aparato o del pilotaje, pero que lo tienen bajo control en el desempeño de su función. Si en estos supuestos dichos garantes de repente voluntaria o inconscientemente soltaran de sus manos el curso de los acontecimientos y permitieran así una hemorragia del paciente o la caída del avión o la inanición del bebé, la propia omisión habría transformado en incontrolado un peligro hasta entonces plenamente controlado y por tanto conjurado, y por consiguiente habría creado el peligro, el riesgo del resultado. Aun así, ***si un peligro o riesgo está realmente controlado, ello casi siempre es en parte fácticamente así, pero en parte también es que se considera normativamente como controlado***: así en estos ejemplos, el equipo médico controla de hecho la operación (salvo emergencias inafrentables), pero también es porque social y jurídicamente se da por hecho que no van a dejar de hacerlo así durante toda la intervención, y exactamente lo

¹⁴⁵ Así también MIR, cit. en n. anterior; HUERTA, ADPCP 1985, 53-56.

¹⁴⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 31/9 y ss., 17 y ss.; Libt 6 2017, 155 y ss., 165 y ss.; RDP 2017-2, 62 y ss., 75.

mismo cabe decir del control de la situación del bebé por aquel de los padres o encargado que lo cuida¹⁴⁷ y del control del funcionamiento de la aeronave por el piloto o pilotos.

- o que normativa-socialmente o incluso jurídicamente **se da por seguro, se da por descontado, se da por hecho, se supone**¹⁴⁸ que los peligros o riesgos están controlados por el propio sujeto; e incluso a veces que están conjurados (prácticamente anulados, salvados¹⁴⁹) totalmente. Si éste entonces omite seguir controlándolos, **normativamente** –

¹⁴⁷ Había intuido este criterio LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, cuando, tras sostener en p. 52 que la omisión simple naturalísticamente no es causa, pero que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado, como si la madre deja de alimentar al hijo, el cirujano deja sin ligar un vaso sanguíneo o el notario omite en un documento un dato esencial, añade en p. 53: “Y ello en esta clase de conductas, porque la omisión no se da aisladamente, sino en una concatenación de circunstancias *en cuyo encauzamiento tenía intervención* directa el sujeto, *cuyo curso normal*, y exigido por el derecho, desvía con la omisión que interrumpe la normalidad de su intervención; interrupción que significa precisamente ese algo positivo que físicamente origina el resultado, por permitir *el desencadenamiento* de las potencias energéticas que lo producen” (subrayados añadidos). Pero este autor atribuye a este criterio sentido físico, naturalístico y no normativo, y además no lo utiliza como criterio restrictivo dentro de la comisión por omisión, porque afirma que en ella siempre se causa el resultado.

¹⁴⁸ Todas esas fórmulas son las que he empleado en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 84 y ss.; EPen, 1991, 240 y ss.; PG, 3.ª 2016, 31/83 y ss., 107 y ss.; GA 2016-5: FG-Roxin 3, 275 y ss.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 83 y ss.; ForFICP 2017-1, 219 y ss.; Libt 6 2017, 216 y ss., 237 y ss.; RDP 2017-1, y ss., 140 y ss., 167 y ss. Cierta similitud con estas fórmulas guarda el criterio del “aseguramiento” y deberes de aseguramiento que DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 740 y ss., 764 y ss., utiliza para deslindar la comisión por omisión frente al criterio del salvamento y deberes de salvamento como característico de la omisión propia (por lo demás, influido por la concepción jakobsiana, sostiene –741-755– que el deber de aseguramiento corresponde a la gestión de la propia esfera y sus consecuencias en forma de gestión de peligros). Pero ese criterio no describe los presupuestos de las diversas situaciones de comisión por omisión de modo tan preciso y matizado como el que permite el criterio aquí defendido y que estoy desarrollando. Por otra parte, tras sostener (Omisión e injerencia, 2006, 866) que para la comisión por omisión en la infracción de deberes de protección “éstos deben interpretarse también a la luz del principio de gestión: en estos casos, sólo comete por omisión un delito de resultado el garante que gestiona la protección del bien jurídico”, DOPICO debilita su afirmación cuando después añade (867 y s.) que el deber de salvamento también se fundamenta en “la responsabilidad por la gestión de la propia esfera y sus consecuencias” (aunque en forma de revocación de peligros y no forma parte de la propia prohibición de lesionar, sino que el deber de salvamento es un deber derivado).

¹⁴⁹ Aquí “salvados” se utiliza en la 2.ª acepción de salvar como evitar: “evitar un inconveniente, impedimento, dificultad o *riesgo*”, evidentemente no en la 1.ª acepción de librar de un riesgo o peligro, poner en seguro, porque en este sentido los salvados serían los bienes jurídicos.

social y jurídicamente– se afirma que, aunque no causa materialmente el resultado lesivo, es precisamente **su omisión la que descontrola, desencadena y por ello aumenta** (crea nuevo, superior) **riesgo o peligro**.

3. b) Inexistencia de previo control por el garante

Pero *sensu contrario*, y aquí despliega este criterio su efecto sumamente restrictivo de una excesiva amplitud de la omisión impropia, ello significa que **cuando normativamente (jurídica o socialmente) no se dé por hecho, por descontado, por seguro que el peligro está controlado** en general o al menos en particular frente a su amenaza a un concreto bien jurídico, **la omisión, por mucho que sea de un garante, no descontrola ni desencadena el peligro ni por tanto lo crea ni aumenta, sino que deja que el riesgo o peligro siga su curso natural que nunca estuvo controlado** y por consiguiente **no es comisión por omisión, sino sólo una omisión propia** (eso sí, agravada por ser omisión pura de garante).

3. c) Blindaje o protección segura de un bien jurídico como forma de control del peligro para el concreto bien jurídico frente a simple protección

En el supuesto de un garante de protección de un bien jurídico: **blindar el bien jurídico, es decir protegerlo seguro frente a un eventual peligro o peligros** que puedan amenazarlo también puede ser **una forma de controlar el peligro o riesgo no erga omnes**, frente a todos los posibles bienes jurídicos y víctimas, **pero sí** de controlar, intentar anular los efectos del peligro **frente a un concreto bien jurídico**. Por eso, si por el modo muy específico y seguro de protección del bien jurídico desempeñado por ese garante se puede decir que ha blindado el bien jurídico frente a un eventual peligro o peligros, es decir **si normativamente se da por hecho o por descontado que el bien jurídico está seguro, blindado por el garante** frente a los posibles peligros o riesgos, entonces **normativamente también se puede afirmar que la omisión dolosa o imprudente que de pronto realice ese garante descontrola y hace aumentar el riesgo o peligro frente a ese bien jurídico** y habrá **comisión por omisión**. Para una fundamentación adicional por el efecto que ese blindaje produce de excluir buscar a otros posibles protectores v. *infra* IV.3 h 2 b'. Por el contrario, si la existencia de un garante brinda **una cierta protección a un bien jurídico, pero éste normativamente** –social o incluso jurídicamente– **no se considera totalmente a cubierto, blindado por el garante, entonces la omisión de este no descontrola ni**

por tanto aumenta el peligro frente a ese bien jurídico y el sujeto **no realiza comisión por omisión**, sino sólo una omisión propia agravada por ser garante.

3. d) El control o protección seguros evitan que se recurra a otro posible control o protección.

Por cierto, hay que señalar que *seguramente en la mayoría de los casos* si fácticamente o al menos normativamente se da por hecho, por descontado, que el riesgo o peligro está controlado, de modo general o frente a un bien jurídico, por el garante, con ello y por ello *ese garante controlador evita o impide que se recurra a otros posibles controladores o protectores*¹⁵⁰ (sobre cuándo es así y cuándo no en los garantes de protección v. *infra* IV.3 h 2), con lo que si el garante de pronto omite cumplir su función y descontrola, el peligro es por supuesto mayor que uno controlado, pero será incluso mayor de lo que sería si se hubiera recurrido a otros posibles controladores, lo que no se ha hecho por contarse con él.

3. e) Valoración desde normas jurídicas o normas sociales

Se debe partir de del criterio normativo, social o jurídico, de cuándo se da por totalmente seguro, por descontado que el riesgo estaba controlado y no era jurídicamente relevante o preocupante. Es una ***cuestión de interpretación a veces de las propias normas jurídicas*** que imponen deberes y funciones de evitación y consideran prácticamente seguro que van a ser cumplidos, ***otras veces de los usos y convicciones (normas) sociales*** que dan igualmente por seguro el eficaz cumplimiento de la función controladora o protectora plasmada en un deber jurídico; y en ese caso hay que considerar que ***también la norma jurídica secunda la convicción de las normas sociales***. Pero obviamente ese juicio normativo se basa en circunstancias y datos

¹⁵⁰ Ya BINDING, *Die Normen II*, 1, 2.^a 1914, 525 y ss., señaló que la asunción de funciones de protección o control (encuadrable en el principio de la ingerencia) presenta una doble faz: por una parte mejora la situación del bien jurídico, pero por otra parte la empeora al provocar la confianza y consiguiente abandono del afectado y de terceros y por ello aumenta la vulnerabilidad de la víctima: lo destacan p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 124 y ss.; STREE, FS-H. Mayer, 1966, 155 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 349 n. 95 = Fundamento, 2009, 399 n. 98; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 68 = en Cobo (dir.), *Coment. CP I*, 1999, 463, [citando en ambos lugares a Binding, pero sin indicar la obra y pp.]. Pero mi postura exige más, no basta que haya una posición de control o de protección, sino que tiene que darse por hecho o por descontado que el riesgo está controlado o que el bien está seguro, para que ello provoque auténtica desprotección por terceros.

fácticos. Ej.: la propia norma jurídica da por seguro –dentro de lo técnica y humanamente posible– el control del riesgo por los controladores aéreos, pilotos aéreos, encargados del funcionamiento seguro del servicio ferroviario, guardagujas, guardabarreras, si cumplen su función conforme a las normas y patrones de la correspondiente actividad o profesión; o el pleno control de riesgos de desnutrición, frío etc. para un recién nacido si está con su madre o en su defecto con el padre. Es una creencia socio-normativa de seguridad: si no se considerara que ya hay control fáctico del posible riesgo, en todo caso hay esa creencia socio-normativa en la seguridad en que la madre o persona que la reemplace alimentará al bebé recién nacido y no provocará su desnutrición con lesiones o llegando a la muerte. Y lo mismo ocurre en todos los casos citados de cumplimiento de la función profesional normal.

3. f) La base del juicio normativo de seguridad del control: el efectivo desempeño del mismo por la gran mayoría de garantes en esa situación

¿Y cuándo se da normativamente, social o jurídicamente, por descontado o por hecho que el peligro o riesgo está perfectamente (dentro de lo humanamente posible) *bajo control* del garante? Pues **cuando en la gran mayoría o la inmensa mayoría de supuestos como ese los garantes efectivamente desempeñan o ejercen eficazmente** y no dejan de cumplir **su misión y deber de controlar el riesgo** en general o en particular frente a bienes jurídicos de alguien concreto; entonces socio-normativamente se da por hecho, por descontado que el garante está controlando el peligro (general o particular)¹⁵¹, de modo que si sorpresivamente no lo hace, por

¹⁵¹ Ciertamente a estas afirmaciones y a las del párrafo sig. se les puede objetar que es discutible basar un criterio normativo en datos estadísticos; y cabría añadir como crítica que por ello la solución de estos supuestos puede resultar en buena medida aleatoria, arbitraria y no fundamentada axiológicamente. Pero, en primer lugar, el juicio normativo aquí defendido sobre la creación o aumento del peligro por la omisión misma se basa precisamente en que las normas y valoraciones, casi siempre primariamente sociales, den por hecho, por seguro o por descontado que el garante controla el riesgo o peligro, y ello sólo puede afirmarse precisamente cuando se sabe que en la inmensa mayoría de los casos así sucede. El que una valoración normativa se fundamente en circunstancias fácticas u ónticas que presentan determinadas características, es algo lícito y habitual en el mundo jurídico y en las interpretaciones de las normas; y en particular muchas categorías jurídico-penales reposan precisamente sobre datos estadísticos: así conceptos como la adecuación en la imputación objetiva, el peligro o peligrosidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto o en la tentativa idónea/inidónea, o la base de la teoría de la probabilidad en el dolo eventual. Pero además, en segundo lugar no son puramente aleatorias las situaciones en las que la

dolo o por imprudencia, su omisión está descontrolando el peligro que se consideraba bajo control y por ello aumentando decisivamente el grado de peligro. Así sucede p. ej. en el cumplimiento de funciones profesionales normales, o de contratos muy específicos con un encargo concreto, o de funciones muy específicas de protección o control voluntariamente asumidas, como p.ej. en los supuestos en que normativamente, incluso jurídicamente se da por supuesto y por hecho el control del riesgo por controladores aéreos, pilotos de aeronaves, guardagujas, guardabarreras, interventores o controladores de cuentas respecto del empleo de fondos públicos¹⁵²; o en la protección de bebés y niños pequeños por el instinto de conservación de la especie humana en el caso de los padres; para más ejemplos v. *infra* IV.4.

En cambio, hay muchos otros **supuestos en que los obligados a actuar por deberes de garante no siempre lo cumplen o no lo cumplen bien o plenamente**, sino que a) con cierta frecuencia infringen su deber; o b) aunque sí intentan cumplir su deber, con cierta frecuencia ocurre que no pueden cumplirlo con plena eficacia. *Ejemplos de a)*: muchas veces no cumplen su deber de protección de un bien jurídico frente a posibles peligros determinados parientes como los hijos con sus padres ancianos o los cónyuges que se llevan mal, los participantes en una comunidad de peligro, montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra etc. (pero no es igual el guía alpino jefe de la expedición que el resto de montañeros compañeros de cordada: los participantes se confían plenamente al primero, no a los otros; y distinto es el caso de oficial, suboficial o soldados en caso de acción bélica: no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, ya que los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él), y menos en una comunidad de vida o convivencia, o funcionarios legalmente obligados por su cargo a proteger, como p. ej. funcionarios de prisiones; o incumplen

gran mayoría de los garantes desempeñan y eficazmente su misión de controlar el peligro en general o frente a un bien jurídico, ni es una cuestión puramente fáctica y que pueda ser cambiante en los casos concretos: pues como expongo detalladamente en los apartados siguientes, hay peculiaridades de los grupos de casos, de base fáctica pero con sus repercusiones axiológicas, que explican y precisan mejor cuándo y por qué se producen esas situaciones que permiten dar por hecho o prácticamente por seguro el control del peligro por el garante.

¹⁵² Aquí me refiero obviamente a países en que no hay una corrupción extendida también entre los funcionarios de los organismos públicos de control de cuentas o actividad económica en las administraciones.

frecuentemente su deber de control del peligro muchos ingerentes que perdieron el control del mismo al provocar el accidente, o los obligados a vigilar y prevenir en empresas o instituciones posibles actuaciones delictivas de otros, incluso los de empresas auditoras (no es el caso de interventores o controladores de cuentas de organismos públicos, que suelen cumplir en su inmensa mayoría su deber). *Ejemplos de b)*: p.ej. los vigilantes o salvavidas en playas y piscinas tienen una misión de protección muy específica si algún bañista sufre peligro de ahogarse y normalmente la cumplen, pero no se puede dar por descontado que siempre o en la gran mayoría de casos lo harán con plena eficacia; los bomberos suelen acudir con bastante presteza ante los avisos de emergencias, como incendios o inundaciones, pero no siempre llegan con toda la celeridad deseable. **Entonces** naturalmente, ***ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar controlado el peligro*** por éste; por ello su omisión no descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una mera omisión propia agravada (a veces tipificada expresamente como delito, pero a veces no, y en las omisiones tipificadas algunas prevén agravación para el garante, pero la mayoría no).

3. g) Equiparación legal en la Parte especial de alguna omisión de garante a la comisión activa precisamente por falta de seguridad de que el garante cumpla su función

Por cierto, que ***en algunos casos en que no hay total seguridad ni se da siempre por descontado que un garante va a cumplir su deber*** de protección o de control y por ello, aplicando el criterio general, no habría comisión por omisión sino sólo una omisión propia agravada por ser garante su autor, ***sin embargo la norma considera que en un determinado supuesto la omisión del garante es igual en gravedad a la comisión activa, y por ello la ley decide equiparar en pena en el precepto de la parte especial la omisión de ese garante en evitar un resultado a la causación activa*** del resultado; y lo tiene que hacer expresamente precisamente porque no da por seguro o por hecho que el garante vaya a cumplir prácticamente siempre su función: Así sucede de modo paradigmático en los delitos de torturas o contra la integridad moral cometidos por autoridades o funcionarios contra detenidos o presos, donde, tras castigar el art. 174 y 175 la comisión activa de los hechos, el art. 176 castiga con las mismas penas

de los artículos precedentes “a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”: v. *infra* IV.4 b 5). Exactamente lo mismo hace el § 225 n.º 4 I StGB.

3. h) Aplicación de algunos criterios adicionales para concretar el criterio aquí mantenido

Pues bien, creo que es posible **aplicar a esta perspectiva**, para concretar del todo cuándo con la omisión de función se provoca un riesgo prácticamente inexistente o se descontrola un riesgo controlado y por ello se crea o aumenta el peligro, **los criterios de Schönemann, pero del modo más estricto** y consecuente (h.1: en garantes de control), y **algún otro criterio conexo** (h.2: en garantes de protección). Ellos nos permiten concretar aún más mis baremos:

1. En garantes de control: dominio o control real sobre el peligro

a') En los casos de posición de garante con *función de control del peligro*, comenzando por los **peligros de origen no humano-responsable** (como objetos, procesos, instalaciones, fuerzas naturales), sólo habrá **equivalencia** cuando normativamente se pueda dar por hecho que de verdad hay un **real (no sólo potencial) control** o *dominio del garante sobre el fundamento u origen del resultado*, que es el *peligro* (posiblemente para múltiples bienes jurídicos y sujetos) proveniente de factores externos (naturales o humanos no responsables) y el garante de pronto deja de ejercer ese dominio, cuando el garante de verdad dominaba o, mejor, controlaba el peligro y de pronto lo descontrola, dolosa o imprudentemente, aumentándolo así a un peligro típicamente relevante. Basten de momento sólo algunos ejemplos: así sucede con los encargados del normal funcionamiento y seguridad del tráfico ferroviario o con los controladores aéreos en el desempeño de sus funciones (*infra* IV.4 a 1. se desarrolla con más ej.). Sin embargo, **no habrá equivalencia** ni por tanto comisión por omisión cuando normativamente únicamente se pueda afirmar que hay **sólo control o dominio potencial, pero no real**: así si el dueño de una casa no repara el estado relativamente malo del tejado y la caída de una teja provocada por el viento lesiona a un transeúnte¹⁵³; pues en este caso no se puede dar por seguro que el propietario

¹⁵³ En cambio, SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 284, afirma que en ese caso el poseedor de la casa tiene el dominio sobre el tejado en mal estado, pese a haber exigido antes que el dominio sobre la fuente del peligro sea real y no sólo potencial.

realmente está ejerciendo o va a ejercer el control sobre el estado del tejado: v. para una argumentación más amplia *infra* IV.4 a 1 e’).

b’) Si se trata de deberes de garante de **vigilancia y control de peligros provenientes de una actividad humana ajena, concretamente de la posible comisión de delitos por otros**, los únicos que tienen el dominio del hecho y pueden ser autores son los terceros, y no el garante. Por ello, en caso de que normativamente se pudiera dar por seguro que el garante iba a ejercer su control (p. ej. que, si dentro de un programa de “*compliance*” el encargado de la supervisión y vigilancia de la legalidad de las operaciones en una empresa detecta graves irregularidades en un departamento, lo va denunciar) y por ello afirmar **que su omisión crea o aumenta un peligro, será un peligro de favorecimiento, o sea de participación, no de autoría del delito ajeno**: v. ampliamente *infra* IV.4 a 3, IV.5 a. Y lo mismo rige para los garantes de vigilancia o supervisión, pero con función de protección de bienes jurídicos, no de control de peligros concretos: *infra* VI.3 h.2 b’.

2. En garantes de protección: desvalimiento total o blindaje

En los *garantes con función de protección de un bien jurídico frente a alguno o múltiples peligros externos*. A mi juicio caben dos alternativas (a’ y b’): total desvalimiento y vulnerabilidad o blindaje seguro del bien jurídico.

a’) Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad normativa en su protección. No comisión por omisión como regla si sólo hay desvalimiento parcial. Como primera alternativa, se debe aplicar también el criterio del control (SCHÜNEMANN dice dominio) sobre el especial desvalimiento o desprotección, o vulnerabilidad, del bien jurídico¹⁵⁴. Y aplicarlo estricta y restrictivamente. No basta como regla que haya una desprotección simple y por eso el titular del bien jurídico (o si es menor o incapaz, fáctica o jurídicamente, alguien o la norma por él) recurra a un garante protector (aunque, como sabemos, con esto se conforma la doc. dom.). Tampoco basta, aunque pudiera parecer suficiente, que el titular del bien jurídico, al tener ya un garante protector (un vigilante en la playa o piscina, un

¹⁵⁴ También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva y con el criterio de SCHÜNEMANN y mío del desvalimiento.

guarda en la urbanización o el condominio privado, un guía de montaña etc.), no recurra a otros medios humanos o materiales de protección, con lo que, si el garante falla, aumenta la desprotección y por ello el nivel de riesgo, que se supone que el garante afrontará llegado el caso (desvalimiento o desamparo simple y parcial). Es preciso, en esta primera alternativa, **un total desvalimiento y vulnerabilidad del bien jurídico que por eso depende totalmente de la protección y blindaje que le presta el garante frente a eventuales peligros** o riesgos que se puedan presentar: ¿por qué?, porque *en ese caso normativamente* (social o incluso jurídicamente) *se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable*, desamparado e indefenso *y tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por éste* (dentro de lo que el garante está en condiciones de hacer) frente a un eventual peligro o peligros que se puedan presentar. Así p. ej. será la situación de un enfermo gravísimo en la UCI de un hospital respecto del personal médico y sanitario responsable de su cuidado, o la de un recién nacido o incluso un niño pequeño respecto de sus padres, etc. (para más ej. v. *infra* IV.4 b 1 y 3, párr. 4.^o). Por tanto, normativamente (o incluso a veces ya fácticamente) en tales supuestos sí se puede afirmar que la omisión por el garante de prestar ese blindaje que se daba por seguro aumenta o incluso crea el peligro de resultado lesivo.

A la inversa ello significa que como regla (la excepción a continuación en b') **no habrá comisión por omisión si** no actúa, o no actúa eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger) **respecto de bienes jurídicos de una persona sólo parcialmente vulnerable y desvalida**, que por tanto aunque con dificultades puede protegerse por sí misma o mediante otros; la presencia del garante supone ciertamente una cierta protección para los bienes jurídicos, pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros, porque los bienes jurídicos de la persona sólo parcialmente desvalida pueden ser también protegidos por ésta sin depender absolutamente del garante; y por ello no se da por hecho que el garante los va a proteger plenamente en todo caso, de modo que su omisión dolosa o imprudente al surgir un peligro no lo crea ni aumenta y por tanto es **sólo una omisión propia de garante**. Para ej. v. *infra* IV.4 b 1, párr. 2.^o.

b') Excepción: comisión por omisión pese a un desvalimiento sólo parcial si un protector específico ofrece un blindaje seguro y por ello se renuncia a otras posibles

protecciones. Como segunda alternativa, también cabe afirmar que había blindaje del bien jurídico frente a algún potencial o probable peligro amenazante *si, aunque la víctima no está totalmente desvalida o indefensa por sí misma*, sino que puede utilizar en alguna medida medios propios de protección, un tanto insuficientes o no seguros, no obstante *la existencia de un garante protector específico muy eficaz y fiable* (por compromiso o por deber legal o institucional) que supone **un blindaje seguro**¹⁵⁵ (v. *supra* IV.3 c, h 2 a') hace que el *titular del bien jurídico o terceros (particulares u organismos) preocupados por él renuncien a buscar la protección o blindaje seguro por otros terceros, precisamente porque –y sólo en la medida en que– ya consideran totalmente asegurado el bien jurídico frente al eventual peligro*; ello significa que el sujeto tiene en principio seguro y blindado su bien jurídico por el garante, pero precisamente sólo en la medida en que este cumpla su función, porque si no lo hace, ahora ya no cuenta con la protección sustitutiva o cumulativa de otros terceros que habría hecho frente con igual eficacia al peligro que se presentara y que habría sido buscada para no depender sólo de los insuficientes medios propios en caso de no considerarse segura la protección ofrecida por el garante presente, y que no se ha buscado precisamente porque se consideraba segura y plena su protección. Entonces el desblindamiento significa aumentar de golpe el nivel de desprotección al haberse excluido la de otros posibles protectores, y por ello aumentar y descontrolar de pronto decisivamente el peligro que pueda atacar a ese bien jurídico: equivale a los casos de interrupción o frustración activa de cursos causales salvadores ajenos, que es delito comisivo según opinión *dom*¹⁵⁶. que comparto. Así p. ej. sucede con el guarda o vigilante de seguridad nocturno de un establecimiento o local, que cuenta además con sistema de alarma conectada a la policía, si incumpliendo su función, que se da por seguro que desempeña, no hace nada ante la entrada de

¹⁵⁵ También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide, dentro de mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva, especialmente con mi criterio del blindaje.

¹⁵⁶ Con diversas fundamentaciones: así p.ej. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, 28; siguiéndole RUDOLPHI, SK, 4.^a 1984, antes del § 1/43; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, 1966, 293 y s.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, 217; PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, 120; SAMSON, FS-Welzel-FS, 1974, 579 y s.; ROXIN, *Problemas básicos del DP*, 1976, 228, 236; SCHMIDHÄUSER, AT, 1982, 98 y s.; SILVA, *El delito de omisión*, 1986, 229 y s.; RUDOLPHI, SK StGB, 7.^a, 2000, antes del § 13/47; BAUMANN/WEBER, AT, 11.^a 2003, § 15 31; LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 174, 176 y s.

unos ladrones en el local, y por ello crea riesgo, en este caso no de realizar el tipo, sino de cooperación: de facilitar la realización del tipo del tobo a los ladrones. Dicho criterio se puede aplicar también a los directores de banco que asesoran habitualmente a clientes en sus inversiones en productos financieros, fondos de pensiones, compraventas de acciones etc., si en un caso no les advierten, sino que les ocultan riesgos de una operación y hay por ello estafa en comisión por omisión. Los clientes parten con razón de la base de que ese director los va a proteger de riesgos excesivos o vicios ocultos de una operación como hace siempre, y como suelen hacer habitualmente los directores de bancos; por tanto, si de pronto en una ocasión ocultan vicios o riesgos tremendos y ello hace confiar al cliente en suscribir una operación segura, están desprotegiendo de golpe a un cliente que se podía considerar blindado o seguro frente a riesgos patrimoniales. Ello será tanto más evidente cuanto menor sea el nivel de conocimientos económicos del cliente, pues en ese caso podría aceptarse una situación de total vulnerabilidad y desamparo suyo, que se sumaría a la función de protección muy específica del director del banco.

Pero a la inversa ello significa que **no habrá comisión por omisión si** no actúa, o no actúa a tiempo y eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger), cuya presencia supone ciertamente **una cierta protección** para los bienes jurídicos, **pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros**, p. ej. la presencia de algún vigilante salvavidas en la playa frente al riesgo de ahogarse o la existencia de un parque de bomberos en otro barrio del municipio que pudieran hacer frente a los peligros de un incendio ya comenzado. En tal caso, si la posible víctima o víctimas no acuden a otros garantes para completar y tener una protección totalmente eficaz, es que **se conforman con una protección parcial, así que la presencia del primer protector no ha excluido la posibilidad de que se recurriera a otros**. Por tanto, puesto que en caso de producirse un riesgo no se da socio-normativamente por hecho que los bienes jurídicos están totalmente seguros y blindados frente al peligro, éste no se da por controlado frente a ese bien o bienes –en los ejemplos citados no se da por seguro que el salvavidas de la playa va a salvar a tiempo al bañista que se empieza a ahogar o a ser arrastrado mar adentro por la corriente, o que los bomberos podrán llegar a tiempo y salvar de sufrir lesiones o la muerte a personas apresadas en el incendio del edificio–, no comete dolosa o imprudentemente por omisión homicidio o lesiones graves ese

garante protector que no actúa dolosa o imprudentemente: el vigilante de la playa que no se lanza a tiempo a salvar al bañista que se ahoga o el personal de bomberos que pudiendo no llega a tiempo para salvar a alguna persona atrapada en el incendio; esos sujetos responderán en caso de dolo por omisión de socorro, que debería estar legalmente agravada por tratarse de garantes¹⁵⁷, además de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

3. i) Al excluirse otros posibles controles o protecciones: ¿empeoramiento del riesgo por la existencia de un garante seguro o por el incumplimiento de su función?

SCHÜNEMANN, refiriéndose a los casos que considera de dominio sobre un desvalimiento, desamparo o vulnerabilidad parcial de la víctima bien por haber un acto de someter a la misma al dominio del garante o bien por un acto de disposición y confianza de la posible víctima hacia su protector, mantiene que en todos esos casos, para que se pueda afirmar su criterio del dominio sobre el fundamento del resultado, la asunción de su posición por el garante protector ha de influir y modificar la situación de vulnerabilidad y desamparo de la víctima, en el sentido de aumentarla o incrementarla¹⁵⁸, y concluye respecto de dicha modificación de la estructura del desamparo: “si se quiere, se puede emplear al respecto el término del ‘aumento o incremento del peligro’ ”¹⁵⁹; y explica que ello es así porque el acto de asunción normalmente hará abstenerse al sujeto parcialmente desamparado de recurrir a otras precauciones de protección, u otras veces le hará abstenerse de intentar salvarse él mismo¹⁶⁰. Pero, aunque esto ciertamente se parece a la posición defendida por mí, como diferencia, y sustancial, hay que destacar lo siguiente: **la conducta anterior del garante que asume una función de protección segura por sí misma no**

¹⁵⁷ Sobre los posibles sistemas de agravación v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/152-155.

¹⁵⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 349-354 (*Fundamento*, 2009, 398-404): Concretamente, dicha asunción de la posición de garante afirma que “ha de... ser modificadora de la vulnerabilidad” de la víctima e “influir en su situación, en su desamparo” (1971, 351; 2009, 400), ha de haber “una modificación de la situación de desamparo” (1971, 351, 354; 2009, 400, 403), “una efectiva modificación de la situación de vulnerabilidad” (1971, 352; 2009, 402), “una modificación de la estructura de desamparo” (1971, 351; 2009, 401); “aún ha de añadirse siempre un aumento del desamparo”, que “incrementara la vulnerabilidad de la víctima” (1971, 349; 2009, 398 y s.).

¹⁵⁹ SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 351 (*Fundamento*, 2009, 401).

¹⁶⁰ Así SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 350, 351 (*Fundamento*, 2009, 399 y s.); en 1971, 353 (2009, 402 y s.), añade el ejemplo de que el acto de confianza del paciente en el médico que le atiende le haga abstenerse de acudir a otros médicos de servicio.

aumenta el peligro o riesgo en el que se encuentra el bien jurídico, sino que en principio el contar con esa protección que se da por hecho que es segura y que se va a efectuar, si de verdad se cumple, es **al revés: disminuye el peligro para el bien jurídico aunque su titular no acuda a otros protectores o a medidas propias** (recuérdese el doble efecto paradójico destacado por BINDING: v. *supra* IV.3 d, n. 80). Por tanto, **es la omisión**, el incumplimiento de ese garante protector **lo que aumenta decisivamente el peligro para ese bien jurídico que podría haberse aminorado acudiendo a otras protecciones** alternativas. Por ello mi criterio insiste siempre en que en la comisión por omisión es la misma omisión del garante la que aumenta un peligro o riesgo que se suponía controlado.

4. Aplicación del criterio de equivalencia defendido (la omisión normativamente crea un peligro relevante o aumenta al descontrolarlo un peligro controlado) a los diversos supuestos de posiciones de garante en casos de autoría por dominio o determinación objetiva del hecho

Respecto de los diversos supuestos que a continuación se examinan remito a lo tratado *supra* I.3, 5 a y b sobre si tales posiciones de garante realmente son jurídicamente tales, es decir si se basan o no en un deber jurídico especial de evitar el resultado. Ahora sólo queda examinar brevemente si las omisiones correspondientes cumplen o no el criterio de equivalencia con la comisión activa¹⁶¹.

Vamos a tratar en primer lugar los supuestos base en que el omitente garante sin duda es **autor**, de una omisión impropia o sólo propia: o bien porque ante una situación de peligro o de necesidad de prestación positiva actúa (omisivamente) solo y controla el hecho (lo domina o en caso de imprudencia lo determina objetivamente), sin que intervengan otras personas que puedan ser consideradas autores por tener preferentemente el dominio del hecho, p.ej. ya por obrar activamente, o bien es autor por tener el dominio del hecho compartido con otro garante coautor, o porque con su omisión creadora de riesgo domina el hecho a través de un sujeto irresponsable, p. ej. un menor, que actúa como instrumento:

¹⁶¹ Remito a anteriores trabajos míos (PG, 3.^a 31/86 n. 34; Libt 6 2017, 217 n. 183; RDP 2017-2, 142 n. 183) para una enumeración de los ejemplos de comisión por omisión en autoría o en participación frente a los de omisiones propias de garante que, aplicando ya este criterio en su enunciado básico, traté en mis trabajos de los años 70 y 80 citas *supra* en la n. 66.

v. *supra* II.1, 2a, 3. En tales casos el omitente garante es autor, ya se verá si de omisión impropia o de omisión propia agravada, porque en todo caso con su conducta domina si tiene dolo o como mínimo determina objetivamente su hecho omisivo, o, si hay equivalencia y se trata por tanto de comisión por omisión, domina o determina objetivamente, conjuntamente con el acontecer natural, el hecho comisivo productor del resultado¹⁶². **La razón por la que cabe**

¹⁶² Admiten también el dominio del hecho en los delitos omisivos como criterio de autoría, entre otros, Gössel, ZStW 96 1984, 321 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 377 y s., passim = *Fundamento y límites*, 2009, 428 y s., passim; SOWADA, *Jura* 1986, 399 y ss.; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a/8.^a 1989/2014 [PG 2, 1995], § 49/87; SCHWAB, *Täterschaft u. Teilnahme beim Unterlassungen*, 1996, 208; BRAMSEN, NStZ 2000, 337 y ss.; KÖHLER, *Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 2000, 68; RANSIEK, JuS 2010, 678 y ss.; WESSELS/BEULKE, AT, 40.^a 2010, nm. 734; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 46.^a 2016, nm. 1034; JOECKS, MK, 3.^a 2017, § 25/270; o yo mismo en LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 31/32 y ss., 34, 97, 124 y s., 147 y ss.; Libt 6 2017, 179 y ss., 235, 250 y ss., 265 y ss.; RDP 2017-2, 94 y ss., 164 y ss., 182 y ss., 199 y ss. Frente a este planteamiento afirmando que, en el delito omisivo, y concretamente también en el omisivo impropio, puede haber autoría por dominio del hecho, o al menos determinación objetiva del hecho en caso de imprudencia, o por el contrario haber solamente participación si el omitente no domina o determina, sino que sólo favorece el hecho dominado o determinado objetivamente por otro, la concepción seguramente más extendida considera que en el delito omisivo impropio no puede hablarse de dominio del hecho y distinguirlo así del mero favorecimiento o participación (p. ej. el trabajo, específica y expresamente en contra de mi posición, de LÓPEZ WARRINER, *La calidad de intervención en la omisión. Una crítica al pensamiento del Prof. Dr. Luzón Peña*, ForFICP 2018-1, 48 y ss.), sino que al infringir el garante su deber específico de intervención es siempre autor, en una palabra, que se sostiene que con el deber de garante la omisión equivale siempre a la comisión activa y es autoría, y por tanto que la omisión impropia es –se utilice o no ese nombre– un delito “de infracción de deber” en la concepción roxiniana (así lo sostiene desde luego el propio ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/140 y ss.). Ello reposa en la idea de que no puede haber dominio del hecho si no hay causalidad material positiva entre la omisión y el resultado (aunque curiosamente parte de la doctrina sí admite relación de causalidad, negativa, hipotética o causalidad sin más entre omisión y resultado), no puede haber dominio del hecho sobre una no actuación sin causalidad (sólo la naturaleza “dominaría” objetivamente el curso del hecho, o sólo la actuación positiva y causal de un tercero dominaría el hecho); exactamente igual que otro sector minoritario ha sostenido que, al no haber causalidad, en el delito omisivo no puede haber dolo, que es la supradeterminación voluntaria del curso causal (ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 60 y ss., 110 y ss., 309 y ss.; FS von Weber, 1963, 207; siguiéndole WELZEL, *Lehrbuch*, 11.^a 1969, 204 y s.; destaco que ello es falso en LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 30/40 y n. 22). Pero como ello no es cierto, sí que dentro de supuestos de omisión que normativamente creen o incrementen el peligro o riesgo puede distinguirse entre aquellos en que con tal conducta y con dolo se domina positivamente o con imprudencia se determina objetiva y positivamente el hecho (autoría), y otros (participación) en que no es así y sólo se favorece el dominio o determinación objetiva del hecho por otros sujetos.

afirmar el dominio o (en la imprudencia) la determinación objetiva del hecho y por tanto autoría -dolosa o imprudente- cuando un omitente (normalmente garante) crea o aumenta un riesgo o peligro de origen natural al retirar su control de un peligro, que ya controlaba o que socio-jurídicamente se daba por hecho que iba a contrarrestar, es ***porque en el peligro de origen natural se pone en marcha un curso potencialmente lesivo que conforme a las leyes causales necesariamente avanza o puede avanzar, sin que tenga que haber una decisión de ninguna otra persona, hacia el resultado dañoso***, y por ello afirmar desde la perspectiva socio-normativa expuesta la creación o aumento decisivo de ese peligro por la omisión supone al mismo tiempo que la misma omisión domina o determina el hecho y su curso, lo controla -o determina al menos objetivamente si no hay dolo- hacia la producción del resultado lesivo (es decir, exactamente lo contrario del control omitido del peligro para evitar el resultado).

En cambio, ***cuando una omisión incluso de un garante crea o aumenta un riesgo de que tenga éxito un peligro de lesión de origen humano***, o sea una actuación de algún tercero que pueda producir una lesión de bien jurídico, ***no se puede afirmar que esa omisión domina o determina ya el curso del hecho***, y eso es así porque un peligro de origen humano funciona de modo muy diferente a un peligro de origen natural, debido a que *el peligro de origen humano de producir el curso lesivo depende de si la persona toma o no, de modo suficientemente libre, la decisión de actuar en sentido potencialmente lesivo*. En tal caso es ***únicamente esa decisión y la actividad de otro, ejecutora de lo decidido la que controla si, cuándo y cómo se produce el curso del hecho*** y por eso se puede hablar de ***dominio o dominio preferente por la actividad***, pues la omisión creadora de riesgo aún no controla -no domina o determina necesariamente- el curso del hecho. Por esa razón la omisión impropia de impedir la actividad decidida por el tercero ciertamente crea o aumenta un riesgo, pero no de dominar el hecho y su curso ni por tanto de autoría, sino un peligro o riesgo únicamente de favorecer (de apoyar o más raramente de incitar a) el dominio o determinación del hecho por la actividad ajena, es decir, un riesgo de participación: cooperación o inducción mediante omisión: v. también *infra* IV.5.

4. a) Posiciones de garante de control, supervisión o vigilancia de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos) ¹⁶³

1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales

a') En el caso de funciones de control o supervisión de *fuentes de peligro no humanas*, sino de procesos mecánicos, vehículos, instalaciones o máquinas, cosas peligrosas, animales, fuerzas naturales, etc., o de peligros procedentes de personas inimputables (sobre éstos *infra d'*)¹⁶⁴, lo

¹⁶³ Dentro de las posiciones de garante de control, tanto de procesos, sistemas, instalaciones o mecanismos a veces peligrosos, como de la posible actividad delictiva de personal de las empresas, tanto directivos como empleados, dentro de su funcionamiento, merece una especial atención, que aquí no se le puede prestar, la responsabilidad penal por omisión, muchas veces comisión por omisión, del empresario y de los encargados supervisores, tanto en calidad de autores de sus propios delitos dolosos o imprudentes como de partícipes dolosos- por omisión en delitos comisivos -generalmente activos- ajenos (ello al margen de los modernos diversos sistemas de responsabilidad penal y no penal de las propias personas jurídicas, precisamente por omisiones, no de las mismas, sino de sus directivos o supervisores). Puedo remitir aquí a algunas obras especialmente importantes y sus respectivas bibliografías: a la que en gran medida abrió esta vía: SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979; posteriormente: ADPCP 1988, 529 y ss.; en:

Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, 137 y ss.; *Unternehmenskriminalität*, FG-BGH 50 Jahre, IV, 2000, 621 y ss.; ADPCP 2002, 9 y ss.; en Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, 103 y ss. = en Tiedemann (dir.)/Nieto (coord.), *Eurodelitos: El DP económico de la UE*, UCLM, 2005, 35 y ss.; GRACIA MARTÍN, APen 1993, 213 y ss.; BOTTKKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener*, 1994; en Mir/Luzón (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, 1996, 129 y ss.; y en la doctrina de lengua española a trabajos fundamentales de DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009; RDJC 22, 2007/08, 101 y ss.; también en DPCo 28, 2009, 195 y ss.; también RBCCr 79, 2009, 41 y ss.; Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos..., en Corcoy/Gómez Martín, *Fraude a consumidores y DP*, 2016, 123 y ss.; BACIGALUPO, CDJ 1994-VII, 63 y ss.; LASCURAÍN, LH-Tiedemann (Madrid), 1995, 209 y ss.; SILVA, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 357 y ss.; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, 2003; GARCÍA CAVERO, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 381 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, LH-González-Cuéllar, 2006, 411 y ss.; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013; La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores cometidos por un autor principal, en Corcoy/Gómez Martín, *Fraude a consumidores y DP*, 2016, 157 y ss.; DE VICENTE REMESAL, ForFICP 2014-2, 79 y ss.; también RP 34 2014, 170 y ss.; LH-Schünemann, II, 2014, 7 y ss.; CONTRERAS CHAIMOVICH, PolitCrim 23 2017, 1 y ss.

¹⁶⁴ Como se ve, el grupo no incluye sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108 124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio, sino que es mucho más amplio.

más frecuente será que se cumpla el criterio de equivalencia y la omisión del garante cree o aumente el *peligro o riesgo* si efectivamente éste *se daba por hecho fácticamente pero sobre todo normativamente que estaba controlado* por el garante y su omisión de pronto lo descontrola y lo hace aumentar decisivamente. Pero si no es así, no habrá equivalencia.

b') Sí que hay equivalencia en caso de omisión por *darse por descontado* que el garante tiene el peligro bajo *control sólo con cumplir su función profesional normal en los controladores profesionales de procesos, sistemas, instalaciones o aparatos peligrosos*, como los encargados del funcionamiento del sistema ferroviario y de que los convoyes tengan vía libre o se detengan, como los controladores aéreos o como los pilotos de aviones o helicópteros (véase sobre esos ej. y la fundamentación de la equivalencia *supra* IV.1, 3 h 1), o los ejemplos clásicos del guardagujas encargado de cambiar las agujas ante la llegada de un tren o el guardabarreras que ha de bajar las barreras para que no irrumpen vehículos o personas en un paso a nivel ante el paso de un convoy, o los encargados de abrir las compuertas de una presa cuando las aguas podrían amenazar desbordarla, etc. Y ante el peligro agudo de una dolencia cardiaca, vascular o cerebral para un paciente, los miembros del equipo médico-sanitario de la UCI haciendo frente a los eventos, oscilaciones o ataques que se presenten (lo mismo ocurre en un equipo quirúrgico que controla la operación, pero este supuesto puede considerarse como caso de injerencia: *infra* IV.4 a 2 i.f.). Por tanto, la omisión de actuación de esos controladores constituye comisión por omisión, dolosa o imprudente, de homicidio, lesiones, daños o estragos según los resultados producidos. c') En el campo del *Derecho penal de la empresa*, lo mismo y por la misma razón ocurrirá respecto de la responsabilidad por el producto (delitos contra los consumidores, fraudes, delitos contra la salud pública) si los encargados de evitar que se introduzcan sustancias tóxicas o deficientes en una cadena de producción, o de controlar que no haya vertidos o emisiones ambientalmente nocivas superiores al nivel permitido en una empresa, incumplen de modo imprudente o incluso doloso sus deberes de supervisión y control. Y en el supuesto del supervisor, interventor o controlador oficial de cuentas de empresas o administraciones públicas, si incumple revelar datos reales muy negativos de una institución o empresa, como es su *función específica y normal y se da por hecho que la va a cumplir*, su omisión de detectar y revelar esos fallos equivale a dar activamente datos falsos, y por eso puede constituir sin duda autoría de falsedad en documento oficial o mercantil

en comisión por omisión, y además puede inducir a error y a confiarse a inversores creyendo que todo está bien en la situación económica, contable, legal, etc. de la institución en cuestión y a invertir en ella o adquirir sus acciones o bienes de la misma y ello puede suponer, si hay dolo, coautoría de estafa, o incluso de blanqueo o lavado de bienes, en comisión por omisión (si fuera sólo imprudente, ciertamente no está castigada en la estafa, pero sí en el blanqueo o lavado de bienes imprudente).

d') En cuanto al control de peligros o *riesgos procedentes de la naturaleza o de seres humanos no responsables*: El control por sus dueños o encargados de animales peligrosos, especialmente de perros para que no vayan sueltos y sin bozal y ataquen a personas, e incluso para llamarlos de modo imperativo y contenerlos inmediatamente si se lanzan a atacar, y con mayor razón el de fieras o animales muy peligrosos en poder de personas, no sólo está estrictamente impuesto como deber por leyes y reglamentos sino que se da por hecho por las normas sociales que es efectivamente ejercido por la enorme mayoría de los dueños; de modo que si omiten ejercerlo dolosa o imprudentemente, sí hay equivalencia a la comisión activa. Algo similar acontece con la supervisión y control de enfermos mentales peligrosos, que se da por descontado que será ejercido por los cuidadores profesionales de un centro psiquiátrico; pero probablemente no es así en el caso de sus familiares encargados, donde no se da por seguro que los tienen controlados para que no puedan dañar a personas u objetos, por lo que su omisión no será comisión por omisión, sino omisión propia, materialmente más grave por ser de garantes. A veces los peligros pueden proceder de la propia naturaleza, p.ej. por fenómenos meteorológicos extremos, sísmicos, volcánicos, etc.; cuando se está en zonas en que se desencadenan con frecuencia tales peligros para personas y cosas, se puede haber encargado –por parte de la comunidad o de un particular– a alguien un mecanismo de control, reacción o defensa frente a tal riesgo extremo, y normalmente se dará socio-normativamente por hecho que ejercen tal control, por lo que si este sujeto omite dolosa o imprudentemente cumplir su función cuando se desencadena el fenómeno natural, habrá generalmente comisión por omisión. En las intervenciones de los bomberos frente a incendios parece más adecuado distinguir: una cosa es si llegan o no siempre a tiempo ante un aviso para extinguir el incendio, donde la experiencia indica que no se puede dar por hecho que llegan siempre o prácticamente siempre en tiempo adecuado,

por lo cual a mi juicio no hay equivalencia con la comisión activa dolosa o imprudente de daños, lesiones o muertes, sino sólo omisión de socorro más grave (de haber dolo al menos eventual), además de responsabilidad disciplinaria en caso de demora en su intervención; en cambio, es distinto el juicio socio normativo de si, ya ante el incendio, pudiendo los bomberos van a contener el fuego y salvar a una persona en peligro inminente (función de control del peligro y/o de protección), donde normativamente –social y jurídicamente– desde luego se da por descontado que actuarán así, por lo que si en algún caso un bombero dolosa o imprudentemente no lo hace, realizará el delito de resultado en comisión por omisión.

e') Hay algunos supuestos de conductas de *personas responsables de objetos o personas que pueden producir daños en que por sus peculiaridades no se puede aceptar la equivalencia* que sostiene la doc. mayoritaria. Así el caso de las tejas en mal estado, que podrían desprenderse y caer al suelo, es especial, no sólo porque el dueño o titular de un edificio con tejado en mal estado no siempre cumple ese deber de supervisión y control, seguramente también porque hay otros responsables de supervisión y vigilancia y con más medios en los organismos y servicios oficiales, por lo cual socio-normativamente no se puede dar por hecho o por descontado que ejercerán el control, sino que además, a diferencia de los otros casos tratados, aquí *el peligro es incierto, potencial* y no se sabe si va a ser inminente; por eso no habrá dolo generalmente en el sujeto ni se considera que ha comenzado una tentativa aunque no haya caída, y si finalmente se produce el accidente, con un peligro concreto *ex ante* totalmente incierto, no habrá dolo sino imprudencia. Igual sucede por cierto con el control por los padres o cuidadores de posibles, no seguros, actos peligrosos de los niños, que por ej. puedan arrojar objetos desde un piso alto a la calle y dañar a personas que pasaran por allí.

2) Actuar precedente peligroso o injerencia

Con independencia de las clases de injerencia que puedan generar posición de garante (al respecto v. *supra* I.5 b 2), en la gran mayoría de los casos de actuación precedente peligrosa, al no tener controlado el ingerente el peligro que creó ni darse por hecho que lo tiene controlado, su omisión no descontrola ni por tanto aumenta ni crea más peligro y por ello no es comisión por omisión. Así, en los casos paradigmáticos de previa causación de un accidente por el sujeto que a continuación omite ayudar a la víctima, por mucho que el ingerente haya creado un peligro con su

actuación precedente, imprudente o –si se admitiera como suficiente para la posición de garante– fortuita, y ello le genere un deber de actuación especial y superior a los deberes generales de salvamento del resto de personas, si a continuación dicho peligro escapa a su control y su curso natural lo hace aumentar por sí solo, que es lo más normal cuando una persona provoca imprudentemente o fortuitamente un atropello, un accidente laboral, etc., entonces el ingerente creó el peligro, pero no dolosamente, sino sólo de modo imprudente (en cuyo caso responderá luego de un delito de lesión imprudente además de su posterior omisión) o incluso fortuito y por ello impune, pero si a continuación no intenta contrarrestar el peligro que creó, su omisión no crea ni aumenta en absoluto ese peligro, que ya marcha solo, y por tanto no realiza dolosamente el delito de resultado en comisión por omisión, sino sólo una omisión propia, que en la omisión de socorro el art. 195.3 (en el CP anterior el 489 bis, 3.º) considera agravada por ser de un garante ingerente¹⁶⁵.

E igual sucede en los discutidos casos (v. *supra* I.5 b 2 b') del hostelero que sirve bebida a un conductor que se embriaga y luego va a conducir o la incitación a beber en iguales circunstancias por los compañeros de rondas, o en los supuestos de la provocación o facilitamiento imprudente de suicidios o la de delitos de otros dejando sin custodia un arma a su alcance¹⁶⁶. En ellos el creador del riesgo (que además en el supuesto de servir o facilitar bebidas a una persona o compartir las rondas con él, aunque luego vaya a conducir, se discute si hay imprudencia e ilícito o si es una conducta neutra o socialmente adecuada), una vez que lo ha puesto en marcha, ni fácticamente lo tiene controlado ni socio-normativamente se da por hecho que lo controle, de modo que su posterior omisión, de impedir que conduzca quien ha bebido o que pueda el tercero usar el arma para suicidarse o delinquir, no desencadena o descontrola ni por tanto crea o aumenta –dolosa o imprudentemente– el peligro. La conducta suya que creó riesgo o peligro (aumentó el peligro de que la otra persona actuara de modo peligroso) fue su conducta activa precedente imprudente, pero ésta era una mera participación, dado que esa

¹⁶⁵ Así lo he expuesto en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 y s.; también en LUZÓN, DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 y ss.; PGª 2016, 31/84, 130.

¹⁶⁶ Sobre esos casos en la jurisprud. alemana cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 281 y ss., 303 y ss., y su posición en 313 y ss., donde sólo admite como salvedad el supuesto totalmente excepcional de que el peligro quede aún dentro de la esfera de dominio del ingerente = *Fundamento y límites*, 2009, 329 y ss., 351 y ss. y su posición en 361 y ss.

actividad del ingerente no implicaba la determinación objetiva y positiva del hecho, sino que el dominio positivo del hecho lo tenía sólo, salvo que estuviera en situación de inimputabilidad, el sujeto que bebe y luego conduce o el que agarra el arma y se suicida o comete un delito con ella; y si sólo hubo imprudencia en la ingerencia (otra cosa es que hubiera dolo eventual), la participación imprudente es impune¹⁶⁷. Quedaría entonces únicamente una eventual responsabilidad del ingerente por omisión de socorro u omisión de impedir delitos¹⁶⁸.

Solamente en los supuestos, menos frecuentes, en que la ingerencia no supone que el sujeto pierda el control del peligro en cuanto creó el peligro con su conducta previa, sino que lo mantiene bajo su control, se podrá decir entonces que, si de pronto lo descontrola dolosa o imprudentemente, su omisión sí supone crear o aumentar decisivamente el peligro de lesión y por tanto habrá comisión por omisión. Así si una persona hace fuego para una parrilla en una zona boscosa, con lo que está creando un riesgo imprudentemente, pero que lo mantiene controlado mientras se mantenga encima e impida la propagación, y sólo si se retira sin apagar totalmente las brasas, entonces descontrola el riesgo y habrá incendio (doloso o imprudente) en comisión por omisión; o si un terrorista lleva encima por la ciudad un explosivo, pero lo mantiene bajo control al no haber puesto en marcha el temporizador o no activar el mecanismo detonante, hasta que en un determinado momento, dolosa o imprudentemente, dejara abandonado el explosivo en un local, con lo que su omisión sí descontrola y por ello aumenta decisivamente el peligro. Y lo mismo cabe decir si un cirujano y su equipo emprenden una operación del paciente, creando por supuesto un riesgo no escaso, pero lo están manteniendo perfectamente bajo control con las medidas adecuadas, hasta que de pronto por imprudencia o dolo aquél dejara de contener,

¹⁶⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 889 y ss.= LUZÓN, DPCir, 1990, 105 y ss.= LUZÓN, EPen, 1991, 197 y ss.; PG, 3.ª 2016, 18/43 y ss. Sobre las opiniones que la consideran punible, aunque como participación, o punible porque cualquier contribución imprudente es autoría (doc. mayor. alemana) cfr. ROSO, *Autoría y participación imprudente*, 2002, passim; TSJAP, 21 2002, 11 y ss.; también en DPCr 75 2004, 227 y ss.; ForFICP 2015-2, 100 y ss.; Liber Amicorum a J. Wolter: LAm-Wolter, Madrid, 2018, 223 y ss., 242 y ss.; LH-Maza, II, 2018; 519 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en DP*, 1991, 625 y ss., 688 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 1990; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el CP de 1995*, 1999; ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, RDPCr 6 2000, 223 y ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La codelinuencia en delitos imprudentes*, 2001; GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, 329 y ss., 418 y ss.

¹⁶⁸ Mi posición sobre estos casos ya en LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/131.

suturar y ello provoca una hemorragia¹⁶⁹ (aunque en este supuesto el deber de garante del equipo quirúrgico se fundamenta también y preferentemente por el acuerdo –contrato– con el paciente o sus familiares que consienten, y por los deberes legales que incumben en esos casos a médicos y sanitarios).

3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes

Estos deberes de supervisión y control de fuentes podrán, según las circunstancias de los distintos supuestos dar lugar o no a que normativamente la omisión aumente la situación de peligro, dependiendo de si normativamente, social o jurídicamente, se podía dar por hecho que el garante iba a supervisar o controlar ese peligro: así hemos visto que ello se podrá afirmar respecto de los interventores públicos en su supervisión de cuentas, pero en muchos casos no respecto de los auditores privados, que no siempre son tan minuciosos y fiables. Ahora bien, pese a poder darse en principio el criterio de imputación del aumento de riesgo, sólo habrá autoría si la omisión del supervisor realiza por sí misma el tipo, como en los ej. vistos (*supra* IV.4 a 1 b') de que la omisión de correcto control por un interventor de cuentas dé lugar ya a cometer por omisión falsedad en documento oficial o mercantil o a coautoría de estafa o fraude a inversores o de blanqueo de capitales; pero pese al aumento del riesgo no será autoría si la omisión del supervisor o controlador no domina el hecho y no realiza el tipo, sino que, como ocurrirá **en la mayoría de estos supuestos, se limita a favorecer que terceros, que dominan o determinan objetivamente el hecho, realicen el delito dolosa o imprudentemente y por tanto es mera participación** (cooperación) en esos delitos, punible si es dolosa. En los supuestos de *transferencia de responsabilidad* sucede a veces que el *delegante* conserva sin embargo un deber de supervisión del cumplimiento de su función de control (o también podría ser de protección) por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación en forma de cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, cooperación que será punible si es dolosa, pero que es atípica si es sólo

¹⁶⁹ Estos ejemplos y esta posición los he expuesto en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 y s.; DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 y ss.; PG, 3.ª 2016, 31/85, 132.

participación imprudente¹⁷⁰; ello a no ser que en la omisión imprudente de un deber de supervisión se dé la excepción de ser autoría de un delito de infracción de deber imprudente, que se indica a continuación con carácter general.

Sin embargo, una importante excepción a la calificación como participación por omisión es que en los delitos imprudentes la interpretación de una norma de cuidado (y de actuación de vigilancia y control) lleve a la afirmación de que excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* IV.6.

4. b) Posiciones de garante de protección un bien jurídico frente a cualquier peligro

1) Deberes por encargo contractual de una función de protección: con desvalimiento total o sólo parcial del sujeto pasivo; el blindaje o no del bien jurídico

En las funciones de garante de protección a las que se obliga un sujeto por encargo contractual o pacto con el titular o portador del bien jurídico o con sus familiares, hay que distinguir si ese sujeto pasivo es totalmente vulnerable y desamparado o si sólo se encarga la protección a un garante por encontrarse aquél en situación de vulnerabilidad y desvalimiento meramente parcial. Si hay ***total vulnerabilidad y desvalimiento*** constitucional o connatural (como la llama SCHÜNEMANN¹⁷¹) del sujeto pasivo (bebé o niño pequeño, inválido, anciano achacoso, oligofrénico profundo, etc.), que por ello *depende totalmente de otra persona que actúa como su cuidador*, y exactamente igual si hay vulnerabilidad completa situacional, transitoria, p. ej. un enfermo o accidentado grave, que queda totalmente en manos del personal médico o sanitario que lo atiende, entonces, como vimos *supra* IV.3 h 2 a', se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable y desamparado e indefenso y tan

¹⁷⁰ Sin embargo, en estos supuestos es frecuente que doc. y jurisprudencia afirmen la responsabilidad como autores, en comisión por omisión o en comisión activa, tanto del delegado como del delegante. Más correctamente ROSO, *Autoría y participación imprudente*, ForFICP 2015-2, 106 y s., señala que en el delegante que omite supervisar al delegado habrá sólo participación (que actualmente también considera punible, aunque sea participación imprudente).

¹⁷¹ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 342 y ss. = *Fundamento y límites*, 2009, 391, 392 y ss.

dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por el garante frente a un eventual peligro, por lo que si el garante omite, esa omisión desblinda el bien jurídico y descontrola dolosa o imprudentemente un peligro que se daba por controlado frente a ese bien jurídico, de modo que él aumenta el peligro frente a ese bien jurídico y realiza por tanto dolosa o imprudentemente en **comisión por omisión** el delito de resultado.

Por el contrario, si el *sujeto pasivo sólo es parcialmente vulnerable y desvalido*, porque puede protegerse, aunque sea parcialmente, y por ello los obligados a proteger por contrato no siempre cumplen tal deber o no lo cumplen bien o plenamente, ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar blindado por éste el bien jurídico y por eso controlado el peligro para ese bien jurídico; por ello no se considera normativamente que su omisión descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una **mera omisión propia agravada** ¹⁷², como ya se ha visto *supra* IV.3 f (i.f.), h 2 a'. Así p. ej. normativamente no se da por hecho que protegen siempre y de modo plenamente eficaz el vigilante, salvavidas o socorrista en una playa o una piscina (ej. visto en IV.3 f, párr. 2.^o), o los guardas de seguridad y control en la entrada de una urbanización, o igualmente las personas de servicio doméstico o criados contratados para las labores de la casa y también, aunque no específicamente, para cuidar de los niños si no protegen a éstos en caso de peligro; en esos casos no se consideraba *ex ante* blindado, plenamente seguro el bien jurídico frente a eventuales peligros.

Sin embargo, como también se ha visto *supra* IV.3 h 2 b', hay una **excepción** si *pese a haber vulnerabilidad sólo parcial* del titular del bien jurídico, se encarga a un garante una **misión de protección muy específica, eficaz y fiable**, con la que se da por hecho que el *bien jurídico está blindado y seguro* y precisamente *por eso su titular renuncia a buscar otros garantes* o medios de protección seguros; en tal caso su omisión vuelve a ser **comisión por omisión** dolosa o imprudente. Recuérdese los ejemplos citados del guarda de seguridad nocturno del local

¹⁷² En cambio, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 342, 348 y ss. = *Fundamento y límites*, 2009, 391, 398 y ss., trata también el desvalimiento, vulnerabilidad o desamparo parcial como fuente de dominio para el garante. Pero, como vemos, ello no puede generar equivalencia con la comisión activa. V. mi crítica *supra* IV.3 h 2 a', IV.4 b 1.

comercial (aunque él sólo será partícipe) o del director de la agencia bancaria en quien confían plenamente los clientes para sus inversiones. Y muy seguramente éste es también el caso de la niñera contratada específicamente para cuidar y proteger a algún niño relativamente pequeño (a diferencia del contrato de los sirvientes) si no lo protege en caso de surgir un peligro que lo amenaza, p. ej. por no impedir dolosa o imprudentemente que el niño vaya a manipular cables eléctricos de alto voltaje o se vaya a lanzar a cruzar la calzada muy transitada por vehículos que lo pueden arrollar.

2) Deberes por estrecha vinculación familiar o análoga.

En el caso de los deberes de protección por parentesco, que normalmente son deberes por ley, pero se discute si caben también los supraleales (v. *supra* I.5 a 1), hay que distinguir si el pariente es persona totalmente desvalida o no: En el primer caso, que pertenece realmente al grupo 1), sí hay comisión por omisión del correspondiente delito de resultado por lo ya expuesto. Si el pariente que en un caso concreto sufre peligro no es persona totalmente vulnerable y desvalida, el otro pariente que no le asiste no comete omisión impropia, sino, por mucho que tenga un deber especial (no sólo moral, sino incluso jurídico-civil de asistencia), una omisión propia de garante. Y en el caso de los discutidos deberes supraleales de garante, como entre parientes de grados más alejados o entre parejas de hecho, creo que precisamente por no ser deberes legales claros y precisos, tampoco se da por hecho normativamente –ni jurídica ni sólo socio-normativamente– que el sujeto va a cumplir una función de protección ante un eventual peligro para el pariente, ni siquiera aunque éste esté totalmente desvalido; por ello su omisión no es comisión por omisión, sino una omisión propia, p. ej. de socorro, en su caso con una agravante de parentesco.

3) Deberes por participar en comunidad de peligro y deberes por comunidad de vida

En los supuestos de comunidad de peligro ya vimos *supra* I.5 a 2 que muchas veces no hay deber jurídico de garante; y en todo caso, será frecuente que no haya equivalencia. Suponiendo que hubiera deber de garante recíproco entre los implicados en una comunidad de peligro, lo que es más que discutible y sólo se puede aceptar si lo han pactado previamente (v. *supra* I.5 a 2), en absoluto se da por descontado que vayan a proteger seguro al otro en caso de peligro montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra o soldados

en una acción bélica, o en casos de emergencia como incendios, naufragios, catástrofes naturales, secuestros, bombardeos o similares los pasajeros de barcos, aviones, trenes o metros, huéspedes de hoteles, visitantes del edificio, etc., y por ello su omisión de salvamento nunca será comisión por omisión. En cambio, además de tener posición de garante por contrato, no es igual la situación en el guía alpino jefe de la expedición que la del resto de montañeros compañeros de cordada, pues los participantes se confían plenamente para las emergencias al guía, no a los otros, por ello no contratan a otro guía y se da por seguro que éste va a proteger, por lo que su omisión sí podrá constituir comisión por omisión dolosa o imprudente. Distinto es el caso del mando, oficial, suboficial pese a tener posición de garante respecto de sus soldados en caso de acción bélica, ya que no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, pues los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él (sobre esas dos situaciones v. ya *supra* IV.3 f, párr. 2.º), ni se da por hecho que los mandos vayan a proteger seguro a sus soldados subordinados, por lo que la omisión de los mandos no será comisión por omisión sino omisión propia agravada. Por último remito a lo expuesto anteriormente sobre la situación de otros profesionales o cargos con posiciones de garante de protección en caso de emergencias, como bomberos o miembros de unidades militares en casos de incendios, donde habrá comisión por omisión porque se da por hecho su intervención protectora de bienes jurídicos si ya están en el incendio, pero ello no es así y por tanto sólo omisión propia agravada y responsabilidad disciplinaria si no intervienen con plena eficacia y prontitud para llegar al incendio (v. *supra* IV.3 f, párr.2.º, IV.4 a 1 d’); o las tripulaciones de barcos o aviones en casos de emergencia como naufragios o necesidad de evacuación por accidentarse la nave tienen estrictos deberes legales de garantía frente a los pasajeros (v. *supra* I.5 a 2), dando prioridad absoluta a la evacuación y salvamento del pasaje antes que la tripulación, pero además normativamente, social y jurídicamente, se da indudablemente por descontado que la tripulación procede así y que es seguro que los pasajeros van a estar protegidos por la tripulación dentro de los medios disponibles, por lo que si en algún caso insólito el capitán o tripulantes pudiendo no protegen a

pasajeros y p. ej. se salvan ellos mismos, cometerán en comisión por omisión homicidios o lesiones¹⁷³.

La *comunidad de vida* no siempre genera auténticos deberes entre sus integrantes. Pero cuando surjan deberes por vida en común o comunidad de vida, no siempre serán deberes jurídicos de garante *sensu stricto* (v. *supra* I.5 a 3) y en todo caso, como regla no hay equivalencia:

En los supuestos de comunidad de vida o vida en común, incluso en los de convivencia en el hogar o morada, donde hay una confianza recíproca mucho mayor, incluso obligada por la situación, y en donde se puede mantener (como SCHÜNEMANN) que hay un pacto recíproco de protegerse de los eventuales peligros que puedan surgir para el otro en la convivencia cotidiana, hay que sostener por las mismas razones que en la comunidad de peligro, pero con más motivo aún dado que ni siquiera es auténtica comunidad de peligro¹⁷⁴, que ***en la mayoría de los casos no hay comisión por omisión***: no hay equivalencia con la comisión activa porque generalmente la omisión de apoyo o ayuda por el otro conviviente ante un peligro que surge para el otro por un accidente o incidente cotidiano o incluso por una repentina enfermedad o ataque grave, y aunque el amenazado no pueda valerse por sí mismo, por supuesto no crea ese peligro, pero tampoco lo aumenta socio-normativamente, ya que el omitente no lo tenía bajo control fácticamente, pero tampoco se considera socio-normativamente que lo tenía bajo control por dar por descontado,

¹⁷³ Por esos y otros delitos se condenó en 2015 al capitán F. Schettino, al mando del crucero italiano Costa Concordia, que en enero de 2012 encalló y volcó frente a las costas de la Toscana, y escandalosamente el capitán abandonó el barco antes de que se evacuara a todo el pasaje, fingiendo incluso estar aún en el barco en llamadas telefónicas que tuvo mediante su móvil con la capitanía marítima, en cuyo naufragio resultaron cinco pasajeros muertos y cientos heridos.

¹⁷⁴ Cfr. lo que he expuesto *supra* I.5 a 3 n. 16 frente a la afirmación de SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 355 = *Fundamento y límites*, 2009, 405, de que la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio.

por seguro, que lo está controlando¹⁷⁵, y que se pueda afirmar que entonces repentinamente el omitente decide dejar el control, incrementando así el peligro.

Como hemos visto (*supra* IV.3 h 2 a'), ello sólo sucederá y sí habrá comisión por omisión cuando los convivientes bajo la protección del garante tengan una total vulnerabilidad o desvalimiento constitucional (niños muy pequeños, inválidos o con una minusvalía muy severa o enfermos muy graves, ancianos desvalidos), donde sí se da por seguro que el garante protector con el que conviven intervendrá y que por ello el bien jurídico está blindado frente a eventuales peligros, pero no en los restantes casos de convivientes sin ese total desvalimiento o vulnerabilidad, a los que de pronto les surja un peligro o emergencia.

4) Asunción voluntaria y transferencia de función de protección.

Por sí sola la asunción voluntaria de una función de protección (sobre cuyo posible carácter de deber jurídico de garante y su fundamento v. *supra* I.5 a 4, I.7) no generará equivalencia, salvo que la asunción de la protección genere mayor indefensión del sujeto protegido, que por confiar ya no pueda protegerse o excluya la protección por otros; en ese caso la omisión supone crear, incrementar o descontrolar un riesgo que se suponía mucho menor (equivale al impedimento activo de cursos causales salvadores¹⁷⁶).

No hay peculiaridades especiales en cuanto a la omisión de su deber de protección por el delegado a quien se le ha transferido dicha misión por el delegante, ya que, o bien acepta dicho cometido en virtud de pacto o contrato o le viene legalmente impuesto, y por consiguiente rigen los criterios generales respecto de los deberes de protección en virtud de contrato o del cargo (*supra* IV.4 b 1, *infra* IV.4 b 5). Y como ya hemos visto, el delegante conserva sin embargo a veces un deber de supervisión del cumplimiento de su función de protección¹ por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo

¹⁷⁵ Por tanto, no es compartible la afirmación de SCHÜNEMANN, 1971, *Grund und Grenzen*, 1971, 356, 354= *Fundamento y límites*, 2009, 406, 404, de que en la comunidad de vida en relación a los peligros de la vida cotidiana en el hogar el garante tiene el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, incluso en caso de un ataque cardíaco repentino. Es más correcto comprobar, o bien, como propone MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/38 y s., 45-47, si realmente el omitente ejerce el control efectivo sobre el peligro que surge, o bien con la fórmula aquí propuesta, si en el caso en cuestión ello se daba por hecho, por descontado.

¹⁷⁶ Sobre ellos cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 31/176 y s.

expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación como cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, participación punible si es dolosa, pero atípica si es sólo participación imprudente (v. *supra* IV.4 a 3).

5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo

Los garantes de protección por funciones orgánicas o del cargo público (generalmente de origen legal, pero otras veces contractual o por asunción: v. *supra* I.5 a 5), y lo propio cabe decir de los agentes o profesionales privados encargados de dichas funciones por delegación de la autoridad, si no la prestan, realizarán un delito en comisión por omisión o por el contrario sólo una omisión propia de garante dependiendo de si normativamente se da o no por hecho que van a proteger seguro y que con su presencia el bien jurídico está blindado frente a un eventual peligro. Y ello depende de la interpretación socio-normativa y jurídica según los supuestos.

Cabe apuntar que muy probablemente se puede dar por descontada la intervención protectora de los funcionarios que tienen esa misión, p. ej. policías o integrantes de servicios públicos de atención a indigentes sin hogar, *ante un peligro grave para personas totalmente vulnerables y desvalidas*, en cuyo caso su insólita no intervención sería comisión por omisión dolosa o imprudente de homicidio, lesiones, etc. (o participación en comisión por omisión si el peligro proviene de una actuación delictiva de terceros). Pero ello *no será así frente a peligros que afectan a personas sólo parcialmente desvalidas*, porque lamentablemente la experiencia muestra que en tal caso no se puede dar por segura la protección pronta y eficaz de los funcionarios policiales o asistenciales; por ello su incumplimiento del deber producirá sólo una omisión propia agravada por ser garantes, como denegación de auxilio, omisión por funcionario de impedir delitos, omisión de socorro con la agravante de abuso de carácter público. (Como se ve, esta distinción para los funcionarios coincide con el criterio general propuesto *supra* IV.3 h 2 a'). Y también vimos que desgraciadamente las autoridades y funcionarios policiales o penitenciarios no siempre cumplen su deber de impedir torturas o vejaciones a detenidos o presos a su cargo y que, por ello, para evitar que sea una simple omisión propia, algunos CP como el español en su art. 176 han tenido que equiparar expresamente tal omisión a la comisión activa de la tortura o atentados a la integridad moral: v. *supra* IV.3 g. Por otra parte, aplicando el criterio general ya

expuesto *supra* IV.3 h 2 b', también se podrá dar normativamente por hecho que van a brindar su función protectora si se trata de *una misión específica muy eficaz y fiable* del funcionario; p. ej. si la labor controladora de cuentas públicas o de entidades privadas de los interventores públicos se considera no sólo supervisión y control de peligros, sino protección de bienes jurídicos colectivos o incluso privados.

Esta posición diferenciadora aquí defendida es por tanto divergente de la opinión bastante extendida de afirmar la equivalencia por tratarse de cometidos específicos y legalmente previstos de funcionarios públicos, en vista de que la Administración tiene precisamente la misión de proteger a la sociedad y los ciudadanos. Sobre los supuestos en que, fuera de los criterios aquí defendidos como regla, excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* IV.6.

5. Aplicación del criterio de equivalencia defendido en la participación por omisión

5. a) Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión: cooperación por omisión¹⁷⁷.

Ya se ha expuesto ampliamente *supra* IV.4, párr. 2.º, las razones de que la omisión ante un peligro de origen humano funcione de modo muy diferente a si es ante un peligro de origen natural, debido a que en el de origen humano el dominio o determinación objetiva del hecho depende de si la persona toma o no la decisión de actuar y que esa diferencia suponga autoría en caso de omisión ante un peligro de origen natural y sólo participación si se omite ante un peligro de origen humano, de actividad ajena. Pues bien, de acuerdo con ello puede suceder que la omisión de un garante sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será

¹⁷⁷ Sobre participación (en especial cooperación) por omisión –de la que ya me ocupé en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 y s.; LL 1986-3, 535 y s.; también en EPen, 1991, 225 y s.; y después en PG, 3.ª 2016, 31/32-38, 147 y s.; Libt 6 2017, 179 y s., 265 y s.; RDP 2017-2, 94 y s., 199 y s.–, cfr. ampliamente los importantes trabajos de RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013; *La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores*, en Corcoy/Gómez Martín, *Fraude a consumidores y DP*, 2016, 157 y s.; también ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/124-170; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, 180 y s., 157 y s.

participación, normalmente cooperación por omisión. Esto desde luego ocurrirá en primer lugar si el tercero tiene indiscutiblemente el dominio del hecho por realizar activamente el delito y con ello excluye que la omisión del garante pueda crear o aumentar el riesgo controlándolo y sobre esa base dominar el hecho; en tal caso la omisión del partícipe sólo creará un riesgo, no de dominar o determinar el hecho, sino de favorecer o facilitar el hecho que domina o determina otro con su actuación positiva. Así si un vigilante armado y con conexión a sistemas de alarma, contratado en un comercio o una empresa para dar seguridad durante el horario nocturno o en días no laborables (garante de protección) y del que se da por descontado que cumplirá su función protectora, sorprendentemente, porque lo han sobornado o por represalias o venganza contra la empresa, no impide que entren ladrones en los locales y roben ni avisa tampoco a la policía. Hay que subrayar que facilitar es hacer más fácil, quitar algún obstáculo o dificultad, con ayuda material, como en el caso anterior, o psicológica que refuerce su propósito, al autor que realiza el tipo. Apoyo psicológico hubo en el caso del tío que, tras hacer que su sobrina subiera a un coche de unos jóvenes por la noche confiada por estar él a bordo (cooperación que es dudoso si era activa u omisiva), presenció impasible, sin marcharse y sin recriminarles o intentar evitar su conducta, cómo los dos jóvenes violan reiteradamente a su sobrina y acaban matándola (supuesto de la STS 31-1-1986¹⁷⁸), pasividad estando presente que constituía un claro apoyo moral a los violadores, probablemente aún mayor si por el parentesco próximo se le considerara garante, pero que es perfectamente posible también en un no garante.

Pero en segundo lugar también puede una cooperación por omisión facilitar la autoría por un garante de un delito en comisión por omisión: El favorecimiento puede ser simplemente moral, reforzando la resolución delictiva del autor, por ej. si uno de los padres está bañando en casa a un niño de un año y de pronto lo deja solo en la bañera porque se va al cuarto de al lado a ver en televisión una parte decisiva de una retransmisión deportiva y el niño empieza a ahogarse, cuyo padre sería autor de lesiones o incluso homicidio en comisión por omisión, normalmente con dolo eventual, y un vecino que lo presencia se dedica a comentar el evento con el padre, en vez de incitarle a volver inmediatamente con el niño o de salvarlo él mismo, y ese vecino tendría

¹⁷⁸ A 211; sentencia comentada ampliamente por mí: LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 y ss.; LL 1986-3, 535 y ss.; también en EPen, 1991, 225 y ss.

responsabilidad como cooperador moral por omisión del padre¹⁷⁹, que es más grave que una mera omisión de socorro. O puede ser un favorecimiento material por omisión que no llega a dominar el hecho: así si un tercero, que vive en el domicilio y se ha comprometido a adquirir los paquetes de leche maternizada y traérselos a una madre que acaba de tener un bebé, está de baja maternal y lo alimenta con biberón, pero sin el menor entusiasmo y duda incluso si dejar morir al niño como aquél sabe, no le trae dichos paquetes a la madre, haciéndole así materialmente más fácil no alimentar al bebé, que acaba muriendo; y aquí es igual a efectos de cooperación si el tercero es un no garante o es incluso otro garante, el padre del bebé (ello sólo supondría una agravante de parentesco igual que en la autora), pues éste no tiene el dominio y el control del hecho, que queda en manos de la madre.

5. b) ¿Inducción por omisión?

En principio no parece posible que una omisión por un tercero, aun cuando sea garante, de disuadir a una persona de la posibilidad que se plantea o le plantean otros de que cometa un delito, pueda crear en el autor una resolución criminal que no tenía y por tanto ser inducción por omisión; pero sí podrá considerarse cooperación moral o psíquica si esa actitud exteriorizada de no disuadir a quien ya quiere cometer un delito, le refuerza psíquicamente en su resolución, en cuyo caso valorando las circunstancias el juez decidirá si esa cooperación moral es simple complicidad o, por ser decisiva para acabar el autor de afianzarse en su propósito, cooperación necesaria. Ello salvo algún caso absolutamente excepcional en que la pasividad de una persona pueda interpretarse como incitación al delito de otra, que se produzca con esa finalidad y que efectivamente induzca al otro a delinquir¹⁸⁰. Aparte de ello supone un obstáculo añadido al

¹⁷⁹ Planteo como cooperador a un vecino no garante, porque si quien se pusiera a conversar con el padre animándole a seguir viendo la televisión fuera a su vez garante, p.ej. la madre, entonces sería también autora de lesiones u homicidio en comisión por omisión, ya que, además de ser garante, social y jurídicamente se daría por descontado que ella controlaría de inmediato el riesgo para el niño, así que con su omisión aumenta el peligro que se suponía controlado y domina o determina el hecho junto con la omisión del padre.

¹⁸⁰ Así lo expongo en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 87 n. 36 = EPen, 1991, 244 n. 36, añadiendo: “Por ej., una persona a quien otro intenta persuadir de que cometa un delito, sin que le esté convenciendo, cambia de opinión y se siente movido por primera vez a delinquir cuando observa el silencio y la no desaprobación de un tercero que para él tiene mucha autoridad moral, lo que interpreta correctamente como un asentimiento o incitación de ese tercero”.

conceptual la fórmula del Derecho positivo español, que dice “los que inducen *directamente* a otro” (art. 28, 2.º a CP, como en el art. 14, 2.º de los anteriores CP), lo que requiere inducción o instigación expresa y no mediante silencio u omisiva.

6. Excepción: no aplicación del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo en algunos contados supuestos de delitos de infracción de deber dolosos o imprudentes

Ahora bien, aparte de la regla general expuesta que requiere para la total equivalencia con la comisión activa no sólo posición de garante sino también que la omisión suponga creación o incremento decisivo de un peligro que resulte descontrolado (con dominio del hecho o con mero favorecimiento de un hecho ajeno), puede haber excepcionalmente supuestos de admisión de una comisión por omisión sin concurrir dichos requisitos de equivalencia: se trata de delitos de infracción de deber en sentido estricto en los que hay otra forma de imputación del resultado a la conducta omisiva del sujeto: la ***imputación como autoría por el mero incumplimiento de un deber especial de garante***. Ello puede ocurrir en primer lugar en los casos contados de tipos de la Parte especial que ya en su forma dolosa constituyen delitos de infracción de deber o contra deber, con independencia de la forma de intervención activa u omisiva, con o sin dominio del hecho, como p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado que indebidamente accede o permite que otros accedan a los documentos o que realiza o consiente la destrucción o inutilización de medios para impedir el acceso; v. *supra* II.2 c.

Pero especialmente importante es la excepción en algunos casos de delitos imprudentes que cabe entender como delitos contra deber o de infracción de deber, en los que lo único decisivo es la vulneración de un deber especial por el sujeto, sin que importe si hay autoría por dominar o determinar objetivamente el hecho o sólo favorecimiento de un hecho ajeno o sólo permitir que se produzca. Sin que la conducta suponga una creación o aumento de peligro que además determine objetivamente y positivamente el curso del hecho, sin embargo puede interpretarse, como ya apunté en 1989 como excepción al criterio de la determinación objetiva del hecho, que habrá ***autoría imprudente en comisión por omisión por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro*** y poder interpretarse que ello es decisivo para el sentido de la ley que establece el deber especial

del garante que al mismo tiempo es un deber especial de cuidado a efectos de imprudencia. Ej.: no supervisar el legalmente obligado si en un local o establecimiento que acoge, al menos en ocasiones a gran cantidad de personas, como una sala de fiestas o de conciertos, discoteca, cine, teatro etc., existen y funcionan correctamente las debidas salidas de emergencia, o los extintores de fuego requeridos reglamentariamente. Con independencia de que se podrá afirmar también la equivalencia, pero además la determinación objetiva del hecho, respecto de la conducta omisiva de su deber primario de control de los dueños o responsables del local, me parece que al menos es totalmente adecuado afirmar para ***la omisión por las autoridades o funcionarios legalmente responsables de dicha supervisión, vigilancia y control o por otros profesionales encargados de dicha misión por la autoridad*** administrativa que equivale valorativamente “según el sentido del texto de la ley a la causación activa” del resultado dañoso: pues la pena del delito imprudente es mucho menor que la del correspondiente delito doloso, lo que permite considerar aquí ese incumplimiento de la supervisión como axiológicamente equivalente a la producción mediante causación activa del delito de homicidio, lesiones o estragos (lo que no sucedería en el delito doloso), se puede además estimar que ese es precisamente el sentido de la norma de cuidado de la legislación administrativa que está en la base del tipo penal imprudente como norma infringida, y la misión de vigilancia y control de esos factores de riesgo por los funcionarios públicos precisamente hace que el público confíe, dé por hecho que se cumplen las medidas de seguridad legalmente previstas para emergencias y riesgos repentinos y por ello acuda masivamente al local.

FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE: ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

Por LISANDRO LOGLEN

I. Introducción: la vital importancia de la delimitación del garante

Como ya señalaba Silva Sánchez¹⁸¹ nos hallamos en un modelo de sociedad orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada, esta cuestión se traduce en una reducción de las esferas de libertad y en una prevalencia de la injerencia omisiva como fundamento de la imputación penal. Es decir, aparecen deberes, ya no solo negativos, de evitar que determinados riesgos se concreten, el incumplimiento de estos deberes constituye tal fundamento de imputación.

Estas conductas de no-evitación serán relevantes cuando quien las lleve a cabo sea un garante, es decir un sujeto especialmente obligado por un deber de evitar determinados resultados¹⁸². Por ello, la delimitación de quien es garante resulta de vital importancia ya que el comportamiento, de quien sea titular de esos deberes, tendrá consecuencias más gravosas que las de quien solo tiene que adaptarse a un principio general de no dañar a otros. A partir de la mencionada delimitación es que podrá sostenerse, en principio, que no impedir un resultado (omisión) equivale a producirlo activamente (comisión)¹⁸³.

En el presente trabajo, luego de un primer excursus sobre la teoría de los delitos de infracción de un deber analizaré cuales son, según la legislación penal española, las fuentes que dan origen a la denominada posición de garante y como han sido analizadas esas fuentes en la

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3° ed., BdeF, 2011, p. 37

¹⁸² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Comisión por Omisión y principio de legalidad. El artículo 11 como cláusula interpretativa auténtica*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2° Época n.º extraordinario 2 (2004), pp. 279-315.

¹⁸³ SARRABAYROUSE, E., *Los delitos de omisión impropia en la Argentina. Estado de la discusión*, Vol. 87 Núm. Conmemorativo (2020): Revista Criminalia Año LXXXVII – diciembre, 2020 – Conmemorativo, pp. 505-537.

jurisprudencia de ese país, finalmente plantearé el problema relativo a la delegación de los deberes que hacen a ese estatus especial. Sobre lo expuesto expondré algunos comentarios en modo de conclusiones.

II. Un punto de partida el rechazo a la teoría de los delitos de infracción de un deber

El ya referido avance de la injerencia por omisión dio relevancia a una, ya clásica, clasificación de delitos en los cuales el núcleo del hecho antijurídico lo constituye la violación de un deber positivo de indemnidad de bienes jurídicos y el hecho lesivo se completa con el incumplimiento por acción u omisión de ese deber. Estos son los denominados delitos de infracción de un deber.

La teoría de los delitos de infracción de deber tiene sus orígenes en Armin Kaufmann¹⁸⁴, pero en su mayor exposición se la debemos a Roxin que en 1963 propuso, a partir de los postulados que a continuación desarrollaré, una solución para los problemas de “instrumento doloso no cualificado”¹⁸⁵. Con esta estructura se pretendió resolver aquellos casos en los que la autoría debía fundarse ya no en el dominio del hecho de un sujeto activo, sino en la lesión a un deber específico¹⁸⁶. Esta teoría permitiría extender la autoría mediata para los casos en los que si bien el “hombre de atrás” (*intraneus*) no domina la voluntad del “hombre de adelante” (*extraneus*), por tener el primero de los nombrados un deber especial con respecto al bien jurídico debería ser señalado como autor.

Por lo tanto, en determinado grupo de delitos la delimitación de la autoría se explicaría exclusivamente en la infracción de un deber jurídico especial sin importar quien tiene en su gobierno el curso del hecho¹⁸⁷. En efecto en los ahora denominados delitos de infracción de deber,

¹⁸⁴ ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, Atelier, 2007, p. 52.

¹⁸⁵ ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E., *El extraño artículo 65.3 del Código Penal*, en ROBLES PLANAS (Dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 68.

¹⁸⁶ ROXIN C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons; 2000, p. 398.

¹⁸⁷ 7 Ídem, p. 413 y Criminaliza ss.

la presencia en el sujeto del deber jurídico especial extrapenal lo convertiría en autor, aunque su conducta no exceda de una participación¹⁸⁸.

Ahora bien, esta teoría nació entonces destinada únicamente a definir la autoría y no así el contenido de injusto. En este sentido, el deber jurídico especial para la delimitación de quien puede ser autor sería un deber extrapenal que vincula especialmente a un sujeto o grupo de sujetos con un bien jurídico pero que no sería el equivalente a aquel (generalmente negativo) que resultaría de la norma y cuya infracción justificaría una responsabilidad penal¹⁸⁹.

Un claro desarrollo extensivo de esta teoría se encuentra en la obra de Jakobs. Este autor sostiene que, en determinados delitos, independientemente del hecho, existe una relación especial entre el autor y el bien jurídico vinculado a la norma¹⁹⁰ y que en estos casos la infracción jurídico-penalmente relevante no viene definida únicamente por la violación de un deber negativo de no lesionar bienes jurídicos sino por la infracción a deberes positivos de protección constituidos por la mencionada relación especial entre el sujeto y el bien. Agrega que esta relación especial (estatus) está estrechamente vinculada a instituciones¹⁹¹.

Esta toma de postura respecto a los delitos de infracción de deber está precedida por un profundo desarrollo respecto a los ámbitos de incumbencia y la responsabilidad por infracción de deberes positivos y negativos¹⁹². En este sentido, por un lado, existe la llamada responsabilidad por organización la cual se fundamenta por una ampliación del ámbito de organización del sujeto¹⁹³ de manera que la vinculación entre el destinatario de los deberes y la lesión se agota en un aspecto negativo, constituido por no dañar los bienes jurídicos de otros por un defecto en el

¹⁸⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*. Madrid: Edisofer; 2006., p.133.

¹⁸⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos...*, ob. cit., p. 132

¹⁹⁰ JAKOBS G., *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., Madrid: Marcial Pons; 1997, p. 266

¹⁹¹ Ídem. En este sentido, son instituciones contextos estrechamente regulados y preformados.

¹⁹² Jakobs propone dos grandes modelos de responsabilidad uno regido por la relación sinalagmática libertad por los actos/responsabilidad por las consecuencias y otro definido por las instituciones entendidas como forma de relación permanente y jurídicamente reconocida de una sociedad la cual es indisponible para la persona individual (Jakobs, G., *Derecho penal...*, ob. cit., apartado 29.)

¹⁹³ JAKOBS, G., *Derecho penal...*, ob. cit., 29/29 y ss.

ámbito de la propia organización¹⁹⁴. Mientras que, por otro lado, existe una responsabilidad institucional en sentido estricto¹⁵, aquí lo fundamental son los deberes positivos de protección de bienes que se derivan de esta especial forma de relación, de modo tal que quien esté en esa posición institucional estará obligado de manera positiva es decir con obligaciones de un hacer determinado o de comisión¹⁹⁵. Estos deberes positivos surgen de modo casi exclusivo de normas jurídicas ya sea penalmente reforzadas como extrapenales y tienen tal impacto en la configuración de la responsabilidad que solo se consideran como instituciones la relación paternofamiliar, el matrimonio, la confianza especial y las vinculadas al Estado como las relaciones estatales de poder, la función policial y la de administración del Estado y de la Justicia¹⁹⁶.

Por lo tanto, de clasificar a un delito como de responsabilidad institucional la responsabilidad ya no se encontraría en la norma jurídica penal, sino que justamente en la institución y en la infracción de los deberes positivos que de ella se derivan, es decir “detrás” de la norma penal¹⁹⁷.

Esta teoría ofrece un sistema de imputación radicalmente distinto que trasciende la mera solución del problema del “instrumento doloso no cualificado” al punto que se ha sostenido que estos desarrollos de Jakobs deben quedar por fuera de la propia teoría de delitos de infracción de deber desarrollada por Roxin¹⁹⁸.

Sin embargo lo cierto es que los postulados de la teoría que encuentra el fundamento de la responsabilidad en “instituciones” más allá de tener un origen y fundamento distintos a los de la teoría de los delitos de infracción de deber, lo cierto es que comparten su punto distintivo y este es que determinados delitos lo que determina la sanción no es ya un comportamiento que viole

¹⁹⁴ ROBLES PLANAS, R, *Deberes positivos y negativos en derecho penal*, Barcelona: InDret 4/2013, p. 3¹⁵ Jakobs aquí hace una salvedad ya que menciona que los deberes derivados de la responsabilidad por organización se pueden entender como derivados de responsabilidad institucional, pero esto será solo en sentido inespecífico por lo que para diferenciarse debería hablarse de una responsabilidad por institucional en sentido estricto (Jakobs, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 994).

¹⁹⁵ JAKOBS, G., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 994

¹⁹⁶ Ídem, pp. 994/995

¹⁹⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons; 2002, pp. 93 y ss., y p. 120.

¹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M, *Estudios sobre los delitos de omisión*. Primera edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 296.

deberes negativos de no dañar, sino la concurrencia en un sujeto de un determinado deber especial de protección que lo vincule al bien jurídico y la configuración defectuosa en ese marco institucional que el sujeto no puede delimitar.

Por lo tanto, atento a los postulados desarrollados cabe concluir que la asunción de la teoría de los delitos de infracción de deber conlleva necesariamente el reconocimiento de un sistema de responsabilidad distinto al que reputa como presupuesta de una sanción la creación de un riesgo desaprobado que lesione un bien jurídico¹⁹⁹. Como se ha visto, mientras que en algunos casos la infracción al bien jurídico puede venir de determinada organización defectuosa del autor, en otros casos la explicación del hecho delictivo devine únicamente de la deslealtad del sujeto para con una institución positiva que fundamenta sus deberes²⁰⁰. Es esta, a mi entender la correcta interpretación que se debe hacer respecto de esta clasificación de delitos.

Para dar un ejemplo, de seguir los lineamientos de los delitos de infracción de deber el padre que entrega con dolo homicida el arma para que el sicario cometa el homicidio de su hijo, en el momento de esa entrega está cometiendo el delito ya que la totalidad del injusto encuentra fundamento en la violación de su deber institucional positivo de proteger el bien jurídico vida de su hijo, por lo que una vez infringido este deber positivo el hecho antijurídico está completo. Esta comisión se da en autoría sin importar si se da o no una intervención posterior. Esta conclusión se debe seguir del reconocimiento de la institución paterno filial y de los deberes positivos de protección del bien jurídico que pesan sobre el padre²⁰¹.

Así, la doctrina de los así llamados delitos de infracción de deber, entre otras categorías dogmáticas, deja sin efecto alguno la necesidad de analizar el comportamiento prohibido (o también de configuración de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado) y como se vincula el resultado a ese comportamiento. Esto porque, conforme a la comprensión otorgada, la teoría de los delitos de infracción de un deber difumina todos los contornos de la exigencia de tipicidad del hecho constitutivo de un delito. En este sentido se ha dicho que “[e]n estos casos, la relación del interviniente para con el bien jurídico es siempre inmediata [...], y ya sin considerar siquiera un

¹⁹⁹ ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E., *El extraño artículo 65.3 ...*, ob. cit., p. 67.

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ JAKOBS, G., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 791.

hacer determinado”²⁰². Por lo tanto, quien lesione el bien jurídico de manera jurídico penalmente responsable será únicamente en quien concurra el deber positivo, solo este puede ser autor y la mera violación de ese deber completa el injusto.

Una consecuencia como esta, salvo una extensa restricción, no puede ser sostenida. Por lo que corresponde en líneas generales rechazar, al menos en la concepción que aquí expuse, la teoría de los delitos de infracción de deber. Esto debido a que su asunción extrae del código penal el ámbito donde encontrar las pautas de comportamiento sobre las cuales fundar la culpabilidad. Esta conclusión resulta clara en la posición de Sánchez-Vera cuando sostiene que el fundamento de las obligaciones cuyo incumplimiento será el que justifique la pena del autor debe encontrarse en la “institución” que se encuentre “detrás” del tipo codificado²⁰³, es decir fuera de la norma penal que dispone la sanción. Por lo que, según los postulados de esta teoría para aplicar una pena, en el ámbito del comportamiento, bastaría con acreditar la deslealtad del sujeto para con el deber. Este deber puede encontrarse (y generalmente así lo es) en normas que están por fuera del ordenamiento penal²⁰⁴. Esto, a la luz del principio de estricta legalidad que establece las pautas que debe cumplir una norma para dar origen a una sanción penal²⁰⁵ no puede ser sostenido.

Además, la fuerte vinculación entre el sujeto y el deber de preservación de la indemnidad de los bienes jurídicos insertos en la institución lleva razonablemente a la consecuencia de que “el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado estatus”²⁰⁶ lo que permitiría afirmar que a ese comportamiento defectuoso corresponde cargarle todas sus consecuencias lo que resulta ajeno a un sistema de derecho penal de acto²⁰⁷.

²⁰² MAÑALICH J. P., *La estructura de la autoría mediata*. Revista de derecho (Valparaíso). 2010;(34):385-414, p. 408.

²⁰³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *Delito de infracción...*, ob. cit., p.120

²⁰⁴ Resultan ilustradoras en este sentido las palabras expresadas por Schünemann. Este autor en una crítica a la posición de Jakobs ha dicho que una teoría como la desarrollada por Jakobs no pretende hacer un análisis de la norma, sino que es una explicación filosófica de la sociedad, al punto tal que para su atribución de responsabilidad no haría falta ningún código penal, sino que podría construirse desde esa filosofía (Roxin, C. *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas; 2000, pp. 197/198).

²⁰⁵ Ley previa, escrita, estricta, cierta, prohibición de analogía, etc.

²⁰⁶ ROBLES PLANAS, R, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, pp. 233.

²⁰⁷ En este sentido Mañalich sostiene que la teoría de los delitos de infracción de deber implica un *veresari in re illicita* (MAÑALICH J. P, *La estructura...*, ob. cit., p. 410).

En este sentido, rechaza por extensa esta teoría me quedaré a los fines del presente trabajo con una visión más restrictiva de la relevancia del garante. Esta es la posición de Silva Sánchez relativa a la configuración de la comisión por omisión. Este autor sostiene que para que una omisión sea equivalente a una acción, el primero de los comportamientos debe mostrar una identidad estructural y valorativa con los hechos comisivos²⁰⁸. Es decir que no basta con la identificación de deberes positivos, sino que se deben incorporar al comportamiento todas las características de la comisión activa. En palabras del autor esta posición “no prescinde de la teoría del garante”, pero aclara que la responsabilidad no va unida a la mera titularidad de los deberes, sino que debe darse una concreta situación de necesidad de protección de un bien jurídico²⁰⁹ y solo en esa situación el actuar omisivo del obligado equivale a la comisión activa.

Hecho este excursus a mi juicio limitador de la injerencia omisiva pasaré a analizar cómo regula el Código penal español a la comisión por omisión y a las fuentes de la posición de garante.

III. La legislación española

El artículo 11 del Código Penal español²¹⁰ regula en sus líneas tanto la equivalencia entre la comisión y la omisión como las fuentes de la posición de garante necesarias para esa. En su primera parte establece por un lado qué requisitos deben cumplirse para que una omisión pueda ser constitutiva de un delito consistente en la producción de un resultado, mientras que en su segunda parte enumera, a los fines de equiparar la omisión a la acción, la triada clásica de fuentes de los deberes formales de garante: deber derivado de la ley, de un contrato o de la injerencia precedente.

Lo hace de la siguiente forma: Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica

²⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, BdeF, 2018, p. 438.

²⁰⁹ Ídem, p. 463 y ss. En este sentido el autor habla de situaciones concretas de garante.

²¹⁰ Vigente a partir del año 1995.

obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Esta técnica legislativa conocida como cláusula de equivalencia viene en principio a disipar dudas respecto de los reparos que desde una interpretación del principio de legalidad se le hacían a la posibilidad de equipar acciones y omisiones a los fines de imputar delitos que según esas posturas poseen una redacción comisiva²¹¹. Sin embargo, requiere de un esfuerzo interpretativo a los efectos de delimitar cuales son las consecuencias de su aplicación y en definitiva que aporta al momento de atribuir resultados penales a comportamientos.

Sin reparar en los profundos problemas y desarrollos dogmáticos respecto a los problemas que supone la causalidad (como mecanismo de producción de resultados) en la omisión (no movimiento) la pregunta relativa a quien es garante viene, en parte, a resolver el problema que en alguna doctrina se ha denominado como problema de determinación²¹², es decir cuando es atribuible la consecuencia de un “matar” a la conducta “dejar morir” y, más precisamente, de todas esos comportamientos de “dejar morir” cual realiza el tipo penal de homicidio. Veamos que aporta la ley española a la respuesta de ese interrogante.

Comenzaré por la segunda parte del referido artículo 11. La legislación adopta aquí una remisión a la teoría formal de los deberes de garante, respecto a esto es unánime la insuficiencia de esta tesis para dar respuesta a los problemas que plantea la obligación de actuar²¹³. Ya sea por un excesivo rigor formal o por una amplitud desmedida la reducción de las fuentes de deberes a estos tres supuestos no otorga una satisfactoria respuesta la pregunta planteada sobre quien es pasible de una sanción penal ante un resultado relacionado con un no hacer. Por ejemplo, se ha dicho que no puede administrarse que baste cualquier deber jurídico de actuar, para que la omisión en el cumplimiento de un deber se equipare a la acción. Tal es el caso de los deberes de

²¹¹ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 163 y ss. Desde esta posición se exigía que la tipificación de los delitos de comisión por omisión debía ser en un numero cerrado de supuestos previstos en la parte especial.

²¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e Injerencia en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 688 y Lascarián ss.

²¹³ LASCURIÁN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, p. 26.

alimentación de los padres respecto de los hijos cuando estos son capaces de valerse por sí mismos²¹⁴.

La adopción de esta tesis otorga en muchos casos respuestas desmedidas, que, de no tamizarse, darían como resultado equiparar cualquier deber legal de actuar a deberes penalmente reforzados, con la consecuencia de pena ante su incumplimiento²¹⁵. De la misma forma, por aplicación del principio de legalidad, casos de deberes derivados de “comunidades de peligro” o “confianza especial” quedarían por fuera de la norma y por lo tanto no podrían equipararse a supuestos de comisión de un resultado.

Estos son alguno de los motivos por lo que la exclusiva delimitación del garante a partir de la remisión a un elenco de posibles razones por las que uno se encuentra especialmente vinculado con un bien jurídico y su indemnidad resulta deficitaria²¹⁶.

Por lo tanto, para sortear este déficit, han aparecido numerosas teorías para dar una respuesta. Aquí abordaré dos de esas propuestas.

Este abordaje remite ya a la primera parte del artículo 11, en este sentido la propia norma exige que para la imputación en comisión por omisión haya una equivalencia en el sentido del texto de la ley y que la no evitación del resultado se produzca el infringir un especial deber jurídico.

Aunque es anterior a la vigencia del artículo 11, la posición de Silva Sánchez se enmarca en lo derivado de esa norma. El autor sostiene que la *demarcación de las situaciones de garantía (relaciones peligro-bien jurídico) se produce a partir del concreto compromiso del garante* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos, a fin de proteger determinados bienes jurídicos de determinados peligros²¹⁷. Ese compromiso asumido de forma inequívoca es el que identifica al garante. El no contener el riesgo cuando amenaza con realizarse sobre el bien jurídico protegido constituye la omisión que es estructural y materialmente idéntica a la comisión del daño producto

²¹⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, BdeF, 9º edición, 2011, pp. 324/325.

²¹⁵ Como el mencionado caso del deber de alimentación de los padres respecto de los hijos que pueden valerse por sí mismos.

²¹⁶ Jakobs reduce su utilidad a la mera referencia por memoria (JAKOBS G. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., Madrid: Marcial Pons; 1997, p. 969).

²¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito...*, obra citada, pp. 464/465.

de la realización de ese riesgo. En esa situación concreta el sujeto domina al igual que en la comisión el riesgo, por lo tanto, corresponde atribuir a ese comportamiento igual consecuencia²¹⁸.

La teoría deviene así en un criterio ontológico basado en la decisión de quien se coloca en una determinada posición. No modifica esta cuestión que determinados roles sociales comúnmente estén unidos a compromisos de evitación de daños²¹⁹, lo relevante será exclusivamente el acto de voluntad previo que opera con interferencia en las esferas de organización ajenas, ya que genera en terceros una expectativa de protección y por lo tanto un relajamiento en la custodia de esos bienes.

A esta posición le advierto dos claras vinculaciones, por un lado, la conocida teoría de Armin Kaufmann que plantea dos orígenes de los deberes de la posición de garante: la protección de determinados bienes jurídicos y el control de ciertas fuentes de peligro. Ello en tanto la barrera de contención de riesgos que plantea Silva Sánchez tiene como función justamente evitar los peligros que de esas dos clasificaciones se derivan. Por otro lado, al vincular la identidad estructural entre omisión y acción con el dominio del riesgo que detenta quien se coloca voluntariamente como barrera de contención de riesgos resulta ineludible referirse a la teoría del *dominio sobre el fundamento del resultado* de Schünemann²²⁰. Si bien a diferencia de la teoría mencionada donde el dominio como principio de imputación aparece como un concepto desnormativizado, Silva Sánchez, aun planteando un concepto de dominio normativo²²¹, ofrece, tal cual lo hace Schünemann, una identificación de los delitos de omisión impropia con los denominados delitos de resultado en base al control que detente el sujeto sobre el hecho. En ambas teorías el dominio resulta central a los efectos de vincular un daño con un comportamiento tanto en la omisión impropia como en la comisión.

²¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito...*, obra citada, p. 471.

²¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito...*, obra citada, p. 465.

²²⁰ SCHÜNEMANN, B., *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, 2009, pp. 280 y ss.

²²¹ Ejemplo de esto es la mención a riesgo real o hipotético que hace en la página 465 de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito...*, obra citada.

La segunda de las propuestas para explicar el origen de los deberes de garantías es la derivada de la obra de Lascuráin Sánchez²²². El autor parte su análisis de considerar que serán legítimos sólo los deberes que deparen una preservación de la autonomía mayor (beneficios) a la que se sacrifica con la imposición de esas obligaciones (costes)²²³.

El autor plantea una clasificación de obligaciones en negativas (prohibiciones) y positivas (mandatos). Estas últimas y, en particular, las que se refieren a deberes personales de acción son las que requieren una respuesta más compleja a fin de justificar quienes son los obligados.

La fundamentación de asignación de estos deberes penalmente reforzados no difiere de la ya mencionada relación entre costes y beneficios. En palabras textuales *la severa restricción que supone la asignación de deberes especiales positivos fuertemente reforzados en el ámbito penal sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de un ámbito de autonomía*²²⁴. Al igual que en Silva Sánchez el acto previo de autonomía aparece como central para justificar la asignación de deberes de garantía.

Como consecuencia aquellos resultados que aparezcan en situaciones en las cuales el autor no haya tenido una intervención previa que refleje el ejercicio de su propia voluntad no serán atribuibles en comisión por omisión a su comportamiento²²⁵. Sin embargo, para estos casos en los que, por ejemplo, se encuentran los supuestos de necesidades de protección de personas no autónomas²²⁶ Lascuráin Sánchez propone que los deberes sean socializados y que eventualmente recaigan en un funcionario que a través de un acto de propia autonomía se haga cargo de ese deber especial²²⁷.

²²² LASCURÍAN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

²²³ LASCURÍAN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión...* obra citada, p. 58.

²²⁴ Ídem, p. 69.

²²⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia...*, obra citada, p. 506.

²²⁶ Quedan por fuera de esta conclusión los deberes paternofiliales (Lascuráin Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión...* obra citada, pp. 80/81).

²²⁷ LASCURÍAN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión...* obra citada, p. 77 y Lascuráin ss.

En definitiva, serán garantes quienes por el ejercicio de su autonomía tengan en su ámbito de organización personas u objetos por cuya indemnidad deben responder o quienes asuman libremente el deber que correspondía a otro²²⁸.

Estas dos propuestas ofrecen con cierto grado de similitud una propuesta interpretativa del artículo 11 del Código Penal español que intenta delimitar con un mayor grado de concreción cuando estamos frente a un garante y como consecuencia cuando es equiparable la omisión a la acción.

Ahora bien, como he referenciado ese artículo del Código presenta dos partes la que refiere a la equivalencia y luego la que enumera las fuentes de la posición de garante. Cómo se armonizan dos redacciones que son, como vimos, contradictorias. La respuesta a esto es que la enumeración que realiza la segunda parte del artículo 11 no es más que una referencia tipológica, es decir una agrupación de casos y no un catálogo taxativo de cuáles son las fuentes de la posición de garante²²⁹.

IV. Algunos casos de la jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español reconoció con anterioridad a la vigencia del artículo 11 la existencia de la posición de garante tanto en virtud de los deberes formales, como en virtud de criterios materiales²³⁰, desde esos tiempos y aún con grandes aportes interpretativos de la cláusula, la jurisprudencia ofrece poca delimitación con respecto al interrogatorio de quien es garante. Me enfocaré en algunos casos que dan cuenta de esta problemática, en tanto a partir de la interpretación de una misma norma arriban a conclusiones basadas en criterios por demás disímiles y, hasta en un punto, excluyentes.

1. Adscripción a las fuentes formales del deber de garante

²²⁸ LASCURIÁN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión...* obra citada., p. 80.

²²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Comisión por omisión...*, cit. p. 35.

²³⁰ NÚÑEZ PAZ, M. A., *Omisión impropia y Derecho Penal (Acercas del artículo 11 del Código Penal español)*, Universidad de Huelva, Revista Penal, n.º 20, julio 2007, p. 143.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 459/2018²³¹ se tuvo por probado que el 26 de agosto de 2015 Juliana, de 76 años, falleció a causa de un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta. Juliana se encontraba a cargo de sus dos hijos (acusados del hecho), convivía con uno de ellos y entre ambos, mayores de edad, habían acordado compartir las labores de cuidado y atención de madre quien poseía un avanzado deterioro de salud que le imposibilitaba caminar, bañarse y comer. Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento referido.

Los acusados llegaron al Tribunal Supremo condenados por homicidio en comisión por omisión y sus recursos fueron rechazados por los siguientes argumentos.

La Sentencia sostuvo que los hijos tienen la obligación de cuidado y atención de los padres, la cual no solo es natural, sino jurídica cuando los padres no pueden cuidarse por sí solos y que en el caso de que esa obligación no se cumpla debidamente, en una u otra dirección, y se incumpla gravemente la tutela de garante que ambos tienen en distintas épocas de la vida se convierte en una obligación legal incumplida, que acarrea responsabilidad penal.

En los argumentos si bien se da cuenta de que la posición de garante no es suficiente, en tanto refieren que se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido²³². La Sentencia niega que sea exigible para el caso un dominio del hecho, ello porque “quien omite una conducta no dirige nada” y, a la vez, sostiene que la única opción de no aplicarles a los hijos la responsabilidad penal como garantes se centra en que hubieran dispuesto una cobertura de esa asistencia en terceras personas. Es decir que no aduce ningún criterio material para fundar la obligación de actuar y reputa como suficiente que conforme la ley los acusados estén obligados a mantener la indemnidad de los bienes jurídicos de su progenitora. En el caso,

²³¹ STS 459/2018, 10 de octubre de 2018, Sala Segunda (Penal).

²³² Fundamentos de derecho: tercero de la STS 459/2018, 10 de octubre de 2018, Sala Segunda (Penal).

más allá de la referencia a la ley como fuente formal de deberes no se ofreció fundamentación alguna tendiente a justificar la posición de garantía de los acusados. En efecto la argumentación que ofrece la Sentencia para tener por acreditada la comisión del delito pareciera ser una operación aritmética en la que, constatada la omisión, se le sumó la infracción de un deber especial (posición de garante) lo que arrojó como resultado la responsabilidad por el delito comisivo. Esta línea argumental me lleva a concluir que en el precedente mencionado el Tribunal Supremo Español adscribió a la teoría de las fuentes formales como fundamento de la posición de garante.

2. Adscripción a criterios materiales como fuente del deber del garante

Con distintos argumentos se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2009²³³. En este caso los hechos que llegaron a conocimiento del tribunal fueron los siguientes: en la primavera del año 1995, varios miembros del denominado Comité Central de la organización terrorista Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO) mantuvieron una reunión, en la que se habló de la financiación del grupo y de la necesidad de llevar a cabo el secuestro de un financiero con la finalidad de allegar fondos para la banda terrorista a cambio de su liberación. En ejecución de ese plan se procedió al secuestro de Don Porfirio, luego de negociaciones con la familia de la víctima se llegó a un acuerdo el cual fue incumplido por los acusados y aun habiendo cobrado la suma acordada para la liberación, la víctima no fue liberada. Ese incumplimiento dio lugar a un intercambio epistolar entre ambas partes del hecho. Esas cartas fueron secuestradas en casa del acusado Federico, quien era secretario general del Partido Comunista de España (PCE) el cual según se tuvo acreditado constituía junto a GRAPO, una única organización terrorista con un brazo político, el PCE y otro brazo militar que ejecuta órdenes del anterior. Este hecho, más allá de su rol en el Partido fue el único probado en lo relativo a la detención ilegal.

En la sentencia que llegó a revisión del Tribunal Supremo Federico fue absuelto por el delito de detención ilegal²³⁴. El tribunal de la Audiencia entendió que no se había acreditado que

²³³ STS 257/2009, 30 de marzo de 2009.

²³⁴ Una pequeña aclaración. Conforme las constancias de la causa el recurso que llegó a conocimiento del Tribunal Supremo trataba además de la absolución de Federico la de Alicia. La absolución de Alicia fue confirmada porque se sostuvo que carecía de la capacidad de acción requerida por la posición de garante. Por este motivo en el trabajo abordaré únicamente la cuestión relativa a la responsabilidad de Federico.

Federico haya determinado u ordenado el secuestro de la víctima y que más allá del mero conocimiento general que de los hechos pudieran tener, tampoco se probó que interviniesen en ninguna reunión relativa a la ejecución de la detención ilegal.

La cuestión para resolver por parte del Tribunal Supremo fue determinar si correspondía atribuir al acusado absuelto responsabilidad por la comisión por omisión del delito la detención ilegal vigente al momento de los hechos.

El Tribunal por los argumentos expuestos por el Magistrado Ponente Enrique Bacigalupo Zapater casó la sentencia y condenó a Federico. En la sentencia se sostuvo que Federico conocía la situación de privación de libertad que sufría la víctima, pero pudiendo hacerlo por su rol en la organización, no ordenó la liberación de ella. Por su posición jerárquica se tuvo por acreditada la posición de garante de Federico y a partir de allí se construyó la equivalencia necesaria para condenarlo por un delito comisivo.

¿En qué se fundó esa posición de garante? La Sentencia se aparta de la aplicación de las fuentes formales del garante ya que sostiene que el incumplimiento de un deber jurídico no se debe superponer con el requisito de equivalencia requerido por el artículo 11 del Código Penal²³⁵. En contraposición a esto encuentra un origen material en el deber de garante en tanto refiere que *“el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros”*. Y agrega que *“el deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una ‘fuente de riesgos personales’ de aquellos que están bajo la supervisión” del omitente*. Aquí la Sentencia muestra una clara adscripción a los criterios materiales como fuente del deber de garante. Lo definitivo fue en el caso, la posición sobre el control de la fuente de peligro que constituía el funcionamiento de una organización terrorista y el dominio sobre el riesgo que detentaba el acusado. En conclusión, se afirma que *“la aceptación de la dirección de la fuente de peligros constituye al sujeto en garante de la no concreción de esos riesgos”*²³⁶.

²³⁵ Fundamento de derecho único, punto 6 de la STS 257/2009, 30 de marzo de 2009.

²³⁶ Fundamento de derecho único, punto 7 de la STS 257/2009, 30 de marzo de 2009.

Merece ser mencionada la disidencia suscripta por Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular. El autor discrepa de la conclusión de condenar a Federico y si bien el fundamento de esa decisión se funda en cuestiones probatorias²³⁷, su argumentación contiene notas relativas a la problemática de la comisión por omisión.

El Magistrado refiere que no se encontraba probado *“que quien no tuvo ningún papel en el planeamiento del delito, pudiera haber actuado con decisiva eficacia para poner fin a la situación creada con él”*. Agrega que este déficit probatorio se suple con un recurso teórico sobre el control de riesgos que supone estar en la cima de una organización criminal. Concluye que el razonamiento al que arribó la mayoría *“redefine, mediante una extensión analógica, el tipo penal aplicado, con lesión del principio de legalidad; en lo que es una ampliación desmesurada de los conceptos de autoría y responsabilidad penal, por la vía de la extrema abstracción, objetivación y normativización del riesgo”*.

En efecto se desprende de esta posición un rechazo a la teoría de la comisión por omisión o al menos una exigencia de dominio del hecho de carácter estrictamente ontológico que permita vincular la omisión a un delito de resultado.

3. Una tercera posición: ¿es necesario un garante para configurar la comisión por omisión?

Finalmente, una sentencia que aparece como interesante es la Sentencia del Tribunal Supremo 832/2013²³⁸. En esta sentencia se tuvo por probado que Celestina, inmigrante de Senegal mayor de edad, se instaló en el año 2010 en España y en agosto de ese año, acompañada por su esposo y la menor de sus hijos, Hortensia nacida en Senegal acudieron a un centro médico. Con motivo de la exploración llevada a cabo en niños migrantes se constató que la menor había sido objeto de una extirpación de clítoris. Esa lesión *“fue causada directamente por la acusada, Celestina, o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal”*.

²³⁷ En su voto el Magistrado opta por mantener la absolución por aplicación de principio *in dubio proreo*.

²³⁸ STS 832/2013, de 16 de diciembre de 2013. Esta sentencia ha sido objeto de comentario en RUEDA MARTÍN, M. A., *Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal*, InDret 1/2015, Barcelona, 2015.

La Audiencia Nacional condenó a Celestina por la comisión por omisión del delito de lesiones. Para resolver de ese modo, con respecto a las lesiones sostuvo que *“a efectos penales es indiferente que las causara materialmente la acusada, la madre de esta o un tercero, bastando la condición de madre de la menor, para responsabilizarle en aras a las obligaciones que la patria potestad le imponía. En cualquier caso, la responsabilidad devendría por la vía de la comisión por omisión (artículo 11 del Código penal)”*.

El Tribunal Supremo entendió en el recurso de la acusada contra esa condena y arribó a su absolución. Esto por entender que no se encontraba probado la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado. En línea con ese argumento la Sentencia plantea a la acusada *“no cabe responsabilizarle por la simple condición de madre de la menor en razón de los deberes impuestos por la patria potestad, pues de ser así, como bien apunta el recurrente, su esposo, padre de la menor, hubiera soportado el mismo resultado condenatorio, al ser juzgado en este mismo proceso, con iguales pruebas”*.

Para concluir este argumento, la sentencia sostuvo que *“ni siquiera por la vía de la omisión negligente del art. 11 CP, se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando de facto se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela”*.

Con estos argumentos el Tribunal Supremo por un lado se despega completamente de la teoría de los deberes formales de garante y va un poco más allá ya que resta virtual importancia a la existencia de deberes legales en este caso, de protección de la madre respecto de su hija y pone el foco en el concreto deber de actuar ante una situación específica en la que sujeto se encuentra²³⁹.

A partir de esta sentencia es que permite hacerse la pregunta sobre si efectivamente es necesario la definición de un garante para delimitar los delitos de comisión por omisión o basta conducir a criterios propios de otra clase de delitos como puede ser el dominio del hecho de los delitos comisivos²⁴⁰.

²³⁹ RUEDA MARTÍN, M. A., *Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal*, InDret 1/2015, Barcelona, 2015, p. 14.

²⁴⁰ Una propuesta en este sentido realiza García Martín con su teoría de dominio social del hecho en la cual plantea que lo relevante a la hora de determinar quién está obligado a evitar la concreción de un daño es

V. Conclusiones

En conclusión, el objetivo de este trabajo fue mostrar como aún en casos donde la legislación prevé una cláusula expresa para resolver la cuestión relativa el garante y la comisión por omisión la cuestión sigue siendo por demás compleja. Como mencioné en la introducción nos encontramos en un claro ascenso de la utilización de la injerencia por omisión a los efectos de justificar responsabilidades penales. Teorías como la de los delitos de infracción de un deber, que si bien, en sus distintas acepciones, presentan profundos desarrollos que las limitan, al presentar estructuras por demás normativizadas y alejadas de criterios ontológicos, se alejan de la posibilidad de otorgar una herramienta que reduzca esta hipertrofia señalada. Por otro lado, tampoco el surgimiento de deberes en relaciones *puramente reales* permite reducir la desbordada extensión de la injerencia por omisión²⁴¹.

A partir de lo expuesto en este trabajo intenté mostrar algunas teorías que conjugadas pueden ofrecer una correcta solución al problema planteado y si bien siempre hay casos problemáticos donde esas teorías no ofrecen soluciones satisfactorias²⁴² permiten criterios interpretativos que a mi entender operen como reductores de la relevancia de la omisión en la responsabilidad penal.

BIBLIOGRAFÍA

un acto de asunción una vez surgido el peligro que pone en riesgo al bien jurídico (ver una clara exposición de esa postura en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia...*, obra citada, pp. 643-670.

²⁴¹ SCHÜNEMANN B., *Fundamento...*, obra citada, p. 265.

²⁴² En este sentido resulta clarificadora las críticas efectuadas por DOPICO GÓMEZ-ALLER en la *Omisión e injerencia...* citada, en particular capítulos 9 punto IV donde se expone crítica la posición de Lascuráin Sánchez y Capítulo 10, punto V donde se expone y critica la posición de Silva Sánchez y siguientes de esa obra.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Comisión por Omisión y principio de legalidad. El artículo 11 como cláusula interpretativa auténtica*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época n.º extraordinario 2 (2004).
- _____. *Omisión e Injerencia en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*, Madrid: Edisofer, 2006.
- HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.
- LASCURÍAN SÁNCHEZ, J.A. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.
- MAÑALICH J. P. *La estructura de la autoría mediata*, Revista de Derecho (Valparaíso), 2010, (34):385-414.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, BdeF, 9º edición, 2011.
- NÚÑEZ PAZ, M. A. *Omisión impropia y Derecho Penal (Acercas del artículo 11 del Código Penal español)*, Universidad de Huelva, Revista Penal, n.º 20, julio 2007.
- ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices*, Atelier, 2007.
- _____. *Deberes positivos y negativos en derecho penal*, Barcelona: InDret 4/2013.
- _____. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.
- ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E. *El extraño artículo 65.3 del Código Penal*, en ROBLES PLANAS (Dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, Buenos Aires: BdeF, 2014.
- ROXIN C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- RUEDA MARTÍN, M. A. *Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal*, InDret 1/2015, Barcelona, 2015.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- SCHÜNEMANN, B. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, BdeF, 2018.
- _____. *Estudios sobre los delitos de omisión*, Primera edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.
- _____. *La expansión del Derecho Penal*, 3º ed., BdeF, 2011.

¿ES POSIBLE QUE LA LEGÍTIMA DEFENSA FUNDAMENTE UNA POSICIÓN DE GARANTE?

Por FRANCESCA PALERMO*

I. Introducción

En este trabajo, se abordarán dos temas complejos dentro del estudio del Derecho Penal, a saber: la legítima defensa y los delitos de omisión propios e impropios. Precisamente, nos centraremos en estudiar la conducta posterior de quién se defiende en el marco de una legítima defensa para determinar si existe algún deber especial de socorro hacia su agresor, una vez que la agresión ha cesado y el defensor está fuera de peligro. Es decir, si esa acción llevada a cabo de manera justificada y la posterior omisión de prestarle auxilio al agresor puede ser considerada como un homicidio doloso en comisión por omisión, o si debe ser considerado como una mera omisión de socorro.

Imaginemos un caso típico de legítima defensa:

El sujeto A es atacado por el sujeto B, quien intenta agredirlo físicamente con un arma de fuego. El sujeto A, en respuesta a esa agresión y para defenderse a sí mismo, apuñala a B en la pierna. El agresor, quien queda rendido en el suelo, le pide auxilio al sujeto A para que este lo lleve al hospital porque se está desangrando y teme por su vida. Sin embargo, A omite ayudarlo y se retira del lugar, a sabiendas de que, sin su intervención, B moriría. Después de unos minutos, efectivamente, el agresor muere. Ex post se comprobó que, con una actitud de salvamento del agredido, con seguridad este habría evitado la muerte del agresor.

¿Cómo podríamos juzgar la conducta de A, quien actuó de manera justificada, pero luego omitió prestarle auxilio al agresor una vez que la agresión ya había cesado? ¿Se le podría exigir algún deber especial de salvamento con respecto al agresor? ¿O esta omisión de prestarle auxilio está dentro de lo que el agresor debe tolerar por haber generado la situación de peligro?

Si pensamos estas cuestiones partiendo de un Derecho Penal liberal clásico, es probable que lleguemos a la conclusión de que el agredido no tiene ningún deber especial de socorro respecto de su agresor una vez que se ha defendido. En este contexto, el agredido no sería garante de su agresor. En el mejor de los casos, solo se le podría exigir un deber de solidaridad mínimo en virtud del art. 106 de nuestro Código Penal²⁴³.

Sin embargo, habrá otros autores, como veremos a lo largo de este trabajo, que sostienen que luego de una conducta amparada por una causa de justificación, el omiso salvamento podría ser considerado como un delito de comisión por omisión, ya que se le atribuye la responsabilidad de actuar como garante de su agresor una vez que el peligro ha finalizado.

En este contexto, nos adentramos en un terreno complejo que será el foco de nuestro análisis. Es importante tener en cuenta que el propósito de este trabajo no es ofrecer una conclusión acabada sobre el tema, sino más bien explorar las diversas posturas existentes y examinar detenidamente los posibles problemas que plantean.

II. Legítima defensa: fundamento y principios

Antes de adentrarnos en el supuesto planteado en la introducción, considero adecuado comenzar con el análisis reflexionando sobre cuál es el fundamento de la legítima defensa y sobre qué principios está regulada.

En el Estado de Libertades que plantea Pawlik²⁴⁴, el autor parte de la idea de que la función del derecho consiste en posibilitar a que los ciudadanos puedan conducir su vida en consonancia con su propio parecer. Los ciudadanos confían en que la integridad de su esfera

^{243*} La autora del presente texto ha sido becaria de la “Beca de Inicio DeCyT 2023-2024” como parte de su participación en este proyecto de investigación UBA-DeCyT.

Esta es la solución a la que llega la doctrina mayoritaria, véase en RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*; JAKOBS, GUNTER, *Teoría y Praxis de la Injerencia*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del derecho penal*; ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*; entre otros.

²⁴⁴ PAWLIK, MICHAEL, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012 y *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, trad. por Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila y Héctor García de la Torre, Atelier, Barcelona, 2016.

jurídica será respetada. Es por ello que el primer deber que tiene toda persona en un estado de libertades, es el deber de respetar la esfera jurídica de un tercero y abstenerse de toda injerencia. En otras palabras, es el deber de no arrogarse un ámbito de organización ajeno (no dañar a otro, lo lesionar a otro).

Esto que Pawlik llama *competencias de respeto*²⁴⁵, es lo que Jakobs denomina *deberes negativos*²⁴⁶. Frente a cualquier persona, dice Jakobs, existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de organización de otras personas. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa que no se perturbarán²⁴⁷.

En este deber negativo de “no lesionar a otro”, el sujeto tiene plena libertad de organización. No hay nada más respetuoso para el estado de libertades que permitir que este respete la capacidad de elegir de los ciudadanos. Sin embargo, en el ejercicio de esa libertad, serán responsables por las consecuencias que generen sus acciones.

La legítima defensa pertenece al ámbito de los deberes negativos. Tanto la víctima de la agresión ilegítima como el autor del hecho tienen las mismas competencias. Ello es central porque la contracara de que el agresor no respete su competencia consiste en que se le puede imponer mediante violencia el cumplimiento de su deber de respetar la esfera jurídica ajena. Dicho en otras palabras, si el agresor es considerado como enteramente responsable del conflicto, y el agredido únicamente repele el ataque del agresor, por lo tanto, como el agresor fue quien se arrogó una esfera de organización ajena, entonces es él quien debería soportar las consecuencias de la acción defensiva.

No obstante, una sociedad no puede basarse únicamente en deberes negativos. Lo que Pawlik denomina *competencias de fomento*, o en términos de Jakobs *deberes positivos*, son aquellos deberes en los que no se exige únicamente la salvaguarda de la integridad de un status jurídico preexistente, sino que se reclama también su ampliación. Es decir, no solo se exige su

²⁴⁵ Cfr. Ídem

²⁴⁶ JAKOBS, GUNTER, *Teoría y Praxis de la Injerencia*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del derecho penal*.

²⁴⁷ Cfr. Ídem, p. 97.

respeto, sino también su mejora. A diferencia de los deberes negativos que están fundados en la idea de responsabilidad, estos se basan en la idea de solidaridad.

Los principios de responsabilidad y solidaridad, que resultan aplicables a todas las causas de justificación en general, funcionan como un sinalagma. En la legítima defensa, al ser responsable del conflicto el agresor 180ólo tendrá derecho a un mínimo de solidaridad, pues, a mayor responsabilidad del agresor, menor es su derecho a exigir una consideración de sus bienes²⁴⁸. El agredido está facultado a defenderse con todos los medios necesarios disponibles, en tanto y en cuanto el medio seleccionado sea el menos lesivo de los intereses del agresor. A diferencia de lo que sucede en el estado de necesidad agresivo, en que la víctima es totalmente ajena a la situación de peligro, el derecho de intromisión en sus bienes solo está justificado por razones de solidaridad²⁴⁹.

En conclusión, a mayor responsabilidad de la víctima de la intervención justificada, menor es su derecho de solidaridad.

Pawlik sostiene que el deber general de neutralizar los riesgos le corresponde al Estado. Sin embargo, el deber de cooperación que recae sobre los ciudadanos funciona como una contribución a la misión del Estado²⁵⁰. Las competencias constituyen manifestaciones del deber de cooperación en el mantenimiento de ese estado de libertad. Es decir, este deber de neutralizar los riesgos le corresponde al Estado, pero allí donde el Estado no llega, es el ciudadano quien debe hacerlo. Por ende, los ciudadanos también deben ocuparse del derecho.

Asimismo, si pensamos en un caso típico de legítima defensa, como el ejemplo planteado en la introducción de este trabajo, en el que la única posibilidad de neutralizar ese riesgo ocurre mediante la intervención del ciudadano agredido, ¿por qué no podríamos pensar en que existe una intensificación de ese deber de solidaridad?

III. Deberes de salvamento derivados de injerencia

²⁴⁸ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

²⁴⁹ Cfr. Ídem.

²⁵⁰ PAWLIK, MICHAEL, *Ciudadanía y Derecho penal...*

La responsabilidad por injerencia y la legítima defensa responden a una misma estructura normativa. Ambas pertenecen al mundo de los deberes negativos.

De la misma manera en que si la hubiera causado activamente, es responsable de la lesión aquel que crea un peligro de lesión de un bien jurídico, mediante un hacer precedente (injerencia) y que luego omite evitar el resultado típico que se desencadenará como consecuencia esa conducta.

En la injerencia, el deber de salvamento obliga al sujeto a revocar el curso lesivo que ya ha penetrado en el ámbito de organización de otro sujeto. En la legítima defensa, el agresor tiene la misma responsabilidad que el injerente. Es decir, el agresor está obligado a retirar su usurpación lesiva y, en caso de no hacerlo, debe tolerar que el propio agredido retire esa usurpación mediante la acción defensiva.

Tal como sostiene Palermo, la legítima defensa no es más que el reverso de este deber de salvamento del agresor²⁵¹. Se trata de una autorización que el ordenamiento jurídico le otorga al agredido para que lleve a cabo la acción de salvamento que le incumbe al agresor. La agresión sigue siendo asunto del agresor y, por ello, el curso lesivo que desencadene la realización de la acción defensiva debe ser soportado por él. El hecho de que la acción de salvamento que debía haber llevado a cabo el agresor haya sido realizada por el agredido no significa que el agresor haya perdido competencia por ese curso lesivo.

Solo un comportamiento antijurídico y culpable puede dar lugar a una legítima defensa. En cambio, en el ámbito de la injerencia, la doctrina sostiene que alcanza con el comportamiento antijurídico para generar posición de garante (tal como veremos más adelante).

Un comportamiento previo antijurídico es fuente de posiciones de garante, aunque la víctima haya violado sus deberes de autoprotección. De esta manera, quien ha generado un riesgo jurídicamente relevante está obligado a revocar las consecuencias lesivas de ese riesgo. La problemática tiene lugar cuando se trata de un comportamiento conforme a derecho. Es decir, si estos deberes deben ser considerados o no generadores de un riesgo especial que fundamente deberes de salvamento y si tienen el deber de revocar una usurpación legítima, o no, una vez que cesó el peligro que origino la necesidad.

²⁵¹ Cfr. Idem.

Para responder esas cuestiones, es necesario diferenciar en los distintos grados de responsabilidad de la persona que ha generado la situación de necesidad.

En el estado de necesidad agresivo, el sujeto necesitado está obligado a retirar su usurpación una vez que ha cesado la situación de necesidad. La intervención del necesitado genera un riesgo especial en la medida en que le es impuesto a alguien que no está involucrado en el conflicto. En el estado de necesidad defensivo, el conflicto se impone a un sujeto que, si bien carece de capacidad de culpabilidad, ha generado –al menos evidentemente– la situación de necesidad. Entonces, es la víctima de la intervención quien tiene el deber de salvamento.

En la legítima defensa, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad tanto agresivo como defensivo, quien se defiende legítimamente de un ataque antijurídico, no crea un riesgo especial porque es el agresor el que le ha impuesto el conflicto al agredido. Es el atacante quien está obligado a soportar los costes de la defensa. El agredido solo está vinculado al agresor por deberes de solidaridad mínima²⁵².

IV. Posición de garante tras legítima defensa. Discusión doctrinaria

A lo largo de los años, la cuestión de la posición de garante del defensor fue objeto de intensos debates y solo recientemente la doctrina parece haber alcanzado un consenso. En la actualidad, es mayoritaria la posición que niega una comisión por omisión que califica la conducta del agredido (quien abandona al agresor una vez que logra repeler la agresión) como una mera omisión de socorro. No obstante, es importante destacar que esta interpretación, que hoy parece no generar dudas, no siempre fue interpretada de la misma manera.

Durante el período comprendido entre finales de la década de 1930²⁵³ y la década de 1960 del siglo XX, en algunos círculos doctrinales se consolidó la noción de que una acción de legítima

²⁵² PALERMO, OMAR, *La legítima defensa....* También LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión*, Foro FICP, 2022-1, pp. 80.82.

²⁵³ GREBE, *Die Rechtsfliche zum Handeln bei den sog. Unechten Unterlassungsdelikte*, 1936. El autor sostenía que el lesionado debía confiar en que aquel que lo colocó en una situación de desamparo o peligro, le brinde ayuda y lo saque de esa situación. Este supuesto no sería aplicable a la Legítima Defensa, dado que el lesionado no puede confiar en que aquella persona que él mismo ha agredido, lo saque de esa situación de riesgo.

defensa debía ser vista como una "injerencia", hecho que implicaba que el defensor se convertía en responsable del agresor herido y que, en caso de no prestarle ayuda, su conducta podría ser considerada como un homicidio doloso en comisión por omisión.

Uno de los principales exponentes de esta posición fue Welp. Según este autor, existía una relación especial de dependencia entre agredido y agresor, y por ende solidaridad intensificada derivada de una posición de garante por injerencia ante un actuar precedente. Welp argumentaba que la justificación siempre debía buscar un equilibrio entre los intereses en conflicto, lo que implicaba imponer al defensor un deber de garante que le obligue reducir el daño en la medida de lo posible. En su opinión, permitir que el defensor abandonase a su suerte al agresor, sería tanto como permitir pena de muerte entre particulares²⁵⁴.

Otro autor que se expresó al respecto en aquella época fue Androulakis. Por su parte, él destacaba la proximidad social (*Gesellschaft Nähe*) como fundamento de la posición de garante. En otras palabras, esta idea donde el "estar cerca" se convertía en el deber de actuar en situaciones de riesgo. Este concepto de cercanía del que hablaba el autor podría adaptarse como una fundamentación sólida para la posición de garante, especialmente cuando el omitente (agredido) es la única persona capaz de neutralizar el riesgo que él mismo ha iniciado²⁵⁵.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Herzberg²⁵⁶, quien también consideraba que, como el peligro se originó de un modo imputable al agredido, este se convertía en el responsable por homicidio en omisión impropia si no impedía la muerte. Esta conclusión era fundamentada sobre la base de una visión utilitarista. Según esta perspectiva, la necesidad expresaría que el ordenamiento jurídico dispone que el menor número posible de intereses se vea sacrificado en una situación de conflicto. Por ende, de ser posible, no obligar a socorrer a una persona después de una legítima defensa frustraría esta pretensión.

A mediados de los años sesenta, Rudolphi aparece para refutar la tesis que calificaba como homicidio doloso en comisión por omisión el omiso socorro por parte de quien actúa en legítima

²⁵⁴ WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968.

²⁵⁵ ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963.

²⁵⁶ HERZBERG, *JuS*, 1971, 75 y s.

defensa. El autor planteó el siguiente caso que se conoce comúnmente como “La paradoja de Rudolphi”²⁵⁷:

Violador en el bosque. Paseando por el bosque, A y B llegan a ver cómo un agresor sexual embiste y ataca 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 y le provoca una herida que pone en riesgo su vida. Después, A, B y la joven abandonan el lugar de los hechos sin llamar a nadie para brindarle atención médica al agresor herido. Este fallece debido a las heridas generadas por el golpe.

Rudolphi utilizó este caso para resaltar la disparidad en el tratamiento legal de las acciones de dos individuos en una situación de emergencia. Mientras que al sujeto A, que arriesgó su vida para salvar a la joven se le imputaría homicidio doloso en comisión por omisión según las corrientes previas, al sujeto B, que permaneció pasivo sin intervenir, se le imputaría únicamente la omisión de auxilio. A pesar de que ambos incurrieron en la misma omisión, para el autor resultaba injusto que el sujeto A, quien actuó para salvar a la joven y realizó una conducta aprobada y aceptada por el ordenamiento jurídico, reciba una pena más severa que el sujeto B²⁵⁸.

Esta obra de Rudolphi tuvo un impacto significativo en la doctrina. A partir de ella, la postura que calificaba la conducta del agredido como homicidio doloso en comisión por omisión (o la de quien actúa en legítima defensa de terceros) pasó a ser ampliamente minoritaria.

Este cambio llevó a la doctrina a cuestionarse sobre cómo debía ser una conducta previa para generar posición de garante por injerencia. Si bien siempre se consideró a la injerencia como fuente de posición de garantía, lo problemático fue determinar en qué casos un actuar precedente debía considerarse “injerencia”. La doctrina mayoritaria entiende que la injerencia solo genera posición de garante cuando ha sido antijurídica o contraria a deber.

²⁵⁷ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 181-182.

²⁵⁸ Véase DOPICO GÓMEZ ALLER, JACOBO, *¿Posición de garante por legítima defensa? La paradoja de Rudolphi*, InDret (4/2018), p. 4 y Rudolph ss.

Jakobs sostiene que no sólo una conducta antijurídica puede generar posición de garante. Se hace alusión a la *antijuridicidad* de la conducta porque la conducta antijurídica le impone algo a la víctima: usurpa su libertad. Pero esto, explica Jakobs, no solamente sucede en el caso de un comportamiento antijurídico. Por ejemplo, en una situación de incendio en su hogar, si alguien entra en la casa de su vecino ausente para obtener agua y apagar el fuego, está imponiendo al vecino la necesidad de tolerar esta acción, lo que crea un deber de cerrar el grifo después de apagar el incendio para evitar dañar el suelo de madera. De esta manera, Jakobs destaca que una conducta justificada (en estado de necesidad agresivo) también genera deberes de garante por injerencia. Su argumento es que la fórmula de la antijuridicidad es demasiado restrictiva, ya que los deberes de injerencia no solo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un *riesgo especial*; es decir, un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la asignación hecha por el ordenamiento jurídico²⁵⁹.

Sin embargo, Jakobs señala que no se crea un riesgo especial (generador de posición de garante), quien se defiende de manera adecuada de un atacante antijurídico, ya que es el atacante quien ha impuesto el conflicto al agredido, y, por lo tanto, este último tiene competencia preferente para resolver la situación²⁶⁰. Quien se defiende en la medida de lo necesario está ocupándose de un asunto del agresor, porque no está ampliando en exceso su propia esfera de organización sino que hace retroceder la esfera del agresor. Por esta razón, también queda descartado un deber basado en una injerencia, incluso si se reconocen (como Jakobs cree) deberes basados en la idea de injerencia, aunque derivados de un comportamiento lícito conforme a derecho, pero especialmente riesgoso. Así, los únicos deberes que quedan son los derivados de la llamada “omisión de auxilio”²⁶¹.

²⁵⁹ JAKOBS, GÜNTHER, *Teoría y Praxis de la Injerencia*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del derecho penal*.

²⁶⁰ Cfr. Idem.

²⁶¹ Conferencia del profesor GÜNTHER JAKOBS, *Deberes negativos y positivos en el Derecho penal. Reflexiones sobre el fundamento de la competencia jurídico-penal*, trad. por Lucila Tuñón, versión escrita de la conferencia brindada de manera virtual el día 16/08/2022 (difundida por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA). En https://www.youtube.com/watch?v=qKNC3M_dhyY.

Roxin rechaza la noción de que la posición de garante se base únicamente en aspectos causales y argumenta que una posición de garante surgida de una acción previa es válida siempre y cuando dicha acción pueda ser imputable al causante²⁶². En otras palabras, la acción anterior debe ser imputable de acuerdo con los criterios de la teoría de la imputación objetiva.

Para Roxin, es crucial rechazar la idea de una posición de garante para quien ejerce legítima defensa, ya que la responsabilidad en este contexto debe ampliarse considerando la exclusiva responsabilidad del agresor en la puesta en peligro originada. Sería injusto y contrario al propósito de la legítima defensa privilegiar al agresor ilegítimo con una posición de garante que busca proteger al individuo y al orden jurídico en general sin imponer cargas adicionales a quien defiende legítimamente. Sin embargo, la obligación general de auxilio o socorro subsiste. Admitir que el agredido abandone al agresor y lo deje indefenso a merced de la muerte (es decir, admitir esta especie de “pena de muerte” impuesta en privado) estaría mucho más allá de toda proporcionalidad y sería inconstitucional²⁶³.

Por su parte, Pawlik argumenta que cuando una conducta pueda serle atribuida al lesionado, es él quien debe asumir la responsabilidad por ella²⁶⁴. En este sentido, la competencia del lesionado se fundamenta en el hecho de que, al intervenir en una esfera jurídica ajena, da pie al otro a adoptar las medidas de defensa necesarias para restablecer la situación de conformidad a Derecho. En este escenario, quien se defiende simplemente maneja un asunto que originalmente correspondía al propio lesionado. Por lo tanto, es inviable para este autor considerar una posible posición de garante tras actuar en legítima defensa, ya que, en este caso, es precisamente el agresor quien es responsable de la situación de conflicto. El agresor se ha arrogado una esfera de organización ajena, y el agredido simplemente está repeliendo esa invasión.

²⁶² ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª edición alemana (2003) por Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2015, t. II, § 32/181 y ss., pp. 905-917.

²⁶³ *Idem*, pp. 215-917

²⁶⁴ PAWLIK, MICHAEL, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012

Lascuraín llega a las mismas conclusiones, pero sosteniendo que quien actúa en legítima defensa o en una situación de necesidad que no ha provocado imprudentemente actúa obligado por las circunstancias²⁶⁵. Por ello, considera que no es garante respecto del peligro que ha desencadenado su actuación porque este no es el fruto del normal ejercicio de su autonomía, sino de una autonomía compelida por la necesidad de defensa o de salvación propia o ajena.

Algunos autores han querido fundar este deber en los criterios del ejercicio de la facultad o del beneficio. Según esta perspectiva, si se autoriza a alguien a generar un peligro, también se le debe asignar el deber de conjurar el riesgo remanente cuando ha decaído la situación que lo autorizaba. Sin embargo, Lascuraín cuestiona estos argumentos: el autor señala que el hecho de que la situación de necesidad otorgue al interviniente una facultad de salvaguarda que conlleve la generación de riesgos para otros no puede ocultar el hecho de que esta facultad puede convertirse en una obligación jurídica debido a un deber de socorro penalmente reforzado. Además, destaca que incluso si este no fuera el caso, por razones de defensa personal o por razones de solidaridad, el interviniente se vería obligado a elegir entre dos males de una situación que le es ajena. Si su decisión de evitar un mal mayor comporta un necesario mal menor y, a partir de él, un riesgo remanente de un nuevo mal, no puede decirse que este nuevo curso de peligro se debe al ejercicio normal de su autonomía personal y que genera para él un deber positivo superior al de quien contempla pasivamente la escena tras incumplir previamente el deber de socorro que emanaba de la propia situación de necesidad²⁶⁶.

Dentro de los autores locales, como dijimos anteriormente, Palermo también descarta la posibilidad de considerar una posición de garante por injerencia después de actuar en legítima defensa. Según él, quien se defiende legítimamente de un ataque antijurídico no crea un riesgo especial porque es el agresor el que le ha impuesto el conflicto al agredido. Es el atacante quien está obligado a soportar los costes de la defensa por la organización culpable de su ataque. En este sentido, el agredido solo está vinculado al agresor por deberes de solidaridad mínima.

²⁶⁵ JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de Omisión: Fundamentos de los deberes de garantía*, pp. 97-98, citas a Mir Puig, Silva Sánchez y Baldó Lavilla.

²⁶⁶ Ídem, p. 98-99.

En sentido similar encontramos a Lerman, quien considera que hay garantes que deben actuar incluso ante conductas imprudentes de la víctima, y también en casos en que el necesitado se comporte incorrectamente: por ejemplo, el deber de garante de los padres con respecto al comportamiento incorrecto de su hijo. Sin embargo, sostiene que, en un caso de una legítima defensa, el foco de conflicto debería dirigirse al interrogante de cuántas posibilidades de salvamento futuras está perdiendo el agresor con su acción. En decir, si en el acto responsable de la agresión renuncia a la expectativa de protección por solidaridad de sus bienes²⁶⁷.

A partir de Rudolphi, todos los autores citados a lo largo de este apartado coinciden en la imposibilidad de considerar al defensor como garante del agresor herido, pero sostienen en que pesa sobre este un deber de solidaridad mínimo. Existe otro grupo de autores que consideran que una persona que ejerció legítima defensa y como consecuencia dejó gravemente herido a quien previamente la había agredido de modo plenamente responsable no tiene un deber jurídico penal de auxilio, porque ha sido el agresor quien obró de modo insolidario al desconocer al otro como persona, negándolo como titular de sus derechos²⁶⁸.

Los autores que llegan a esta conclusión (la de negar incluso una responsabilidad por omisión de socorro) sostienen que reconocer tal deber de solidaridad implicaría afirmar que al Derecho no le interesa evitar el peligro inherente a una acción justificada porque la valora positivamente. Sin embargo, a su vez, el Derecho no le niega el carácter justificado de tal acción y le interesa que ese mismo peligro proveniente de la acción justificada (que un instante antes no le interesaba evitar) no despliegue los efectos lesivos que son su consecuencia necesaria. Es decir, si el ordenamiento jurídico desea y aprueba tal acción llevada a cabo en legítima defensa, entonces las consecuencias lesivas que surjan de ese obrar no podrán serle reprochadas a quien las provocó, ni siquiera como una infracción al deber de auxilio.

²⁶⁷ LERMAN, MARCELO, *Responsabilidad penal en contextos anómalos. Cuestiones centrales de la omisión por comisión y el problema de la olic*, p. 300 y anómalo ss. El autor abordó el tema tras la pregunta de Juan Martín Bargallo, quien cuestionaba respecto de si surgiría un deber de auxilio o si este se excluiría por aplicación del principio de autorresponsabilidad de la víctima por vulneración de sus deberes de autoprotección.

²⁶⁸ Entre ellos, BARGALLÓ, JUAN MARTIN, *¿Omisión de socorro luego de la legítima defensa?*, en su Trabajo Final para optar al título de Magíster en Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires (2023).

Después de analizar las tres posibles soluciones que la doctrina contempla para el caso del defensor que abandona al agresor herido, resulta interesante considerar cómo la concepción de Estado podría influir en este contexto en un lugar y momento determinado. Es decir, si la concepción que uno tenga del Estado pudiera tener repercusiones en la existencia de un deber positivo en situaciones de legítima defensa. En otras palabras, se podría decir que, si los deberes de solidaridad general son amplios, podría considerarse razonable exigir una respuesta positiva al agresor en un caso de legítima defensa.

El instituto de la legítima defensa es considerado uno de los más *insolidarios* del derecho penal. Esto sucede, dado que pesa sobre el agredido toda la carga de la defensa porque fue él mismo que se arrogó el ámbito de organización de la víctima. Entonces, si pensamos en Estados con un enfoque liberal, resulta razonable que no exista ningún deber especial de salvamento entre el agredido y el agresor, ya que es muy difícil explicar deberes de solidaridad en este tipo de estados. Un liberal no puede admitir estos deberes positivos o de fomento con tanta facilidad. Por lo tanto, en un Estado con estas características, una vez que cesa la acción defensiva, el agredido no tendría ninguna obligación de brindar ayuda al agresor, incluso si este se encuentra en peligro.

Sin embargo, si pensamos en otro tipo de estado que presente un enfoque menos individualista, en el que prime la idea básica de solidaridad y el deber de protección mutua entre las partes involucradas, se podría pensar que existe un mínimo de solidaridad entre el agredido y el agresor, e incluso un deber de solidaridad intensificado en situaciones en las que el agredido es el único que puede neutralizar ese peligro. En este contexto, la noción de solidaridad se entiende como un principio fundamental que guía las relaciones entre los individuos y la sociedad en su conjunto y es por ello que se podría fundamentar una posible solidaridad, independientemente de que el agresor haya generado esa situación de conflicto.

Al menos hasta ahora, como ya expresamos anteriormente, la doctrina predominante se inclina por negar la posibilidad de que exista posición de garante cuando la conducta defensiva estuvo amparada por la legítima defensa, y el agredido abandona al agresor que está en peligro; no obstante, la doctrina también sostiene que aún subsiste el deber de socorro.

1. Supuestos especiales: legítima defensa putativa y exceso

Más allá de lo mencionado, resulta interesante plantear algunos interrogantes que, si bien no son centrales en la discusión, pueden ser dignos de consideración.

Como se ha señalado en el apartado anterior, para la doctrina mayoritaria una conducta generadora de posición de garante tiene que ser al menos antijurídica. Parte de la doctrina entiende que, debido al carácter justificado de la acción previa en la legítima defensa, la posterior omisión del defensor no constituye homicidio por omisión, sino, a lo sumo, omisión de socorro. Sin embargo, otro sector doctrinario niega esta posibilidad, pero lo hace ateniéndose a la responsabilidad del agresor. Es decir, el agresor es enteramente responsable del conflicto y, por ende, no habría fundamento alguno para cargar al agredido con una especial responsabilidad posterior. Al sujeto que se defiende se le impone la necesidad de la defensa, mientras que el atacante genera el conflicto de modo arbitrario. La situación de peligro en la que el agresor se encuentra solo puede imputársele a él.

Por ende, si en un caso de legítima defensa real no es posible pensar en una obligación de salvamento posterior, ¿cómo podría impactar esta cuestión en los casos de legítima defensa putativa, es decir, cuando una persona cree estar actuando en legítima defensa, pero no se dan los presupuestos objetivos de esta?²⁶⁹.

²⁶⁹ Legítima defensa putativa (error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación): Las consecuencias jurídicas derivadas de este tipo de casos han sido objeto de un amplio debate en la doctrina. Resulta interesante pensar cómo podrían impactar las posibles soluciones, ya sea tratándolo como un error de tipo o un error de prohibición, para determinar la responsabilidad que le correspondería al individuo que se defiende en legítima defensa real y putativa. No solo por las consecuencias que se siguen de su acción, sino por omitir socorrer al agresor que ha quedado herido a causa de la defensa.

Si la legítima defensa putativa es considerada como un supuesto que excluye el dolo (ya sea bajo la teoría estricta del dolo, la teoría de los elementos negativos del dolo o la teoría limitada de la culpabilidad) entonces, a menos que se pueda atribuir responsabilidad al agente por la realización de una acción contraria a la norma a través de las reglas de la imprudencia, este no sería responsable y, por ende, no asumiría una posición de garante por injerencia.

En cambio, de acuerdo con la teoría estricta de la culpabilidad, si el error de tipo permisivo es compatible con las reglas del error de prohibición, la consecuencia que la doctrina debe asignarle a ese caso es que funda injerencia, y por ello posición de garante. Lo que podría implicar que este puede responder por omisión impropia. Véase en: WILENMANN, JAVIER, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, p. 359 y Gargallo ss.

Otro supuesto que podría poner en duda la afirmación de que quien actúa justificadamente no puede responder por omisión impropia es el caso de quien actúa en exceso en la legítima defensa²⁷⁰. El sujeto que actúa en exceso de legítima defensa ha realizado una conducta típica y esa conducta no está justificada. Por tanto, quien vulnera ese bien jurídico, se podría encontrar en una situación de garante especial respecto de ese bien.

Tanto en un supuesto de exceso intensivo como extensivo, si el “defensor” abandona a su suerte al agresor y lo deja gravemente herido cuando no hay otra persona que pueda brindarle auxilio, ¿no sería razonable que en esa situación se genere una posición especial de garante?

V. Conclusiones

En primer término, cabe mencionarse que el primer deber que recae sobre todo individuo en un estado de libertades es el de respetar la esfera jurídica de otros individuos y abstenerse de cualquier tipo de injerencia. Esto implica la prohibición de arrogarse un ámbito de organización ajeno. Dentro de este deber negativo, se le concede a la persona plena libertad de organización. Sin embargo, al ejercer esta libertad, el individuo es responsable de las consecuencias que sus

²⁷⁰ Exceso en la legítima defensa: Si nos remitimos a la clásica distinción, el exceso intensivo, es aquel en cual el autor transgrede la dimensión de la necesidad de su comportamiento ante una situación objetivamente existente. Es decir, la conducta comienza estando justificada, pero se agota de manera antijurídica. En cambio, en el exceso extensivo, la conducta inicia y se agota como antijurídica. Es el supuesto de quien se defiende de una agresión que carece de actualidad o que ha cesado.

Supongamos que se presenta una situación en la que un sujeto entra a una vivienda y ataca con un arma blanca a su propietario. En respuesta, el propietario golpea al agresor para defenderse y logra desarmarlo. Sin embargo, en lugar de detenerse en ese momento, el propietario continúa golpeando al agresor hasta dejarlo gravemente herido. En este caso, el sujeto comienza actuando amparado por una causa de justificación (legítima defensa), pero luego se excede en la dimensión de la necesidad. Es decir que esa conducta dejó de estar justificada y a partir de ese momento, el sujeto actúa de manera dolosa.

Modificando el caso planteado, si en lugar de atacarlo en ese momento, lo ataca cuando el sujeto ya se ha ido de la vivienda, este lo persiguió para atacarlo, y luego lo abandona dejándolo gravemente herido, la conducta inicia y se agota como antijurídica. Pese a que la agresión había terminado y no había riesgos de que fuese reemprendida, el defensor actúa de manera dolosa y esa conducta ya no queda amparada por la legítima defensa.

En ambos supuestos, podría pensarse la posibilidad de fundar una posición de garantía respecto del agredido que se excede en la necesidad o en la temporalidad de su defensa.

acciones puedan generar. Los deberes negativos están vinculados a la relación entre la libertad de acción y la responsabilidad por las consecuencias. No obstante, para que la sociedad funcione correctamente, no es suficiente contar únicamente con estos deberes negativos, sino que también se requiere la presencia de deberes positivos. Estos últimos van más allá de la mera protección de un estatus jurídico preexistente, ya que implican su ampliación y su mejora.

La legítima defensa pertenece al mundo de los deberes negativos. Lo que caracteriza a estos deberes y a la legítima defensa es la responsabilidad por el comportamiento previo del agresor. Como el agresor fue quien se arrogó un ámbito de organización ajeno, es él el que debe tolerar la acción defensiva.

El deber general de neutralizar los riesgos le corresponde al Estado, pero allí donde el Estado no llega, es el ciudadano quien debe hacerlo. Es decir que los ciudadanos tienen el deber de cooperar con el estado de libertades. En los casos de legítima defensa, en que el agredido es la única persona capaz de neutralizar ese riesgo, se presenta el interrogante respecto de si se podría llegar a ver intensificado ese deber de solidaridad.

En segundo lugar, el derecho a la legítima defensa se sustenta en los mismos fundamentos que la responsabilidad por injerencia. Al arrogarse un ámbito de organización del ajeno, tanto el agresor como el injerente tienen la obligación de retirar esa organización peligrosa. En el caso de la legítima defensa, si el agresor no cumple con esa obligación, en su lugar, el agredido podrá retirarla por si mediante la acción defensiva.

Lo que diferencia estos supuestos es el hecho de que quien actúa en legítima defensa no crea un riesgo especial (como sí sucede con el injerente). En este caso, es el agresor quien le impuso el conflicto al agredido, y este tiene el derecho de repeler ese ataque. Sin embargo, el responsable por esa situación sigue siendo el agresor.

En conclusión, el objetivo principal de este trabajo ha sido esbozar las diferentes posturas con respecto a la conducta posterior de quien actúa en legítima defensa. Es decir, como podría juzgarse la conducta de quien luego de actuar de manera justificada, omite prestarle auxilio a su agresor herido.

Hemos podido observar las tres posturas que tomó la doctrina a lo largo de los años:

1. En primer lugar, se encuentran aquellos autores que sostenían que después de una conducta en legítima defensa, el omitente se convertía en garante del agresor herido y en caso de no prestarle auxilio, se podría responsabilizar por el delito de homicidio en comisión por omisión. La situación de legítima defensa se entendía como una injerencia, lo que significaba que el defensor asumía la responsabilidad sobre el agresor herido.

2. En segundo lugar, hay quienes rechazan la idea de que pueda existir una posición de garante por las consecuencias de un actuar precedente justificado, o, al menos, en el caso de la legítima defensa. Aunque nieguen esta posibilidad, reconocen que el agredido aún tiene ciertos deberes de solidaridad mínima respecto del agresor, derivados de la llamada “omisión de auxilio”. En la actualidad, esta es la posición por la que se inclina la doctrina mayoritaria.

3. En tercer lugar, existe otro grupo de autores que argumentan que una persona que ejerce legítima defensa y causa una lesión grave a su agresor no tiene ningún deber de prestarle ayuda. Estos autores sostienen que aceptar tal deber de solidaridad implicaría una contradicción. El Derecho aprueba y acepta aquellas conductas justificadas y, por tanto, también debe aprobar las consecuencias lesivas que se deriven de ella. Si el sistema legal aprueba tal acción, entonces las consecuencias de esa acción no pueden serle atribuidas al individuo que la provocó, ni siquiera como una infracción al deber de auxilio.

Después de conocer las distintas perspectivas que ha propuesto la doctrina sobre el deber de auxilio en casos de legítima defensa, surge la cuestión de evaluar si la concepción del Estado que se tenga, podría influir en este debate o no. Resulta lógico que, en estados con un enfoque liberal, no se reconozca ningún deber especial de auxilio entre agredido y agresor, mientras que, en estados con una orientación más solidaria, en los que se promueva la protección mutua y la responsabilidad colectiva, podría argumentarse a favor de un deber especial de auxilio, especialmente cuando el agredido es la única persona capaz de neutralizar ese riesgo. Por todo lo antedicho, la noción de solidaridad se convierte en un elemento central en esta discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDROULAKIS, NIKOLAOS. *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963.
- BARGALLÓ, JUAN MARTÍN. *¿Omisión de socorro luego de la legítima defensa?*, Trabajo Final para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Buenos Aires, 2023.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO. *¿Posición de garante por legítima defensa? La paradoja de Rudolphi*, *InDret* 4/2018.
- GREBE, WALTER. *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den sogenannten Unechten Unterlassungsdelikten*, 1936.
- HERZBERG, RUDOLF. *Juristische Schulung (JuS)*, 1971, p. 75 y ss.
- JAKOBS, GÜNTER. *Teoría y praxis de la injerencia* en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M. (eds.), *El sistema funcionalista del derecho penal*.
- _____. *Deberes negativos y positivos en el Derecho Penal. Reflexiones sobre el fundamento de la competencia jurídico-penal*. Conferencia brindada de manera virtual el 16/08/2022, traducida por Lucila Tuñón, difundida por el Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, UBA. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=qKNC3M_dhyY.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO. *Los delitos de omisión: Fundamentos de los deberes de garantía*, p. 97-98, citas a Mir Puig, Silva Sánchez y Baldó Lavilla.
- LERMAN, MARCELO. *Responsabilidad penal en contextos anómalos. Cuestiones centrales de la omisión por comisión y el problema de la olic*.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO. *Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión*, Foro FICP, 2022-1.
- PALERMO, OMAR. *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- PAWLIK, MICHAEL. *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- _____. *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, trad. por Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila y Héctor García de la Torre, Atelier, Barcelona, 2016.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª edición alemana (2003) por Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2015, t. II.

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz.*

WELP, HANS. *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968.

WILENMANN, JAVIER. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad.*

LEYES DE RESPONSABILIDAD FILIAL: CODIFICACIÓN DE UN DEBER ESPECIAL DE CUIDADO RECÍPROCO^{271*}

Por DANIELLE ERICKSON^{272**273***}

Se espera, o más bien, se exige que los padres proporcionen todo lo necesario para el cuidado básico y las necesidades de sus hijos/as menores de edad²⁷⁴, como figura en la siguiente cita: “Todos los cincuenta estados de los Estados Unidos cuentan con leyes/estatutos que obligan a ciertos adultos a cuidar o brindar apoyo financiero a otros ciertos miembros de la familia”²⁷⁵. A medida que los padres envejecen, existe una expectativa moral de que sus hijos deberán reciprocarse dichos cuidados a sus padres ya ancianos. Esto se evidencia al observar la manera en que dos tercios de los padres ancianos con algún tipo de discapacidad reciben exclusiva atención por parte de familiares cuidadores²⁷⁶. Los miembros de la familia también brindan otros tipos de apoyo recíproco por iniciativa propia, “como la compra de alimentos, la preparación de comidas y

^{271*} *Filial Responsibility Laws— Codifying a Qualified Quid Pro Quo of Care*, DANIELLE ERICKSON. Connecticut Public Interest Law Journal, Vol. 22.2.2023, p. 163. Traducción de Ailén Martina Argento y Lucía Majluf Capilla desarrollada en el marco del grupo de investigación UBA DeCyT Código DCT2220, “Delegación de la posición de garante. Requisitos. Estándares diferenciales. ¿Restricciones por cuestiones de género?”, a cargo del Prof. Santiago López Warriner. Revisión por Andrea Carolina Cruz.

^{272**} Un agradecimiento especial a los miembros del “Connecticut Public Interest Law Journal” por toda la dedicación y el trabajo duro.

^{273***} Danielle Erickson es estudiante candidata a obtener el título de “Juris Doctor” (JD) en el año 2023 de la Universidad de Derecho de Connecticut. Es alumna del “Boston College” y posee un B.A. en Sociología y Ciencia Política.

²⁷⁴ SHANNON FRANK EDELSTONE, *Filial Responsibility: Can the Legal Duty to Support Our Parents Be Effectively Enforced?* 36 FAM. L.Q. 501, 501 (2002). MARI PARK, *The Parent Trap: Health Care & Ret. Corp. of Am. v. Pittas, how it Reinforced Filial Responsibility Laws and Whether Filial Responsibility Laws Can Really Make You Pay*, 5 EST. PLAN. & CMTY. PROP. L.J. 441, 442 (2013). CHILD WELFARE INFO. GATEWAY, State Laws on Child Abuse and Neglect, U.Y S. DEPT’ HEALTH & HUM. SERVY S., <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/can/> (visitado por última vez el 7 de mayo de 2022).

²⁷⁵ KATHERINE C. PEARSON, *Filial Support Laws in the Modern Era: Domestic and International Comparison of Enforcement Practices for Laws Requiring Adult Children to Support Indigent Parents*, 20 ELDER L.J. 269, 270 (2013).

²⁷⁶ Id. en p. 284; MATTHEW PAKULA, *A Federal Filial Responsibility Statute: A Uniform Tool to Help Combat the Wave of Indigent Elderly*, 39 FAM. L.Q. 859, 864–65 (2005).

los traslados de la persona cuidada”²⁷⁷. Sin embargo, no siempre existe la misma exigencia legal por parte de los hijos adultos hacia sus padres mayores como sí la hay de éstos últimos respecto al cuidado de sus hijos menores de edad²⁷⁸. Desde la jurisprudencia (es decir, desde el derecho consuetudinario) tampoco existe una obligación de que los hijos provean cuidados para padres indigentes²⁷⁹. La Ley de Ayuda a los Pobres de 1601 suele citarse como el primer esfuerzo de la cultura occidental para codificar la obligación moral de cuidado de los hijos respecto de sus padres²⁸⁰. Este sistema fue importado a Estados Unidos y adoptado por las colonias y posteriormente por cada Estado en particular²⁸¹.

Las leyes de responsabilidad filial siguen siendo reguladas a nivel estatal sin que exista en el presente una ley federal al respecto²⁸². A partir de 2023, veinticinco estados, más Puerto Rico, cuentan con estatutos que codifican la responsabilidad filial de los hijos para brindar cuidado o apoyo (meramente financiero) a sus padres ancianos e indigentes. Esto implica la existencia de veintiséis sistemas diferentes de leyes de responsabilidad filial, cada uno con sus propios matices.

Este artículo tiene como objetivo revisar de manera coherente estos estatutos, así como la jurisprudencia relevante, identificar temas y similitudes en las leyes y, a su vez, resaltar las diferencias que resulten destacables. La Sección I analiza el tema de sobre quién recae la responsabilidad de este deber de cuidado según las leyes estatales respectivas. La Sección II considera las diversas situaciones en las que surge la responsabilidad, como la condición del padre y la situación del hijo. La Sección III explora los distintos mecanismos de aplicación que crean los estatutos estatales. La Sección IV investiga si las leyes de responsabilidad filial son exigibles y si se aplican realmente. Por último, en la Sección V, se argumenta que los estados deberían modificar sus estatutos y que las leyes de responsabilidad filial solo deberían aplicarse en el caso en que el padre necesitado tuviera menos de sesenta y cinco años.

²⁷⁷ EDELSTONE, nota supra 1, en pp. 506.

²⁷⁸ PAKULA, nota supra 3, en pp. 864–65.

²⁷⁹ Id. en p. 861; “Albert Einstein Med. Ctr. v. Forman”, 212 Pa. Super. 450, 454 (1968).

²⁸⁰ DANIEL H. BROWN, *Picking Up the Tab for Mom and Dad: “The Clash of Filial Laws with Liberty”, “Morality, and Culture”*, 11 J. INT’L AGING L. & POLY 1, 2 (2020); Park, nota supra 1, en p. 444; PAKULA, nota supra 3, en p. 861.

²⁸¹ BROWN, nota supra 7, en 2–3.

²⁸² PAKULA, nota supra 3, en p. 860; EDELSTONE, nota supra 1, en p. 502.

I. Personas sobre quienes recae este deber

La palabra “filial” significa “perteneciente o relativo al hijo o hija”²⁸³. Por tanto, se puede deducir que las leyes de responsabilidad filial colocan un deber de cuidado sobre los hijos hacia sus padres necesitados. La mayoría de los Estados con leyes sobre responsabilidad filial imponen dicho deber sobre los hijos de padres indigentes. Algunos Estados lo hacen al establecer una obligación recíproca de cuidado tanto para los padres como para sus hijos²⁸⁴. Otros estados cuentan con estatutos específicos que se enfocan en situaciones en las que el hijo adulto debe otorgar ayuda financiera al padre indigente²⁸⁵. En varios estados, se utiliza la palabra “hijos” en plural en lugar de o además del sustantivo singular “hijo”, hecho que indicaría que, si el padre indigente tuviere varios hijos, todos se encontrarían abarcados legalmente por este deber filial²⁸⁶. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, solo un acotado número de estados establecen de forma específica la manera en que debería distribuirse la responsabilidad en el supuesto de pluralidad de hijos. Si un hijo se vuelve incapacitado o imposibilitado para ejercer dicho deber de cuidado, el padre en situación de carencia podría verse habilitado para exigir su cumplimiento por parte de su tutor. En un antiguo caso de Georgia, el tribunal determinó que en aquellos casos en que el banco era responsable de la propiedad del hijo, la madre podía cobrar los pagos de manutención que estarían a cargo de su hijo a través del banco²⁸⁷.

²⁸³“Filial”, Merriam-Webster Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/filial> (visitado por última vez el 7 de mayo de 2022).

²⁸⁴ ALASKA STAT. ANN. § 25.20.030 (West 2022); CONN. GEN. STAT. ANN. § 53-304(a) (West 2022); GA. CODE ANN. § 36-12-3 (West 2022); KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2022); NEV. REV. STAT. ANN. § 428.070 (West 2009); OHIO REV. CODE ANN. §2919.21 (West 2019); 23 PA. STAT. AND CONY S. STAT. § 4603 (West 2005); VT. STAT. ANN. tit. 15, § 202 (West 2022).

²⁸⁵ CAL. FAM. CODE § 4400 (West 2020); IND. CODE ANN. §31-16-17-1 (West 2022); LA. STAT. ANN. § 13:4731(2022); MASS. GEN. LAWS ch. 273, § 20 (West 2022); N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022); 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-1 (West 2022); S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-27 (West 2000).

²⁸⁶ ALASKA STAT. ANN. § 47.25.230 (West 2022); DEL. CODE ANN. tit. 13, § 503 (West 2022); LA. STAT. ANN. § 13:4731 (2022); N.J. STAT. ANN. § 44:4-102 (West 2022); N.D. CENT. CODE ANN. § 14-09-10 (West 2022); OR. REV. STAT. ANN. § 109.010 (West 2022); TENN. CODE ANN. § 71-5-103 (West 2022); UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022); W. VA. CODE ANN. § 9-5-9 (West 2022).

²⁸⁷ “Citizens & S. Nat’l Bank contra Cook”, 185 S.E. 318, 318 (Ga. 1936).

Muy pocos estados disponen específicamente que en el caso en el que existan varios hijos, corresponde que todos sean solidariamente responsables por el cuidado de su padre. Una ley de Nueva Jersey establece que los hijos son “conjunta y solidariamente” responsables por el cuidado de un padre indigente²⁸⁸. Una estatuto de Carolina del Norte establece lo siguiente: “Si hay más de una persona obligada ... a sostener al mismo padre o padres, deberán contribuir de manera equitativa en el cumplimiento de dicho deber”²⁸⁹. Rhode Island y Dakota del Sur poseen ambos una sección específica que establece el derecho de contribución de los hermanos si un hijo está brindando apoyo/cuidado a sus padres²⁹⁰. Por último, la legislación de Virginia establece que los hijos tienen un “deber conjunto y solidario” de proporcionar apoyo y sustento a sus padres²⁹¹. En el caso “Peyton contra Peyton”, este deber se hizo efectivo cuando el tribunal determinó que el demandado debía pagar \$ 8 000 a su hermano por los costos de cuidados pasados que éste último había asumido mediante pagos mensuales de manutención para su madre²⁹².

Además, algunos Estados establecen que otros miembros de la familia son responsables del apoyo de adultos indigentes. Alaska, Luisiana, Rhode Island y Utah especifican que los nietos podrían también verse alcanzados por este deber filial aparte de los propios hijos del adulto empobrecido²⁹³. El Estado de Utah establece específicamente que los hijos tienen en principio

²⁸⁸ N.J. STAT. ANN. § 44:4-102 (West 2022).

²⁸⁹ N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022).

²⁹⁰ 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-7 (West 2022); “Cualquier hijo que se encuentre aportando más de la contribución razonable y adecuada que le corresponde para el sustento de sus padres indigentes tendrá derecho a recibir, por medio de una acción civil, una contribución de otros hijos de sus padres, mayores de dieciocho (18) años de edad, que han sido apoyados por sus padres...” Id. Y S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-28 (West 2022); “En el caso de que un hijo proporcione a sus padres alimentos, ropa, alojamiento o atención médica necesarias, éste hijo tendrá derecho a recibir contribuciones de sus hermanos y hermanas adultos, que se nieguen o no contribuyan a dicho mantenimiento, de manera proporcional y en la medida de su capacidad para contribuir a dicha manutención; siempre que ningún derecho de contribución por manutención se acumule, excepto luego de que el niño/hijo notifique por escrito a sus padres”.

²⁹¹ VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2022).

²⁹² Peyton v. Peyton, 8 Va. Cir. 531, 534 (Va. Cir. Ct. 1978).

²⁹³ ALASKA STAT. ANN. § 47.25.230 (West 2022); LA. STAT. ANN. § 13:4731 (2022); 40 R.I. GEN. LAWS ANN. § 40-5-13 (West 2022); UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022). 21 UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022).

este deber, y que los nietos lo tendrían de forma subsidiaria²⁹⁴. Los Estados de Misisipi y Puerto Rico adoptan un alcance más amplio y colocan este deber filial sobre cualquier descendiente del adulto indigente²⁹⁵. Alaska, Misisipi, Utah y Virginia Occidental también colocan esta responsabilidad filial sobre los hermanos del adulto indigente; Utah y Virginia Occidental establecen que los hermanos tienen dicha responsabilidad solo de forma secundaria a los hijos del necesitado²⁹⁶. Cabe señalar que muchos de estos Estados amplían el deber filial más allá de solo los hijos, posiblemente reflejando ciertos valores en dichos estados. Una vez que se determinó a *quién* le corresponde este deber filial, queda determinar *cuándo* surge dicha responsabilidad.

II. Instancias en que surge la responsabilidad de cuidado de padres mayores

Los padres están obligados a cuidar de sus hijos a lo largo de sus primeros dieciocho años de vida, independientemente de sus circunstancias particulares²⁹⁷. Sin embargo, no se espera necesariamente lo mismo por parte de los hijos hacia sus padres. Mientras que los padres deben cuidar de sus hijos de diversas maneras sin considerar mucho los medios disponibles, existen limitaciones para los casos en los que se requiere que los hijos proporcionen apoyo a sus padres. Estos requisitos están vinculados a las cualidades del hijo, la situación y necesidad del padre, así como a las defensas legales existentes.

1. Cualidades del hijo

La mayoría de los estados que tienen leyes de responsabilidad filial especifican que los hijos solo están obligados a proveer apoyo en la medida de sus posibilidades. Algunos estados establecen que la obligación de hacerse cargo de sus padres surge cuando cuenta con la

²⁹⁴ UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022).

²⁹⁵ MIY SY S. CODE ANN. § 43-31-25 (West 2022); P.R. LAWS ANN. tit. 8, § 712 (2022).

²⁹⁶ ALASKA STAT. ANN. § 47.25.230 (West 2022); MIY SY S. CODE ANN. § 43-31-25 (West 2022); UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022); W. VA. CODE ANN. § 9-5-9 (West 2022).

²⁹⁷ EDELSTONE, nota supra 1, en p. 501.

capacidad general de proveerlo²⁹⁸, mientras que otros estados especifican que dicho deber nace cuando el hijo adulto cuenta con los recursos económicos necesarios²⁹⁹. El hecho de que el hijo adulto cuente con un empleo bien remunerado podría incluso no ser suficiente para determinar si cuenta con la capacidad de proveer apoyo³⁰⁰. Además, en “Gluckman contra Gaines”, el Tribunal de Apelaciones de California determinó que la capacidad del hijo adulto para sostener a su padre indigente debe evaluarse en función de los demás compromisos del hijo adulto, y que este debe ser capaz de atender sus propias necesidades antes de que se le pueda exigir proporcionar ayuda a su padre indigente³⁰¹. Los tribunales hacen “ajustes para las necesidades especiales del hijo adulto, como financiar la educación universitaria de sus propios hijos, y para contribuciones al ahorro y jubilación del hijo adulto”³⁰². Sin embargo, el hecho de que el hijo adulto no pueda pagar la totalidad de los gastos médicos de su padre tampoco lo exime de toda otra responsabilidad; de hecho, el hijo podría ser obligado a pagar la factura en cuotas³⁰³. Las leyes de Connecticut y Vermont además establecen que el hijo podría quedar exento de dicha responsabilidad si logra

²⁹⁸ ALASKA STAT. ANN. § 47.25.230 (West 2022); CAL. FAM. CODE § 4400 (West 2020); KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2021); MAY SY S. GEN. LAWS ANN. ch. 273, § 20 (West 2022); N.J. STAT. ANN. § 44:4-101 (West 2023); N.D. CENT. CODE ANN. §14-09-10 (West 2019); P.R. LAWS ANN. tit. 8, § 712 (2023); UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022); W. VA. CODE ANN. § 9-5-9 (West 2018).

²⁹⁹ ARK. CODE ANN. § 20-47-106 (West 2017); IND. CODE ANN. § 31-16-17-1 (West 2022); NEV. REV. STAT. ANN. § 428.070 (West 2009); N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022); OHIO REV. CODE ANN. § 2919.21 (West 2019) (hay un problema en la falta de capacidad para respaldar una defensa afirmativa); 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005); S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-27 (West 2023); VT. STAT. ANN. tit. 15, § 202 (West 2022); VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2009).

³⁰⁰ Davis v. State, 240 N.E.2d 54, 56 (Ind. 1968) (en donde se revocó la condena del acusado por fallar en prestarle sustento a su madre, al razonar que el mero hecho de que el acusado tuviera un empleo remunerado no establecía que éste fuera financieramente capaz de mantenerla).

³⁰¹ Gluckman contra Gaines, 266 Cal. App. 2d 52, 59–60 (1968).

³⁰² EDELSTONE, nota supra 1, en p. 503. Thornsberry contra State Dep’t Pub. Health & Welfare, 295 Y S.W.2d

372, 376 (Mo. 1956) (en donde se sostuvo que el hijo adulto tenía el derecho a decidir proporcionarle la educación universitaria a su hijo por sobre proporcionarle apoyo financiero a su madre) (debe tenerse en cuenta que el estado de Missouri no posee un estatuto de responsabilidad filial).

³⁰³ Prairie Lake Health Care Sys. contra Wookey, 583 N.W.2d 405, 419 (Y S.D. 1998). “Reconocemos que Dwight tiene el deber moral y legal de mantener también a su esposa y sus hijos, pero el tribunal de primera instancia razonó, y pensamos correctamente, que incluso si Dwight no puede pagar toda la factura médica en una sola vez, podría pagarla en cuotas.” Id.

demostrar alguna discapacidad física u otra causa justificada que le impida proveer apoyo³⁰⁴.. Esta capacidad para proporcionar apoyo se evalúa en función de las necesidades del padre, como fue mencionado anteriormente³⁰⁵..

La edad del hijo es otra cualidad que algunos estados consideran en sus estatutos. Varios estados determinan que la responsabilidad filial recaería sobre un “hijo adulto”³⁰⁶. Las leyes de Ohio no prevén ninguna limitación de edad, pero la jurisprudencia establecida en base a un caso en Ohio determinó que la este deber recaer sobre los hijos adultos³⁰⁷.³⁰⁸.. Carolina del Norte simplemente impone que el hijo haya alcanzado la “mayoría de edad”, sin especificar una edad en concreto³⁰⁹.³¹⁰.. Algunos estados establecen que el hijo adulto debe haber alcanzado por lo menos los 18 años de edad³¹¹.³¹².. Extrañamente, aunque el Estado de Connecticut no posee un mínimo de edad requerida del hijo, es - a su vez- el único estado que establece una edad límite del padre: impone que el apoyo sólo será obligatorio para padres que no hayan alcanzado los 65 años de edad³¹³..

Existe un interrogante sobre si el hijo adulto debe pagar por el cuidado de un padre viviendo en otro estado, y si ese Estado podría obligar al hijo a pagar. El tratamiento de esta cuestión varía de estado en estado. Un caso en Nueva York -estado que no cuenta con leyes de responsabilidad filial- sostuvo que, como en ese estado no existían dichas leyes, no correspondía

³⁰⁴ CONN. GEN. STAT. ANN. § 53-304 (West 2022); VT. STAT. ANN. tit. 15, § 202 (West 2022).

³⁰⁵ EDELSTONE, nota supra 1, en p. 503. Véase también Pickett contra Pickett, 251 N.E.2d 684 (Ind. App. 1969). “Las dos preocupaciones básicas son la necesidad financiera del padre y la capacidad del hijo de pagar.” Id. en pp. 687–88.

³⁰⁶ CAL. FAM. CODE § 4400 (West 2020); N.D. CENT. CODE ANN. § 14-09-10 (West 2019); Y S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-27 (West 2023); VT. STAT. ANN. tit. 15, § 202 (West 2022).

³⁰⁷ State contra Flontek, 693 N.E.2d 767 (Ohio 1998).

³⁰⁸ State contra Flontek, 693 N.E.2d 767 (Ohio 1998).

³⁰⁹ N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022).

³¹⁰ N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022).

³¹¹ KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2021); MAY SY S. GEN. LAWS ANN. ch. 273, § 20 (West 2022); 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-1 (West 2022); VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2009).

³¹² KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2021); MAY SY S. GEN. LAWS ANN. ch. 273, § 20 (West 2022); 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-1 (West 2022); VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2009).

³¹³ CONN. GEN. STAT. ANN. § 53-304 (West 2022).

iniciar acciones contra el hijo por falta de cuidado de su madre que residía en otro estado³¹⁴.. Las leyes de Kentucky imponen el deber solamente en aquellos hijos adultos que viven en el mismo estado que sus padres³¹⁵.. Por otro lado, un caso que tuvo lugar en Dakota del Sur sostuvo que, aunque el hijo no vivía en ese estado, él podría haber sido denunciado y obligado a ofrecer apoyo debido a que contaba con “numerosos contactos con el estado”³¹⁶.. Otros estados solamente establecen que el padre o el hijo necesitan residir en ese estado, pero no clarifican si la otra parte también debe vivir en ese mismo estado³¹⁷.. No queda claro qué ocurriría en estos casos en los que la otra parte reside en un estado diferente. Las respuestas a este interrogante podrían depender de la jurisdicción en la que se inicien acciones. Existen estatutos federales que extienden la Cláusula de Plena Fe y Crédito a las órdenes de manutención infantil; sin embargo, es probable que dichos estatutos no contemplen a las leyes de deber filial³¹⁸.. Por lo tanto, aunque la obligación de mantener a los hijos puede hacerse cumplir a través de las fronteras estatales, este no es el caso de las leyes de apoyo filial.

2. Motivos para el cuidado

Mientras que los padres están obligados a cuidar a sus hijos menores de varias maneras, las leyes de cuidado de padres ancianos no imponen el mismo nivel de cuidado por parte de los hijos adultos. La mayoría de estados con leyes de cuidado filial crean un deber que recae sobre los hijos de proveer para las necesidades de un padre empobrecido³¹⁹.. Un tribunal de Pennsylvania sostuvo que “una persona es considerada empobrecida si sus gastos mínimos de costo de vida exceden los beneficios de su Seguro Social, dado que este es su única fuente de ingreso”³²⁰.. La redacción respecto a esta obligación de cuidado de los padres en situación de vulnerabilidad varía entre estados, pero generalmente se establece como el “brindar cuidado y apoyo

³¹⁴ State Welfare Comm’r v. Mintz, 280 N.Y.S.2d 1007 (N.Y. Sup. 1967).

³¹⁵ KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2021).

³¹⁶ Americana Healthcare Ctr. contra Randall, 513 N.W.2d 566 (Y.S.D. 1994).

³¹⁷ ARK. CODE ANN. § 20-47-106 (West 2017); MAY SY S. GEN. LAWS ANN. ch. 273, § 20 (West 2022); 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-1 (West 2022); W. VA. CODE ANN. § 9-5-9 (West 2018).

³¹⁸ 28 U.Y.S.C.A. § 1738B (West 2017). Pearson, nota *supra* 2, at 299.

³¹⁹ Edelstone, nota *supra* 1, en p. 503.

³²⁰ Savoy contra Savoy, 641 A.2d 596, 598 (Pa. Super. 1994).

económico³²¹ o “aliviar la situación de precariedad y mantener al necesitado”³²². Dakota del Sur enumera ejemplos de los tipos de cuidados que deben proveerse, como alimentación, vestimenta y vivienda³²³. Otro ejemplo específico de apoyo es el apoyo financiero. De acuerdo con el Tribunal de Apelaciones de Indiana, la necesidad económica del padre se determina de manera individual, “de acuerdo con las circunstancias particulares”³²⁴. Las leyes de Pennsylvania específicamente incluyen el apoyo financiero en su estatuto, y la jurisprudencia lo sostiene³²⁵. Un estatuto en Puerto Rico lo obliga, en principio, al hijo a proporcionar ayuda financiera, y si aquel se ve imposibilitado de hacerlo, deberá realizar contribuciones de otra índole que no fueran financieras³²⁶. La Corte Suprema de Ohio, sin embargo, sostuvo que el único apoyo exigido por el estatuto era el de carácter económico y no se incluirían otros tipos de ayuda no económica. Una minoría de estados tienen la obligación filial específica de que los hijos paguen por los gastos médicos de sus padres cuando ellos no puedan. El estado de Arkansas solo obliga al hijo a proporcionar ayuda a su padre en estado de necesidad de servicios de salud mental³²⁷. Las leyes de Nevada prevén que el hijo podría quedar legalmente obligado a pagar por servicios de atención médica³²⁸. Para calcular el monto total por el que un hijo es responsable, Pensilvania incluye el costo de la asistencia médica (excepto la atención en hogares de ancianos públicos) proporcionada al padre³²⁹. Las leyes de apoyo parental de Rhode Island obligan al hijo a pagar los costos de la atención proporcionada por una instalación de enfermería con licencia si el padre no

³²¹ ALASKA STAT. ANN. § 47.25.230 (West 2022); CONN. GEN. STAT. ANN. § 53-304 (West 2022); DEL. CODE ANN. tit. 13, § 503 (West 2022); GA. CODE ANN. § 36-12-3 (West 2022); IND. CODE ANN. §31-16-17-1 (West 2022); KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2021); LA. STAT. ANN. § 13:4731 (West 2022); MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 273, § 20 (West 2022); N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022); OHIO REV. CODE ANN. §2919.21 (West 2019); P.R. LAWS ANN. tit. 8, § 712 (West 2023); UTAH CODE ANN. § 17-14-2 (West 2022); VT. STAT. ANN. tit. 15, § 202 (West 2022); W. VA. CODE ANN. § 9-5-9 (West 2018).

³²² MISS. CODE ANN. § 43-31-25 (West 2022); N.J. STAT. ANN. §44:4-101 (West 2023); OR. REV. STAT. ANN. § 109.010 (West 2022); 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005).

³²³ S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-27 (West 2022).

³²⁴ Pickett contra Pickett, 251 N.E.2d 684, 688 (Ind. App. 1969).

³²⁵ 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005). Presbyterian Med. Ctr. contra Budd, 832 A.2d 1066 (Pa. Super. 2003). “Un hijo ... debe mantener y asistir financieramente al padre indigente.” Id. en p. 1075.

³²⁶ P.R. LAWS ANN. tit. 8, § 712(d) (West 2002).

³²⁷ ARK. CODE ANN. § 20-47-106 (West 2017).

³²⁸ NEV. REV. STAT. ANN. § 428.070 (West 2009)

³²⁹ 23 PA. STAT AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005).

puede pagarlo³³⁰. Además de enumerar opciones para el cuidado general, en Dakota del Sur, se incluye en la lista la “asistencia médica para un padre que no puede proveerse por sí mismo”³³¹. Tennessee solo establece una responsabilidad filial financiera en relación con la asistencia médica o los beneficios proporcionados a un padre³³².

Son cuatro los estados que imponen una obligación de cuidado de padres mayores a los hijos u a otros familiares para solventar los gastos de entierro cuando la persona no cuenta con los medios económicos para afrontarlos. Alaska establece que toda persona necesitada debe tener un entierro decente a cargo de sus familiares³³³. Indiana establece que el hijo deberá proveer apoyo financiero para el entierro de sus padres³³⁴. Nevada no impone un respaldo económico general para el entierro de los progenitores, sin embargo, prevé que el hijo debe reembolsar los gastos en los que haya incurrido el condado por el entierro de ese individuo, su sepultura o cremación³³⁵. Finalmente, Virginia Occidental impone que los familiares de una persona indigente paguen los gastos del entierro cuando esta fallece³³⁶.

3. Defensas

Algunos estados condicionan aún más el deber filial al crear defensas para los hijos adultos, de modo que se les exime de brindar apoyo en ciertas circunstancias. En general, estas defensas liberan a los hijos cuyos padres los abandonaron durante un período de tiempo durante la infancia. En Massachusetts, Nueva Jersey y Rhode Island, un hijo adulto no violaría este deber legal por no proveer apoyo si no fueron cuidados por sus padres durante su minoría de edad³³⁷. La excepción en California requiere que (1) cuando el hijo era menor de edad, haya sido abandonado por el padre o madre, (2) este abandono haya durado dos años o más antes de que el hijo cumpliera dieciocho años, y (3) que durante este período de abandono, el padre haya estado

³³⁰ 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-1 (West 2004).

³³¹ S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-27 (West 2000).

³³² TENN. CODE ANN. § 71-5-103 (West 2022).

³³³ ALASKA STAT. ANN. § 47.25.230 (West 2022).

³³⁴ IND. CODE ANN. § 31-16-17-1 (West 2022).

³³⁵ NEV. REV. STAT. ANN. § 428.070 (West 2009).

³³⁶ W. VA. CODE ANN. § 9-5-9(g)-(h) (West 2018).

³³⁷ MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 273, § 20 (West 2023); N.J. STAT. ANN. § 44:4-102 (West 2023); 15 R.I. GEN. ANN. § 15-10-1 (West 2023).

física y mentalmente capacitado para brindar apoyo al hijo³³⁸. La obligación filial en Indiana solo surge si el padre proporcionó al hijo “alimentos necesarios, vivienda, ropa, atención médica y educación” antes de que el hijo cumpliera dieciséis años³³⁹.

El estado de Indiana también establece una defensa afirmativa para que el hijo no brinde apoyo si éste no recibió sustento por el padre o madre en ningún momento antes de que cumpliera los dieciocho años, “a menos que el padre o madre fuera incapaz de proporcionar ese apoyo”³⁴⁰. Un tribunal de Indiana implementó esta defensa en un caso en el que el padre abandonó a su esposa e hijos; el tribunal sostuvo que la ley de responsabilidad filial no se aplicaba a los hijos por esta razón³⁴¹. Ohio tiene una defensa afirmativa para la falta de respaldo si “el padre abandonó al hijo o no brindó el apoyo necesario al hijo según lo requerido por la ley, mientras que éste era menor de dieciocho o estaba mental o físicamente discapacitado y era menor de veintiuno.”³⁴² La defensa de Pensilvania requiere que el padre haya abandonado al hijo durante al menos diez años durante la minoría del hijo³⁴³. La ley de Virginia establece que su deber filial no se aplica “si existen pruebas sustanciales de abandono, negligencia, abuso o negligencia deliberada para brindar apoyo a dicho hijo”³⁴⁴. Al no exigir que el hijo respalde al padre si fue abandonado por este último, se refuerza la idea de que la responsabilidad filial es una responsabilidad recíproca.

III. Formas en las que se hace cumplir este deber

Existen diversos recursos que las leyes estatales establecen para hacer cumplir la responsabilidad filial. El mecanismo de aplicación más comúnmente previsto para ello es la acción civil por parte del Estado.

³³⁸ CAL. FAM. CODE § 4411 (West 2022).

³³⁹ IND. CODE ANN. § 31-16-17-1 (West 2022).

³⁴⁰ IND. CODE ANN. § 35-46-1-7 (West 2022).

³⁴¹ Lanham contra State, 194 N.E. 625, 627 (Ind. 1935).

³⁴² OHIO REV. CODE ANN. § 2919.21 (West 2019).

³⁴³ 23 PA. STAT AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005).

³⁴⁴ VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2009).

Trece estados utilizan este método, y existen ciertas variaciones que van desde el reclamo por parte del estado para que se reembolsen los gastos³⁴⁵, hasta la interpelación en contra del hijo, para que le pague al padre o directamente al proveedor de asistencia médica³⁴⁶.

Misisipi exige que el hijo pague de forma directa al condado cada mes si se niega a proveer directamente al padre³⁴⁷. Puerto Rico autoriza a que un funcionario público inicie demanda por ayuda³⁴⁸.

Otro método para hacer cumplir el apoyo parental es a través de la acción civil iniciada por el propio padre empobrecido. California, Indiana, Pensilvania, Puerto Rico y Rhode Island establecen que un padre podría iniciar una acción en contra del hijo, además de la posibilidad de darle al estado el poder para que inicie un reclamo³⁴⁹. Las leyes en Luisiana solo autorizan a que el padre inicie una acción de ejecución en contra del hijo³⁵⁰. Este método que autoriza u obliga al padre a iniciar la acción tiene sentido lógico porque el apoyo exigido resulta en beneficio del padre, pero podría aumentar las disputas familiares o dificultar la presentación de una acción con el fin de evitar mayores conflictos³⁵¹. Además, unos cuantos estados posibilitan a un tercero a que inicie la acción civil en contra del hijo para reclamar pagos o reembolso de asistencias ya otorgadas. Nueva Jersey permite que dos residentes del condado en el cual vive el padre inicien una acción contra el hijo para obligarlo a brindar apoyo³⁵². La ley de Dakota del Norte establece que un acreedor puede recuperar financieramente del hijo por servicios médicos prestados al

³⁴⁵ ALASKA STAT. Ann. § 47.25.230 (West 2022); CAL. FAM. CODE § 4403 (West 2020); GA. CODE ANN. § 36-12-3 (West 2022); MISS. CODE ANN. § 43-31-25 (West 2022); NEV. REV. STAT. ANN. §428.070 (West 2009).

³⁴⁶ IND. CODE ANN. § 31-16-17-2 (West 2022); IND. CODE ANN. §31-16-17-4 (West 2022); N.J. STAT. ANN. § 44:4-100 (West 2022); 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005); 15 R.I. GEN. LAWS § 15-10-2 (West 2022); S.D. CODIFIED LAWS § 25-7-27; TENN. CODE ANN. § 71-5-103(7)-(8) (West 2022); VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2009); W. VA. CODE §9-5-9(e) (West 2018).

³⁴⁷ MISS. CODE ANN. § 43-31-25 (West 2022).

³⁴⁸ P.R. LAWS ANN. tit. 8, § 712 (West 2002).

³⁴⁹ CAL. FAM. CODE ANN. § 4403 (West 2022); IND. CODE ANN. §31-16-17-2 (West 2022); IND. CODE ANN. § 31-16-17-4 (West 2022); 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005); P.R. LAWS ANN. tit. 8, § 712 (2022); 15 R.I. GEN. LAWS § 15-10-4 (2022).

³⁵⁰ LA. STAT. ANN. § 13:4731 (2022).

³⁵¹ EDELSTONE, nota supra 1, en p. 506.

³⁵² N.J. STAT. ANN. § 44:4-102 (West 2023).

padre empobrecido³⁵³. Específicamente, un tribunal de Dakota del Norte permitió a un centro médico iniciar una acción contra un hijo cuando el padre no sería capaz de pagar por su atención y servicios³⁵⁴. Pensilvania dispone ampliamente que cualquier otra persona o entidad pública “que tenga interés en el cuidado, mantenimiento o asistencia de dicho individuo en necesidad” puede presentar una petición de apoyo ante el tribunal³⁵⁵. Existe la pregunta sobre quién tiene un interés suficiente bajo esta ley para presentar una petición. Un tribunal de Pensilvania intentó clarificar esta cuestión en el caso “Presbyterian Medical Center contra Budd”, en el cual determinó que “un hogar de ancianos que proporciona refugio, sustento y cuidado a un padre necesitado tiene un ‘interés’ suficiente” según la ley³⁵⁶. Rhode Island permite que un centro profesional de enfermería con licencia inicie una acción para recuperar los costos no compensados del cuidado del desvalido³⁵⁷. Este estado también permite que el director de cualquier organización benéfica privada registrada sea parte en una demanda presentada por un padre necesitado o el estado contra el hijo³⁵⁸. Aunque no esté específicamente permitido en la ley estatal, un tribunal de Dakota del Sur permitió que un hogar de ancianos iniciara una acción contra el hijo de un padre necesitado para recuperar los costos del cuidado³⁵⁹.

El último mecanismo de aplicación contemplado en las leyes estatales es la responsabilidad penal, que, en realidad, no hace cumplir la responsabilidad filial, sino que crea un incentivo para cumplir con el deber al amenazar con castigos. Diez estados establecen la responsabilidad penal o prevén castigos criminales como parte de sus leyes de apoyo parental. Las leyes de Connecticut solo contemplan el supuesto de responsabilidad penal, y la pena

³⁵³ N.D. CENT. CODE ANN. § 14-09-10 (West 2022).

³⁵⁴ Trinity Med. Ctr. contra Rubbelke, 389 N.W.2d 805 (N.D. 1986). Aunque el centro médico podría interponer una acción en contra del hijo, la acción en este caso no fue exitosa ya que el centro médico, en un acuerdo estipulado, liberó a los padres de la obligación original; y, como los padres fueron liberados de esta obligación, los niños también quedaron liberados de cualquier responsabilidad bajo el estatuto estatal. Id.

³⁵⁵ 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005).

³⁵⁶ Presbyterian Med. Ctr. v. Budd, 832 A.2d 1066 (Pa. Super. 2003).

³⁵⁷ 40 R.I. GEN. LAWS ANN. § 40-5-13 (West 2022).

³⁵⁸ 15 R.I. GEN. LAWS ANN. § 15-10-4 (West 2022).

³⁵⁹ Americana Healthcare Ctr. v. Randall, 513 N.W.2d 566 (S.D. 1994).

establecida para los casos de falta de apoyo es de un año de prisión o menos³⁶⁰. Además de establecer la responsabilidad civil, Indiana también considera la falta de respaldo a un padre como un delito menor de Clase A³⁶¹. Kentucky solo contempla la responsabilidad penal por falta de financiamiento económico: una primera infracción por falta de respaldo es un delito menor de Clase A, mientras que las infracciones subsiguientes conllevan penas de prisión más largas³⁶². Kentucky también tiene un cargo separado por falta de respaldo flagrante, que es un delito grave de Clase D³⁶³. Massachusetts y Rhode Island también consideran la falta de apoyo económico como un delito penado con una multa de hasta USD200 y/o con pena de prisión de hasta un año³⁶⁴. Carolina del Norte establece que la falta de respaldo es un delito menor de Clase 2 para la primera infracción, al igual que un delito menor de Clase 1 para cualquier infracción posterior³⁶⁵. En Ohio, la falta de respaldo económico es un delito menor de primer grado, y las infracciones posteriores constituyen un delito grave de quinto grado³⁶⁶. Pensilvania castiga la falta de apoyo intencional con hasta seis meses de prisión³⁶⁷. En Vermont, la pena por falta de respaldo es de prisión de hasta dos años y/o una multa de hasta USD300³⁶⁸. Por último, además de establecer la responsabilidad civil por falta de apoyo, Virginia considera su incumplimiento como un delito

³⁶⁰ CONN. GEN. STAT. ANN. § 53-304(a) (West 2022). Ha habido discusiones acerca de que CONN. GEN. STAT. § 46b-215 impone responsabilidad civil a niños de proporcionar apoyo por sus padres ancianos. Véase KATHERINE C. CLARK, *A Duty to Reform: Updating Connecticut's Filial Responsibility Statutes*, 29 QUINNIPIAC PROB. L.J. 45, 58–59 (2015). Sin embargo, un juez en un caso reciente de Connecticut rechazó esta discusión, reconociendo que § 46b-215 solo crea un deber de manutención del cónyuge y de los hijos, no de manutención parental. Véase *Sechler-Hoar v. Tr. U/W of Gladys G. Hoart*, 3:17-CV-01968 (KAD), 2020 WL 292314 (D. Conn. Jan. 21, 2020).

³⁶¹ IND. CODE ANN. § 35-46-1-7 (West 2022).

³⁶² KY. REV. STAT. ANN. § 530.050 (West 2021). “Por una segunda infracción, la persona recibirá una sentencia mínima de siete (7) días en la cárcel. Por una tercera o cualquier posterior infracción, la persona recibirá una pena mínima de treinta (30) días en la cárcel”. Id.

³⁶³ Id

³⁶⁴ MASS. GEN. LAWS ch. 273, § 20 (West 2022); 15 R.I. GEN. LAWS § 15-10-1 (West 2022).

³⁶⁵ N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-326.1 (West 2022).

³⁶⁶ OHIO REV. CODE ANN. § 2919.21 (West 2019).

³⁶⁷ 23 PA. STAT. AND CONS. STAT. § 4603 (West 2005).

³⁶⁸ VT. STAT. ANN. tit. 15, § 202 (West 2022).

menor castigado con una multa de hasta USD500 y/o una pena de cárcel de no más de doce meses³⁶⁹.

IV. Posibilidad real de hacer cumplir este deber filial

Las leyes de responsabilidad filial son aplicables en la teoría, aunque, en la práctica, los estados y los tribunales raramente las hacen cumplir. Estas leyes de deber filial se han enfrentado con impugnaciones basadas en los principios de la Igual Protección y el Debido Proceso; sin embargo, los tribunales han rechazado estos argumentos y han respaldado su constitucionalidad. En un caso que ocurrió en California, un hijo junto a sus padres presentaron una demanda contra el gobierno alegando una violación de sus derechos de igualdad de protección y argumentaron que la ley creaba clasificaciones sospechosas al diferenciar entre personas basándose en el poder adquisitivo y la filiación de sangre³⁷⁰. El tribunal desestimó estos argumentos y respaldó la ley que establece la obligación de los hijos de apoyar a sus padres necesitados bajo un examen de base racional³⁷¹. En un caso de Dakota del Sur, el tribunal rechazó tanto los argumentos de igualdad de protección como los de debido proceso presentados por un hijo que impugnaba la aplicación de la ley porque vivía en otro estado³⁷². El tribunal rechazó ambos argumentos y concluyó que se podría entablar una acción en su contra debido a sus numerosos vínculos con el Estado³⁷³.

Aunque las leyes de responsabilidad filial son aplicables, esto no implica que se hagan cumplir. En primer lugar, es difícil determinar si estas leyes se están haciendo cumplir porque los casos no siempre se informan, y no hay etiquetas uniformes para encontrar casos de deber filial³⁷⁴. Sin embargo, pareciera que las leyes de apoyo parental raramente se hacen cumplir, especialmente en comparación con las leyes de sustento a hijos o cónyuges³⁷⁵. En segundo lugar,

³⁶⁹ VA. CODE ANN. § 20-88 (West 2022).

³⁷⁰ Swoap contra Super. Ct., 10 Cal.3d 490, 504 (1973).

³⁷¹ Id.

³⁷² Americana Healthcare Ctr. contra Randall, 513 N.W.2d 566 (S.D. 1994).

³⁷³ Id.

³⁷⁴ PEARSON, nota supra 2, en pp. 279–80.

³⁷⁵ Id. en p. 272.

hacer cumplir estas leyes sería una “pesadilla administrativa” porque las autoridades necesitarían realizar evaluaciones individualizadas para cada caso basadas en una multitud de factores³⁷⁶.

En tercer lugar, la falta de aplicación contra los hijos adultos también se debe al aumento del apoyo federal y estatal para adultos mayores a través del Seguro Social y el programa Medicare³⁷⁷. Estos programas sociales no solo brindan apoyo a adultos mayores necesitados, sino que sus reglas también generan problemas, ya que, si un hijo proporciona apoyo financiero, el padre mayor corre el riesgo de perder la financiación federal debido a que sus ingresos superan el límite estatutario³⁷⁸.

Pensilvania y Dakota del Sur son los dos estados donde las leyes de apoyo a los padres mayores se aplican con mayor frecuencia³⁷⁹. Sin embargo, la fuerza impulsora detrás de esta aplicación son los acreedores de terceros o los centros de salud que buscan reembolso por la atención ya proporcionada al padre necesitado³⁸⁰. Tres casos surgidos en Pensilvania en los últimos treinta años requirieron que el hijo de un padre necesitado pagara al centro médico u hogar de ancianos por el costo de atención del padre³⁸¹. En Dakota del Sur, dos casos de la década de 1990 exigieron que el hijo de un padre necesitado le pagara a un hospital o a un hogar de ancianos los costos de atención del padre según la ley estatal de responsabilidad filial³⁸².

³⁷⁶ EDELSTONE, nota supra 1, en p. 510.

³⁷⁷ PEARSON, nota supra 2, en pp. 285–86.

³⁷⁸ EDELSTONE, nota supra 1, en p. 508.

³⁷⁹ PEARSON, nota supra 2, en p. 273.

³⁸⁰ Id.

³⁸¹ Savoy contra Savoy, 641 A.2d 596, 598 (Pa. Super. 1994) (donde se determinó que el hijo proporcione pagos mensuales para cubrir las expensas médicas pasadas de su madre; aunque la madre interpuso la petición, el hijo tenía que realizar pagos al hospital). Presbyterian Med. Ctr. contra Budd, 832 A.2d 1066 (Pa. Super. 2003) (se sostuvo que un asilo de ancianos podría reclamar contra una hija por los gastos del cuidado de la madre bajo las leyes de responsabilidad filial porque la hija falló en solicitar la cobertura de Medicaid luego de prometer hacerlo). Health Care & Ret. Corp. Am. contra Pittas, 46 A.3d 719 (Pa. Super. Ct. 2012) (se determinó al hijo condicionalmente responsable- pendiente aprobación de Medicaid- por el costo de \$93.000 de cuidado por parte de un asilo).

³⁸² Americana Healthcare Ctr. contra Randall, 513 N.W.2d 566 (S.D. 1994) (que exige que el hijo pague por los costos de atención médica de su madre con fondos fiduciarios heredados de su aquella). Prairie Lakes Health Care Sys., Inc. v. Wookey, 583 N.W.2d 405 (S.D. 1998) (se sostuvo que el hospital podría cobrar para los costos de cuidado proporcionados al padre por parte del hijo conforme a la ley de responsabilidad filial).

V. Sobre la pregunta de si deberían ser aplicables las leyes de responsabilidad filial una vez que el padre alcance la edad de sesenta y cinco años

Como se mencionó anteriormente, Connecticut es el único estado que limita su ley de responsabilidad filial en función de la edad del padre³⁸³. La Sección 53-304 de los Estatutos Generales de Connecticut solo considera como delito el incumplimiento de apoyo a un padre si este tiene menos de sesenta y cinco años³⁸⁴. Esta limitación de edad se añadió en 1967 bajo la Ley Pública 746, artículo 6³⁸⁵. La aprobación de esta enmienda a la ley de Connecticut ocurrió tan solo dos años después de la promulgación a nivel federal de Medicare, que brinda cobertura de seguro médico a estadounidenses de sesenta y cinco años o más³⁸⁶. En las discusiones del Comité Permanente Conjunto de Connecticut sobre Bienestar Público e Instituciones Humanitarias, se debatió sobre la posibilidad de agregar esta limitación de edad para los padres, ya que aquellos mayores de sesenta y cinco años estarían recibiendo ayuda estatal³⁸⁷. Se expresó preocupación acerca de los intereses de los hijos adultos y cómo este requisito de brindar apoyo financiero a sus padres empobrecidos afectaría su capacidad para proveer a sus propias familias³⁸⁸. Además, en ese momento, el estado estaba gastando grandes sumas de dinero para hacer cumplir este requisito de apoyo parental, con rendimientos insignificantes de esa inversión³⁸⁹. Esto plantea la pregunta de si debería haber un límite de edad para la responsabilidad filial y si otros estados deberían modificar sus leyes para establecer un límite de edad, o si los tribunales deberían negarse a aplicar estas leyes después de que el padre alcance la edad de sesenta y cinco años.

³⁸³ CONN. GEN. STAT. ANN. § 53-304 (West 2022).

³⁸⁴ Id.

³⁸⁵ 1967 Conn. Pub. Acts 19.

³⁸⁶ *50 Years of Medicare: How Did We Get Here? The Commonwealth Fund*, <https://interactive.commonwealthfund.org/medicare-timeline/> (visitado por última vez el 4 de noviembre de 2022).

³⁸⁷ CONN. JOINT STANDING COMM. ON PUB. WELFARE & HUMANE INSTS., STENOGRAPHER'S NOTES, at 208 (1967).

³⁸⁸ Id.

³⁸⁹ Id. en pp. 209–10.

Las leyes de responsabilidad filial deberían aplicarse únicamente a padres necesitados menores de sesenta y cinco años. Como se demuestra en todas las leyes estatales sobre apoyo filial, esta responsabilidad es un deber recíproco condicional: los hijos adultos solo deben proporcionar cuidado y apoyo cuando el padre no puede hacerlo por sí mismo. Por lo tanto, otra condición para este deber no estaría demasiado alejada de los esquemas legislativos actuales. Al establecer un límite de edad para el padre necesitado, esto garantiza que los intereses de los hijos adultos estarán protegidos a medida que ellos mismos envejecen, al tener en cuenta la asistencia estatal a las personas de edad avanzada.

En primer lugar, las leyes de responsabilidad filial pueden imponer cargas indebidas a los miembros de la familia que se ven obligados a proporcionar dinero y otros tipos de apoyo a sus padres necesitados³⁹⁰. Aunque las leyes estatales pueden condicionar el apoyo a la capacidad de pago del hijo y se supone que los tribunales estatales deben tener en cuenta la capacidad de pago, esto no siempre se cumple³⁹¹. Además, a medida que los padres envejecen, es más probable que tengan hijos adultos mayores que se acercan o ya están en edad de jubilación y tienen ingresos limitados. Por otro lado, bajo algunas leyes, si un hijo no puede pagar la atención médica de sus padres, se le puede exigir que proporcione la atención personalmente³⁹². Esto interrumpe la capacidad del hijo adulto para generar ingresos y tiene un impacto de género, de modo que las hijas adultas llevan con más frecuencia la carga³⁹³. Por lo tanto, aunque podría ser beneficioso para los padres necesitados exigir a sus hijos adultos que brinden algún tipo de apoyo, también se deben tener en cuenta los intereses de estos. Aunque algunas leyes estatales intentan establecer un requisito de equilibrio, no siempre funcionan y pueden imponer otras cargas no financieras a los hijos adultos. Es por eso que una vez que el padre alcanza los sesenta y cinco años y es elegible para recibir el Seguro Social y los beneficios del programa de Medicare, cualquier obligación legal para que el hijo adulto proporcione apoyo debería ser eliminada. Los hijos

³⁹⁰ CLARK, nota *supra* 85, at 50; KARA WENZL, *Losing Loved Ones and Your Livelihood: Re-Evaluating Filial Responsibility Laws*, 29 LOY. CONSUMER L. REV. 391, 391 (2017).

³⁹¹ WENZL, nota *supra* 115 (discutiendo *Health Care & Ret. Corp. Am. v. Pittas*, 46 A.3d 719 (Pa. Super. Ct. 2012) (donde el hijo fue obligado a pagar las facturas médicas de su madre a pesar de no contar con los medios financieros suficientes para hacerlo)).

³⁹² CLARK, nota *supra* 85, en p. 50.

³⁹³ WENZL, nota *supra* 115, en pp. 400–01.

adultos son, evidentemente, libres de continuar brindando apoyo por iniciativa propia, pero el estado no debería imponer una carga una vez que el padre esté recibiendo apoyo financiero estatal.

En segundo lugar, en las raras ocasiones en que se aplican las leyes de responsabilidad filial, el padre no es parte en la acción y no recibe un beneficio directo de la demanda. Más bien, la tendencia reciente es que la acción sea presentada por un hogar de ancianos o un acreedor de terceros³⁹⁴. Casos como *Pittas*, *Budd* o *Wookey* deberían preocupar a los hijos adultos porque en esos casos fueron los hogares de ancianos los que cobraron a los hijos y no sus padres necesitados. Esta tendencia de hogares de ancianos y otros terceros presentando demandas contra los hijos adultos continuará mientras los costos de atención a largo plazo sigan aumentando y los adultos no estén preparados para afrontarlos³⁹⁵. Los hijos adultos no deberían seguir haciéndose cargo de estos costos porque necesitan ahorrar para su propia jubilación y cuidado a largo plazo cuando sean ancianos. Por lo tanto, como se mencionó anteriormente, los legisladores deberían modificar las leyes de responsabilidad filial para eximir al hijo adulto de la responsabilidad una vez que el padre alcance los sesenta y cinco años. Sin embargo, esto solo no resolverá el problema. Se debe hacer algo para controlar los crecientes costos del cuidado a largo plazo en Estados Unidos, y los programas de Medicaid deberán fortalecerse para ofrecer una mejor cobertura para el cuidado a largo plazo. Alternativamente, Medicare podría mejorarse para proporcionar cobertura de cuidado a largo plazo a todos los adultos mayores en Estados Unidos, aliviándose así la carga financiera tanto para ellos como para sus familias.

VI. Conclusión

La responsabilidad filial impuesta a los hijos de padres empobrecidos no es la misma responsabilidad que tienen los padres al criar a sus hijos. Solo veinticinco estados, más Puerto Rico, tienen leyes que crean un deber legal de apoyo para un padre necesitado. Según estas leyes, las obligaciones filiales solo surgen cuando el hijo cumple ciertas condiciones, como tener los

³⁹⁴ Ver Véase notas *supra* 106–09 y texto adjunto.

³⁹⁵ WENZL, nota *supra* 115, en p. 397.

medios suficientes para proporcionar apoyo, tener la edad suficiente o vivir en el mismo estado que el padre. Además, aunque generalmente se requiere que los hijos provean el apoyo general a sus padres necesitados, algunos estados limitan esto para exigir a los hijos que solo paguen los gastos médicos o funerarios. Además de estas calificaciones legales para el deber de proporcionar cuidado, estas leyes rara vez se aplican. Solo dos estados, Pensilvania y Dakota del Sur, han aplicado recientemente sus leyes de deber filial para hacer que los hijos paguen por el cuidado de sus padres. Sin embargo, los pagos no fueron destinados a los padres, sino al centro médico que brindaba la atención. Esto refleja la tendencia de permitir que el estado o terceros presenten reclamaciones contra el hijo, mientras que los padres solo tienen una acción civil en seis estados. Por lo tanto, los estados deberían modificar sus leyes de responsabilidad filial para imponer un deber solo a los hijos adultos cuyos padres tengan menos de sesenta y cinco años; esto proporciona una solución para equilibrar y sopesar las necesidades e intereses de los padres e hijos.

FILIAL RESPONSIBILITY LAWS: ¿DEBER MORAL O DEBER LEGAL?

Por AILÉN MARTINA ARGENTO*³⁹⁶ y LUCÍA MAJLUF CAPILLA**³⁹⁷

Lenore y Rosella compartían un vínculo único como madre e hija, una conexión que las había mantenido unidas bajo el mismo techo durante años. Sin embargo, Rosella era ya una mujer de edad avanzada que sufría de varios problemas de salud, incluyendo problemas de movilidad, deterioro de la vista y declive general en su bienestar; lo cual poco a poco la terminó convirtiendo en una carga más para su hija. A pesar de que la dependencia de su madre aumentaba progresivamente, Lenore no podía hacerse a la idea de abandonarla. Para Lenore, cuidar a su madre significaba mucho más que una obligación; era una oportunidad para devolver todo el amor y cuidado que había recibido durante su infancia. Utilizó gran parte de sus ahorros para mejorar su hogar, asegurando así un ambiente cómodo y seguro para Rosella. Además, asumió todas las tareas del hogar, desde la preparación de comidas hasta el cuidado diario de su madre, invirtiendo gran parte de su propio tiempo y libertad en su progenitora. A pesar de sus esfuerzos constantes por cuidar a Rosella, la salud de esta última continuaba deteriorándose. Trágicamente, un día, Lenore encontró a su madre sin vida. La pérdida de Rosella fue devastadora para Lenore, pero igual de devastador fue su porvenir.

Una posterior autopsia reveló que el cuerpo de Rosella presentaba hematomas, úlceras y huesos rotos, posiblemente por golpes provocados por movimientos bruscos y su falta de tratamiento posterior. La causa oficial de su muerte fue determinada como neumonía y necrosis, resultado de una presunta negligencia en su cuidado. Lenore se encontró de repente en el centro de un caso legal complejo, acusada de negligencia grave hacia su madre. Finalmente, el veredicto fue implacable: Lenore, quien había sufrido la pérdida de su madre a quien quiso cuidar, también perdería su libertad al ser condenada a diez años y seis meses de prisión. Aunque Lenore creía que actuaba únicamente por deberes morales, descubrió en ese momento que también estaba sujeta a deberes legales de cuidado respecto de su progenitora,

³⁹⁶*Estudiante de Abogacía y Traductorado Público en inglés (UBA), coordinadora del proyecto de investigación DECYT 2022-2024 (código DCT2220) dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: amargento@derecho.uba.ar.

³⁹⁷**Estudiante de Abogacía y Traductorado Público en inglés (UBA). Contacto: lmajlufcapilla@derecho.uba.ar.

originados de las **leyes de responsabilidad filial**³⁹⁸.

Desde tiempos inmemoriales y en diversas esferas de la sociedad, como la filosofía, la religión y el derecho, se ha debatido sobre el deber moral de los hijos de cuidar a sus padres en la edad adulta, especialmente en momentos de necesidad. Este deber se suele equiparar a la responsabilidad de los padres de criar a sus hijos, generando una expectativa de reciprocidad en el cuidado a medida que los padres envejecen³⁹⁹. Sin embargo, permanece la interrogante sobre si esta responsabilidad es genuinamente recíproca. Aunque el cuidado de los padres trasciende el ámbito moral y adquiere un carácter legal, se cuestiona si esta obligación puede ser revertida legalmente para recaer sobre los hijos adultos, quienes podrían verse obligados a asumir el cuidado de sus padres en su vejez.

Este dilema no es novedoso en los Estados Unidos, donde la mayoría de los estados han implementado desde hace años las llamadas "leyes de responsabilidad filial", estableciendo un deber especial de cuidado que recae sobre los hijos adultos en relación con sus padres ancianos y necesitados. En este contexto, se esgrimen argumentos como el honor, la gratitud, un contrato implícito, una deuda pendiente e incluso las leyes de reciprocidad, para legitimar esta transformación de una norma moral en una obligación legal. A pesar de la diversidad de justificaciones existentes para dar origen a esta figura, lo cierto es que encuentra su razón de ser en fundamentos meramente económicos y prácticos.

³⁹⁸ Los hechos son una adaptación del caso *State of Ohio v. Flontek* (1998), donde una hija fue inicialmente condenada a 10 años de prisión por homicidio involuntario y 6 meses adicionales por falta de apoyo, luego de que su madre falleciera por neumonía y necrosis, aparentemente debido a la negligencia en su cuidado. Si bien la condena fue revocada en apelación, no se debió a la falta de pruebas sobre la existencia de las leyes de responsabilidad filial. Más bien, la revocación se basó en una discusión y falta de especificación en cuanto al tipo de "apoyo" que se espera de los hijos adultos, un tema que se abordará nuevamente en otra sección de este artículo.

³⁹⁹ De forma casi mayoritaria, se entiende que la razón detrás de estas leyes se basa en el deber recíproco que los padres tienen de cuidar a sus hijos. Ya que los padres brindaron cuidado voluntario a sus hijos menores, es responsabilidad de los hijos devolver ese apoyo a sus padres. (MATTHEW PAKULA, *A Federal Filial Responsibility Statute: A Uniform Tool to Help Combat the Wave of Indigent Elderly*. 2005. 39 fam. L.Q. 859,859).

El origen de las leyes de responsabilidad filial se remonta al Acta de Pobres de Elizabethan de 1601 (*English Poor Laws Acts 1601*), donde se estableció por primera vez la obligación moral de los hijos de cuidar de sus padres. Esta legislación surgió en respuesta a la necesidad de abordar la pobreza existente en la Inglaterra del siglo XVII y de reducir la carga que representaba para la sociedad el cuidado de aquellos en situación de necesidad. Posteriormente, esta ley fue adoptada por las colonias americanas y finalmente por los estados independizados de Estados Unidos, quienes la adaptaron a la realidad americana y la incluyeron en su propia legislación bajo el nombre de *Filial Responsibility Laws*, aunque con regulaciones muy divergentes entre sí. Con la posterior introducción de programas gubernamentales como la Seguridad Social, Medicaid y Medicare, se observó una disminución temporal en la aplicación de estas leyes. Sin embargo, en los últimos años, han experimentado un resurgimiento debido al envejecimiento de la fuerza laboral y al debilitamiento de estos programas, lo que ha llevado a una reevaluación y renovación de las políticas relacionadas con el cuidado de los padres ancianos.

Sigue siendo un tema muy discutido en los Estados Unidos si estas leyes realmente deben ser aplicadas y –en una cuestión que nos genera aún mayor interés– si estas leyes deberían, en todo caso, quedar abarcadas por el ámbito civil o ser figuras con consecuencias a nivel penal, tal como sucede actualmente en algunos estados. Asimismo, se plantea mucho la cuestión de si el deber de cuidar a la tercera edad debería ser exclusivo del Estado, recaer sobre el ámbito privado de los hijos o ambas esferas por igual.

Con el objetivo de ofrecer una visión introductoria sobre las leyes de responsabilidad filial, este artículo abordará su origen histórico y su evolución, considerando su relación con la aparición de programas sociales como Medicare y Medicaid, así como su aplicación actual en los diversos estados. Se examinarán tanto los requisitos comunes aplicados en la mayoría de los estados, como las regulaciones específicas de algunos de ellos, respaldados por un breve análisis jurisprudencial. Además de explorar las críticas hacia estas leyes, se analizarán las repercusiones, tanto civiles como penales, del incumplimiento de las mismas. Por último, se hará mención de ciertas opiniones y propuestas de acción para el futuro de estas leyes mencionadas por autores estadounidenses.

I. Introducción a la figura

Las leyes de responsabilidad filial son, en términos generales, disposiciones que imponen deberes de cuidado por parte de hijos adultos hacia sus padres ancianos y necesitados⁴⁰⁰. Estas leyes pueden encontrarse en códigos civiles, de familia e incluso penales en la gran mayoría de los estados, aunque con regulaciones, consecuencias y mecanismos de aplicación muy divergentes. En la actualidad, en veinticinco estados se requiere que los hijos mayores de edad asuman la responsabilidad del cuidado de sus padres⁴⁰¹. Sin embargo, estas leyes están lejos de ser uniformes respecto del tipo de apoyo requerido, qué parientes están obligados a proporcionarlo, quién puede iniciar la acción y en qué circunstancias uno puede verse eximido de dicho deber. La cantidad de apoyo requerido, las defensas contra estos deberes y las consecuencias legales por quebrantamiento del deber también difieren por jurisdicción.

1. Origen histórico y evolución: el legado del Common Law y el origen de las leyes de responsabilidad filial en Estados Unidos

Estados Unidos, al igual que la mayoría de los países de la Mancomunidad Británica de Naciones, es heredero del sistema legal del *Common Law* del derecho inglés. A diferencia de Inglaterra, es un país federal, lo que implica que su poder está dividido entre el gobierno federal y cada uno de los estados que componen el país. Por ende, cada estado tiene la facultad de crear sus propias legislaciones, siempre y cuando estas no contradigan la ley suprema del país, la Constitución Nacional de los Estados Unidos de América. Los cincuenta estados estadounidenses cuentan con soberanías independientes dotadas de sus propias constituciones estatales y sus propios gobiernos estatales. La Décima Enmienda (*Tenth Amendment*) de la ley suprema de este país establece que todo el poder que no haya sido expresamente otorgado al gobierno federal ni le haya sido negado a los estados se constituye en los llamados “poderes reservados” de los

⁴⁰⁰ Definición tomada de SEYMOUR MOSKOWITZ en su artículo *Adult Children and Indigent Parents: Intergenerational Responsibilities in International Perspective* (2002). P. 421.

⁴⁰¹ Alaska, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Georgia, Indiana, Kentucky, Luisiana, Massachusetts, Misisipi, Nevada, Nuevo Hampshire, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Ohio, Oregon, Pensilvania, Rhode Island, Dakota del Sur, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia y Virginia Occidental. Según datos actualizados al año 2024, obtenidos de la siguiente fuente: <https://worldpopulationreview.com/state-rankings/filial-responsibility-laws-by-state>.

estados. Estos retienen poderes plenarios para promulgar leyes relacionadas con cualquier materia que no se encuentre expresamente supeditada a la competencia federal por la Constitución federal, las leyes federales o los tratados internacionales ratificados por el senado federal. El derecho de casi todos los estados del país comparte la misma base del *Common Law*, con la excepción del estado de Luisiana, que se basa en el Código Napoleónico de Francia, y siempre ha sido influido por él.

Existieron cuatro vías por las cuales Estados Unidos adoptó el derecho de Inglaterra. La primera consistió en que todos los estados de Estados Unidos, exceptuando a Luisiana por el motivo anteriormente mencionado, formularon “leyes de recepción” del derecho inglés, estableciendo que, básicamente, el derecho consuetudinario (*Common Law*) de Inglaterra sería la ley del Estado, siempre y cuando esta no fuese contraria a las leyes locales del estado en cuestión. La segunda vía de adopción del derecho inglés tuvo lugar ya que algunas leyes británicas que estaban en vigor durante la época de la revolución fueron promulgadas de una forma casi idéntica en los estados estadounidenses. Es así como el derecho estadounidense de alguna manera fue “inspirado” en el derecho inglés, generando, en principio, legislación altamente similar entre ambos países. Entonces, es posible establecer que el derecho de Estados Unidos se deriva de cuatro fuentes, las cuales son el *Common Law*, la Constitución, las leyes y los reglamentos.

El *Common Law* puede ser definida como un sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda que se basa, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales. Se trata de un sistema legal según el cual los jueces se ven obligados a aplicar decisiones precedentes tomadas por tribunales de mayor jerarquía a los casos que deben resolver. Gradualmente, las similitudes con el derecho inglés fueron desapareciendo, a medida que las cortes estadounidenses desarrollaban sus propios principios de resolución de conflictos legales, creando sus propios precedentes y redactando su propia legislación codificada. Es decir que el *Common Law* inicial, importada de Inglaterra, se vio modificada ya que los tribunales y las legislaciones de cada estado evolucionaron independientemente, y es así como las leyes comenzaron a variar también de estado a estado.

Las leyes de responsabilidad filial solo se encuentran reguladas en veinticinco de los cincuenta estados de Estados Unidos y deben su origen al “Acta de Pobres de Elizabethan de

1601" (*English Poor Laws Act of 1601*)⁴⁰² de Inglaterra, por medio del cual se obligaba a las parroquias a imponer una "tasa para pobres" para ayudar financieramente a las personas que no podían trabajar. Se trataba entonces de la creación de impuestos obligatorios para financiar el apoyo de los "pobres". Este sistema, citado como el primer esfuerzo en la cultura occidental para codificar la obligación moral de los hijos de cuidado de sus padres, nació en Inglaterra y fue importado a América, siendo adoptado por las colonias estadounidenses y, más tarde, por los estados individuales. Sin embargo, hasta ahora, las leyes de responsabilidad filial siguen siendo reguladas a nivel estatal, y no existe ninguna ley federal vigente al respecto.

Hubo un tiempo en que cuarenta y cinco estados de Estados Unidos tenían leyes que obligaban a un hijo adulto a cuidar de sus padres. Muchos de ellos derogaron sus leyes de apoyo filial después de que Medicaid asumió un papel más importante en la prestación de ayuda a los pacientes de edad avanzada sin recursos. En oposición a esto, otros estados decidieron conservar la vigencia de las leyes de responsabilidad filial en sus respectivos códigos y mantener la obligación de los hijos adultos de prestar cuidado a sus padres ancianos.

2. Medicaid y Medicare: el impacto de los programas de salud estatales en las leyes de responsabilidad filial

Medicaid y Medicare son programas gubernamentales de seguro de salud que existen en Estados Unidos que, pese a tener un objetivo común, presentan diferencias significativas. Mientras que Medicaid proporciona cobertura médica a personas con ingresos limitados, Medicare es un programa de salud que brinda apoyo a los adultos mayores o a personas con discapacidad siempre y cuando hayan recibido beneficios del Seguro por Incapacidad del Seguro Social (SSDI) por al menos 24 meses. También a aquellas personas con la enfermedad de Lou Gehrig o con insuficiencia renal permanente. Medicare no impone como requisito la posesión de un nivel bajo de ingresos, simplemente exige que la persona que busca cubrir sus necesidades médicas posea más de sesenta y cinco años o que sea menor de esa edad, pero que presente

⁴⁰² Referido a las obligaciones filiales, esta ley establecía que los padres y abuelos debían sostener a sus hijos y nietos. Por lo tanto, todas las personas pobres, ancianas, ciegas o cojas "debían ser mantenidas por su descendencia", que les debía "honor y respeto", independientemente del mal comportamiento de los padres u otros factores [*Elizabethan Poor Relief Act, 43 Eliz., c.2 (Eng.)*].

alguna discapacidad que justifique la necesidad de atención médica. Medicaid, por otro lado, no exige que la persona que desea recibir atención médica tenga determinada edad, sino que simplemente requiere que sus ingresos se encuentren por debajo de ciertos niveles para ser calificado como apto para recibir el beneficio. Los requisitos para recibir Medicaid varían según el estado, pero generalmente se basan en los ingresos del hogar, la edad, la discapacidad, el tamaño de la familia y, a veces, los activos que posee la persona. Cada estado crea y administra sus propios programas de Medicaid y determina los beneficios que se otorgarán. Es importante destacar que algunas personas son elegibles para ambos programas, lo que se conoce como “doble elegibilidad” y significa que la mayoría de los costos de atención médica del beneficiario se encontrarán cubiertos por ser titular tanto de Medicare como de una cobertura completa de Medicaid.

Los programas gubernamentales de Medicare y Medicaid han desempeñado un papel crucial en Estados Unidos, lo que ha llevado a algunos estados a derogar sus leyes de responsabilidad filial. Esta acción se originó en la creencia inicial de que estos programas de asistencia médica gubernamental eran suficientes para cubrir los gastos médicos de las personas mayores. Sin embargo, los datos actuales reflejan resultados y una dinámica social completamente diferente: el grupo de edad avanzada está creciendo a medida que aumenta la expectativa de vida promedio, mientras que la tasa de natalidad está en declive; esto ha provocado una disminución en la población activa y, como resultado, se reducen los fondos públicos disponibles para soportar estos programas. La escasez de fondos estatales deja desprotegido a este grupo social, lo que ha llevado a una revisión de las antiguas leyes de responsabilidad filial que habían sido descartadas anteriormente.

3. Las bases morales de las leyes de responsabilidad filial

La reducción en la aplicación de las leyes de responsabilidad filial en varios estados se atribuye, en parte, a críticas cada vez más frecuentes que señalan su fundamentación exclusiva en consideraciones morales. Estas leyes, arraigadas en antiguas normas éticas y morales, ya sean de índole religiosa o secular, han sido objeto de numerosos intentos de teorización por parte de varios autores en los últimos años. No obstante, hasta el día de hoy persiste la opinión de que

ninguna de estas teorías logra ofrecer una explicación suficientemente sólida y objetiva sobre los fundamentos de las leyes de responsabilidad filial.

Una de las primeras teorías que surgió fue la denominada Teoría de la Amistad (*Friendship Theory*)⁴⁰³, la cual sostiene que los hijos tienen obligaciones hacia sus padres en la medida en que comparten una relación de amistad con ellos. Según esta teoría, al igual que con cualquier buen amigo, corresponde un deber de cuidado mutuo. Esta teoría no tardó mucho en revelar sus debilidades. Destaca principalmente el hecho de que la relación filial es incomparable a una relación de amistad, dado que mientras que las amistades son transitorias, las relaciones filiales perduran en el tiempo. Además, las amistades suelen basarse en un equilibrio de poder relativamente igual, a diferencia de lo que sucede con las relaciones entre padres e hijos⁴⁰⁴. El mayor inconveniente de esta teoría radica en que las amistades pueden disolverse en cualquier momento y, por lo tanto, no podría esperarse que se mantenga un cuidado especial mutuo entre ambas partes. Si esta lógica se aplicara a las relaciones filiales, implicaría que, si los padres o hijos deciden romper el vínculo filial, entonces dejarían de existir obligaciones entre ellos⁴⁰⁵. Así como una amistad puede renunciarse, se debería también poder renunciar a la filiación. Sin embargo, la realidad dista mucho de esta conclusión, lo que hace que este intento de analogía resulte absurdo.

Otra teoría planteada es la Teoría de la Gratitud (*Gratitude Theory*)⁴⁰⁶, que entiende que a lo largo de la infancia recibimos beneficios (voluntarios, intencionales, libres y sin motivos

⁴⁰³ Se le atribuye el origen de esta teoría a JANE ENGLISH en su artículo: *What Do Grown Children Owe Their Parents?* (English 1999). En un extracto explica que "los deberes de los hijos adultos son similares a los de los amigos y surgen del amor mutuo entre ellos y sus padres, en lugar de ser obligaciones debidas en retribución por los sacrificios pasados de los padres". Toma así una posición contraria a otras teorías que prefieren hablar de *deudas* de los hijos y entiende que las relaciones filiales (al igual que las amistades) se definen por la mutualidad y no por la reciprocidad: no hay favores que devolver, simplemente hay actos de beneficencia que nacen naturalmente y sin motivo ulterior más que generar un bien a la otra parte sin que ésta lo haya pedido o aceptado explícitamente. Véase también en una posición similar NICHOLAS DIXON, *The Friendship Model of Filial Obligations* (1995).

⁴⁰⁴ CAMERON FENTON, *A Complete Special Goods Theory of Filial Obligations*, p.8.

⁴⁰⁵ Nicholas Dixon intenta buscar una solución a esta crítica y empieza a hablar de la existencia de "deberes residuales de la amistad", para explicar la permanencia de ciertas obligaciones mutuas, aunque ya no exista relación. NICHOLAS DIXON, *The Friendship Model of Filial Obligations*, (1995).

⁴⁰⁶ Entre otros autores que tratan el tema: TERRANCE MCCONNELL (*Gratitude*, 1993), BRYNN F. WELCH (*A Theory of Filial Obligations*, 2012)

degradantes o maliciosos) y sacrificios por parte de nuestros padres, lo que debería generar un sentido de gratitud hacia ellos y, en consecuencia, dar origen a los denominados “deberes de gratitud”. Según esta perspectiva, las disposiciones de las leyes de responsabilidad filial no serían más que una forma de devolver aquellos “favores” alguna vez recibidos a modo de expresión de verdadera gratitud hacia nuestros padres⁴⁰⁷. Aunque es una de las teorías más desarrollada por los autores estadounidenses y cuenta con diferentes vertientes, la versión más moderada establece que los hijos deben gratitud a sus padres por los sacrificios realizados durante su crianza en cumplimiento de los deberes parentales básicos, como proporcionar comida, refugio y atención básica. Muchos otros autores prefieren hablar más bien de deberes de gratitud originados recién por acciones parentales supererogatorias, es decir, por acciones que van más allá de sus deberes básicos de responsabilidad parental. Según esta lógica, “los hijos no deben gratitud a los padres que no cumplen con los deberes mínimos de la paternidad”⁴⁰⁸, lo que podría eximir a los hijos adultos de sus deberes filiales. Sin embargo, como veremos más adelante, sólo unos pocos estados aplican esta lógica a sus normas para eximir a los hijos adultos de sus deberes de responsabilidad filial. La principal debilidad de esta teoría radica en su incapacidad para explicar cómo se deberían medir esos deberes de gratitud ni cómo deberían expresarse y extenderse. Si uno fuera a pensar que se debe devolver exactamente lo mismo que se recibió, entonces nos estaríamos confundiendo con lo dispuesto por las teorías de la deuda. Los deberes de gratitud de los hijos no pueden limitarse a una sola acción de gratitud, ya que los beneficios obtenidos de sus padres se consideran inconmensurables y continuos en el tiempo.

La Teoría de los Bienes Especiales (*Special Goods Theory*)⁴⁰⁹ intenta fundamentar estos deberes especiales al explicar que la relación particular que surge entre los padres e hijos genera ciertos bienes que sólo pueden ser otorgados y recibidos por ellos mismos, a los que se refiere como “bienes especiales”⁴¹⁰. Hace uso de una versión kantiana del deber de beneficencia para

⁴⁰⁷ SIMON KELLER, *Four Theories of Filial Duty* (2006).

⁴⁰⁸ CAMERON FENTON, *A Complete Special Goods Theory of Filial Obligations*, p. 47

⁴⁰⁹ Se atribuye el origen de esta teoría a SIMON KELLER en *Four Theories of Filial Duty* (2006).

⁴¹⁰ Según Cameron Fenton (y citando a Simon Keller), “los bienes especiales son aquellos bienes que sólo pueden ser obtenidos por un hijo de un padre o por un padre de un hijo”. Keller menciona como ejemplo al “bien de tener a tu hijo, aquel al que criaste, amaste y por el que te preocupaste, haciendo un esfuerzo para mantenerse en contacto” (KELLER, 266). ¿Y en qué se diferencia de cualquier otro bien? Es simple: no

explicar estas obligaciones filiales, y establece que los hijos tienen la obligación de proporcionar a sus padres los bienes especiales que solo se pueden obtener a través de la relación que comparten⁴¹¹. Por esta razón, los partidarios de esta teoría rechazan comparaciones con deberes derivados de la amistad o la gratitud. Uno de sus principales problemas es que no logra identificar bien los rasgos que distinguen a un bien como especial y no genérico. Además, se cuestiona sobre qué ocurre en aquellos casos en los que la relación deja de producir bienes especiales mutuos, por ejemplo, si el padre cae gravemente enfermo y termina exigiendo más sacrificios a su hijo adulto para cuidarlo. Al ser una teoría que se basa en la relación mutua presente y no en el pasado (de lo contrario, estaríamos hablando de una teoría retributiva), una vez que desaparece dicha mutualidad, también deberían extinguirse los deberes. Sin embargo, esto podría llevar a una conclusión adversa, ya que un padre gravemente enfermo probablemente necesitaría más apoyo filial que uno que aún puede generar beneficios para sus hijos⁴¹².

Existen otras teorías que intentan justificar este deber moral, aunque no son ampliamente aceptadas. Por ejemplo, una de las primeras en surgir fue la Teoría de la Deuda (*Debt Theory of Filial Obligations*)⁴¹³, que afirmaba que los hijos tenían deudas con sus padres que habían surgido por los apoyos recibidos durante su infancia. A diferencia de la teoría de la gratitud, esta teoría argumenta que estas deudas son transaccionales y deben devolverse de igual manera, lo cual no

es que los padres del hijo deseen estar en contacto con alguien y el hijo simplemente llene ese rol, sino que los padres desean estar en contacto con su hijo, y nadie más puede ocupar ese rol. En otras palabras, “tenemos obligaciones para con nuestros padres debido a la relación recíproca que compartimos, que es diferente de otras relaciones cercanas y es capaz de producir bienes que no están disponibles en otros lugares”. Por otro lado, a lo largo de su artículo aclara varias veces que no debe verse comprometida la capacidad del hijo adulto de vivir una buena vida. Es decir, esta teoría pone un límite al alcance de los deberes filiales del hijo adulto en función de su propia capacidad e intereses.

⁴¹¹ CAMERON FENTON, *A Complete Special Goods Theory of Filial Obligations* (2017), pp. 12 y 15.

⁴¹² Aunque mencionamos que la conclusión a la que llegaríamos en estos casos resulta absurda teniendo en cuenta la naturaleza de las leyes de responsabilidad filial de funcionar como soporte, la realidad es que existen autores que entienden que es el razonamiento más correcto. Como sostiene Claudia Mills en su artículo *Duties to Aging Parents* (2003, p. 24), si una relación no es posible (por ejemplo, porque el padre está en un grave estado de demencia), entonces cualquier obligación que se base en esa relación no tiene fundamento. Dado que la teoría de los bienes especiales basa las obligaciones en los bienes producidos por una relación entre padres e hijos, si esa relación se vuelve imposible de mantener, entonces las obligaciones también desaparecen.

⁴¹³ Fuertemente defendida por JACK HANAFIN en *Defending the Debt Theory of Filial Duty*.

tardó en generar opiniones contrarias y ser catalogada como insuficiente. Por otro lado, aunque no resulta ser una de las teorías más seguidas, la que suele estar más estrechamente vinculada con las disposiciones de los estatutos estadounidenses es la Teoría de la Reciprocidad (*Reciprocity Theory*). Esta teoría plantea que los hijos tienen la responsabilidad de cuidar y proporcionar recursos a sus padres ancianos como muestra de agradecimiento por todo lo que sus padres les brindaron en el pasado. Según esta perspectiva, dado que los padres crean las condiciones para el desarrollo de los hijos y les permiten utilizar sus capacidades, ellos deberían devolver este cuidado por gratitud en lugar de considerarlo una deuda calculada⁴¹⁴.

Cada padre está obligado a mantener a sus hijos cuando estos son pobres y no pueden trabajar para mantenerse a sí mismos. Cada hijo está obligado a mantener a sus padres en circunstancias similares.

Traducción adaptada. Fuente original:

*Alaska Statute. Title 25. Marital and Domestic Relations. Chapter 20. Parent and Child
Sec. 25.20.030. Duty of parent and child to maintain each other*

En base a lo expuesto, algunos autores argumentan que un fundamento moral no debería ser suficientemente relevante como para imponer una consecuencia penal a una persona por incumplimiento de este deber, ya que se basa meramente en una obligación ética de cuidar de los progenitores. Otros autores continúan sosteniendo que el deber moral por sí solo no debería ser motivo para sanciones legales, y que estas leyes quizás solo se justifiquen por razones prácticas y contextuales. Cameron Fenton sugiere que el no proporcionar bienes especiales a los padres no merece castigo penal, lo que significa que probablemente no deberíamos convertir las obligaciones filiales morales en obligaciones legales. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que haya razones no morales para mantener estas leyes de obligación filial. Por ejemplo, puede haber razones prácticas para que los hijos estén legalmente obligados a cuidar de sus padres basadas en la incapacidad del estado para proporcionar suficiente cuidado para todas las

⁴¹⁴ (Van den Hoven, 2006; Wicclair, 1990).

personas mayores⁴¹⁵. En contraposición, Wendy Bernt argumenta que “el proceso legal es necesario cuando las presiones morales y sociales son insuficientes para hacer cumplir la responsabilidad filial”⁴¹⁶, y justifica así su existencia incluso cuando se basa en razones morales.

4. Desafíos y controversias actuales

Coincidiendo con numerosos autores, las leyes de responsabilidad filial tienen sus raíces y justificación práctica en la incapacidad del Estado para proporcionar una protección integral a la generación mayor de la sociedad. Lo que en algún momento se consideró una carga exclusiva del Estado ahora se comparte con el sector privado, particularmente con los hijos adultos. Estos deberes, entonces, surgieron como una forma de aliviar a las autoridades estatales y locales de la carga de apoyar con fondos públicos a aquellos ancianos pobres cuyos familiares podrían brindarles apoyo privado. Aunque esta redistribución de responsabilidades puede tener un fin loable y prevenir el colapso del sistema, en la actualidad estas leyes plantean una serie de problemas que preocupan a varios autores y generan interrogantes sobre su conformidad con los principios constitucionales. Entre las críticas más comunes se encuentran las dificultades administrativas asociadas con su aplicación, así como las preocupaciones sobre cómo estas leyes podrían reforzar los desequilibrios de género, económicos y raciales, además de su aparente contradicción con la cultura estadounidense de autonomía. Estos puntos críticos son los que a menudo actúan como obstáculos para su aplicación.

Una de las preocupaciones más destacadas se refiere a un tema que ha ganado creciente relevancia y actualidad en los últimos años: la discriminación generada por los estereotipos de género. Las leyes de responsabilidad filial se insertan en esta discusión y son frecuentemente señaladas como discriminatorias, ya que los deberes que implican suelen recaer con más frecuencia en las hijas, quienes enfrentan las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones. Un informe realizado en el 2020 demostró que “tres de cada cinco cuidadores familiares (*family caregivers*⁴¹⁷) son mujeres (61 por ciento) y dos de cada cinco son hombres (39

⁴¹⁵ CAMERON FENTON, *A Complete Special Goods Theory of Filial Obligations*, p. 187.

⁴¹⁶ WENDY BERNT, *Lines of Dependence: The Rebirth of Parental Support Legislation in Canada* (1996), p. 56.

⁴¹⁷ Suele definirse como "cuidador familiar" a un miembro de la familia, amigo o vecino que proporciona cuidado físico y/o emocional no remunerado a alguien con una condición crónica o discapacidad. Un

por ciento). Muchas de estas mujeres (aproximadamente el 37 por ciento) forman parte de la *generación sándwich*, ya que proporcionan cuidados tanto a padres ancianos como a hijos que aún viven en casa⁴¹⁸.

También surgen profundas inquietudes en el ámbito constitucional al evaluar las leyes de responsabilidad filial y una posible afectación al principio de igualdad ante la ley. La carga desproporcionada que enfrentan los hijos adultos con padres necesitados contrasta notablemente con las responsabilidades del ciudadano promedio, generando dudas sobre la equidad de estas disposiciones legales⁴¹⁹, especialmente si tenemos en cuenta que no encuentran un fundamento objetivo completamente claro. Además, estas leyes otorgan un derecho exclusivo a los ancianos con hijos, excluyendo a una parte importante de la población mayor que no contaría con este beneficio extra⁴²⁰. Dentro del núcleo familiar, la falta de garantías en algunos estados para exigir una contribución equitativa de todos los hermanos conduce a una carga

cuidador familiar ayuda con actividades de la vida diaria como ir de compras, bañarse, vestirse y tareas médicas. (*Caregiving in the U.S, 2020 Report de National Alliance for Caregiving y AARP Family Caregiving*).

⁴¹⁸ *The Female Face of Family Caregiving, National Partnership for Women & Families, Fact Sheet* (2018).

⁴¹⁹ Fueron varios los casos en los que se presentó este cuestionamiento respecto de la posible vulneración del principio de igualdad, pero en todos los casos observados los tribunales defendieron uniformemente la aplicación de estas leyes frente a ataques constitucional. En el caso *Swoap v. Superior Court* (1973), por ejemplo, la Corte Suprema de California defendió su aplicación explicando que: "Parece bastante evidente que la selección de los hijos adultos es lógica, considerando que los padres, que ahora necesitan ayuda, apoyaron y cuidaron a sus hijos durante su minoría de edad, y que ahora esos hijos deberían devolver el favor y apoyar a sus padres en la medida de lo posible. Dado que estos hijos recibieron beneficios especiales del grupo de "padres necesitados", tiene todo el sentido que los hijos asuman una responsabilidad especial con respecto a ellos". [516 P.2d 840 (Cal. 1973)] El problema de esta postura de la Corte es que presume que dicha dedicación de los padres existió e ignora la posibilidad de casos de falta de apoyo a sus hijos menores de edad, abandono e incluso situaciones de abuso. La mayoría de las leyes en Estados Unidos toman la postura correspondiente a la "Teoría de la Reciprocidad", por lo que estas conclusiones suelen ser frecuentes: "ninguna otra persona ha recibido un beneficio mayor de un padre que el hijo de ese padre, y lógicamente sigue que el hijo adulto debe soportar la carga de devolver ese beneficio en caso de que un padre necesite apoyo en sus últimos años", (*American Healthcare Ctr. v. Randall*, 513 N. W. 2d 566. Y S.D. 1994).

⁴²⁰ Argumentando desde un marco de justicia, se considera que sería injusto que algunos tuvieran que asumir grandes tareas de cuidado, privándolos de muchas otras oportunidades en la vida; y también sería injusto que solo aquellos con hijos adultos dispuestos y capaces de cuidarlos recibieran el cuidado que necesitan (MARIA C. STUIFBERGEN y JOHANNES J. M. VAN DELDEN, *Filial Obligations to Elderly Parents: A Duty to Care?*, 2011, citando a Daniels y JEcker).

abrumadora para un único hijo adulto, generando también una situación de desigualdad. Entonces, vinculado a lo desarrollado en el párrafo anterior, esta situación también crea un gran desequilibrio para los que se ven obligados a prestar el apoyo, poniendo toda la carga de otorgar cuidado sobre una única persona.

II. Regulación Actual

1. Elementos constitutivos comunes de los deberes filiales

La figura de la “*filial responsibility*” en el ámbito estadounidense impone que se reúnan ciertos requisitos para poder considerarla como aplicable. El requisito principal consiste en que el padre o la madre ancianos se encuentre en una **situación de necesidad** que, descrita en términos generales, se entiende como la situación en la cual los recursos que este posee no le son suficientes para afrontar las necesidades básicas que se le presentan en su día a día, por lo que la persona de edad avanzada se ve imposibilitada de mantenerse por sí misma. Aunque no esté explícitamente previsto en los estatutos de cada Estado, existe mayor acuerdo en condicionar estos deberes a la **capacidad** del hijo adulto de poder otorgar los cuidados exigidos, por lo que también podría considerarse como un elemento constitutivo y condicionante de esta figura legal. Por último, existen menos dudas respecto al requisito de que los **deberes recaen sobre hijos mayores de edad**, aunque mencionaremos más adelante casos en los que se extiende la responsabilidad a otros familiares y otro supuesto en el que se establece explícitamente el momento en que estas leyes empiezan a regir sobre los hijos.

Será deber solidario de todas las personas **mayores de dieciocho años**, que cuenten con **capacidad de ganancia o ingresos suficientes**, después de haber provisto razonablemente para su propia familia inmediata, contribuir en el sustento y cuidado de su madre o padre en caso de que se encuentren en **circunstancias de necesidad**.

Traducción adaptada. Fuente original:

Code of Virginia - Title 20. Domestic Relations
Chapter 5. Desertion and Non-support. 20-88 Support of parents by children

El primer elemento que da origen a las obligaciones de responsabilidad filial es la condición de necesidad del padre, comúnmente referida como *indigencia* del padre o madre, aunque como veremos más adelante, este término no necesariamente se refiere a la definición más extrema de desamparo. El término utilizado resulta abstracto en la mayoría de los estados⁴²¹, ya que no ofrecen una definición concreta de qué significa ser un "padre indigente" (o en otros casos también referido como "padre necesitado o pobre" o "padre en circunstancias de necesidad"). Sin embargo, la mayoría de los tribunales interpretan este término de manera cada vez más amplia, sin referirse específicamente a alguien completamente desprovisto y desamparado, sino simplemente a alguien con ingresos limitados que no son adecuados para mantenerse y cuidarse por sí mismos⁴²². Un ejemplo de este enfoque se encuentra en el caso "Pavlick v. Teresinski (1959)"⁴²³, donde una madre solicitó apoyo de sus dos hijos a pesar de tener una casa y muebles. Interpretando la ley estatal de responsabilidad filial, la corte determinó que debido a que la madre se convertiría en una carga pública si no recibía la cantidad que estaba solicitando de sus hijos, calificaba como una persona pobre dentro de la ley. La ambigüedad y la amplia interpretación de este término son motivos de críticas, ya que su alcance queda finalmente a discreción del tribunal específico ante el cual se presenta el caso.

Como segundo requisito esencial encontramos la capacidad del hijo adulto de proveer el apoyo, que se refiere más a una **capacidad financiera** que física o material. Es requisito y consecuentemente causa de eximente la capacidad del hijo adulto de proveer dicho apoyo⁴²⁴ que,

⁴²¹ El Estado de Nevada podría ser considerado una excepción, ya que establece criterios específicos para determinar si un padre es indigente. Estos criterios incluyen la falta de seguro médico, la no elegibilidad para programas estatales en su beneficio y una fuente de ingresos muy baja (NV Rev Stat § 428.070). Caso similar ocurre con el estado de Iowa (IA Code § 252.1 - "Poor person" defined) y Dakota del Sur (S.D. Codified Laws § 28-13-1.1. "Indigent or poor person" defined - Eligibility standards).

⁴²² KARA WENZL, *Losing Loved Ones and Your Livelihood: Re-evaluating Filial Responsibility Laws* (2017), pp. 393-393.

⁴²³ *In re Pavlick*, 54 N.J. Super. 478, 149 A.2d 300 (N.J. Super. 1959)

⁴²⁴ En el caso *Gierkont v. Gierkon*, un tribunal dictaminó que los hijos del padre indigente en cuestión, Joseph Gierkont, Jr. y Helen Tintle, debían contribuir semanalmente con \$9.10 y \$7.30 respectivamente hacia el mantenimiento de su padre. La cuestión principal del caso giraba en torno a si los hijos tenían la capacidad financiera suficiente para cumplir con esta obligación. En cuanto a Helen Tintle, el tribunal consideró su situación financiera, incluyendo su matrimonio y su dependencia económica de su esposo, y concluyó que no contaba con dicha capacidad para mantener a su padre, por lo que se revocó la orden

dependiendo de la regulación propia de cada estado, alcanzará cuestiones estrictamente financieras o incluirá también otros tipos de sustentos. Otra vez nos encontramos con un elemento que requiere totalmente de la discrecionalidad de los propios tribunales, que deberán analizar la situación personal del hijo adulto, sus activos presentes, sus otras responsabilidades y también las posibles afectaciones que podrían generarse en su propia situación financiera si se impusiera el deber de cuidar de su padre necesitado. Los tribunales han sostenido específicamente que cuando los hijos adultos sólo pueden permitirse el lujo de mantener a su cónyuge e hijos, estos últimos son sus principales responsabilidades⁴²⁵. Es decir, que los tribunales reconocen que los deberes derivados de la responsabilidad filial, aunque importantes, siguen teniendo menor peso que aquellos derivados de la responsabilidad parental y conyugal. Se entiende también que, en el caso de que se determine la incapacidad de proveer apoyo por parte del hijo, el sujeto se vería eximido de dichos deberes. Sin embargo, la solución que frecuentemente toman los tribunales es reducir las cargas en lugar de eliminarlas, a modo de lograr el objetivo principal de estas leyes, que es otorgar una protección a los padres empobrecidos.

Otro aspecto común a todas las disposiciones de las leyes de responsabilidad filial dispersas por el país anglosajón es la identificación de los titulares de estos deberes. Mayormente, se determina que son los hijos de los padres empobrecidos quienes asumen estas responsabilidades una vez que alcanzan la mayoría de edad. Algunos estados especifican la edad que define la mayoría de edad, mientras que otros simplemente hacen referencia a este término sin detallar un número específico⁴²⁶. Aunque la definición general de estas leyes sugiere que los deberes son exclusivos de los hijos adultos, en algunos estados también puede extenderse a otros

contra ella. Respecto del hijo se intentó analizar un posible caso de abandono durante su minoría, pero no fue suficiente para el tribunal para eximirse de su deber, por lo que simplemente se redujo el monto a contribuir.

⁴²⁵ Commonwealth ex rel Goldman v. Goldman. Com. ex rel. Goldman v. Goldman, 180 Pa. Super. 337, 119 A.2d 631 (Pa. Super. Ct. 1956) (En este caso, Audrey Moskowitz apela dos órdenes judiciales que la obligan a contribuir al apoyo de su padre, dictaminando que no tiene "suficiente capacidad financiera" para cumplir con la orden. El tribunal consideró que su deber principal era mantener a su cónyuge e hijos, priorizando estas responsabilidades sobre los deberes derivados de la responsabilidad filial).

⁴²⁶ Como sucede, por ejemplo, con Carolina del Norte (Chapter 14 Criminal Law. §14-326.1. Parents; failure to support) y con Dakota del Sur (S. D. Codified Laws § 25-7-27).

miembros de la familia, como otros ascendientes, hermanos o parejas⁴²⁷. Relacionado con este elemento condicionante de la figura del deber filial, persiste una incógnita aún sin respuesta sobre la extensión temporal de estas obligaciones. Si nos basamos en el principio de una reciprocidad estricta, sería más equitativo argumentar que estas obligaciones perduran en proporción al apoyo recibido por los hijos de parte de sus padres. Similar a la responsabilidad parental, que normalmente concluye cuando el hijo alcanza la mayoría de edad o se emancipa, la responsabilidad filial sobre los hijos adultos debería tener un término definido. Sin embargo, hasta la fecha, ningún estado, a excepción de Connecticut⁴²⁸, ha establecido este límite en sus leyes de responsabilidad filial. Con el aumento de la esperanza de vida, es probable que los hijos adultos se vean obligados a asumir estos deberes durante más tiempo que sus progenitores, lo cual actualmente es una de las críticas que se manifiesta en contra de la idea de reciprocidad.

Una vez definidos los elementos constitutivos más comunes de esta figura legal, es crucial adentrarnos en el contenido que esta implica, lo que nos lleva a sumergirnos en otra gran discusión terminológica relacionada con las leyes de responsabilidad filial: el tipo de apoyo exigido al hijo adulto hacia sus padres ancianos, el cual varía de forma esencial dependiendo la regulación específica de cada estado. En algunos estados, como es el caso de Ohio, el “apoyo” que le es exigido a los hijos adultos para con sus padres necesitados es **exclusivamente económico**. En este estado, las cortes no se ven obligadas a dividir la responsabilidad entre los hijos del padre anciano, sino que se limita la responsabilidad de cubrir económicamente las necesidades del padre al hijo que se considera que posee una mayor capacidad para afrontar los gastos, como ocurre en el caso de las leyes filiales en Ohio.

⁴²⁷ Esta extensión de responsabilidades familiares se observa en estados como Alaska, Arkansas, Iowa, Luisiana y Utah.

⁴²⁸ CT Gen Stat § 53-304. El Estatuto General de Connecticut, sección 53-304 (2022), especifica que la obligación de los hijos de proporcionar apoyo se aplica a los padres menores de 65 años, lo que indica que en este estado se establece un límite temporal para los deberes filiales. Según la normativa citada: "Cualquier persona que descuide o se niegue a proporcionar apoyo razonablemente necesario a su cónyuge, hijo menor de dieciocho años o padre menor de sesenta y cinco años será considerada culpable de incumplimiento de manutención y podrá ser encarcelada por un máximo de un año, a menos que la persona demuestre ante el tribunal que, debido a incapacidad física u otra causa justificada, no puede proporcionar dicho apoyo".

Ninguna persona podrá abandonar o dejar de proporcionar un apoyo adecuado a: ...
(3) El padre o la madre envejecidos o incapacitados de la persona, que debido a la falta de capacidad y medios no puedan proporcionar adecuadamente su propio sustento...

Traducción adaptada. Fuente original:

Ohio Rev. Code § 2919.21

Section 2919.21 - Non-support or contributing to non-support of dependents

Un claro ejemplo del uso de esta figura en el estado de Ohio se ve reflejado en el caso “State of Ohio v. Flontek (1998)”, donde la Corte Suprema de Ohio clarificó el alcance del deber de brindar apoyo conforme a su ley criminal de responsabilidad filial. En este caso, una mujer anciana vivía en su hogar con su hija adulta antes de fallecer a causa de neumonía y negligencia grave en su cuidado. Previo al fallecimiento de su madre, la hija realizó mejoras significativas en el hogar, pagó los gastos de servicios públicos y alimentación, llevó a cabo las labores domésticas y preparó las comidas. Sin embargo, al momento del deceso de la madre, esta presentaba graves problemas de salud, tales como moretones y úlceras en todo el cuerpo, tejido gangrenoso, cataratas y huesos rotos. El estado de Ohio acusó a la hija de homicidio involuntario y falta de apoyo a un dependiente, lo cual equivale a la versión de Ohio de la ley de responsabilidad filial. La hija fue declarada culpable por falta de apoyo involuntario a un dependiente y el caso fue apelado ante la Corte Suprema de Ohio para determinar si la ley exigía más que un **apoyo financiero**.

La ley de apoyo de Ohio, como se mencionó anteriormente, establece que “[n]inguna persona deberá abandonar o dejar de proporcionar apoyo adecuado a... su padre o madre adoptivo anciano o enfermo, que por falta de capacidad y medios no puede proporcionar adecuadamente su propio sustento”. En el caso en cuestión, la hija argumentó que cumplía con este requisito al utilizar sus propios recursos y activos para brindarle a su madre un hogar cómodo, alimentos y vestimenta. Sin embargo, el estado sostenía que el apoyo referido en la norma incluía cuestiones tanto financieras como no financieras, como ser el llevar a su madre a que sea atendida en un centro médico. De todas formas, la corte determinó que **la ley criminal solo pretendía abarcar un tipo de apoyo financiero**. Razonó que una interpretación amplia de la ley podría resultar en continuas acusaciones injustificadas contra hijos adultos que tienen padres ancianos que podrían necesitar atención médica o cuidado, pero se han negado de forma

voluntaria a buscar tratamiento. Siguiendo esta interpretación, el deber de los hijos adultos de brindar apoyo no financiero a sus padres es una obligación moral, no legal, según esta ley criminal en particular. Este caso clarificó, al menos para este estado, el alcance de la obligación legal que tienen los hijos adultos de cuidar a sus padres ancianos bajo leyes de apoyo filial que solo requieren apoyo financiero⁴²⁹.

Cualquier individuo: (1) cuyo padre o madre le haya proporcionado la alimentación necesaria, alojamiento, vestimenta, atención médica y educación hasta haber alcanzado los dieciséis años (16) años de edad; y (2) que tenga la capacidad financiera debido a su propia propiedad, ingresos o ganancias; deberá contribuir al sustento de sus padres si alguno de ellos no tiene la capacidad financiera para proveer su propia alimentación, vestimenta, alojamiento y atención médica necesarios. El individuo también deberá brindar apoyo financiero para el entierro del padre si este se provee según el IC 12-20-16-12.

Traducción adaptada. Fuente original

Indiana Code § 31-16-17-1 (2017)

IC 31-16-17-1 - Duty to furnish support for parents

El contenido del deber filial sigue siendo motivo de debate en la jurisprudencia y doctrina estadounidense, especialmente en aquellos estados con redacciones ambiguas o demasiado

⁴²⁹ Otros casos similares incluyen el caso *Savoy v. Savoy* en 1994, donde un tribunal de Pennsylvania ordenó a un hijo adulto pagar las deudas de su madre bajo la ley de responsabilidad filial, argumentando que la madre estaba "indigente" ya que sus gastos mensuales superaban sus ingresos. En el caso *Presbyterian Medical Center v. Budd*, un tribunal determinó que una hija era responsable de los costos del hogar de ancianos por la atención de su madre fallecida, también indigente. En un caso más reciente, en *Health Care & Retirement Corp. of America v. Pittas* de 2012, un tribunal determinó que un hijo adulto debía abonar \$92,943.41 por la atención brindada a su madre, Maryann, en un hogar de ancianos. Maryann ingresó a este centro privado luego de sufrir un accidente automovilístico que le causó fracturas en ambas piernas. Tras seis meses de tratamiento, Maryann se trasladó a Grecia, donde residían sus otros dos hijos, sin haber pagado la factura del centro. En lugar de entablar acciones legales contra la madre, la institución de salud que la había atendido utilizó las leyes de responsabilidad filial de Pensilvania para reclamar los gastos al hijo que aún vivía en el país. Esto se llevó a cabo a pesar de que las pruebas sobre el estado de indigencia de la madre no eran del todo claras, y se rechazó la apelación del hijo respecto a su incapacidad para abonar esa suma.

amplias. En algunos estados, las mismas normas detallan una responsabilidad que abarca más que simplemente aspectos financieros, exigiendo formas de apoyo no monetario como alimentos, refugio y vestimenta, entre otras necesidades básicas⁴³⁰. Por otro lado, en Arkansas se establece una obligación centrada únicamente en cubrir los costos de servicios de salud mental de sus padres⁴³¹. En otros casos más particulares, los deberes filiales también imponen a los hijos adultos financiar los gastos de entierro de sus padres⁴³². Podríamos continuar enumerando diversas disparidades en el contenido de los deberes filiales según el estado en cuestión, lo que evidencia la falta de uniformidad en la regulación de estas leyes.

2. Posibilidad de eximirse y atenuación de los deberes

En ciertos estados, los hijos adultos pueden ser eximidos de sus responsabilidades de acuerdo con las leyes de responsabilidad filial, utilizando las defensas previstas en dichas normativas. Es evidente que la ausencia de algunos de los elementos esenciales constitutivos de esta figura permitiría la exención de estos deberes, pero incluso estas defensas deben analizarse en cada caso en particular. No hay que olvidarnos también que existen estados donde las propias leyes filiales establecen de forma expresa los requisitos que deben alcanzarse para que dichos deberes puedan ser efectivamente impuestos.

Como se mencionó anteriormente, es un requisito esencial que el hijo adulto tenga la capacidad de proporcionar el apoyo necesario⁴³³, el cual puede variar según la regulación

⁴³⁰ En el caso judicial estadounidense previamente mencionado, *Davis v. Commonwealth* (1985), que tuvo lugar en el estado de Virginia, se buscaba condenar a Mary B. Davis a diez años de prisión por homicidio involuntario de su madre. La acusación se basaba en la creencia de que Davis había actuado con negligencia al no proporcionarle a su madre, quien era senil y totalmente discapacitada, los cuidados necesarios, incluyendo calor, alimentos, líquidos y atención médica. La corte consideró que Davis tenía la responsabilidad legal de brindar un cuidado completo y adecuado a su madre, y esto iba más allá de simplemente proporcionar apoyo financiero.

⁴³¹ AR Code § 20-47-106 (2020).

⁴³² IN Code § 31-16-17-1 (2017).

⁴³³ En el caso *Gierkont v. Gierkon*, un tribunal dictaminó que los hijos del padre indigente en cuestión, Joseph Gierkont, Jr. y Helen Tintle, debían contribuir semanalmente con \$9,10 y \$7,30 respectivamente hacia el mantenimiento de su padre. La cuestión principal del caso giraba en torno a si los hijos tenían la capacidad financiera suficiente para cumplir con esta obligación. En cuanto a Helen Tintle, el tribunal consideró su situación financiera, incluyendo su matrimonio y su dependencia económica de su esposo, y concluyó que no contaba con dicha capacidad para mantener a su padre, por lo que se revocó la orden

específica de cada estado, cubriendo aspectos puramente financieros o incluyendo otras formas de sustentos. En consecuencia, la falta de esta capacidad constituye, en principio, una causa de exención de responsabilidad. Esta consideración adquiere especial relevancia en un país como Estados Unidos, donde los gastos médicos suelen ser considerablemente elevados. Por lo tanto, es plausible que el hijo adulto se encuentre enfrentando dificultades económicas que le impidan asumir los costos asociados al cuidado de sus progenitores. En este contexto, entran en juego los programas gubernamentales como Medicare y Medicaid como solución subsidiaria.

Si el hijo adulto opta por no invertir dinero en sus padres necesitados, argumentando una falta de recursos económicos, es necesario demostrar que efectivamente carece de los ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos y que su situación financiera se vería perjudicada si lo hiciera. Sin embargo, los tribunales apuntan en general a no dejar desprotegidos a este grupo social vulnerable, por lo que generalmente los deberes se imponen incluso si al hijo le representa una particular carga y afecta al desarrollo común de su vida. Debe también considerarse la posibilidad prevista en algunos estados de que, si el padre tiene más de un hijo, alguno de ellos esté en mejores condiciones de asumir los costos, lo que permitiría al hijo con ingresos insuficientes eximirse de contribuir al cuidado de su padre o, al menos, repartir equitativamente la carga⁴³⁴. En estos casos también podría ser más viable que uno de los hermanos argumente la incapacidad económica para proveer apoyo y que la responsabilidad termine recayendo en aquel hijo que el tribunal considere efectivamente capaz de cuidar a su padre necesitado. Además de los hijos, en algunos Estados se estipula la posibilidad de que los deberes filiales puedan extenderse a otros familiares cercanos, dispersando así la carga a más personas y representando un menor sacrificio. Los tribunales también han sostenido que cuando los hijos adultos sólo pueden permitirse mantener a su cónyuge e hijos, estos últimos son su principal responsabilidad⁴³⁵.

contra ella. Respecto del hijo se intentó analizar un posible caso de abandono durante su minoría, pero no fue suficiente para el tribunal para eximirse de su deber, por lo que simplemente se redujo el monto a contribuir.

⁴³⁴ *Chavez v. Hernandez y otros*, en el caso civil número KAL 2005-1188, 2008 WL 5561018 (TCA) (Circuito de Puerto Rico 2008), donde se determinó la responsabilidad equitativa de cuatro hermanos para cubrir el cuidado de la madre, ascendiendo a \$1.800 por mes además de pagos retroactivos por un total de \$19.000.

⁴³⁵ *Commonwealth ex rel Goldman v. Goldman. Com. ex rel. Goldman v. Goldman*, 180 Pa. Super. 337, 119 A.2d 631 (Pa. Super. Ct. 1956) (En este caso, Audrey Moskowitz apela dos órdenes judiciales que la obligan

... (b) No se considerará negligencia o negativa injustificada en el caso de un hijo que, durante su minoría de edad, no haya sido razonablemente sostenido por el padre, si este último tenía la obligación de hacerlo, ni en el caso de cualquier hijo que, siendo uno de dos o más hijos, haya contribuido de manera adecuada y razonable al sustento de su padre necesitado.

Traducción adaptada. Fuente original:

*Rhode Island General Laws 15-10-1
Penalty for unreasonable neglect of destitute parents*

Una defensa comúnmente empleada es la cláusula de abandono, la cual exime a los hijos adultos de sus deberes filiales si durante su infancia sus padres no les proporcionaron un apoyo adecuado o fueron culpables de abuso o negligencia. Esta disposición se encuentra en varios estados como California, Indiana, Massachusetts, Nueva Jersey, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island y Virginia. Las condiciones para esta exención varían, pero generalmente se requiere demostrar que el abandono ocurrió mientras el hijo era menor de edad, continuó durante al menos dos años antes de que éste cumpliera los dieciocho años (aunque en algunos estados se refieren a diez años de abandono) y que el padre estaba física y mentalmente capacitado para brindar apoyo. Aunque no se pueda demostrar la incapacidad del hijo para brindar apoyo o un caso total de abandono que cumpla con los criterios legales para eximirse de responsabilidad, es posible reducir su obligación mediante la aplicación de ciertas doctrinas legales. Por ejemplo, según la doctrina de “manos sucias” (*unclean hands*), los tribunales pueden considerar los actos negativos previos de los padres al determinar la cantidad de apoyo que el hijo debe proporcionar. Asimismo, algunos estados también consideran el abandono temporal como un factor relevante al establecer la cantidad necesaria de apoyo⁴³⁶. Sin embargo, una situación problemática es que ni las circunstancias que llevaron a la indigencia del progenitor ni las decisiones financieras

a contribuir al apoyo de su padre, dictaminando que no tiene "suficiente capacidad financiera" para cumplir con la orden. El tribunal consideró que su deber principal era mantener a su cónyuge e hijos, priorizando estas responsabilidades sobre los deberes derivados de la responsabilidad filial).

⁴³⁶ MICHAEL LUNDBERG, *Our Parent's Keepers: The Current Status of American Filial Responsibility Laws* (2009), p. 536.

imprudentes de los padres se toman en cuenta como motivos de exención de las responsabilidades de los hijos adultos. A su vez, los hijos no tienen acceso a las cuentas financieras de sus padres ni pueden intervenir en sus decisiones económicas. Esto deja a muchos hijos en la incómoda posición de presenciar cómo sus padres toman decisiones financieras arriesgadas, sabiendo que eventualmente podrían ser responsables de pagar esas deudas, pero sin tener el poder suficiente para evitar esas situaciones adversas⁴³⁷.

Un motivo de exención más actual se vincula a la extensión territorial de aplicación de estas leyes. Hacer cumplir las leyes de responsabilidad filial contra miembros de la familia que viven en otros estados, los cuales pueden tener disposiciones diferentes sobre los deberes filiales o incluso no los reconocen, sigue siendo un asunto sin resolver. Hasta el momento no se han establecido leyes ni procedimientos claros para abordar estos casos particulares⁴³⁸, pero los estados que han derogado o rechazado las leyes de apoyo filial en sus propios territorios también han dictaminado que las leyes de otros estados no son exigibles contra los hijos adultos que residen dentro de sus fronteras. En el caso “State Welfare Commissioner v. Mintz”, un tribunal de Nueva York concluyó que una orden de Connecticut que exigía el apoyo para el padre necesitado residente en Connecticut no podía ser ejecutada contra el hijo adulto que vivía en Nueva York debido a que Nueva York había derogado su ley de apoyo filial en 1966. De manera similar, en el caso “Commonwealth of Pennsylvania v. Mong”, la Corte Suprema de Ohio se negó a permitir que una orden de Pensilvania que obligaba a un hijo a mantener a su padre fuera ejecutada en Ohio, reconociendo una defensa basada en el abandono que estaba disponible bajo la ley de Ohio, pero no bajo la ley de Pensilvania.

3. Consecuencias por incumplimiento

⁴³⁷ KARA WENZL, *Losing Loved Ones and Your Livelihood: Re-evaluating Filial Responsibility Laws* (2017).

⁴³⁸ *Filial responsibility: breaking the backbone of today's modern long term care system*. (n.d.) >The Free Library. (2014). St. Thomas Law Review.

Aunque las leyes de responsabilidad filial generalmente generan consecuencias en el ámbito civil, existen ciertos estados que imponen penas criminales para los casos de incumplimiento en el apoyo de un padre indigente⁴³⁹.

Excepto lo dispuesto en el Capítulo 2 (comenzando con la Sección 4410) de la Parte 4 de la División 9 del Código de Familia, todo hijo adulto que, teniendo la capacidad para hacerlo, no proporciona los alimentos, la ropa, el alojamiento o la asistencia médica necesarios para un padre indigente, es culpable de un delito menor.

Traducción adaptada. Fuente original:

California Penal Code § 270c (2019)

Abandonment and Neglect of Children. Section 270c

El estado de California, por ejemplo, impone una sanción penal en casos donde se infringe la legislación de responsabilidad filial, como se ilustra en el caso “People v. Heitzman (1994)”. En este caso, la policía del estado de California descubrió a un padre anciano fallecido en su dormitorio con múltiples heridas en su cuerpo. Una de las hijas del difunto había sido su principal cuidadora antes de mudarse a otro lugar, dejando de atender a su padre, a pesar de conocer su enfermedad y las condiciones precarias de su hogar. Es así que la hija del difunto fue acusada de violar la sección 368(a) del Código Criminal de California, que define el abuso de personas mayores como el abuso físico o emocional, la negligencia o la explotación financiera de una víctima de sesenta y cinco años de edad o más. En California se sostiene que este delito por incumplimiento de las responsabilidades filiales emanadas de la norma puede ser perseguido como un delito menor o un delito grave, y se castiga con hasta cuatro años de cárcel o prisión.

Es preciso mencionar que varios estados, como Kentucky, Massachusetts, Carolina del Norte y Ohio, optan por una sanción penal exclusivamente por el incumplimiento de la obligación de manutención, lo que no otorga al progenitor ningún derecho directo de acción contra un hijo adulto. Por otro lado, algunos estados imponen obligaciones financieras a los hijos adultos en circunstancias muy específicas. Por ejemplo, la ley de Arkansas establece que los hijos pueden ser

⁴³⁹ Alaska Stat. § 11.51.210; California Penal Code § 270(c); Connecticut Gen. Stat. Ann. § 53-304; Indiana Code Ann. § 35-46-1-7; Kentucky Rev. Stat. Ann. § 530.050; Massachusetts Gen. Laws Ann. ch. 273, § 20; North Carolina Gen. Stat. § 14-326.1; Ohio Rev. Code. Ann. § 2919.21; Oregon Rev. Stat. § 163.205.

responsables subsidiarios, después del estado, del cuidado de la salud mental de un padre necesitado, mientras que la ley de Connecticut limita la responsabilidad legal del hijo al incumplimiento de mantener a un padre necesitado menor de sesenta y cinco años. En Nevada, el deber del hijo de cubrir ciertos gastos asumidos por el condado solo se activa mediante la promesa escrita del hijo de mantener al padre. En Tennessee, el Departamento de Bienestar puede tener la capacidad legal para exigir reembolso a los hijos responsables, pero la ley no parece proporcionar una causa de acción directa para los padres contra los hijos. Esta disparidad en las legislaciones estatales deja en evidencia la variabilidad de las consecuencias impuestas por los distintos estados que regulan la figura en cuestión. Sólo doce de los treinta estados que regulan la figura de responsabilidad filial hacen de su incumplimiento un delito. Por lo tanto, las consecuencias de no cumplir con las obligaciones de responsabilidad filial en términos de deber de cuidado pueden variar significativamente según las disposiciones específicas de las leyes de cada estado.

En numerosas ocasiones, los legisladores han optado por imponer penas de prisión en lugar de multas, debido a la preocupación de que las sanciones monetarias podrían afectar la capacidad financiera de los hijos para brindar apoyo a sus padres⁴⁴⁰. No obstante, no resulta justificable agravar la pena únicamente por estas consideraciones individuales basadas en la utilidad o no de la sanción. De hecho, la crítica general hacia la imposición de penas criminales, ya sean monetarias o de privación de libertad, parece ser razonable, ya que ambas podrían tener un efecto contrario al objetivo buscado por la aplicación de estas leyes: la protección efectiva de los padres adultos en situación de necesidad.

III. Conclusión

Las leyes de responsabilidad filial establecen una obligación legal para los hijos adultos de brindar algún tipo de cuidado a padres ancianos en estado de necesidad, entendiéndolo como el supuesto en el que el padre no cuente con los recursos suficientes para mantenerse por sí mismo. En la actualidad, las leyes de cuidado filial generalmente toman la forma de estatutos civiles o de

⁴⁴⁰ RICKLES-JORDAN, ANDREA, *Filial Responsibility: A Survey Across Time and Oceans* (2007). Marquette Elder's Advisor: Vol.9: Iss, 1, Article 8. p. 200

familia, aunque doce estados han llegado incluso a imponer sanciones penales. Alrededor de treinta estados que actualmente cuentan con estas leyes de responsabilidad filial varían ampliamente en la definición de la figura y en especificar cómo las hacen cumplir, lo cual genera incertidumbre y posible incompatibilidad con principios constitucionales del derecho penal, como el principio de legalidad, de igualdad y del debido proceso. Debido a que muchos de los casos llevados ante los tribunales implican negligencia en lugar de un abuso manifiesto, hacer cumplir los deberes derivados de la responsabilidad filial presenta un desafío para el sistema de justicia penal, que resulta un tema común al resto de tipos omisivos.

Como vimos, a pesar de que la aprobación de la Ley de Seguridad Social y la creación de programas estatales convirtió el cuidado de los mayores en una preocupación del gobierno y llevó, consecuentemente, a la revocación de las leyes de responsabilidad filial en algunos estados, la gran mayoría de estas leyes aún se mantienen vigentes. Sin embargo, la escasez de casos que involucran estas leyes en las decisiones de los tribunales de apelación, así como la falta de información sobre los casos en los tribunales de primera instancia, dificultan la evaluación de su aplicación real. Aunque el cumplimiento y la aplicación de estas leyes pueden resultar ambiguos, su persistencia a lo largo del tiempo es innegable, incluso ante el surgimiento de nuevos programas estatales y las crecientes críticas sobre su justificación y posibles conflictos constitucionales. Esta persistencia refleja la arraigada importancia que estas leyes tienen en la estructura legal de los Estados, a pesar de los desafíos y cuestionamientos que enfrentan, e incluso principios tan fundamentales para la tradición estadounidense como son la libertad y la independencia. Su continuidad podría fundamentarse en un sólido deber moral, arraigado desde tiempos antiguos y que continúa resonando en la sociedad contemporánea.

Aunque estas leyes son reconocidas y aplicadas en gran parte del país anglosajón, persiste un debate sobre si deberían existir o ser eliminadas por completo. Mientras algunos argumentan que son necesarias dadas las limitaciones presupuestarias del Estado y el creciente envejecimiento de la población, otros las cuestionan profundamente. Por ejemplo, Kara Wenzl sostiene que estas leyes contradicen los objetivos fundamentales del sistema judicial de promover relaciones familiares, reducir la litigación y garantizar la uniformidad legal en todo el país. Además, señala que plantean importantes problemas relacionados con el género y la

discriminación, como se desarrolló anteriormente⁴⁴¹. Sketchley y McMillian opinan que estos deberes filiales en el sistema moderno de cuidado a largo plazo es insostenible e ineficaz, y que su imposición legal sólo agrega una carga insoportable a los cuidadores familiares informales, quienes son hoy en día el pilar del sistema moderno de cuidado a largo plazo⁴⁴². La mayoría de los expertos que defienden estas leyes⁴⁴³ reconocen que aún queda mucho por hacer en términos de reforma e implementación adecuada. En general, consideran que una posible solución podría ser la creación de una ley modelo de responsabilidad filial que haría que las leyes estatales fueran más uniformes, o la introducción de una ley federal de responsabilidad filial. Otra sugerencia plantea que más deducciones fiscales federales y estatales por pagos realizados para apoyar a los padres ancianos disminuirían la carga sobre la "generación sándwich". Junto con estas deducciones, programas de préstamos de bajo interés, como los proporcionados en Alemania y Japón, para aquellos hijos que cuidan a sus padres y una cobertura universal de servicios médicos básicos podrían ayudar mucho a erradicar la pobreza de los ancianos y los problemas en la atención médica.

Aunque la intención inicial de este artículo era simplemente presentar esta figura legal relevante en el país anglosajón, la variedad y dispersión de su normativa dificulta su desarrollo adecuado, dejando muchos detalles y casos particulares sin analizar. No obstante, es innegable que las leyes de apoyo filial siguen siendo desconocidas y poco comprendidas por el público en general. La inconsistencia de su aplicación en los últimos cincuenta años y la evidencia de una nueva tendencia de aplicación por parte de terceros, como los cobradores de deudas⁴⁴⁴, plantean preocupaciones importantes. Esto incluye la pregunta de si las leyes de apoyo filial están

⁴⁴¹ KARA WENZL, *Losing Loved Ones and Your Livelihood: Re-evaluating Filial Responsibility Laws* (2017).

⁴⁴² *Filial responsibility: breaking the backbone of today's modern long term care system*. (n.d.) >The Free Library. (2014). St. Thomas Law Review.

⁴⁴³ Como ejemplo podemos mencionar a Michael Lundberg, que entiende que la aplicación de las leyes de responsabilidad filial podría ser beneficiosas para la sociedad y podrían proporcionar un alivio desesperadamente necesario para los fondos públicos, por lo que incita a las legislaturas a su reinstalación.

⁴⁴⁴ *Dutton v. Wolhar*, 809 F. Supp. 1130 (D. Del. 1992) (que sostuvo que los cobradores de deudas no pueden tergiversar el efecto de una ley al intentar cobrar las deudas de padres fallecidos a sus hijos adultos).

cumpliendo con los objetivos de política pública adecuados en Estados Unidos⁴⁴⁵, si realmente están protegiendo a la población mayor o sí, de manera no deseada, están generando más pobreza y cargas para la población más joven.

BIBLIOGRAFÍA

BERNT, WILLIAM. *Lines of Dependence: The Rebirth of Parental Support Legislation in Canada. Appeal Review of Current Law and Law Reform*, 1996, 2(1).

BROWN, MARY L. *New Jersey Law Revision Commission*, 2012.

⁴⁴⁵ KATHERINE C. PEARSON, *Filial Support Laws in the Modern Era: Domestic and International Comparison of Enforcement Practices for Laws Requiring Adult Children to Support Indigent Parents* (2013).

- CALLAHAN, JAMES P. *Parent and Child -- Responsibility of Adult Child for the Support of Needy Parents*. *Notre Dame Law Review*, 1957, 33, p. 108. Disponible en: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol33/iss1/6>.
- DEBONA, JASON M. *Mom, Dad, Here's Your Allowance: The Impending Reemergence of Pennsylvania's Filial Support Statute and an Appeal for Its Amendment*. *Temple Law Review*, 2014, 86.
- DIXON, NICHOLAS. *The Friendship Model of Filial Obligations*. *Journal of Applied Philosophy*, 1995, 12(1).
- ERICKSON, DAVID. *Filial Responsibility Laws—Codifying a Qualified Quid Pro Quo of Care*. *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2023, 22(2).
- HANAFIN, JOHN. *Defending the Debt Theory of Filial Duty* (n.d.).
- JOHNSON, RICHARD W., & LO SASSO, ANTHONY T. *The Impact of Elder Care on Women's Labor Supply*. *Inquiry*, 2006, 43(Fall), pp. 195-210.
- KELLER, SIMON. *Four Theories of Filial Duty*. *The Philosophical Quarterly*, 2006, 56(223).
- MOSKOWITZ, SCOTT. *Filial Responsibility Statutes: Legal and Policy Considerations*. *J. L. & Pol'y*, 2001, 9(3). Disponible en: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol9/iss3/1>.
- PAKULA, MICHAEL. *A Federal Filial Responsibility Statute: A Uniform Tool to Help Combat the Wave of Indigent Elderly*. *Fam. L.Q.*, 2005, 39, p. 859.
- PEARSON, KATHERINE C. *Re-Thinking Filial Support Laws in a Time of Medicaid Cutbacks - Effect of Pennsylvania's Recodification of Colonial-Era Poor Laws*. *Pa. B. Ass'n Q.*, 2005, 76, p. 162.
- _____. *Filial Support Laws in the Modern Era: Domestic and International Comparison of Enforcement Practices for Laws Requiring Adult Children to Support Indigent Parents*. *Elder L.J.*, 2013, 20, p. 269.
- RICKLES-JORDAN, AMY. *Filial Responsibility: A Survey Across Time and Oceans*. *Marquette Elder's Advisor*, 2007, 9(1). Disponible en: <http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol9/iss1/8>.
- ROSS, ALLISON E. *Taking Care of Our Caretakers: Using Filial Responsibility Laws to Support the Elderly Beyond the Government's Assistance*. *The Elder Law Journal*, (n.d.), 16.
- SCHINKEL, ANDRÉ. *Filial Obligations: A Contextual, Pluralist Model*. *J. Ethics*, 2012, 16, pp. 395-420.
- SILVERSTEIN, MERRIL, CONROY, STEVEN J., WANG, HUI, GIARRUSSO, ROSEANN, & BENGTON, VERN L. *Reciprocity in Parent-Child Relations Over the Adult Life Course*. *Journal of Gerontology: Social Sciences*, 2002, 57B(1), S3-S13.
- STUIFBERGEN, MARGOT C., & VAN DELDEN, JACOB J. M. *Filial Obligations to Elderly Parents: A Duty to Care? Med Health Care and Philos*, 2011, 14, pp. 63-71. DOI: 10.1007/s11019-010-9290-z.
- THEIXOS, HOLLY. *Adult Children and Eldercare: The Moral Considerations of Filial Obligations*. *Michigan Family Review*, 2013, 17(1), pp. 65-73.

WENZL, KELLY. *Losing Loved Ones and Your Livelihood: Re-Evaluating Filial Responsibility Laws*. *Loy. Consumer L. Rev.*, 2017, 29(3), p. 391. Disponible en: <https://lawcommons.luc.edu/lclr/vol29/iss3/5>.

_____. *Caring for Our Parents in an Aging World: Sharing Public and Private Responsibility for the Elderly*. *Legislation and Public Policy*, 2002, 5, p. 563.

Este libro es el resultado de una investigación académica desarrollada en el marco de un proyecto DeCyT, que reúne aportes teóricos y empíricos sobre uno de los conceptos más relevantes y discutidos del derecho penal contemporáneo. La obra analiza con rigor académico la posición de garante como fundamento de la responsabilidad penal en casos de omisión impropia, integrando perspectivas doctrinarias y jurisprudenciales de distintas partes del mundo.

