

PROF. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG*

**UNA TERCERA FORMA DE REALIZACIÓN DEL TIPO:
LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES**

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.
Fecha de recepción: 17/01/2006

I. La interrupción de cursos causales salvadores propios.

A. Exposición del problema.

Dentro de este grupo de casos hay que incluir aquellos en los que el autor ha puesto en marcha un curso causal salvador, *que se ha independizado de él* y que, si no lo rompe, va a mantener la integridad del bien jurídico protegido. Como ejemplos de este grupo de casos se pueden mencionar el de quien, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el art. 450.2 CP, *la reclama* con éxito, impidiendo así que llegue al conocimiento de la policía¹, o el de quien, después de que ha lanzado un salvavidas atado a una cuerda, que se va aproximando a quien se debate para no perecer ahogado en las aguas, retira dicho salvavidas antes de que aquél -en quien ha reconocido a un enemigo- pueda asirse a éste para mantenerse a flote.

En estos dos casos, como la denuncia a las autoridades del hecho punible planeado ya ha sido cursada, y como el proceso causal de auxilio para quien se debate en las aguas ya ha sido puesto en marcha, para volver a la situación de no-denuncia y de no-auxilio se exige un comportamiento activo del sujeto que anule la cadena causal salvadora que el mismo había generado hasta el punto de que había llegado a independizarse de él.

Naturalmente que este tercer subgrupo *consiste también en la ruptura de un curso causal salvador* de la que nos vamos a ocupar infra II. Pero hemos preferido un tratamiento diferenciado de ambas modalidades de rupturas, ya que, así como existe casi unanimidad en que en la ruptura de cursos causales llevada a cabo por un tercero, éste comete un delito de *acción* y se le debe imputar el resultado típico -si un tercero desvía el salvavidas que A ha lanzado a B, y éste perece ahogado, aquél respondería, por consiguiente, por un delito contra la vida por acción-, en

¹ El ejemplo procede de v. Overbeck, GS 1922, p. 328.

cambio, cuando quien rompe ese curso es *la misma persona* que lo ha puesto en marcha, la doctrina se divide entre quienes estiman que ese comportamiento debe ser calificado como una omisión propia y quienes creen que la calificación debe ser -como en la ruptura de cursos salvadores ajenos- de un delito de acción contra el bien jurídico que resulta lesionado.

B. Soluciones que se proponen en la doctrina para este grupo de casos.

1. Si el sujeto se hubiera limitado a permanecer inactivo *desde un principio*, esto es: si no hubiera hecho nada por auxiliar a quien se encontraba en el mar en situación apurada, si hubiera renunciado ab initio a comunicar a la policía, para que lo impidiera, que se iba a cometer un hecho punible, el enjuiciamiento de esos comportamientos negativos sólo permitiría una calificación: el *sólo omitente* respondería únicamente de una omisión del deber de socorro, en el primer caso, y, en el segundo, de una omisión del deber de denunciar determinados delitos. El problema que se plantea es el de si esa calificación debe experimentar alguna modificación porque la situación de no-auxilio o de no-denuncia no se ha producido como consecuencia de una mera inactividad, sino porque, después de que el sujeto, en un primer momento y mediante un comportamiento activo, ha intentado remediar la situación crítica, cambia de opinión y anula la cadena causal salvadora que *el mismo* ha puesto en marcha, retirando el salvavidas o la carta denunciadora que se encuentra ya en correos.

2. En el enjuiciamiento de estos supuestos la doctrina se encuentra dividida. Según una dirección, la interrupción de un curso salvador por la misma persona que lo ha puesto en marcha sólo fundamentaría una omisión propia. Según otros autores, en cambio, estos supuestos no deben experimentar una calificación distinta de aquella a la que se somete la ruptura de cursos salvadores *ajenos*; por ello, quien retira el salvavidas que previamente había lanzado, y que se dirigía hacia quien se estaba ahogando, respondería, no de una omisión del deber de socorro, sino de un *delito contra la vida por acción*, y quien rescataba de correos la carta en la que

previamente había denunciado la próxima comisión de un asesinato, y si la persona en peligro resultaba, efectivamente, asesinada, respondería, no de una omisión del deber de denunciar determinados delitos, sino de una *complicidad por acción en dicho asesinato*. Una última tesis, absolutamente minoritaria, coincide con la primera en que aquí estamos ante un delito de omisión, y con la segunda en que el sujeto debe responder por el resultado, pero no porque haya cometido un delito de comisión, sino uno de omisión impropia.

a) A favor de la primera solución, esto es: de que en la interrupción del *propio* curso salvador el sujeto debe responder sólo por una omisión propia, se han manifestado, entre otros: v. *Overbeck*², *Armin Kaufmann*³, *Androulakis*⁴, *Roxin*⁵, *Behrendt*⁶, *Jakobs*⁷, *Otto*⁸, *Schönke/Schröder/Stree*⁹, *Seelmann*¹⁰ y *Rudolphi*¹¹.

De todas formas, *Roxin* establece un “punto de no retorno”, a partir del cual la ruptura del propio curso salvador convertiría al comportamiento en un delito de acción, que en el caso de quien termina ahogándose, sería contra la vida: “Si se quiere formular la idea de manera abstracta, podría decirse que el omitir por hacer

² Cfr. n. 2, p. 328.

³ V. Die Dogmatik de Unterlassungsdelikte, 1959, p. 108: “Por consiguiente, el intento truncado [Armin Kaufmann se refiere al ejemplo de quien reclama de correos la carta en la que denunciaba que se iba a cometer un delito] de llevar a cabo la acción exigida no tiene consecuencias dogmáticas: no modifica en nada la existencia de una omisión típica”.

⁴ V. Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, p. 155.

⁵ V. Engisch-FS, 1969, pp. 382/383: “En nuestros ejemplos lo que sucede es que quien actúa deshace su propio intento de salvación, con la consecuencia de que la situación es la misma que si no hubiera actuado desde un principio. La aplicación de energía positiva y negativa se neutralizan, de tal manera que nuestro autor no debe recibir un tratamiento distinto de quien, desde un principio, ha mostrado su voluntad de no actuar salvadoramente. De estos ejemplos puede derivarse el principio general de que un hacer, cuando se presenta como el desistimiento de un intento de cumplimiento de un mandato, debe ser subsumido en el tipo de omisión cuyo mandato se ha infringido mediante una intervención activa. Con ello no es que el hacer se convierta en un omitir; nuestra conclusión hay que interpretarla, más bien, en el sentido de que el tipo de mandato contiene, como norma secundaria, la prohibición de un hacer como el descrito productor del resultado”.

⁶ V. Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, p. 190 n. 170.

⁷ Cfr. Strafrecht, AT, 2ª ed., 1991, 7/62.

⁸ V. Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6ª ed., 1996, § 9 n. m. 21.

⁹ Cfr. StGB, 26 ed., 2001, § 13 n. m. 160.

¹⁰ V. NK, situación: 10ª entrega, 2001, § 13 n. m. 25.

¹¹ Cfr. SK, entrega 16: abril de 2001, § 13 n. m. 47.

se transforma en un delito de comisión en el momento en que el cumplimiento del mandato entra desde el estadio de la tentativa en el de la consumación, es decir, desde el momento en que el curso causal salvador ha alcanzado la esfera de la víctima. Para ello ni siquiera es necesario que quien padece el peligro tenga físicamente <en sus manos> el medio de salvación. Bastará con que la denuncia del delito se encuentre en el casillero del amenazado o con que quien se está ahogando hubiera podido agarrarse, sin ayuda ajena, al cable salvador”¹².

b) Frente a esa dirección doctrinal, otro sector, igualmente numeroso, defiende que en estos supuestos de ruptura de la *propia* cadena salvadora el autor debe responder -por ejemplo, en el caso del salvavidas, y si quien se estaba ahogando perece- por un delito contra la vida *ejecutado por acción*, ya que sería irrelevante que el curso causal salvador haya sido puesto en marcha por la misma persona que luego lo rompe, que por un tercero, supuesto este último en el que existe amplio acuerdo en que ese tercero comete un delito de acción al que se debe reconducir la lesión del bien jurídico (v. inmediatamente infra II). En este sentido se han manifestado, entre otros: *Langer*¹³, *Engisch*¹⁴, *Samson*¹⁵, *Schmidhäuser*¹⁶, *Blei*¹⁷, *Maurach/Gössel*¹⁸, *Baumann/Mitsch*¹⁹ y *Stratenwerth*²⁰.

¹² *Roxin* (n.5), p. 387. En el mismo sentido: *Baumann/Weber*, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 1985, p. 239; *Jakobs* (n. 7), 7/63 n. 108; *Kühl*, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2000, § 18 n. m. 21; *Schönke/Schröder/Stree* (n. 9), § 13 n. m. 160; *Seelmann* (n. 10), § 13 n. m. 25; *Rudolphi* (n. 11), § 13 n. m. 47.

¹³ Cfr. *Das Sonderverbrechen*, 1972, p. 499 n. 3.

¹⁴ Cfr. *Gallas-FS*, 1973, p. 183.

¹⁵ Cfr. *Welzel-FS*, 1974, pp. 582 ss.

¹⁶ V. *Strafrecht AT*, *Lehrbuch*, 2ª ed., 1975, 16/108: “Al arrojar el anillo salvavidas, A ha realizado la aportación que le venía exigida por la situación de necesidad de X. Con su actuación subsiguiente [la retirada del anillo] A lleva a cabo una intervención que empeora la situación de X. Ahora concurre ya, por consiguiente, un delito de comisión, en el que no se precisa de una situación de garante del autor ... El resultado hay que imputarlo objetivamente a A, ya que, sin su intervención posterior, X se habría salvado; A debe ser castigado por homicidio”. V. también, y en idéntico sentido, *el mismo*, *Strafrecht AT*, *Studienbuch*, 1982, 12/53.

¹⁷ Cfr. *Strafrecht I*, *AT*, *Studienbuch*, 18 ed., 1983, p. 312.

¹⁸ Cfr. *Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht AT*, tomo 2, 7ª ed., 1989, § 45 n. m. 45.

¹⁹ V. *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht AT*, 10ª ed., 1995, § 13 n. m. 31.

²⁰ V. *Strafrecht AT*, I, 4ª ed., 2000, § 13 n. m. 3: “Si el autor ha creado, primero, oportunidades de salvación ... que, posteriormente, anula, entonces se trata de una intervención en un <proceso causal salvador>, es decir: de un caso de comisión”.

c) Finalmente, *Silva*²¹ estima que en estos casos la ruptura del curso salvador propio fundamenta una posición de garante por injerencia, y que, en consecuencia, al autor le es imputable el resultado en comisión por omisión.

C. Toma de posición.

En mi opinión, y suscribiendo la dirección doctrinal expuesta supra B 2 a), todos los casos que ahí se incluyen deben ser considerados de omisión propia, pero no porque aquí nos encontremos ante una llamada “omisión por comisión”, esto es: ante un hacer subsumible *mediatamente* en un delito omisivo, sino ante un comportamiento abarcado *directamente* por el art. 195, en cuanto que el sentido literal posible de la expresión no-socorrer puede abarcar también determinados haceres: quien retira la tabla que previamente había arrojado a quien se estaba ahogando, mediante esa acción “no-está-auxiliando” a la persona desamparada. Por lo demás, y en contra de lo manifestado por *Roxin* y sus seguidores²², estos supuestos de hecho no merecen una calificación distinta en función de si la tabla se ha aproximado más o menos a quien está a punto de ahogarse: el *momento decisivo* que convierte a la ruptura del curso salvador en un *auténtico delito de acción en relación de causalidad con el resultado lesivo*, y como se expondrá más adelante, al estudiar la “desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo” (infra III), es cuando el proceso causal ha dejado de ser potencial (independientemente de si esa potencialidad era mayor o menor, porque la tabla estaba más o menos cerca de quien se estaba ahogando), y *se ha convertido en real*, pues si entonces se le arrebató al sujeto pasivo el salvavidas al que *ya* está asido, será ese comportamiento activo el que -como en cualquier otro delito de acción- haya producido el resultado típico.

Por lo que se refiere a la tesis reproducida supra B 2 b), de que aquí estaríamos, como en la ruptura de cursos salvadores *ajenos*, ante un delito de acción, me remito

²¹ Cfr. El delito de omisión, 1986, p. 223; en idéntico sentido, el mismo, CDJ XXIII, 1994, pp. 30/31. Como veremos infra II B 3, *Silva* mantiene la misma solución para el caso de ruptura de cursos salvadores ajenos.

²² V. supra n. 13.

a la crítica que contra esa concepción expondré más adelante, y en la que someteré a un tratamiento unitario la ruptura de cursos salvadores *sin más*, pues, en mi opinión, lo determinante no es si dichos cursos son propios o ajenos, sino si lo que se interrumpe es uno en el que existía la obligación de garante de evitar el resultado.

Para la crítica de la concepción de *Silva*, expuesta supra B 2 c), de que estos supuestos deben calificarse de una omisión impropia, me remito igualmente a lo que se dirá infra II C 3. En cualquier caso, el argumento de *Silva* de que esa comisión por omisión vendría fundamentada en una posición de garante por injerencia (por la injerencia de arrojar la tabla) no puede convencer, pues lo que caracteriza a esta posición de garante es que el omitente ha *elevado*, mediante un hacer precedente (por ejemplo, *abriendo* una zanja, que luego no señala al llegar la oscuridad, rompiéndose una persona una pierna al caer violentamente dentro de ella), el riesgo de producción del resultado, mientras que aquí sucede todo lo contrario: mediante un hacer precedente (que luego interrumpe) el autor había *disminuido* (al poner en marcha un curso salvador) el peligro de que el bien jurídico resultara lesionado.

Con lo expuesto no doy por finalizado el estudio de la ruptura de cursos salvadores propios, ya que, después de ocuparme de la ruptura de cursos salvadores ajenos, volveré a ocuparme de este grupo de casos infra II D 3, aprovechando ulteriores conclusiones extraídas de dicho análisis.

II. La ruptura de cursos causales salvadores ajenos.

A. Exposición del problema.

La ruptura de cursos causales salvadores ajenos se caracteriza por que un *proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha*, y que habría podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un *movimiento corporal de un tercero*.

1. La cuestión en la doctrina.

Además del caso del salvavidas que se desliza ya hacia el bañista que se encuentra en apuros y que es retirado por una tercera persona (ruptura a posteriori de un curso salvador), descrito por primera vez por *Traeger*²³, en la variante de que B impide que A llegue a poner en marcha el curso salvador, sujetándole por la fuerza antes de que lance el flotador que podría salvar a X de morir ahogado (ruptura ab initio del curso causal salvador), otros supuestos que pertenecen a este grupo de casos son los siguientes:

- Un tercero impide al enfermero que administre un antídoto a quien, a consecuencia de un error, se le ha inyectado un producto que, en la sobredosis aplicada, se ha convertido en venenoso²⁴.

- Quien iba a denunciar un delito se ve impedido violentamente de hacerlo por parte de otro sujeto²⁵.

- Cuando A va a administrar a B la medicina contenida en una ampolla que salvaría la vida de este último, C tira la ampolla contra el suelo, destruyéndola²⁶.

- Cuando el camionero A se dispone a trasladar a B, que acaba de sufrir un infarto, a un hospital, C se apodera de la llave de encendido del vehículo, haciendo imposible el salvamento²⁷.

-A, que va a avisar a una ambulancia para que traslade a un hospital a quien ha sufrido un accidente, no logra hacerlo porque el propietario de la vivienda le impide utilizar el teléfono²⁸.

²³ Cfr. De Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, p. 65.

²⁴ El ejemplo se describe, por primera vez y por lo que alcanzo a ver, por v. Rohland, VD AT, I, 1908, p. 14, y reaparece continuamente, con algunas variantes, en la posterior discusión.

²⁵ El ejemplo procede, como tantos otros, de v. Overbeck (n. 1), p. 331.

²⁶ El ejemplo procede de Armin Kaufmann (n. 3), p. 196.

²⁷ El ejemplo procede de Meyer-Bahlburg, Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte, tesis doctoral de Hamburgo, 1962, p. 16.

²⁸ El ejemplo procede de Meyer-Bahlburg (n. 27), p. 16.

- El tercero amenaza con un mal a A, si éste persiste en su intento de salvar a otra persona, renunciando entonces el amenazado a ejecutar la acción de auxilio²⁹.

- En el lugar de un accidente A se dispone a prestar auxilio a quien lo ha sufrido (X), pero desiste de ello porque un tercero le engaña, y le dice, faltando a la verdad, que X ya ha sido trasladado a un hospital³⁰.

2. La cuestión en la jurisprudencia.

Como el descubrimiento de este grupo de casos -y, con ello, su aprehensión teórica- no se produce hasta una época relativamente reciente, por ello, porque se desconocía su existencia, ni en la jurisprudencia española ni en la alemana se encuentran casos reales que hayan sido examinados por los tribunales desde la perspectiva de la “ruptura de cursos salvadores ajenos”. Pero ello no quiere decir que no hayan tenido que enjuiciarse supuestos que presentaban estas características, aunque no se las reconociera en los Antecedentes de Hecho, ya que una manera de conseguir la lesión de un bien jurídico es precisamente la de desbaratar una cadena causal que hubiera podido salvarlo.

Limitándome a la jurisprudencia española, voy a exponer cuatro ejemplos, en los que, a pesar de que el Tribunal Supremo no era consciente de ello, en realidad se trataba de supuestos de interrupción de cursos salvadores ajenos:

a) La sentencia del TS de 8 de noviembre de 1961, A. 3812, se ocupa de un caso en el que una mujer, con intención de suicidarse, ingirió una solución concentrada de ácido clorhídrico, expresando después su deseo de ser tratada y de sobrevivir. El marido, Francisco, que vio en ese intento de suicidio una oportunidad de poder heredar a su acaudalada esposa, ejercitó distintos haceres positivos dirigidos a interrumpir el “curso salvador ajeno” del médico que había acudido para atender a la mujer. “Francisco”, se puede leer en la sentencia, “manifestó [falsamente] al

²⁹ El ejemplo procede de Armin Kaufmann (n. 3), p. 196.

³⁰ El ejemplo procede de Armin Kaufmann (n. 3), p. 196.

médico que su esposa había escupido el ácido al llegarle a la boca, incluso mostrándole señales en el suelo”, convenciendo al facultativo de que “la ingestión de ácido había sido nula o escasísima”, lo que condicionó que aquella no fuera ingresada urgentemente en un hospital, donde podría haber sido tratada de la intoxicación, muriendo posteriormente a causa del envenenamiento. Frente al recurso del Ministerio Fiscal, que estimaba que esos hechos deberían ser considerados un parricidio doloso, el TS confirma la condena de la Audiencia Provincial por un delito de auxilio al suicidio.

Independientemente de cómo deba calificarse esta conducta, lo que parece obvio es que nos encontramos ante un caso paradigmático de “ruptura de cursos salvadores ajenos”, ya que la acción del marido no va dirigida a provocar inmediatamente la muerte -la muerte se produce, más bien, por la ingestión del ácido clorhídrico *que se había administrado directamente la propia víctima-*, sino que su efecto es que rompe una cadena causal de salvación ya iniciada -el tratamiento médico- que no se concreta, *a consecuencia de la acción engañosa a la que el autor somete al facultativo*, en su posterior y lógica evolución de una terapia hospitalaria de urgencia.

b) La sentencia del TS de 27 de junio de 1997, A. 4987, aborda un caso en el que los padres –testigos de Jehová- de un niño de 13 años gravemente enfermo, y “en situación de riesgo hemorrágico”, ingresan el 8 de septiembre de 1994 al hijo en un primer hospital, en el que los médicos prescriben, para neutralizar dicha hemorragia, “una transfusión de seis centímetros de plaquetas”, a lo que los padres se oponen, “manifestando ... que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre”, accediendo los facultativos, finalmente, a que los padres volvieran a llevarse al hijo a su casa, donde permaneció hasta el 12 de septiembre del mismo año, fecha en la que, como la gravedad del niño persistía, aquéllos trasladaron a éste a un segundo hospital: al Hospital Universitario Materno-Infantil de Vall D’Hebron de Barcelona, en el que los nuevos facultativos “considera[ron] urgente ... la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia”, alegando nuevamente los progenitores “que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión”,

abandonando entonces dicho hospital para trasladar al enfermo al “Hospital General de Cataluña donde los médicos reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados..., regresando a su domicilio, al que llegaron a la una de la madrugada del día 13 de septiembre”. Finalmente, y en virtud de una resolución dictada por el Juzgado de Instrucción de Fraga al día siguiente, después de recibir un informe médico, el menor es trasladado coactivamente a un hospital de Zaragoza, “al que llegó hacia las 23.30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las 21.30 horas del día 15 de septiembre de 1994”.

El Tribunal Supremo condena a los padres por un homicidio doloso eventual *en comisión por omisión*, afirmando que “resulta bien evidente que los padres, que se encontraban en el ejercicio de la patria potestad, estaban en posición de garantes de la salud de su hijo”. Pero, en realidad, tampoco aquí estamos ante un delito de *omisión* (impropia), ya que los padres no se limitan a permanecer *inactivos* ante la enfermedad de su hijo, *absteniéndose* de ingresarle en un hospital, sino que, por el contrario, *y ejecutando tres conductas activas, interrumpen procesos causales salvadores*, que, mediante las médicamente indicadas transfusiones de sangre, estaban dispuestos a practicar los médicos de tres hospitales distintos, transfusiones que, según se hace constar en la sentencia, habrían significado, al menos a corto plazo, “una alta posibilidad de supervivencia” del enfermo.

c) En el auto de 30 de marzo de 2001, A. 1672, el TS se ocupa de un supuesto en el que el recurrente, Oscar, “con la finalidad de facilitar la agresión ejercitada por Gerardo [sobre la víctima, José Ángel], se interpuso entre éste y los amigos de José Ángel y, esgrimiendo una navaja que movía de forma violenta de lado a lado, evitó que los amigos de José Ángel se acercaran al lugar donde éste estaba siendo agredido por José Ángel, por lo que tuvieron que retirarse ante el temor de sufrir algún tipo de herida con la navaja”.

El TS confirmó la sentencia de Oscar como *cómplice* de un delito de lesiones, sin detenerse a analizar que aquí la *participación delictiva* había adoptado la forma de interrupción de un curso causal salvador, ya que la aportación de aquél a las lesiones cometidas por el autor material había consistido en *impedir* las actuaciones de terceros que *hubieran podido evitar* la agresión que sufrió la víctima.

d) Finalmente, la sentencia del TS de 5 de octubre de 2001, A. 9045, también hace referencia a un supuesto de participación delictiva. Según el relato de hechos probados, el autor material, D., penetró vaginalmente con violencia a la víctima, Eva, mientras “Ch. [compañero de D.] sujetó al marido [de Eva] Harald para que no pudiera auxiliar a su esposa”. Como en la resolución anterior, también aquí estamos ante una participación delictiva consistente en la interrupción (ab initio) de un curso causal salvador, ya que la condena de Ch. por el TS como cooperador necesario de un delito de violación se fundamenta en que “si no hubiera obrado como lo hizo, Harald habría auxiliado a Eva y podría haber impedido las mencionadas penetraciones forzadas”.

B. Soluciones propuestas en la dogmática.

La doctrina absolutamente dominante no tiene dudas sobre cómo deben ser calificadas estas rupturas (ab initio o a posteriori) de cursos salvadores ajenos: como delitos de acción³¹ a los que se les deben imputar las eventuales lesiones producidas en los bienes jurídicos. Por consiguiente y por ejemplo: si A impide que B auxilie a X, porque le sujeta, porque le amenaza con un mal, porque le impide que utilice el teléfono, porque le engaña, diciéndole que X ya ha recibido asistencia, A respondería de un delito de homicidio por acción³², y *todo ello independientemente de si aquél a quien se impide realizar la acción de salvamento es garante o sólo está obligado*

³¹ Minoritariamente, Arthur Kaufmann/Hassemer, Silva y Seelmann estiman que aquí estamos ante delitos de omisión impropia (v. infra 3). V. Overbeck (n. 1), p. 331, Meyer-Bahlburg, GA 1968, p. 51, y Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 44, estiman, muy minoritariamente también, que quien rompe cursos salvadores ajenos debe responder sólo por una omisión propia.

³² O por una tentativa de homicidio si X, no obstante y por otros medios, consigue salvar la vida.

*a actuar, como omitente propio, sobre la base del art. 195 CP, e independientemente también de si es garante o no quien rompe el curso salvador*³³.

En lo que sigue, y partiendo de que la práctica totalidad de los autores considera la ruptura de cursos causales salvadores ajenos delitos de acción a los que hay que imputar el resultado típico, en el caso de que éste se produzca, se exponen las dos posiciones mayoritarias vigentes en la doctrina en función de si el *fundamento* de dicha imputación es que tales rupturas han *causado efectivamente* el resultado (infra 1), o de si, *aún admitiendo que esa relación causal no existe*, no obstante se llega a la misma calificación, argumentándose con el principio -análogo al de la (cuasi) causalidad de la omisión impropia- de que, si se suprime mentalmente la acción de ruptura, el resultado típico, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se habría producido (infra 2)³⁴. Finalmente (infra 3), nos ocuparemos de una tesis minoritaria que, como las otras dos, *también* llega a la imputación del resultado a quien rompe el curso salvador, pero por estimar que aquí estaríamos ante un caso de *omisión* (impropia).

1. La acción de ruptura constituye un delito de comisión, y el resultado debe ser imputado a dicha acción porque entre ésta y aquél existe una relación de causalidad.

Consideran que a la acción de ruptura de un curso salvador ajeno se le debe imputar el resultado, porque entre aquella y éste existe una efectiva relación de causalidad, y entre otros: *Traeger*³⁵, v. *Rohland*³⁶, *Frank*³⁷, *Engisch*³⁸, v. *Liszt/*

³³ Cfr., en este sentido, por todos: Armin Kaufmann (n. 3), pp. 196 ss.; Maurach/Gössel (n. 18), § 46 n. m. 50; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000, p. 472.

³⁴ Jescheck (LK, 11 ed., 1993 ss., antes del § 13 n. m. 90), Otto (n. 9, § 9 n. m. 8), Köhler (Strafrecht AT, 1997, p. 215), Wessels/Beulke (Strafrecht AT, 30 ed., 2000, n. m. 700), y Kühl (Strafrecht AT, 3ª ed., 2000, § 18 n. m. 20), entre otros, sin fundamentación alguna, es decir: sin especificar si entre la ruptura del curso salvador y el resultado existe o no relación de causalidad, se limitan a afirmar que en estos casos estamos ante un delito de acción y que el resultado debe ser imputado a quien rompe dicho curso.

³⁵ Cfr. n. 24, p. 605.

³⁶ V. n. 25, p. 363.

³⁷ Cfr. StGB, 18 ed., 1931, p. 17.

³⁸ V. Die Kausalität als Merkmal de strafrechtlichen Tatbestände, 1931, pp. 27/28: "Recordemos el ejemplo

*Schmidt*³⁹, *Mezger*⁴⁰, *Armin Kaufmann*⁴¹, *Stree*⁴², *Rodríguez Mourullo*⁴³, *Nickel*⁴⁴, *Samson*⁴⁵, *Puppe*⁴⁶, *Baumann/Mitsch*⁴⁷, *Jakobs*⁴⁸, *Cerezo*⁴⁹, *Muñoz Conde*⁵⁰, *Kühl*⁵¹ y *Rudolphi*⁵².

Las contradicciones de los que afirman una relación de causalidad entre la acción interruptora de un curso causal salvador y el resultado se ponen de manifiesto, como en ningún otro autor, en *Roxin*. Este, después de afirmar que “en los delitos de comisión, *en principio*, no tiene influencia en la causalidad ningún proceso causal hipotético”, establece, no obstante, “una pequeña limitación”⁵³ para los

de que un guardaguas sea narcotizado o atado, y que ahora no puede ya cambiar las agujas. Puede pensarse, además, en que alguien, que está a punto de salvar a quien se ahoga, sea sujetado ... Como podemos decir que estas personas, mediante un comportamiento apropiado, habrían impedido ciertas modificaciones que se producirían temporalmente más tarde (el choque, el ahogamiento), aquellas intervenciones de apartamiento (como negación de una negación, es decir: como negación de la evitación del resultado) y el resultado típico figuran entre sí en una relación conforme a las leyes de la naturaleza, y, con ello también, el comportamiento cuya causalidad se quiere examinar y el resultado”.

³⁹ Cfr. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, tomo I, 26 ed., 1932, p. 170 n. 1: “La causación de la no evitación es hacer positivo y no omisión. Ejemplo: A retiene violentamente a B, que quiere salvar a C”.

⁴⁰ V. Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2ª ed. 1933 (=3ª ed., 1949), p. 133 n. 13: “... naturalmente que la inhibición de un impulso o la evitación de la evitación del resultado no es omitir, sino hacer positivo”.

⁴¹ V. n. 4, p. 190. Cfr. también, pp. 195 ss, y el mismo, von Weber-FS, 1963, p. 219 n. 29.

⁴² Cfr. Hellmuth Mayer-FS, 1966, p. 158.

⁴³ Cfr. La omisión del deber de socorro en el Código Penal, 1966, p. 295.

⁴⁴ Cfr. Die Problematik de unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz “nullum crimen sine lege” (Art. 103 Abs. 2 GG), 1972, p. 44.

⁴⁵ Cfr. n. 16, p. 591.

⁴⁶ V. ZStW 92 (1980), pp. 903 ss.; la misma, NK, situación: 10ª entrega, 2001, antes del § 13 n. m. 98.

⁴⁷ Cfr. n. 20, § 15 n. m. 31: “Los casos en los que el autor, mediante una intervención activa, impide el éxito de un acontecimiento ya iniciado de evitación del resultado, no presentan ninguna clase de problemas jurídicos específicos de omisión. Se trata de un delito de comisión si, sin aquella intervención, el resultado típico hubiera sido evitado por el intento de salvación. Porque en ese caso la intervención impediende de la salvación es causal para el resultado típico” (cursiva en el texto original).

⁴⁸ Cfr. n. 8, 7/22.

⁴⁹ V. Curso de Derecho penal español PG, II, 6ª ed., 1998, pp. 55/56.

⁵⁰ Cfr. *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho penal PG, 4ª ed., 2000, p. 273.

⁵¹ Cfr. n. 13, § 18 n. m. 36.

⁵² Cfr. n. 12, antes del § 1 n. m. 4: “Con la ayuda de la condición conforme a las leyes de la naturaleza puede concebirse, sin esfuerzo, la causalidad en la ruptura de procesos causales salvadores. Si A rompe un proceso causal salvador, si, por consiguiente, y por ejemplo, impide a B que salve a C -que se está ahogando-, o si sujeta una tabla que la corriente lleva hacia C, y con la que C se hubiera salvado, entonces su acción se encuentra en una relación conforme a las leyes casuales con el ahogamiento de C en tanto en cuanto ha roto un proceso causal que, de acuerdo con nuestro saber empírico, habría evitado el resultado típico”. V. también *el mismo*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke de Ingerenz, 1966, p. 115.

⁵³ *Roxin*, Strafrecht AT I, 3ª ed., 1997, § 11 n. m. 22, cursivas añadidas. En el § 11 n. m. 52 *Roxin* vuelve a afirmar: “Como ya sabemos, en la causalidad de los delitos de comisión los procesos causales hipotéticos

supuestos de ruptura de cursos salvadores, donde, efectivamente, para poder establecer una conexión material entre la acción de ruptura y el resultado, hay que acudir a la consideración hipotética de que si A no *hubiera* retenido la tabla que la corriente dirigía hacia B, el resultado de muerte de éste -porque, *con mayor o menor probabilidad*, habría podido asirse al salvavidas-, no se habría producido. Con otras palabras: Si se quiere establecer una relación de causalidad entre acción de ruptura y muerte, entonces es imprescindible tener en cuenta el curso causal *hipotético -y no-real-* de qué es lo que *habría sucedido*, si -al no haber intervenido A- la corriente hubiera seguido arrastrando la tabla en dirección hacia el que se estaba ahogando.

Roxin expone de esta manera que en el *delito de comisión* de ruptura de cursos salvadores existe relación de causalidad, y que ésta se debe establecer teniendo en cuenta el proceso hipotético que habría acontecido si aquella acción no se hubiera efectuado: “El caso más difícil para la teoría de la equivalencia lo constituye la constatación (poco frecuente en la práctica) de la evitación de procesos causales salvadores. El autor retiene un bote neumático o un perro que se dirige hacia quien se debate en las aguas: la víctima, que si no se hubiera salvado, perece ahogada. O: alguien destruye una medicina que es la única que puede salvar a otra persona; o alguien secciona la manguera del servicio de incendios que habría apagado el fuego. Existe unanimidad en que en tales casos quien actúa debe ser castigado como autor de un delito consumado de comisión, si el proceso causal que ha impedido hubiera evitado el resultado típico con una probabilidad rayana en la seguridad. Lo que es dudoso es cómo es posible fundamentar la causalidad del agente. Ésta falta, si por causalidad se entiende una <fuerza activa> dinámica causante del resultado. En nuestros ejemplos sólo serían entonces causales el agua, la enfermedad o el fuego, mientras que la actuación humana no aparece en el proceso causal, sino

son, por lo general, irrelevantes”, queriendo decir con la expresión “por lo general” que en la ruptura de cursos salvadores hay que establecer la “pequeña limitación” de que ahí sí que son relevantes tales procesos hipotéticos.

que sólo aparta de éste obstáculos potenciales. A veces se deriva de una argumentación así la inidoneidad general del principio causal.- Pero un concepto causal así de <metafísico> no es el del Derecho. Este se conforma con la sucesión de acontecimientos conforme a las leyes de la naturaleza. Pues la evitación del acontecimiento salvador está condicionada conforme a las leyes de la naturaleza, de la misma manera como aquél habría evitado el resultado de acuerdo con las leyes generales. Si fuera de otra manera, entonces el autor no podría alcanzar con éxito, de ese modo, un plan perfectamente planeado. Ciertamente que esta constelación, en comparación con todos los demás casos de causalidad por comisión, presenta la peculiaridad de que, para constatarlo, hay que recurrir a un proceso causal hipotético: a la salvación que se habría producido si el autor no hubiera actuado. Pero esto no significa una refutación, sino sólo una puntualización del principio de que la conexión real de acontecimientos no puede ser nunca sustituida por procesos causales hipotéticos; pues aquí no se sustituye la actuación del autor por un proceso causal que se añade mentalmente, sino que únicamente se complementa. Dentro del marco de esa complementación hay que tener en cuenta, de todas formas, todas las circunstancias hipotéticas: y así, por ejemplo, el autor *no* es causal si derrama un suero que habría salvado la vida, <si éste, en cualquier caso, habría sido destruido por la acción del calor en el vuelo que lo transportaba al agonizante B>”⁵⁴.

2. La acción de ruptura constituye un delito de acción, y, a pesar de que entre aquélla y el resultado no existe relación de causalidad, no obstante el agente debe responder por dicho resultado, porque, con una probabilidad rayana en la seguridad, aquél no se habría producido si el autor no hubiera roto el curso causal salvador.

Frente a la posición de estos autores, otro sector de la doctrina, mucho menos numeroso, considera que entre la ruptura de un curso salvador y el resultado no existe una causalidad real, sino sólo una hipotética, aunque por lo general, y dado que en la comisión por omisión la doctrina dominante se conforma, para imputar el

⁵⁴ Roxin (n. 53), § 11 nn. mm. 32 y 33, cursiva en el texto original.

resultado, con que la acción omitida *hubiera podido evitarlo*, de ahí que tampoco presente muchas dificultades, sobre la base de esos mismo presupuestos, imputar también el resultado típico a la acción que interrumpe el curso salvador que, hipotéticamente, hubiera evitado el resultado. En este sentido se manifiestan, entre otros, *Grünwald*⁵⁵, *Kahrs*⁵⁶ y *Schmidhäuser*⁵⁷.

3. En la ruptura de cursos causales salvadores ajenos no existe ni un delito de acción ni una relación de causalidad, pero el autor debe responder igualmente por el resultado porque ha cometido una omisión impropia .

Finalmente, *Silva* estima que en la ruptura de cursos salvadores ni hay relación de causalidad⁵⁸, ni hay, tampoco, un delito de acción, pero mantiene, con la doctrina absolutamente dominante, que quien rompe dicho curso también debe responder por el resultado, pero en *comisión por omisión*, ya que aquella ruptura fundamentaría, en quien rompe el curso, una posición de garantía por injerencia⁵⁹.

C. Crítica.

Independientemente de la *solución* que puede darse a la ruptura de cursos salvadores ajenos, cuestión de la que me ocuparé infra D 4, lo que ya se puede decir es que de las tres *fundamentaciones* que hasta ahora ha ofrecido la doctrina

⁵⁵ Cfr. Das unechte Unterlassungsdelikt -Seine Abweichungen vom Handlungsdelikt-, tesis doctoral de Göttingen, 1956, p. 11 n. 5: “La ruptura de una serie causal que evitaría el resultado por lo general se reputa, sin reparos, como causal para este resultado, a pesar de que aquí también, a partir de la ruptura, se pronuncia un juicio sobre la sucesión pensada de acontecimientos pensados. La afirmación de que la ruptura de una <serie causal salvadora> sería causal para el resultado, es incorrecta. Esa incorrección es, por lo general, inocua; en el principio figura una cadena causal real que se origina a partir de una manifestación de voluntad, es decir, de una acción, y a ésta se le aplica una valoración de la misma manera que a la acción causante de un resultado. Sólo existe una peculiaridad: la constatación de la causalidad, que es una hipotética a partir del <punto de ruptura>, también aquí es sólo un juicio de probabilidad”.

⁵⁶ V. Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, p. 217 (“Si [el autor] ha actuado activamente, obstruyendo a quien estaba dispuesto a salvar, y si su comportamiento jurídicamente inobjetable habría consistido en permanecer pasivo, entonces es responsable del resultado, a pesar de que no ha causado el resultado en sentido científiconatural”), y passim

⁵⁷ Cfr. n. 16 (Lehrbuch), 8/76.

⁵⁸ Cfr. n. 21 (1986), pp. 228 ss.; 1994, pp. 33/34).

⁵⁹ Cfr. n. 21 (1986), pp. 240 ss. Para Arthur Kaufmann/Hassemer, JuS 1964, p. 156, quien interrumpe un curso salvador ajeno responde, como estima la doctrina dominante, por el resultado, pero no porque

para explicar *por qué al autor de le debe imputar el resultado*, ninguna de ellas puede convencer.

1. Crítica a los que fundamentan la imputación del resultado a la acción de ruptura porque se trataría de un delito de acción en relación de causalidad con la lesión del bien jurídico.

Para esta dirección doctrinal el sujeto, al impedir, ab initio o a posteriori, un curso casual salvador estaría cometiendo pura y simplemente un delito de acción. Es cierto que en estos supuestos estamos ante un comportamiento positivo en la medida en que el sujeto no se abstiene, sino que ejecuta un *movimiento corporal*; pero esta última circunstancia no legitima para afirmar que de lo que se trata aquí es de un delito de acción como otro cualquiera. Porque los delitos de acción que hasta ahora conocíamos no sólo se caracterizaban por que se llevaba a cabo un movimiento corporal, sino, *además*, por que ese movimiento corporal se encontraba en una relación causal fisiconatural con el resultado: el disparo (movimiento corporal de A) es el que, al penetrar en el corazón de la víctima, ha provocado *materialmente* su muerte. En cambio, en la ruptura de cursos salvadores el movimiento muscular *no causa fisiconaturalmente* la muerte, sino que sólo impide que un proceso causal que *podría* haber salvado la vida de otra persona haya entrado en juego: existe una diferencia ontológica esencial entre lo que hasta el momento se había considerado en Derecho penal un indubitado delito de acción (A *ahoga* a B, *sumergiéndole* la cabeza en el agua hasta que perece asfixiado), y lo que ahora también se nos pretende hacer pasar por un delito de acción: si A impide que llegue a X el salvavidas que B ha arrojado para rescatarle, A no le ha ahogado *materialmente*, sino que sólo ha impedido que desplegara sus efectos un proceso causal que podría haberle salvado, con mayor o menor probabilidad, dependiendo de la presencia de ánimo de X, y, también, del estado más o menos enfurecido del

cometa un delito de acción, sino uno -y tal como mantiene también Silva- de omisión impropia. Cfr. también Seelmann (n. 10), § 13 n. m. 35: "Por faltar la conditio sine qua non, aquí [en la ruptura de cursos salvadores ajenos] hay que partir de una omisión".

mar, lo que significa, además, que así como en el *tradicional* delito de acción existe *seguridad* de que es el movimiento muscular el que ha producido la modificación en el mundo exterior del resultado típico, en estos *supuestos* delitos de acción ni siquiera puede acreditarse que esa lesión del bien jurídico pueda reconducirse, con absoluta seguridad, al movimiento corporal de ruptura del curso salvador.

Ciertamente que, entre los autores que afirman que en estos supuestos estamos ante un delito de acción que se encuentra en relación de causalidad con el resultado, figuran aquéllos que también consideran a las condiciones negativas -a las omisiones-causales para el resultado, por lo que, para dichos autores, no sería tan inconsecuente sostener que quien impide una condición evitadora coloca, con ello, una condición negativa de ese resultado. La inconsecuencia es manifiesta, en cambio, en aquellos otros autores que, a pesar de que sostienen que las condiciones negativas no figuran en conexión material con el resultado, establecen una *excepción* para estos casos en el sentido de que la ruptura de cursos salvadores sería causal para la lesión del bien jurídico, a pesar de que, como mucho, esa ruptura sólo podría ser considerada como una condición negativa⁶⁰.

Por consiguiente y para concluir: Equiparar la causalidad del delito tradicional de acción con la interrupción de cursos salvadores ajenos supone incluir en un mismo concepto (delito de comisión) dos fenómenos completamente distintos, que sólo tienen en común que, en ambos casos, el autor realiza un movimiento muscular: pero, mientras que en aquél existe una causalidad fisiconatural entre ese movimiento y el resultado típico (la muerte de B es reconducible materialmente a A, que ha sumergido a B en el agua hasta ahogarle: causalidad real y no hipotética), en la ruptura de cursos salvadores ésta no constituye una aplicación de energía que se transforma mecánicamente en la producción del resultado, sino que se limita a impedir la entrada en juego de una cadena causal que, tal vez, habría impedido el

⁶⁰ Sobre esta contradicción ha llamado la atención, con razón, Puppe, ZStW 92 (1980), p. 898: “Esto incluso lo reconocen los enemigos de incluir la negación en las explicaciones causales cuando en la ruptura de procesos causales salvadores ... fundamentan la imputación, en última instancia, en un <hecho negativo>”

resultado. Y de la misma manera que una condición negativa no es causa material del resultado, por lo que, como he tratado de demostrar en otro lugar⁶¹, las omisiones no están en relación de causalidad con aquél, tampoco puede ser causal una intervención activa cuya eficacia en el mundo exterior se agota en la permanencia de una condición también negativa del resultado: se agota en que el envenenado *no* puede ingerir el antídoto, o en que el bote *no* alcance a quien se está ahogando. Por lo demás, y a diferencia de la causalidad real del auténtico delito de comisión, donde la conexión entre acción y resultado se puede establecer con absoluta seguridad (A ha muerto *porque* B le ha disparado), en la ruptura de cursos salvadores se hace necesario acudir a la especulación hipotética de si el resultado se habría producido o no en el caso de que ese curso no hubiera sido interrumpido. Con ello reaparecen todos los problemas de imputación del resultado característicos de la omisión impropia (¿habría salvado el enfermo A la vida, si B no hubiera impedido al médico C tratarle, o la muerte, teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad, habría sobrevenido en cualquier caso, aún sin interrupción del curso salvador?), y con los que, como he expuesto en otro lugar⁶², se tienen que enfrentar todos los procedimientos hasta ahora ideados para poner en conexión una condición negativa con una modificación del mundo exterior (¿hay que exigir probabilidad rayana en la certeza, o seguridad de evitación del resultado, o solamente disminución del riesgo de lesión?).

2. Crítica a los que, negando la relación de causalidad entre la ruptura del curso salvador ajeno y el resultado, y acudiendo a un procedimiento análogo al que rige para la omisión impropia, imputan el resultado a aquella ruptura siempre que, sin ésta, la lesión, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se hubiera producido.

Como hemos visto, esta segunda dirección doctrinal estima, igualmente, que la ruptura del curso causal salvador supone un delito de acción al cual se le debe imputar el

⁶¹ Cfr. Gimbernat, ADPCP 2000, pp. 41 ss.

⁶² V. Gimbernat (n. 61), pp. 49 ss.

resultado producido. Pero esa imputación no derivaría de que aquí estaríamos ante un movimiento muscular *causante* del resultado, sino de la circunstancia de que, si suprimo mentalmente la intervención interruptora, el resultado (de muerte) no se habría producido, ya que la víctima se habría podido asir al flotador. El fundamento de por qué en estos supuestos, no obstante reconocerse la ausencia de causalidad fisiconatural entre acción y resultado, éste puede ser reconducido a aquélla, se establece con un razonamiento análogo al que rige para la omisión impropia: si en ésta, y a pesar de que la inactividad no causa el resultado, se responde de su producción, porque la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría impedido la lesión, no existiría inconveniente en argumentar de manera parecida para la ruptura de cursos salvadores: si el sujeto *no hubiera actuado* -no hubiera roto el curso salvador-, entonces, con una probabilidad rayana en la seguridad, el resultado tampoco se habría producido.

Contra esta tesis hay dos cosas que objetar.

En primer lugar, que al tener que acudir a un proceso causal hipotético (¿se habría evitado el resultado si el autor no hubiera roto el curso causal salvador?), tiene que enfrentarse con todos los inconvenientes que se le presentan, como he expuesto en otro lugar⁶³, a todos los que en la omisión impropia operan con una fórmula más o menos adaptada de la *conditio sine qua non*, y con los que se tienen que enfrentar también -como acabamos de ver supra 1- los que mantienen que entre ruptura del curso salvador y resultado típico existe una efectiva causalidad material.

Y, en segundo lugar, que, a diferencia de la tesis criticada supra 1, que, aunque equivocada, al menos proporciona una *fundamentación*, porque si fuera cierto -que no lo es- que la ruptura del curso salvador causa materialmente el resultado, entonces, *de acuerdo con los principios que rigen para los delitos de comisión*, estaría fuera de discusión que el autor debería responder por dicho resultado, en cambio la

⁶³ V. Gimbernat (n. 61), pp. 49 ss.

dirección doctrinal que ahora nos ocupa pasa por alto que, *de acuerdo con los principios que rigen para la omisión impropia*, no basta con que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que se exige, además, que en el autor concurra la condición de *garante*, por lo que habría que explicar -lo que hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, ni siquiera se ha intentado- por qué hay que equiparar a un garante, analógicamente, a quien, sin serlo, se limita a intervenir activamente en un curso salvador.

3. Crítica a la solución de la omisión impropia.

Como hemos visto supra B 3, *Silva* mantiene que en estos casos el autor debe responder por el resultado porque, al romper el curso salvador, se convierte en garante por injerencia, por lo que, al omitir posteriormente la acción que habría evitado el resultado, éste, siguiendo las reglas de la comisión por omisión, se le debe imputar igual que si lo hubiera causado mediante un movimiento corporal.

Pero esta tesis tampoco puede convencer. La injerencia se caracteriza por que un hacer precedente -por ejemplo, abrir una zanja- obliga al autor a actuar para evitar los daños que puedan derivar de esa acción previa peligrosa -en nuestro ejemplo: a señalarla durante la noche-. Pero si el sujeto rompe el curso salvador porque dispara contra el bote neumático -hundiéndolo- que se aproximaba a quien se estaba ahogando, o porque destruye la ampolla que contiene la medicina que podría salvar la vida del enfermo, su ulterior *inactividad* -que es a la que *Silva* trata de vincular la imputación del resultado- no puede fundamentar una omisión impropia. Pues la omisión -como especie del *comportamiento pasivo* en general-⁶⁴ se caracteriza por que el sujeto deja de realizar una *acción posible* que habría evitado el resultado. Y, naturalmente, si el bote se ha hundido ya, y si la medicina ha sido destruida, entonces *no existe tampoco oportunidad* de salvar, mediante una *acción posible*, el bien jurídico, y, por ello, *en el autor no concurre, conceptualmente, ninguna omisión* a la que poder vincular la responsabilidad por el resultado.

⁶⁴ V. Gimbernat, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990, pp. 186 ss.

E. Toma de posición.

1. Introducción.

Para solucionar todos los problemas planteados, lo mejor es partir de supuestos de hecho cuya *calificación final* esté, *intuitivamente*, fuera de discusión, aunque todavía no sepamos cómo fundamentar esa calificación. Si una persona, mediante engaño, violencia o intimidación, evita que una madre alimente a su hijo, falleciendo éste, si una persona, acudiendo a los mismos medios, impide que un médico practique la operación a un enfermo grave, que muere entonces sin que se le haya podido aplicar la terapia quirúrgica adecuada, es *obvio* que esas personas que han obstaculizado los cursos salvadores ajenos deben responder por los resultados producidos (muerte del bebé, fallecimiento del paciente).

2. Una tercera forma de realización del tipo junto al delito de acción y a la comisión por omisión: la ruptura de cursos salvadores.

El desconcierto de la doctrina ante este grupo de casos se pone de manifiesto en que la teoría prácticamente unánime (supra B 1 y 2) mantiene que aquí estamos ante un *delito de acción*, a pesar de que, como ya he expuesto anteriormente, esta interrupción de cursos salvadores ajenos presenta una *estructura distinta* de la del delito de acción, ya que en éste es el movimiento corporal el que ha causado fisiconaturalmente el resultado (se mata a otro de un disparo en el cerebro), y ya que, por ello, existe también la *seguridad* de que es aquél el que ha provocado éste, mientras que en la ruptura de cursos salvadores ajenos la acción no causa fisiconaturalmente el resultado (quien sujeta al cirujano no produce materialmente la muerte del paciente que ha fallecido a consecuencia de su enfermedad), sino que se limita a evitar una acción hipotética: la intervención potencial del cirujano, que, con una probabilidad más o menos rayana en la certeza, habría evitado el resultado, por lo que -igualmente a diferencia de lo que sucede en el delito de acción- tampoco existe la seguridad de que la muerte pueda reconducirse efectivamente al movimiento corporal de ruptura.

La tesis minoritaria de *Silva* (supra B 3) de que en estos supuestos estaríamos ante una omisión impropia, y de que, por consiguiente, también se podría imputar el resultado sobrevenido al que ejecuta la interrupción del curso salvador, elude las contradicciones de quienes mantienen que estos supuestos constituyen un delito de acción, pero al precio de considerar una comisión por omisión un grupo de casos que tiene una *estructura distinta* de la omisión impropia, pues mientras que en ésta el *garante* se limita a *no-ejecutar* una acción que podría haber evitado el resultado, los supuestos que ahora nos ocupan se caracterizan porque el autor es un no-garante que, además, *ejecuta dolosamente una acción* a la que se reconduce el resultado⁶⁵.

Y, sin embargo, y a pesar de su escasa fuerza de convicción, las soluciones que propugnan tanto la teoría dominante como *Silva* tienen una justificación. Porque si, de acuerdo con el aparato dogmático vigente, el tipo del homicidio (“matar”), por ejemplo, sólo se puede realizar de *dos maneras*: bien mediante una acción causante del resultado, bien omitiendo la acción debida, entonces habrá que incluir en una (delito de acción) o en otra (delito de omisión impropia) categoría a la interrupción de cursos salvadores ajenos para poder justificar por qué en estos supuestos al sujeto *también* se le imputa el resultado.

Pero si la interrupción de cursos salvadores es una *acción*, que no constituye un *delito de acción*, porque el sujeto no causa materialmente el resultado, ni tampoco uno de *omisión impropia*, porque el sujeto no se limita a no-hacer, sino que, por el contrario, *hace un algo al que es reconducible el resultado*, entonces ello quiere decir que existe una *tercera forma*, distinta de las dos anteriores, *de realizar el tipo*, a saber: la de interrumpir cursos causales salvadores ajenos, una tercera forma que, a pesar de su incomparablemente menor trascendencia práctica -porque la manera habitual de realizar un tipo de resultado es, bien mediante una acción causante del mismo, bien mediante una omisión impropia-, debe ser analizada

⁶⁵ Para una ulterior crítica de la tesis de *Silva* cfr. supra C 3.

diferenciadamente, para poder determinar cuándo, y por qué motivos, se puede decir de una interrupción de cursos salvadores que es subsumible en, por ejemplo, la descripción legal del homicidio.

3. Otra vez: la ruptura de cursos salvadores propios.

Una vez establecido que en estos casos estamos ante una *tercera forma de realización del tipo*, distinta de la del delito de acción, y distinta, también, de la del delito de omisión impropia, lo primero que hay que decir es que, en contra de la distinción de la doctrina dominante, la línea divisoria en las interrupciones de cursos salvadores no discurre, desde un punto de vista material, entre aquéllas que rompen uno propio y aquellas otras que lo hacen de uno ajeno, ya que tanto de una manera como de la otra se puede realizar un tipo de resultado.

En la ruptura de cursos salvadores propios, la indiferenciada -y equivocada- solución que reciben de la doctrina dominante procede de que aquélla ha planteado *parcialmente* los problemas, ya que *todos los supuestos que se manejan* para la discusión dogmática hacen referencia a casos en los que un *omitente propio* interrumpe un curso causal puesto en marcha por él mismo, y que estaba dirigido a satisfacer la obligación *estrictamente juridicopenal* que le imponía, bien el art. 195 (el no-garante retira el bote salvavidas que previamente había arrojado para salvar a quien se estaba ahogando), bien el art. 450.2 CP (el no-garante, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el art. 450.2, la reclama con éxito, impidiendo así que su contenido llegue al conocimiento de la policía), dividiéndose la doctrina -si prescindimos de la solución propuesta por *Silva* [supra I B 2 c)], en el sentido de que estos casos integran una omisión impropia- entre aquéllos que consideran que aquí estaríamos ante una omisión propia [supra I B 2 a)], y aquellos otros que mantienen que la interrupción de cursos salvadores propios debe recibir el mismo tratamiento juridicopenal que el de los ajenos, y que, por consiguiente, la calificación correcta sería la de considerarlos un delito de acción en el que se respondería por el resultado sobrevenido [supra I B 2 b)].

Pero a la doctrina le ha pasado desapercibido -al menos, por lo que alcanzo a ver- que la ruptura de cursos salvadores propios no sólo es imaginable en supuestos en los que quien interrumpe ese curso es un no-garante, sino también en otros en los que quien lo hace ostenta la condición de garante; por ejemplo: la madre, que se da cuenta que su hijo pequeño se está ahogando en un apartado lago, después de arrojar un salvavidas atado a una cuerda, y cuando el niño previsiblemente podría haber salvado la vida, asiéndose a él, retira ese salvavidas, pereciendo aquél.

Cuando el que lleva a cabo esta conducta interruptora es un no-garante, ya he expuesto supra I C que no existe obstáculo alguno gramatical -ni material- para mantener que ese comportamiento constituye un no-auxilio, y que, por ello, puede subsumirse sin ulteriores dificultades en el tipo del art. 195. Pero en el caso que ahora nos ocupa la conducta de la madre debe ser subsumida, no en una simple omisión del deber de socorro, sino en un delito contra la vida y, con ello, en el verbo típico “matar”. Si se acepta la tesis que he mantenido en otras publicaciones⁶⁶ de que sólo estamos ante una omisión impropia “cuando el [garante] encargado de vigilar una fuente de peligro preexistente prescinde de aplicar las medidas de precaución oportunas para que este foco de peligro, que posteriormente causa el resultado, no se transforme de uno permitido en uno antijurídico, o para -en el caso de que se hayan sobrepasado ya las fronteras del riesgo permitido- reconducirlo al nivel conforme a Derecho”⁶⁷, entonces es evidente que existe una *identidad estructural* entre la *omisión* de la madre que *no arroja* el salvavidas para salvar a su hijo pequeño que se está ahogando en el lago en el que accidentalmente se ha caído (un caso indubitado de *omisión impropia*, porque la garante no ha aplicado la medida de precaución que, dadas las circunstancias, habría mantenido el “foco de peligro niño” dentro del riesgo permitido), y la acción de la garante de interrumpir un curso salvador propio, porque, al arrojar el salvavidas, el “foco de peligro niño”,

⁶⁶ Por ejemplo, en Gimbernat, RDPC 4 (1999), pp. 525-553; el mismo, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, 2001, pp. 365 ss.

⁶⁷ Gimbernat (n. 66, 2001), p. 366.

que estaba a su cargo, se estaba manteniendo dentro de lo que, teniendo en cuenta las dramáticas circunstancias del supuesto, se podría considerar el riesgo permitido, riesgo que se ve desestabilizado, convirtiéndose en prohibido, y desembocando entonces en la lesión del bien jurídico vida, cuando la madre, al retirar el salvavidas, resuelve romper el curso salvador que ella misma había puesto en marcha.

Con otras palabras: Como un garante puede desestabilizar de dos formas distintas un foco de peligro preexistente a su cuidado, convirtiéndolo así de permitido en prohibido, a saber: *no aplicando* la medida de cuidado exigida (omisión impropia), o bien *rompiendo activamente* un curso salvador propio que había establecido -o, en su caso, restablecido- el nivel de riesgo permitido, de ahí que si ese foco de peligro por encima del riesgo tolerado por el Derecho desemboca en la lesión de un bien jurídico (el niño se ahoga), de ese resultado deba responder penalmente, en ambos casos, el garante, ya que es a su inactividad (en la comisión por omisión) o a su actividad (en la ruptura de cursos salvadores propios) a las que hay que reconducir normativamente la transformación del foco de lícito en ilícito.

4. La ruptura de cursos salvadores ajenos debe ser sometida también a soluciones diferenciadas.

Una vez que hemos distinguido, dentro de la ruptura de cursos salvadores *propios*, entre aquéllos que constituyen una omisión propia, porque quien ejecuta la interrupción es un no-garante (el particular no-garante resuelve retirar el salvavidas que previamente había arrojado a quien se estaba ahogando), y aquellos otros que suponen la realización del tipo del homicidio o del asesinato (“matar”), *mediante una tercera forma de realización típica* -justamente la de interrupción de un curso salvador-, porque dicha ruptura es llevada a cabo por un garante (es la madre-garante quien efectúa la misma conducta de retirada del salvavidas, que podría haber evitado la muerte del hijo pequeño por ahogamiento), es posible abordar ya la solución o soluciones que deben darse a la ruptura de cursos salvadores *ajenos*.

A diferencia de lo que sucede en la ruptura de cursos salvadores *proprios*, en donde, como ya se ha expuesto, la doctrina *sólo* opera con ejemplos en los que es un no-garante quien rompe el proceso que el mismo había puesto en marcha, en la de cursos salvadores ajenos los casos objeto de discusión por la ciencia abarcan tanto supuestos en los que un no-garante rompe el curso salvador de otro no-garante (C se apodera de la llave de encendido del vehículo, cuando el camionero A [no-garante] se disponía a trasladar al hospital al infartado B; B impide por la fuerza a A [no-garante] que éste arroje el flotador que podría salvar a X de morir ahogado), como aquellos otros en los que el protagonista de la interrupción sigue siendo un no-garante, pero en los que el curso casual que se interrumpe es el que ha iniciado o se dispone a iniciar un garante (A impide al enfermero B [garante] que administre al envenenado el antídoto que podría salvarle la vida; un particular actúa violentamente sobre un guardabarreras [garante], evitando así que éste pueda bajar las vallas). Para la doctrina dominante, sin embargo, esta distinción no tiene ninguna repercusión práctica -por ello, posiblemente, tampoco había sido establecida hasta ahora-, ya que tanto si el curso salvador que se interrumpe va a ser -o ha sido- ejecutado por un no-garante como por un garante, la solución que se propone es *unitaria*: quien rompe ese curso salvador comete, con ello, un delito de acción y responde, en consecuencia, por el resultado típico sobrevenido⁶⁸.

Independientemente de si en la ruptura de cursos salvadores ajenos el resultado debe ser imputado a quien rompe ese curso, lo que en cualquier caso debe ser rechazada es la fundamentación de que ello se deduce de que aquí estaríamos ante un delito de acción: como he expuesto supra C 1 y 2, y E 2, hay que mantener, por el contrario, que aquí no concurre un delito de acción, sino, como mucho, una tercera y nueva forma de realizar el tipo, a saber: la forma de la interrupción de cursos causales, por lo que es preciso seguir profundizando en esta ulterior modalidad de realización típica para poder determinar cuándo y por qué se le puede imputar el

⁶⁸ En lo que sigue, y por tratarse de una tesis minoritaria, prescindo de la formulada por Silva de que aquí estaríamos ante una omisión impropia, y de la que ya me he ocupado, rechazándola, supra D 3.

resultado a dicha interrupción. A estos efectos, hay que distinguir tres variantes de interrupción de cursos casuales ajenos: ruptura por un no-garante del curso causal desencadenado por otro no-garante, ruptura por un no-garante del desencadenado por un garante, e interrupción por un garante de la cadena casual puesta en marcha por un no-garante.

a) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante.

Cuando un no-garante rompe el curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante (C se apodera de la llave de encendido del vehículo, cuando el camionero no-garante A se disponía a trasladar al hospital al infartado B), en mi opinión la conducta de aquél debe ser calificada de una omisión propia del art. 195. Ello es así, porque el enfermo no constituía un foco de peligro preexistente ni al cuidado de quien iba a ayudarlo (del camionero) ni de quien interrumpe la acción salvadora de éste (del que se apodera de la llave de encendido), por lo que a ninguno de los dos les incumbía la responsabilidad de que un peligro generado por la naturaleza (el infarto) se mantuviera dentro del riesgo permitido, esto es: con asistencia médica.

Por ello, en este caso la acción interruptora del curso causal no se puede subsumir en el verbo típico “matar”, ya que *no equivale materialmente* ni a la de quien, mediante un movimiento corporal, causa fisiconaturalmente una muerte, ni tampoco a la inactividad del omitente impropio que tiene que cuidar del mantenimiento de un foco de peligro dentro de los límites del riesgo permitido, esto es, y por ejemplo: a la del médico que, con dolo de matar, desatiende al enfermo que ha sido confiado a su cuidado: la ruptura del curso casual ajeno por parte de C ha de ser considerada, por consiguiente, un no-auxilio del enfermo, que cumple el tipo de la omisión de socorro, ya que, tal como se ha expuesto supra I C, *excepcionalmente* es posible subsumir *directamente* determinados comportamientos activos (como lo es éste de *interrumpir positivamente* la cadena causal salvadora que iba a iniciar un no-

garante) en el art. 195, sin que ello suponga vulnerar el sentido gramatical posible de las palabras legales.

b) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante.

Cuando un no-garante rompe el curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante (A impide al enfermero B [garante] que administre al envenenado -quien, finalmente, muere a consecuencia de la ingestión del producto tóxico- el antídoto que podría haberle salvado la vida; un particular actúa violentamente sobre un guardabarreras [garante], evitando así que éste pueda bajar las vallas, sobreviniendo una colisión entre el tren y un automóvil que cruzaba el paso a nivel, y falleciendo el conductor del vehículo), la conducta del primero, en la tercera modalidad de realización de un tipo de resultado por interrupción de un curso salvador, ha de ser subsumida dentro del verbo legal “matar”.

Ciertamente que el no-garante no ha causado fisiconaturalmente el resultado “muerte”, y que, tampoco, y por definición, e independientemente de que no ha omitido nada, sino que *ha actuado* rompiendo un curso salvador, tenía obligación extrapenal alguna de mantener el correspondiente foco de peligro dentro del riesgo permitido. Pero al impedir la actuación del garante (del enfermero o del guardabarreras), que sí que tenía esa obligación, y que la iba a cumplir –o que la estaba cumpliendo ya-, ha desempeñado un papel en el acontecimiento delictivo que debe ser subsumido en la conducta típica de “matar”, ya que, quien es responsable de que, quien tenía obligación de hacerlo, no pueda actuar (porque se le engaña, o se le amenaza, o se le somete por la fuerza), asume, con ello, el deber del correspondiente garante de mantener el foco de peligro dentro del riesgo permitido, en cuanto que la circunstancia por la que aquél no ha podido cumplir con dicha obligación es reconducible, única y exclusivamente, a quien ha interrumpido el curso salvador ajeno.

c) Ruptura por un garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un no-garante.

Estos supuestos no han sido examinados nunca, en particular, por la doctrina, lo que, naturalmente, no puede sorprender, porque si, de acuerdo con la teoría dominante, la interrupción de cursos salvadores ajenos fundamenta *siempre* la responsabilidad por el resultado sobrevenido, entonces es indiferente que quien rompa ese curso ostente o no la condición de garante.

En cambio, según la tesis que aquí se defiende, en la interrupción de cursos causales ajenos hay que examinar diferenciadamente cada una de las variantes que se pueden presentar, y como hasta ahora he llegado a la conclusión de que, en los supuestos en los que un no-garante interrumpe el curso salvador de otro no-garante, aquél debe responder por una omisión propia, y de que, en aquellos otros en que es un no-garante el que rompe el curso causal de un garante, el primero debe responder por el resultado sobrevenido, la tercera variante que queda por examinar es aquella en la que es un garante el que impide la acción salvadora de un no-garante. Como ejemplo de este último grupo de casos puede servir el del padre no-nadador (garante) que impide por la fuerza que un particular no-garante se lance a la piscina para salvar de perecer ahogado al niño hijo de aquél. Que, si el hijo se ahoga, el padre debe responder por un delito contra la vida, es fácil de fundamentar. Porque si el padre, como garante, debe cuidar de que el foco de peligro niño no experimente una desestabilización hacia el riesgo prohibido que desemboque en la lesión del bien jurídico a su cargo, es evidente que el incumplimiento de esa obligación puede manifestarse de dos maneras: bien omitiendo lanzarse al agua de la piscina para salvar a su hijo, si es que el padre sabe nadar, bien impidiendo que otro lo haga en el caso de que se trate de un padre no nadador.

Por lo demás, si el garante que impide un curso salvador iniciado o que se va a iniciar por un no-garante responde por el resultado sobrevenido, con mayor motivo incurrirá en *la misma responsabilidad* si dicho curso se iba a ejecutar o se estaba

ejecutando ya por otra persona que ostentaba, asimismo, la condición de garante, supuesto de hecho este último del que puede servir de ejemplo el del padre (garante) que, mediante engaño, coacción o aplicación de violencia, impide que su hijo siga siendo tratado de una grave enfermedad por el médico (garante también) que le estaba atendiendo.

d) Otra vez: la interrupción de cursos causales salvadores en la jurisprudencia española.

Anteriormente (supra II A 2) hemos expuesto cuatro casos resueltos por el Tribunal Supremo que deben ser enmarcados dentro de la ruptura de cursos causales salvadores.

En el supuesto del marido que engaña al facultativo que se dispone a atender médicamente a la esposa de aquél –que había ingerido previamente un veneno, desistiendo posteriormente de sus propósitos suicidas- interrumpiendo así un tratamiento (un curso causal salvador) que habría podido restablecer la salud de la mujer, nos encontramos ante un caso en el que ese curso causal salvador va a ser iniciado por un médico que ha asumido el cuidado terapéutico de la paciente (que va a ser iniciado, por consiguiente, por un *garante*), por lo que la conducta del marido⁶⁹, de acuerdo con lo que se acaba de exponer supra 4 b) (ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o va a iniciar un garante), es constitutiva de un homicidio consumado, que no se ha cometido ni mediante un delito de acción (la mujer no fallece por un movimiento corporal del autor en relación de causalidad con el resultado muerte: se muere a consecuencia de una intoxicación que la víctima se ha provocado a sí misma), ni mediante otro de omisión (el marido

⁶⁹ Para la doctrina dominante, el marido que interrumpe el curso casual sería también -junto con el médico-garante. En contra, sin embargo, Gimbernat (indicaciones supra n. 67), para quien los familiares solamente cometen una omisión impropia cuando han asumido previamente el cuidado de otro familiar que se encuentra en una situación preexistente de vulnerabilidad (por ejemplo, del hijo pequeño que no puede alimentarse por sí mismo, o del adulto enfermo cuyos cuidados continuos les han sido encomendados con anterioridad a los hijos o al cónyuge).

no se limita a permanecer inactivo ante el autoenvenenamiento), sino precisamente mediante una tercera forma, nueva y distinta, de realización del tipo.

En el caso de los padres testigos de Jehová que interrumpen en tres hospitales distintos las transfusiones de sangre que iban a practicar a su hijo los médicos de esos hospitales, tanto los padres -que están obligados al cuidado del niño menor de edad-, como los facultativos -que se han hecho cargo del cuidado del enfermo-, son garantes, por lo que estamos ante un caso de interrupción de un curso causal salvador por parte de un garante sobre otros garantes. De acuerdo con lo expuesto supra 4 c) in fine, los progenitores son responsables de un homicidio doloso consumado; pero no, como había estimado el TS, en comisión por omisión (ya que los padres no se limitan a permanecer inactivos ante la enfermedad del hijo, sino que, *mediante una acción*, rompen un curso causal salvador que podría haber llevado a la curación de aquél), ni tampoco por un delito de acción (puesto que el enfermo fallece de su dolencia, y no a consecuencia de un proceso causal desencadenado por un movimiento corporal de los progenitores): el homicidio se comete en virtud de un comportamiento típico distinto, que no coincide en su estructura ni con el delito de acción ni con el de omisión impropia.

Cuando la conducta del partícipe consiste en impedir que un tercero o terceros puedan defender a la víctima frente a su agresor, tal como sucede en los supuestos de hecho del auto del TS de 30 de marzo de 2001 y de la sentencia del TS de 5 de octubre de 2001 [supra II A 2 c) y d)], dicho comportamiento -independientemente de si en quien interrumpe el curso causal salvador y en quienes se disponían a iniciarlo concurren o no la condición de garantes- es subsumible, sin más, y sin forzar para nada el sentido literal posible de las palabras, en el art. 28 a) (cooperación necesaria) o en el art. 29 (complicidad) del Código Penal, ya que, al impedir que otras personas puedan auxiliar a la víctima, con ello están “cooperando a la ejecución” de las lesiones, en el primer caso, y de la violación, en el segundo. Pero esa cooperación no consiste en un movimiento corporal en relación de causalidad con

el resultado (como el del cooperador que entrega el bate de béisbol con el que el autor material golpea a la víctima), ni tampoco en una inactividad (como la de la madre que no hace nada para evitar que el padre viole a la hija común), sino en una tercera modalidad de participación caracterizada por que *se facilita (y coopera a)* la ejecución del hecho principal interrumpiendo activamente intervenciones de terceros que podrían haber evitado el resultado.

III. Desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo.

A. Exposición del problema. Las distintas soluciones.

1. En los años 60 del siglo pasado, y a consecuencia de los progresos de la medicina, y de la capacidad de las unidades de vigilancia intensiva de poder mantener con vida a enfermos desahuciados, que hasta entonces, y sin la ayuda de esos modernos medios de reanimación, no habrían podido sobrevivir, la doctrina penal se plantea hasta qué punto es lícito desconectar los instrumentos médicos que están manteniendo con vida a un paciente (tubos, sondas, catéteres, respiradores) para impedir la prolongación inútil de una agonía, de quien, sin embargo, todavía no ha fallecido, ya que presenta aún actividad cerebral. De acuerdo con los conceptos penales tradicionales, esa desconexión aplicada a un enfermo aún con vida constituiría un indubitado delito de *acción* en relación de causalidad con la muerte, y, por consiguiente, y con ese movimiento corporal, el médico se haría responsable de un asesinato por comisión. Esta posición la defiende todavía en 1968, *a problemáticamente*, *Bockelmann*, polemizando con las tesis acabadas de establecer, en ese mismo año, por *Geilen*, y de las que nos vamos a ocupar inmediatamente.

Bockelmann escribe lo siguiente⁷⁰: “¿Qué es una intervención activa homicida? Lo es no sólo la inyección de veneno, lo es no sólo la puñalada o la incisión. La

⁷⁰ Strafrecht des Arztes, 1968, p. 112.

retirada de un vendaje o deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia, con toda seguridad que también lo son. Pero con ello queda claro que la desconexión de un reanimador, en un momento en el que aún no es seguro si se ha producido la pérdida irreversible de la función cerebral, es igualmente una acción activa de muerte, y no sólo la omisión de ulteriores medidas dirigidas a la prolongación de la vida”. Y concluye *Bockelmann*⁷¹: “Porque, prescindiendo de la diferencia entre hacer y omitir, el deber del médico de mantener la vida tampoco desaparece frente a la vida no merecedora de ser vivida. No sólo porque el concepto de vida no merecedora de ser vivida es moral y politicojuridicamente sospechoso, sino porque, en cualquier caso, es demasiado indeterminado como para que pudiera apoyarse en él una argumentación jurídica convincente”.

Con esa argumentación *Bockelmann* intenta rebatir una tesis que acababa de ser formulada, por primera vez, por *Geilen*⁷²: “Si, por ejemplo, se pone de manifiesto que el cerebro está irreversiblemente dañado y que, en consecuencia, no existe ya posibilidad de recuperar al paciente para cualquier función vital espontánea o para que vuelva a la consciencia, entonces la terminación de los intentos de reanimación -incluso para un concepto de muerte que no se identifique con la muerte cerebral- constituye una forma permitida de eutanasia pasiva”. Y continúa *Geilen*⁷³: “Sería prestar demasiada atención a lo que figura en un primer plano, convertir el movimiento corporal aislado [la desconexión] en el centro de sustentación del enjuiciamiento juridicopenal. De la misma manera que el médico sólo <omite> cuando interrumpe una medida de reanimación empezada con movimientos de masaje, o cuando prescinde de repetir la administración de inyecciones mantenedoras de la vida, también es sólo <omitir> cuando interrumpe, en un plano técnico superior, el trabajo de una máquina. Para el médico el aparato no es otra cosa que su <mano alargada> ... En ultima instancia, lo que debe ser decisivo es si

⁷¹ (n. 70), p. 114.

⁷² FamRZ 1968, p. 126.

⁷³ (n. 72), p. 126 n. 35.

se le deja a la naturaleza que siga su curso. Si es este el caso, entonces se trata -sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes que figuran más o menos en un primer plano- de un comportamiento omisivo, con la consecuencia constructiva de que se puede recurrir a la falta del deber de actuar para regular la punibilidad⁷⁴.

2. La tesis de *Geilen* de considerar la desconexión de aparatos reanimadores una omisión ha tenido un gran éxito en la bibliografía posterior, y puede considerarse la dominante.

A ella se han adherido, entre otros: *Roxin*⁷⁵, *Schünemann*⁷⁶, *Engisch*⁷⁷, *Schmidhäuser*⁷⁸, *Silva*⁷⁹, *Jakobs*⁸⁰, *Jescheck*⁸¹, *Köhler*⁸², *Wessels/Beulke*⁸³, *Kühl*⁸⁴, y *Schönke/Schröder/Stree*⁸⁵.

⁷⁴ Pocos meses más tarde Geilen, JZ 1968, p. 151, vuelve a insistir en sus tesis: “Por lo que se refiere al último punto, entonces, y a pesar de la actividad fenotípica (desconexión del aparato de reanimación), el <sentido social> del comportamiento sería el de un omitir. El supuesto de hecho no debe ser enjuiciado de manera distinta que la ruptura de un tratamiento manual ya iniciado. De la misma manera que el médico sólo <omite> cuando interrumpe una respiración artificial iniciada mediante movimientos de masaje, o cuando renuncia a repetir la administración de inyecciones reanimadoras, así también constituye sólo un <omitir> cuando, en un plano técnico superior, interrumpe el trabajo de una máquina. Para el médico el aparato no es otra cosa, jurídicamente, que su <mano alargada>”.

⁷⁵ (n. 5), p. 398: “Porque las cosas son de tal manera que, cuando se pone de manifiesto la absoluta falta de perspectivas de ulteriores esfuerzos de reanimación, al médico que conoce esa situación le estaría permitido <dejar> de practicar, desde un principio, la prolongación inútil y artificial de la vida. Pero en ese caso la desconexión de la máquina pulmón-corazón se presenta como el abandono de un intento no exigido de evitación del resultado o como desistimiento de una acción de prolongación de la vida que, por lo desesperado de la situación, no viene ya exigida. De acuerdo con los criterios anteriormente adquiridos, éste es un caso inequívoco de omitir impune mediante hacer ...”.

⁷⁶ V. Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 283/284 n. 21.

⁷⁷ V. n. 14, pp. 177 ss.

⁷⁸ V. n. 16 (1975, 16/107; 1982, 12/54).

⁷⁹ V. n. 21 (1986, pp. 254 ss.; 1994, pp. 37 ss).

⁸⁰ Cfr. n. 7, 7/64.

⁸¹ V. n. 34, antes del § 13 n. m. 90.

⁸² Cfr. n. 34, p. 215.

⁸³ V. n. 34, n. m. 703.

⁸⁴ (n. 34), pp. 646/647: “En cambio, desde una consideración valorativa, lo decisivo es la circunstancia de que el oprimir el botón ha llevado a la omisión de ulteriores esfuerzos de salvación. Esta clasificación del comportamiento del médico como omisión de la evitación del resultado se apoya en la comparación con la terminación de un masaje manual del corazón, pues en este caso quien presta el auxilio sólo ha cesado de seguir ayudando”.

⁸⁵ Cfr. n. 9, § 13 n. m. 160.

3. Frente a estos autores, otros opinan que la desconexión de instrumentos que mantienen artificialmente con vida a un paciente constituye una acción en relación de causalidad con la muerte: esta es la posición que defienden, además del ya citado *Bockelmann*, y entre otros: *Samson*⁸⁶, *Sax*⁸⁷, *Bockelmann/Volk*⁸⁸, *Baumann/Mitsch*⁸⁹, *Jescheck/Weigend*⁹⁰, *Tomás-Valiente*⁹¹, y *Rudolphi*⁹².

B. Toma de posición.

La desconexión de un reanimador supone un *movimiento corporal en relación de causalidad fisiconatural con el resultado típico de muerte*, y constituye, por consiguiente, un delito de *acción*. Ese comportamiento no contiene ninguno de los elementos que definen a la omisión: porque ni el médico permanece inactivo, sino que “aplica energía en dirección a la lesión del bien jurídico vida” (al desconectar), y porque entre la conducta y el resultado no existe la relación hipotética característica de la omisión, sino la absolutamente real, fisiconatural, de que, a consecuencia de aquella desconexión, han cesado las funciones artificiales cardiorrespiratorias que la máquina suministraba sustitutivamente, falleciendo, por esa razón, el paciente. Con otras palabras: La acción ejecutada ha causado fisiconaturalmente, y con toda seguridad, la desconexión de la máquina, y esa desconexión de la máquina, no que iba a mantener con vida, sino que estaba manteniendo *efectivamente* con vida al paciente, es la que ha causado a su vez, fisiconaturalmente y con toda seguridad, la muerte del enfermo.

⁸⁶ (n. 14), p. 601: “El médico que desconecta el aparato que está funcionando independientemente causa la muerte concreta del paciente ... Que el médico cometa con ello, al mismo tiempo, un homicidio, sería sólo una consecuencia inevitable si se mantuviera que existe una prohibición ilimitada de causación activa de la muerte bajo cualquier circunstancia”.

⁸⁷ Cfr. JZ 1975, passim (p. 141)

⁸⁸ Cfr. Strafrecht AT, 4ª ed., 1987, pp. 148/149.

⁸⁹ (n. 18), § 15 n. m. 33: “El médico que, y por la <falta de sentido> de un ulterior tratamiento, y apretando el botón, desconecta el reanimador, comete un homicidio por hacer activo, si el paciente, si no fuera porque se había apretado el botón, hubiera vivido por lo menos un segundo más”.

⁹⁰ V. Lehrbuch des Strafrechts AT, 5ª ed., 1996, p. 604.

⁹¹ Cfr. La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal, 1999, p. 489.

⁹² Cfr. n. 11, § 13 n. m. 47. Juanatey, Derecho, suicidio y eutanasia, 1994, p. 323, estima, eclécticamente, que “la conducta del sujeto que desconecta un aparato de reanimación puede ser descrita indistintamente como una acción positiva o como una omisión”.

Lo decisivo aquí es, como escribe *Sax*⁹³, que “en el caso de la desconexión del reanimador la causalidad salvadora *está desplegando ya su eficacia*”. Y cuando la existencia de una determinada situación hay que reconducirla a un factor que está desplegando su eficacia, entonces, si se retira ese factor, existe una causalidad fisiconatural entre dicha retirada y la modificación en el mundo exterior que sobreviene porque, al faltar la energía, queda alterado el statu quo.

Si la energía que mantiene a flote en el mar, a quien no sabe nadar, es el salvavidas al que está agarrado, la retirada de éste por un tercero será la que, con toda seguridad, habrá producido fisiconaturalmente la muerte por ahogamiento de la víctima; y si el alpinista no se ha despeñado todavía, porque está asido a una cuerda, quien la corte cometerá un delito de acción en segura relación de causalidad con la caída al vacío y con la consiguiente muerte del desafortunado, de la misma manera que, como con toda razón expone *Bockelmann*⁹⁴, existe una intervención activa (y no omisiva) homicida en “la retirada de un vendaje o [en el] deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia”.

Pero ya que estamos hablando de “desconexiones”, elijamos un ejemplo que también tiene que ver con los “enchufes”. Si realmente fuera una omisión la desconexión de la máquina pulmón-corazón -cómo se puede calificar de inactividad el *movimiento corporal* de desconectar, excede ya de la capacidad humana de comprensión-, entonces, si yo desenchufo mi ordenador, el que éste se apague, y aplicando consecuentemente los mismos principios, también tendría que ser reconducible a una inactividad, lo que supondría una descripción de ese acontecimiento que no tendría nada que ver con lo que ha sucedido en la realidad: porque, naturalmente, el ordenador se ha apagado porque, *mediante una acción*, yo he desconectado el enchufe-macho del enchufe-hembra, con lo cual he producido en el mundo exterior la retirada de la energía eléctrica que era la que mantenía al aparato en funcionamiento.

⁹³ JZ 1975, p. 141, cursivas en el texto original.

⁹⁴ (n. 70), p. 112.

El extraño éxito de la tesis de que la desconexión de reanimadores ha de ser considerada una omisión sólo puede encontrar una explicación, como ya se ha indicado, en que en los años 60, que es cuando se formula por primera vez con los avances médicos en las unidades de vigilancia intensiva, adquiere una importancia práctica hasta entonces desconocida el problema de la eutanasia, y de hasta qué punto es exigible mantener con vida, con los modernos aparatos médicos, a enfermos que, sin estar clínicamente muertos, se encuentran desahuciados o han perdido irreversiblemente la consciencia sin posibilidad alguna de recuperar sus funciones vitales por el daño irreparable que han sufrido alguno o algunos de sus órganos.

Por supuesto que es perfectamente legítimo mantener que en estos casos eutanásicos de *desconexión activa* de un respirador el médico debe estar exento de responsabilidad criminal. Pero esa exención no puede fundamentarse en la artificiosa y abiertamente falsa construcción de que aquí estaríamos ante una omisión, sino en que, partiendo de que aquí concurre una *acción* -como realmente concurre-, y tal como proponen, por ejemplo, *Samson*⁹⁵, *Sax*⁹⁶, *Otto*⁹⁷, *Baumann/Mitsch*⁹⁸, y *Rudolphi*⁹⁹, en esos supuestos extremos el médico no está obligado a mantener la vida del paciente a toda costa.

Por lo demás, y que la eutanasia *pasiva* -dentro de cuyo concepto hay que incluir, tanto desde el punto de vista médico¹⁰⁰ como juridicopenal¹⁰¹, la *no aplicación* de

⁹⁵ (n. 15), pp. 602/603: „... de lo que se trata, en realidad, es de la cuestión de cuándo el postulado de una protección formalizada e ilimitada de la vida se convierte en inhumanidad”.

⁹⁶ (n. 93), p. 148: „... a la vista de las posibilidades modernas de mantener mecánica-artificialmente una vida que ya no funciona ni puede volver a funcionar independientemente, la pregunta que precisamente se impone es la de si también viene exigido jurídicamente todo lo que en este aspecto es médicamente <factible>”.

⁹⁷ NJW 1980, p. 424 n. 66: “Tampoco se necesita la interpretación de la desconexión de un reanimador, para acelerar la muerte de un desahuciado, como omisión ... para fundamentar la impunidad del médico que actúa. Lo decisivo aquí es la cuestión de si el médico está obligado a prolongar, bajo cualquier circunstancia, la vida del paciente. Si ello no es así, entonces es indiferente, para fundamentar la impunidad, que se contemple su comportamiento como un hacer o un omitir”. V. también el mismo (n. 8), § 9 nn. mm. 4 y 5.

⁹⁸ Cfr. n. 19, § 15 n. m. 33.

⁹⁹ V. n. 11, antes del § 13 n. m. 47.

¹⁰⁰ Cfr., por todos, Hipólito Durán, La eutanasia, en: Dilemas éticos de la medicina actual, Gafo (ed.), 1986, p. 121: “Eutanasia pasiva o negativa. Es el acto de suprimir, durante la asistencia a un enfermo, los medios técnicos que podrían prolongar innecesariamente la vida”.

¹⁰¹ V., por todos, Gimbernat (n. 64), p. 52: “Eutanasia pasiva, cuando el médico resuelve no prolongar la

medidas artificiales de prolongación de la vida, independientemente de si esa no-prolongación tiene su origen en la omisión de practicar técnicas de reanimación o en la acción de suspender *activamente* una asistencia médica ya iniciada en una unidad de vigilancia intensiva- es un comportamiento impune, tanto de acuerdo con el Derecho aplicable hasta el CP 1995, como después de la entrada en vigor de éste, es algo que he tratado de demostrar en otras publicaciones¹⁰². Pero este problema no necesita ser tratado aquí, ya que no afecta a la *tipicidad* de la acción o de la omisión, sino sólo a la eventual *justificación* de comportamientos activos en sí típicos.

situación del paciente y suspende la asistencia, bien omitiendo tratar la pulmonía que se le presenta al canceroso desahuciado, bien retirando el respirador del politraumatizado que nunca más podría recuperar la conciencia” (cursivas añadidas).

¹⁰² Cfr. Gimbernat (n. 64), pp. 52 ss.; el mismo, Código Penal, 10ª ed., 2004, pp. 49/50.