

Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS

BEATRIZ DE LA GÁNDARA VALLEJO

Profesora Adjunta de Derecho Penal.
Universidad San Pablo CEU

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo abordar la cuestión de cuáles son los principales fundamentos teóricos de los que parte Jakobs a la hora de formular su sistema de la teoría del delito. Opino que éstos se hallan, en el fondo, en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, ya que Jakobs parte de cómo es la moderna sociedad contemporánea para proponer un concepto de Derecho penal funcionalista, o sea, un sistema funcionalista de la teoría del delito. Lo que es el Derecho penal está determinado por la función que cumple en el sistema social, e incluso el propio Derecho penal es considerado como un sistema autónomo, es decir, un subsistema autorreferente y autopoietico, dentro del sistema más amplio de la sociedad.

La opinión que acabo de exponer no parece ser compartida por toda la doctrina penal española ya que, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, hay autores que, siendo grandes conocedores de la teoría de la imputación de Jakobs y habiendo realizado magníficos estudios sobre la misma, pretenden presentar el modelo dogmático-penal propugnado por Jakobs como una especie de prolongación o continuación de la obra de su maestro, Welzel, en la medida en que aquél se habría inspirado en algunos de los plan-

teamientos más sugerentes de éste. Así pues, se trata de una cuestión que está abierta a debate.

De todas formas, antes de presentar los argumentos que esgrimo en defensa de mi tesis y de contrastarlos con los manejados por los autores que apoyan la otra postura antedicha, creo que conviene exponer –si bien de forma más bien sucinta puesto que, evidentemente, no se trata de algo que yo haya descubierto, sino de una teoría ya bastante conocida entre la doctrina penal española– en qué consiste el modelo funcionalista propugnado y defendido por Jakobs. Y ello por dos motivos. En primer lugar, por una cuestión de pura lógica elemental, puesto que no parece tener demasiado sentido querer entrar a analizar los fundamentos de una teoría, sin antes haber explicado cuáles son sus líneas maestras según mi propio entendimiento de la misma. En segundo lugar, porque al dedicar los dos siguientes apartados a procurar explicar de la forma más clara posible en qué consiste el sistema funcionalista de la teoría del delito de Jakobs, iré poniendo de manifiesto cómo algunos de los conceptos claves que emplea este autor están ya presentes en la teoría sociológica de Niklas Luhmann.

II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL MODELO DOGMÁTICO DE JAKOBS

II.A El sistema funcionalista de la teoría del delito

Hechas estas aclaraciones, ha llegado el momento de explicar clara pero sucintamente cuál es la postura que Jakobs mantiene acerca de qué es el Derecho penal, para lo cual constituye una premisa ineludible aclarar cuál es la verdadera función que según este autor desempeña el Derecho penal en nuestra sociedad, puesto que el mundo de los conceptos jurídico-penales ha de organizarse con arreglo a la función social que desempeña el Derecho penal «y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad» (1).

Pues bien, en una sociedad caracterizada por un alto nivel de complejidad, como es la nuestra, la verdadera función del Derecho penal radica en hacer posible las relaciones sociales, es decir, la vida en sociedad, mediante la reducción de complejidad (2). Para ello, el

(1) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luís SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. VII.

(2) Para entender todo el significado de esta afirmación, que a primera vista puede parecer más bien carente de contenido, hay que tener en cuenta que una socie-

Derecho penal tiene como cometido específico estabilizar aquellas normas tan básicas que su infracción generalizada impediría una mínima convivencia. Por lo tanto, el verdadero objeto de protección de las normas penales no son bienes jurídicos, sino las propias normas que hacen posible la convivencia en sociedad (3). En este sentido, pues, el Derecho penal no es más que una rama del Derecho, en

dad funcionalmente diferenciada –como es nuestra sociedad occidental contemporánea– es siempre más compleja que sociedades anteriores pero que, al mismo tiempo, reduce de modo más riguroso la complejidad a la que se enfrenta, puesto que es precisamente mediante la diferenciación funcional en subsistemas –entre los cuales se encuentra el Derecho– que la sociedad logra aumentar la eficacia de su actividad de comunicación, reduciendo la redundancia y ordenando su entorno alrededor de problemas que se agrupan por funciones (o dicho con mayor precisión, que se agrupan «en equivalentes funcionales»). Esta limitación de la redundancia supone una mayor posibilidad de comunicación, o, lo que es lo mismo, una conducta selectiva más adecuada; es decir, facilita la orientación en un mundo dominado por la complejidad. Acerca de todo ello, cfr. Niklas LUHMANN: *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 270-271; del mismo: *Soziologische Aufklärung-1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4.ª ed., Opladen, 1974, pp. 124-125; del mismo: *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984, pp. 52-55; y del mismo: *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, 1986, pp. 45-50, y 97. Cfr. también Diego BETANCOR CURBELO: «Derecho y sociedad, factores recíprocos. La Sociología del Derecho en la formación del jurista», en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria*, núm. 2, 1997, p. 74., citando a Adam PODGORECKI, el cual coincide en describir la reducción de complejidad como una de las funciones esenciales del Derecho.

(3) Así, en el modelo de la teoría del delito desarrollado por JAKOBS, el verdadero bien que protege el Derecho penal es la estabilidad de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación; esto es lo que JAKOBS denomina «bien jurídico-penal». Naturalmente que esto constituye un «rodeo normativo», pero su sentido reside precisamente en evitar llegar a la extraña conclusión de que el Derecho penal a veces no se preocupa de la pérdida de sus bienes dado que el Derecho penal no garantiza la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a determinados ataques. No obstante, y a pesar de los «defectos de partida» de que adolece la teoría del bien jurídico, JAKOBS parece opinar que es posible mantener una justificación relativa de la misma. Personalmente, creo que esta «justificación relativa» se halla en la utilidad que puede prestar la teoría del bien jurídico como instrumento de interpretación de las disposiciones penales de la Parte Especial, pero no como criterio de legitimación material del Derecho penal, y por tanto tampoco como criterio que explique cuál es la verdadera función que desempeña el Derecho penal. En realidad, si se acepta el concepto de bien jurídico propugnado por JAKOBS, lo que sirve para justificar y explicar la existencia del Derecho penal es la idea de la prevención general positiva, y utilizar la terminología de «bien jurídico-penal» nada aporta a esta fundamentación de la función propia del Derecho penal.

Dicho de otra forma, el concepto del bien jurídico-penal al que se refiere JAKOBS al tratar el problema del Derecho penal como instrumento de protección de bienes

cuanto subsistema formado por la propia sociedad por medio de la diferenciación sistémica para afrontar un sector de la complejidad propia del entorno, agrupado por la función que debe cumplir (4).

Los subsistemas sociales reducen la complejidad mediante la formación de expectativas. No obstante, y por lo que se refiere más específicamente al Derecho, lo que se tiene en cuenta son contactos sociales, lo cual implica que cada parte en el contacto social acepta al otro como *alter ego*, es decir, como otro igual que él. Por lo tanto, en el sistema del Derecho nos hallamos, en realidad, ante un esperar de expectativas, lo cual significa que nos hallamos ante el problema de la doble contingencia (5). Así pues, para hacer posible la interacción social, es necesario poder prever lo que los demás esperan de nosotros, para poder anticipar sus expectativas en vez de defraudarlas, y así evitar conflictos. En definitiva, para poder orientarse en sociedad es necesario compaginar dos planos distintos: lo que yo espero de los demás y lo que los otros esperan de mí (6). Y es la vigencia de las

jurídicos, no es el que suele estar en el primer plano del debate doctrinal. Por el contrario, en este debate de lo que se trata más bien es de si las normas jurídico-penales y, aunque sólo sea de forma indirecta, también el propio Derecho penal sólo son legítimos en tanto protejan bienes jurídicos, sin que la doctrina haya sido capaz de explicar claramente lo que constituye un bien jurídico en este contexto. Y ello naturalmente determina que la teoría de los bienes jurídicos sirva de poco para decidir la cuestión de qué bienes o valores son dignos de protección penal y cuáles no. En definitiva, la respuesta a la pregunta de para qué debe emplearse la protección dispensada por el Derecho penal depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, cosa que no se corresponde necesariamente con la lesión de bienes o valores por esa conducta. Acerca de todo ello, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 44-48 y 57.

(4) En sentido análogo, BETANCOR CURBELO afirma que «el Derecho es... uno de los instrumentos estratégicos por los que la vida humana es modelada, estabilizada y hecha predecible». Cfr. Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 67.

(5) A la hora de configurar la estructura de este conocido teorema sociológico, LUHMANN opta por denominar a los sujetos de la doble contingencia *Ego* y *Alter*. Esta peculiaridad terminológica se debe a su deseo de dejar claro desde el principio que ambos son dos grandes operadores bajo los que cabe introducir no sólo seres humanos, sino también sistemas sociales, etc. No obstante, en el caso de la acción social, *Ego* y *Alter* son considerados por LUHMANN como sistemas psíquicos, o sea, como personas físicas. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, 1990, pp. 211-212, y 246-247, con referencias bibliográficas.

(6) Y es que la doble contingencia supone plantear una metaperspectiva desde la que pueden abordarse distintas formas de selecciones y conexiones, ya que opera como catalizador de selecciones y como ordenador de las mismas. Ello tiene lugar de la siguiente forma. *Ego* sabe que *Alter* sabe que *Ego* actúa teniendo en cuenta la conducta de *Alter*; por tanto, *Ego* deberá actuar anticipando, en cierto modo, la conducta

normas lo que tiene como finalidad facilitar esta operación mediante la generalización de expectativas (7).

A estos efectos, es necesario distinguir entre dos clases de expectativas: las de carácter cognitivo y las de carácter normativo. O sea, se trata de la conocida distinción entre el Ser (expectativas cognitivas) y el Deber Ser (expectativas normativas) (8). Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, en los contactos sociales, que son los únicos que interesan desde el punto de vista del Derecho penal, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. Si se defrauda esa expectativa, para el defraudado surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues con la defraudación se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra. Por lo tanto, el modelo de orientación del decepcionado debe ser sometido a revisión.

Ahora bien, en los contactos sociales también pueden surgir defraudaciones de expectativas del mismo modo que sucede en relación con la naturaleza. Estas expectativas son de carácter cognitivo,

y la reacción de *Alter*. Por consiguiente, la doble contingencia posibilita la comunicación, pero al mismo tiempo es un obstáculo para el desarrollo de la misma, al establecer redes y relaciones de extraordinaria complejidad entre quienes toman parte en ella, lo cual me parece que constituye una descripción muy realista de «los gozos y las sombras» de la comunicación, a juzgar por mi propia experiencia y por el estado general en el que se encuentra el mundo en el que vivimos. Cfr. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 158, 160, 171 y ss.; y Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, p. 30, con referencias bibliográficas.

(7) La generalización de expectativas, que equivale a su estabilización, permite que los sistemas alcancen una estructura y posibilita su acción. Esta generalización no supone anulación de las expectativas, sino una forma de estabilización de las mismas, que las hace estar siempre presentes como elemento fundamental del sistema social y de la comunicación que llevan a cabo sus componentes. Por lo tanto, en la teoría de LUHMANN los conceptos de doble contingencia y expectativa constituyen dos pilares sobre los que se asienta la acción propia de los sistemas sociales. Es más, en realidad, LUHMANN considera que la estructura misma de la sociedad como sistema es una generalización de las expectativas de los sistemas que se encuentran en ella. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 271-272; y citando al propio LUHMANN, Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 74.

(8) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva*, cit., p. 31.

lo que quiere decir que en caso de defraudación se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea, a calcular mejor *pro futuro*. Frente a ello, la defraudación específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, o sea, a expectativas de carácter normativo, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. Por consiguiente, a una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en caso de defraudación, sino que ésta puede mantenerse de forma contrafáctica, si no se define como fallo decisivo la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona (9).

Sin embargo, y como ya apunté antes, es necesario advertir que sólo una parte muy pequeña de las expectativas normativas tiene importancia desde el punto de vista del Derecho penal; es decir, que las expectativas que están en la base de las normas jurídico-penales naturalmente son normativas, pero no toda expectativa normativa está jurídico-penalmente asegurada.

En primer lugar, resulta evidente que las defraudaciones que tienen lugar exclusivamente a nivel individual, es decir, que no lesionan esferas jurídicas ajenas, de las expectativas normativas de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos de interés público, y por ello no pueden motivar reacciones estatales. Sin embargo, de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas sí surge un conflicto público, siempre y cuando se trate de normas *legítimas*. Como ya señalé antes, el Derecho penal sólo se ocupa de asegurar o garantizar aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar si se pretende mantener la configuración social básica. Por ello, «(1) a defraudación, el conflicto y la exigencia de una reacción frente a la infracción de la norma no pueden ser interpretados como una vivencia del sistema individual “persona singular”, sino que han de ser interpretados como sucesos en el sistema de relación social» (10).

En segundo lugar, y dado que las personas pueden configurar el mundo, pero aun así viven en un mundo ya configurado, o sea, en un mundo con instituciones, las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales, y que precisamente por ello están jurídico-penalmente aseguradas, pueden referirse a dos ámbitos distintos de objetos.

(9) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 9-10.

(10) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlin-New York, 1991, 1/8.

Por una parte, es necesaria una expectativa normativa de que todos mantengan en orden su ámbito de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los cuales otros podrían resultar dañados. La estabilidad de esta expectativa es imprescindible, sobre todo, porque debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie le está permitido jurídicamente arrogarse ámbitos de organización ajenos. Es decir, que todo ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, en forma de expectativa social, sobre los peligros creados o asumidos por él a través de sus actos de organización (11).

Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: los ámbitos de organización deben permanecer separados. La defraudación de esta expectativa es lo que está en la base de los llamados delitos de dominio o delitos en los que el fundamento de la responsabilidad radica en una organización defectuosa del propio ámbito de libertad, es decir, en la extensión del propio ámbito de organización a costa de la de los demás. De ahí, que los delitos de dominio también puedan ser denominados delitos en virtud de competencia organizativa.

Por otra parte, también es necesaria una expectativa normativa de que las instituciones sociales elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo: que las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares, o dicho de forma más sencilla, que las personas inmersas en esas instituciones se sacrifiquen en favor de la protección del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos por la institución.

Por lo tanto, se trata de un deber de solidaridad institucionalmente garantizado, cuya infracción determina, por regla general, que el sujeto a quien incumbe esa clase de deber participe en el hecho delictivo en concepto de autor, y ello con independencia de que se trate de un delito común o especial, puesto que una cosa es que algunos tipos exijan un elemento objetivo de la autoría y otra el fundamento material de la posición de garante. No obstante, es precisamente la defraudación de esta expectativa lo que está en la base de los llamados delitos de infracción de deber o delitos en virtud de competencia institucional, que son los únicos que constituyen delitos especiales propios en sentido estricto (12).

(11) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., p. 24, con referencias bibliográficas.

(12) Y ello con independencia de que una persona a quien no incumba el deber de solidaridad institucionalmente garantizado y que, por tanto, carezca de competencia institucional (se trataría pues de un *extraneus*), también pueda responder por

Expuesto cuáles son los dos ámbitos a los que pueden referirse las expectativas jurídico-penalmente garantizadas, es preciso subrayar que la infracción de la norma no constituye un conflicto penalmente relevante debido a sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede borrar tales consecuencias. Además, un comportamiento humano no es sólo un suceso que surte efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona puede evitar su comportamiento, éste también *significa algo*. Por lo tanto, la infracción de la norma radica en una conducta cuyo contenido expresivo contradice la norma. Dicho de otra forma, una infracción normativa es una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que la norma como modelo de orientación es puesta en tela de juicio (13).

Y es de aquí de donde hay que partir si, como Jakobs, no deseamos interpretar los efectos del Derecho penal como si fueran sucesos de la naturaleza, sino como *hechos sociales*. Desde esta perspectiva, la función de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar frente a la infracción penal como *acto con significado (acto con contenido expresivo)* por medio de un acto que también tiene significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación de la estabilización de la norma (14).

Precisamente, la determinación exacta de cuándo concurre una conducta que desautoriza la norma constituye el problema propio de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico (15). Es decir, que el Derecho penal contribuye a la estabilización contrafáctica de las expectativas normativas necesaria para poder seguir orientándose en sociedad mediante la atribución o imputación de la defraudación: se imputa la

haber tomado parte en esta clase de delitos, pero sólo en concepto de mero partícipe, siendo del todo irrelevante que haya dominado o no el hecho. Acerca de todo ello, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 11; del mismo: *Strafrecht AT*, cit., 6/91, 25/45 y ss.; y Beatriz de la GÁNDARA VALLEJO: «Delitos en materia de alimentos», en Enrique BACIGALUPO (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, pp. 271-272.

(13) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/9. O dicho de otra forma: «La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad...». Cfr. Yesid REYES ALVARADO: «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo III, septiembre-diciembre 1992, p. 951.

(14) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., p. V.

(15) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit, pp. 12-13.

defraudación de la expectativa no a un error del expectante, sino del delincuente (16).

Partiendo de la premisa de que ésta es la función propia del Derecho penal, o sea, de la idea de la prevención general positiva como fundamento sistemático, y no de la esencia o de las estructuras de objetos de la dogmática penal, ello no sólo conlleva la ventaja de ofrecer una explicación convincente de para qué sirve en realidad el Derecho penal. También ofrece la ventaja –aunque pueda no parecer tal a primera vista– de conducir a una renormativización de los conceptos penales, lo cual explica, por ejemplo, que en esta concepción, un sujeto no sea aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Por lo tanto, manejando este sistema de la teoría del delito no hay por qué mantener que la responsabilidad jurídico-penal tiene necesariamente que limitarse a sistemas psíquicos, es decir, a seres humanos, sino que también puede predicarse de otro tipo de sistemas igualmente autorreferentes y autopoieticos, cuales son las personas jurídicas (17).

En general, partiendo de este enfoque normativo (18), algunos de los problemas que había creado la dogmática penal por no apartar la vista de premisas ontológicas (o estructurales) desaparecen. Así, junto a numerosas armonizaciones en el concepto de culpabilidad, la oposición entre delitos de comisión y de omisión se hace menos tajante. Tanto en los delitos de acción como en los delitos de omisión, la responsabilidad penal puede basarse o bien en competencia por organización o en competencia institucional, siendo ésta distinción la que se

(16) Cfr. JAVIER SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., p. 34, con referencias bibliográficas.

(17) Para más detalles acerca de cómo es posible mantener esto, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 182-184. Como es sabido, los fundamentos teóricos para mantener esta postura afirmativa acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas provienen en gran parte de la teoría de los sistemas autorreferentes y autopoieticos de LUHMANN. Dentro de esta categoría LUHMANN destaca tres clases de sistemas distintos, que son los más importantes según su teoría, y que se corresponden con tres operaciones autopoieticas fundamentales: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos y los sistemas sociales. En cada uno de ellos será la vida, la conciencia y la comunicación respectivamente, las formas esenciales de operación que permiten a este autor considerarlos como sistemas autopoieticos. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 112. Acerca del significado e importancia de los conceptos de autorreferencia y autopoiesis en la obra de LUHMANN, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 105 y ss., con referencias bibliográficas.

(18) Que no tiene nada de extraño, puesto que la particularidad propia del Derecho como subsistema social es precisamente su aspecto normativo. En este sentido, cfr. Niklas LUHMANN: *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen, 1987, p. 99.

revela como verdaderamente esencial, ya que del estado efectivo de organización del sujeto como *sistema psicofísico* (actuar u omitir) sólo dependen problemas de importancia más bien secundaria (19).

Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o competencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho penal. La propia suposición de que al menos tras haber surgido así, el concepto ha de referirse a un *sustrato prejurídico homogéneo* (al ocasionar, al querer, al conocimiento, etc.), se revela como un *malentendido naturalístico*, puesto que los conceptos jurídico-penales no hay que buscarlos antes de la sociedad, sino dentro de la misma (20). Todo lo cual resulta perfectamente lógico, si se parte de la base de que el sistema jurídico, en cuanto tal sistema, es autorreferente y autopoietico, lo cual significa, entre otras cosas, que crea su propio sentido.

A este respecto, Luhmann considera que el Derecho es siempre un «regulador social» y, como sistema autopoietico que es, se estructura a sí mismo por la unidad de la diferencia entre su código y su programa (21). Precisamente, con ello lo que Luhmann quiere poner de

(19) Cfr. en este sentido Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., p. VI; Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., pp. 18-24, 43 y ss., con abundantes citas bibliográficas; y Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción del alemán de Manuel CANCIO MELIÁ y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, pp. 86-87.

(20) Cfr., si bien sólo refiriéndose al concepto penal de acción, Günther JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, p. 12. En sentido análogo, ya Eugen EHRlich entendía que «(e)l centro de gravedad del desarrollo legal no descansa sobre la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la misma sociedad». La cita está tomada de Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 72.

(21) Para LUHMANN un «código» es siempre un código binario, es decir, un esquema compuesto de una diferencia directriz, circunstancia que le permite ordenar todo lo que se presenta ante él según dos alternativas. Dicho de forma más clara: «un código es un esquema general, de elevada abstracción, semejante a una imagen del mundo de tipo dualista». La importancia del código radica en el hecho de que ayuda decisivamente a la orientación de cada sistema en el cumplimiento de su función; así, el código propio del Derecho viene dado por la diferencia *Recht/Unrecht* (lícito/ilícito). Por su parte, el «programa» es lo que trata los «terceros factores» excluidos por el código, estableciendo los criterios de la acción correcta del sistema en relación con las condiciones *externas* del mismo. Por consiguiente, es el programa lo que determina que el Derecho se sensibilice y se haga resonante al entorno, en cuanto fuente de conflictos y problemas que el Derecho debe procesar para mantenerse como sistema positivo. Acerca de todo ello, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 214-219 y 293-295, con referencias bibliográficas.

manifiesto es que es el propio sistema jurídico el que decide, mediante una operación que se tiene a sí mismo como referencia, lo que resulta relevante para su propio ámbito, el que delimita cuanto es relevante para él. Semejante nivel de clausura hace posible que el Derecho pueda defenderse a sí mismo de la injerencia de otros subsistemas sociales, es decir, hace posible que el ámbito normativo propio del Derecho pueda liberarse de cuestiones de oportunismo político, intereses económicos, desigualdades entre clases sociales, etc. En definitiva, el que el Derecho sea un subsistema autorreferente y autopoiético, y por tanto mantenga este nivel de clausura, es lo que permite hablar de la independencia del Derecho, y que éste sea influyente en la sociedad como conjunto (22).

En resumen, las normas penales incluyen, como reacción en caso de defraudación, el mantenimiento de la expectativa normativa puesto que estabilizan la expectativa por medio de la pena. La pena es la estabilización contrafáctica frente a la defraudación de una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente, estabilización que es necesaria para poder seguir orientándose en sociedad y que tiene lugar mediante la imputación de la defraudación al comportamiento no permitido de un sujeto.

II.B La función de la pena: teoría de la prevención general positiva

De todo lo dicho hasta ahora, que naturalmente requiere ser desarrollado teniendo en cuenta el Derecho penal vigente –es decir, básicamente el Código Penal español (23)–, se desprende una imagen de la pena bastante distinta de la que comúnmente tiene la mayoría de la gente. Aun reconociendo que el injusto es un mal y que el deber de cargar con los «costes» también es un mal, a pesar de ello la pena no debe ser entendida como infligir un mal a causa del mal cometido ya que, como bien dice Jakobs, es absurdo «querer un mal porque ya se

(22) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 293-294, con referencias bibliográficas. En sentido análogo, cfr. Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 70.

(23) Derecho penal vigente que no es incompatible con el modelo de la teoría del delito descrito, sino que admite ser interpretado de acuerdo con cualquiera de los sistemas dogmáticos al uso, puesto que no hay datos ni en el Código Penal español ni en las leyes penales especiales que indiquen que haya que interpretar el Derecho penal español desde un sólo enfoque (causalista, finalista o funcionalista), con exclusión de los demás.

ha dado otro mal», y con ello lo único que se consigue es legitimar todo el sistema del Derecho penal en base a una premisa irracional, y en cuanto tal, poco científica (24).

Además, esta explicación de la pena como sumar un mal a otro mal sólo sirve para describirla de forma superficial. Frente a ello, la pena debe ser definida de forma positiva, como una demostración de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí que la función específica de la pena consista en la estabilización de la norma lesionada, puesto que la pena no cumple su cometido social dando lugar a un mal, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada (25).

Con lo dicho hasta ahora, también se pone de relieve cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto que representa el delito: La pena –al igual que ocurre con la infracción de la norma– no debe ser considerada como un suceso exterior, dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males a la que ya he aludido, sino como algo que también tiene sentido. El sentido o contenido expresivo que tiene la pena es el siguiente: que el contenido significativo del comportamiento delictivo no es determinante como modelo de orientación y que lo determinante sigue siendo la norma.

La ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera de lo que tiene sentido, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, también suministra la explicación última de por qué no puede ser considerada función de la pena el evitar lesiones de bienes jurídicos. Su función consiste más bien en reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. La expectativa se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Por consiguiente, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido expresivo de la

(24) Y si no, piénsese en la legitimación que pretende dar gran parte de los estadounidenses a la pena de muerte, legitimación que se encuentra profundamente enraizada en esta concepción del «mal por mal» del *ius puniendi* del Estado. Irracionalidad que es hasta cierto punto comprensible cuando es la población la que piensa así. No lo es, sin embargo, si los que caemos en ella somos profesionales que nos dedicamos a la *ciencia* del Derecho penal, puesto que pondría de relieve una incapacidad para distanciarse de las situaciones, a veces personales, de la vida cotidiana, que es incompatible con el nivel de abstracción que requiere el quehacer científico. En este sentido, cfr. Niklas LUHMANN: *Ökologische Kommunikation*, cit., pp. 153 y ss.

(25) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 9.

pena radica en una negación, que tiene lugar a costa del infractor, de la desautorización de la norma (26).

Traducido a las categorías propias de la problemática habitualmente denominada «fines o teorías de la pena», esto quiere decir que la negación de la desautorización de la norma por medio de la pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así pues, la pena tiene una función que debe surtir efectos en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: la pena debe garantizar las condiciones de tal interacción y, por tanto, su función es *preventiva*.

La garantía de las condiciones que posibilitan la interacción social tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza (27). Sin embargo, la reafirmación no tiene como contenido el que posteriormente nadie más vaya a infringir la norma, porque la pena haga desistir a delinquentes potenciales, ni que el comportamiento futuro del autor del delito vaya a cambiar debido a la ejecución de la pena. Los destinatarios de la norma no son primordialmente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede renunciar a las interacciones sociales y, por tanto, todos deben saber lo que pueden esperar de ellas. Así pues, en el modelo que Jakobs esboza acerca de la función del *ius puniendi* del Estado de lo que se trata primordialmente es de prevención general positiva, esto

(26) Cfr. Günther Jakobs, *Derecho penal*, cit., pp. 13-14. En sentido análogo, si bien empleando un enfoque mucho más genérico que el de JAKOBS, LUHMANN concede a la negación un valor especial en el desarrollo de los sistemas sociales, ya que toda negación esconde una historia de selección y de relaciones seleccionadas, toda negación tiene en su base un conjunto de posibilidades y relaciones cuyo exceso delimita. Por lo tanto, constituye un instrumento que permite combatir ese exceso de alternativas y, al mismo tiempo, hace posible que podamos vivir con él. En definitiva, la complejidad supondría la exigencia de un nuevo ámbito de racionalidad: una razón radicada en la «diferencia», que es siempre una forma particular de negación. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 65-66, con referencias bibliográficas.

(27) Lo cual constituye el mecanismo a través del cual el Derecho penal logra cumplir su función de reducir complejidad, que como ya dije es lo que, en definitiva, sirve para justificar su existencia. Esta postura dogmático-penal halla apoyo en la constatación de que, en general, la confianza constituye un elemento de extremada importancia en la formación de sistemas sociales, hasta tal punto que LUHMANN habla de una «autogénesis» de los sistemas sociales a partir de la doble contingencia desde la perspectiva del binomio confianza/desconfianza. Acerca de ello, cfr. Niklas LUHMANN: *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2.^a ed., Stuttgart, 1973; e Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 253.

es, de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma (28).

No obstante, el propio Jakobs admite que, de forma secundaria, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros, que éstos se abstengan de realizar hechos delictivos en el futuro. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura al aplicar la pena, pero la principal función de la pena no radica en provocar tales efectos (29).

Aun así, Jakobs (30) también señala que el hecho de que sea imprescindible desarrollar una teoría para una pena practicable no significa que esa teoría se extienda a todas las fases del proceso punitivo en su totalidad. Por consiguiente, aunque se mantenga que la teoría más idónea para legitimar la pena y, por ende, para servir de soporte funcional al sistema de la teoría del delito, es la teoría de la prevención general positiva, ello no impide que queden huecos necesitados de configuración, huecos que se presentan ante todo en la fase de ejecución de la pena, pero también en el momento de elegir el legislador los marcos penales de cada delito, así como en el momento de la determinación de la pena concreta a aplicar (31). Precisamente para colmar las lagunas antedichas no cabe recurrir más que a la idea de la prevención especial, que de este modo opera como una teoría de la pena subsidiaria.

(28) Hay que señalar que JAKOBS no es el único miembro de la doctrina penal que defiende la idea de la prevención general positiva como principal fin de la pena y criterio rector del sistema de la teoría del delito. Dentro de esta corriente, cfr. Peter NOLL: «Schuld und Prävention unter der Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 219 y ss.; Winfried HASSEMER: «Generalprävention und Strafzumessung», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (Eds.): *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main, 1979, pp. 29 y ss.; del mismo: «Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (Eds.): *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, pp. 39 y ss.

(30) *Derecho penal*, cit., pp. 35-36.

(31) Esta afirmación tomada de JAKOBS también ayuda a explicar por qué las críticas formuladas contra su concepción de la culpabilidad en el sentido de que tiende a vaciar de contenido el concepto de culpabilidad penal, sólo son certeras si se entiende que la idea de prevención general positiva constituye el único criterio a tener en cuenta a la hora de analizar la culpabilidad. Sin embargo, estas críticas son rebatibles si se tiene en cuenta que la culpabilidad debe desempeñar dos funciones diversas: por una parte, debe determinar bajo qué condiciones puede un sujeto responder penalmente de su acción típica y antijurídica, y por otra, constituye un aspecto decisivo para la individualización de la pena, momento respecto del cual JAKOBS es el primero en reconocer que es necesario recurrir a otro criterio, cual es el de la preven-

En todo caso, debe quedar claro que las críticas formuladas por este autor contra la prevención especial como fundamento funcional de la pena y, por ende, del Derecho penal, no tienen como finalidad el «descalificar el proceso de adaptación social, sino sólo la absolutización de esa adaptación» (32). Por tanto, y a pesar de lo que algunos miembros de la doctrina penal parecen creer, también Jakobs reconoce que la prevención especial constituye una estrategia alternativa para la solución del conflicto que desencadena el delito (33).

Lo único que ocurre es que opina que el marco disponible para ello es más bien estrecho, sobre todo porque, si no se quiere incurrir en una especie de adoctrinamiento de los presos más propia de un campo de prisioneros que de un sistema penitenciario moderno, la prevención especial no puede superar los límites de lo que supone liberar a la persona en cuestión de taras *especiales*, lo que rara vez podrá realizarse sin la colaboración del autor (34). En definitiva, de lo que se trata es de evitar caer en un progresismo mal entendido, puesto

ción especial. Acerca de esta cuestión, relacionada con la posibilidad de afirmar la culpabilidad de una persona jurídica, cfr. Beatriz de la GÁNDARA: «El sujeto del Derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*», en Enrique BACIGALUPO (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, cit., pp. 62 y ss.

(32) Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 33.

(33) De ahí que el modelo funcionalista basado en la idea de la prevención general positiva elaborado por JAKOBS no sea incompatible con la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 25.2 CE, el cual establece que las «penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Y es que esta disposición no implica en absoluto que la función social primordial que desempeña el Derecho penal tenga que ser la prevención especial, ya que la única interpretación realista que cabe hacer de la misma es entender que sólo contiene una idea de carácter programático, en el sentido de que debemos procurar fomentar este aspecto funcional de la pena y, en general, del Derecho penal, en la medida de lo que sea posible. Así, por ejemplo, promoviendo respuestas al delito que no se limiten al concepto clásico de pena, sino que ocupen un lugar intermedio entre la pena en sentido estricto y la medida de seguridad, como puede ser la reparación, no en sentido civil, sino como consecuencia jurídica de carácter netamente penal. Acerca de las posibilidades que ofrece la reparación como alternativa a la pena, cfr., entre otros muchos trabajos, Claus ROXIN: «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (Ed.): *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, pp. 37 y ss.; A. ESER/G. KAISER/K. MADLENER (Eds.): *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990; AAVV: *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, traducción del alemán de Beatriz de la GÁNDARA, Buenos Aires, 1998; Beatriz de la GÁNDARA: «La reparación y su regulación en el actual Código Penal», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE*, núm. 42, septiembre-diciembre 1998, pp. 87 y ss.

(34) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 33-34.

que no es precisamente el Derecho penal el instrumento más idóneo para resolver los conflictos sociales que suelen constituir los factores determinantes del delito.

Finalmente, también hay que tener en cuenta que la pena debe ser un instrumento idóneo para cumplir su finalidad preventiva, de forma tal que si en el caso concreto no lo es, entonces la pena en cuanto reacción frente a la infracción de la norma no es necesaria. En estos supuestos, por tanto, el principio de proporcionalidad opera como criterio que justifica renunciar a la aplicación de una pena, y recurrir a los llamados sustitutivos de la pena. Por consiguiente, es la idea de proporcionalidad, principio que goza de rango constitucional, lo que en realidad permite mantener el postulado de la intervención mínima o subsidiariedad del Derecho penal, y no la teoría del bien jurídico (35).

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden social *concreto* en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. No obstante, y a modo de resumen, lo que sí es posible es entresacar las notas comunes a toda pena que realmente lo sea. La pena siempre constituye una reacción frente a una infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se demuestra que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Por consiguiente, una vez más se trata de una problemática normativa: de la atribución o imputación de un suceso socialmente perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación social (36).

Hasta aquí la explicación de cuál es la postura que defiende Jakobs acerca de para qué sirve y, por tanto, qué es el Derecho penal, es decir, de la concepción funcionalista del sistema de la teoría del delito que propugna Jakobs.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO DE JAKOBS

Por lo que se refiere al origen de los fundamentos del sistema de la teoría del delito esbozado por Jakobs, es posible preguntarnos si

(35) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/12 y ss., 2/26 y ss.; y Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ: «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, pp. 162-163 y 175-176.

(36) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/2.

éstos proceden de algunas de las propuestas formuladas por su maestro Hans Welzel, o si por el contrario, la teoría del delito desarrollada por Jakobs tiene un carácter más rupturista al adoptar premisas más modernas y bastante menos ortodoxas que las empleadas por Welzel. Como ya señalé al comienzo de este artículo y he procurado poner de manifiesto a lo largo del mismo, yo opino que, con independencia de la natural influencia que haya ejercido en el pensamiento de Jakobs la figura de su maestro, gran parte de las premisas de las que parte para elaborar su sistema de la teoría del delito se hallan claramente contenidas en la teoría sociológica de Luhmann.

Sin embargo, ésta es una cuestión abierta a debate, como ponen de manifiesto las reflexiones acerca de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs que formulan Manuel Cancio y Carlos Suárez, los cuales parecen tener gran interés en insinuar que Jakobs, a la hora de construir su sistema de la teoría del delito, se inspira en algunos de los planteamientos dogmático-penales de su maestro Welzel, tales como por ejemplo la idea de la adecuación social (37).

Aunque esta pretensión –como ya he indicado– seguramente contenga cierta parte de verdad, no obstante, me parece evidente examinando lo que dice el propio Jakobs (38), y aún más consultando las fuentes que él cita (39), que la idea directriz de su modelo de la teoría del delito –la idea de la prevención general positiva– está mucho más cercana a las teorías de Luhmann que a las de Welzel, es decir, que a la hora de explicar cuál es la verdadera función del Derecho penal, Jakobs está mucho más «influenciado» por las teorías de Luhmann que por los planteamientos de Welzel.

(37) En este sentido afirman que «(e)s éste uno de los ámbitos en los que JAKOBS ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro WELZEL, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por WELZEL, antes de la subjetivización del finalismo, para la dogmática del tipo mediante la formulación original de (la) teoría de la *adecuación social*». Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción del alemán de Manuel CANCIO MELIÁ y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, p. 59, nota 110. En sentido análogo, cfr. Winfried HASSEMER/Francisco MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 100, si bien este último autor señala que JAKOBS considera «su posición más próxima a la teoría sistémica...».

(38) Vid. *Infra*.

(39) Cfr. la bibliografía citada en Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., Libro 1, Capítulo 1, Sección 1, donde cita a N. LUHMANN: *Rechtssoziologie Vol. I y II*, 1972, sin mencionar para nada a WELZEL; y Libro 2, Título 1, Capítulo 1, Sección 6, donde también cita a N. LUHMANN: *Soziologische Aufklärung Vol. III*, 1981, aunque aquí sí cita a WELZEL. Cfr. también la bibliografía citada en Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*,

Corroborando lo que acabo de afirmar, los autores en cuestión admiten que «Jakobs parte de la idea rectora de concebir el injusto como expresión de sentido incompatible con la norma; el lado objetivo del injusto significa la constatación de una “perturbación social”, o sea, una expresión de sentido que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión» (40). Como expondré a continuación, todo esto recuerda mucho más a Luhmann que a la teoría de la adecuación social de Welzel, con independencia de que ambos planteamientos no sean incompatibles, ya que está claro que la terminología «expresión de sentido» no es privativa de Luhmann. Por lo tanto, lo que pretendo demostrar es que, aunque puedan «apreciarse similitudes en la línea fundamental de Welzel con la teoría desarrollada por Jakobs» (41), pueden apreciarse bastantes más en las líneas fundamentales esbozadas por Luhmann en su teoría de los sistemas sociales.

A continuación procederé a exponer cuáles son los argumentos que esgrimo a favor de lo que acabo de afirmar. En primer lugar, Cancio y Suárez afirman, creo que de forma certera, que Jakobs parte del «presupuesto de que al injusto le es esencialmente necesaria una medida objetiva, pues las normas se configuran como estándares de comportamiento, de manera que los miembros de la comunidad puedan orientarse recíprocamente por ellas... De ahí que lo objetivo aquí signifique, en la afortunada expresión de Mir Puig, “intersubjetivo”. Debiera por tanto rehuirse de la pretensión de construir la objetividad, en el ámbito penal, partiendo de perspectivas ontológicas, desconocedoras de la fenomenología espacio-temporal concreta, y que no atiendan a la perspectiva del observador con los conocimientos de los que dispone» (42).

Sin embargo, está claro que Welzel parte de perspectivas ontológicas, puesto que es considerado, con razón, como el «padre» del sistema finalista de la teoría del delito, y este sistema parte de premisas de carácter ontológico (43). Precisamente, es Luhmann –aunque no

cit., 1/5 y ss., 1/11, 6/43 y ss, donde aparecen abundantes referencias a las obras de Niklas LUHMANN.

(40) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 59-60.

(41) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 60, nota 110.

(42) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 66.

(43) En este sentido, cfr. Enrique BACIGALUPO: *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 134.

sólo él, por supuesto— el que se enfrenta a la perspectiva ontológica clásica que busca paralelismos entre concepto y realidad, rechazando pues las formas tradicionales del pensamiento occidental, en tanto se encuentran basadas en una ontología de la unidad (44).

Frente al pensamiento ontologicista, Luhmann se erige como un defensor del funcionalismo —si bien critica la tradición funcionalista clásica y, en especial, la versión que Parsons ha transmitido del funcionalismo, apostando por lo que él denomina *estructuralismo funcional*— puesto que es el análisis funcional el que permite invertir los presupuestos de la ontología clásica propia del «viejo pensamiento europeo» (45), al disolver el concepto clásico de sustancia en funciones, haciendo posible de este modo la comparación (46).

En segundo lugar, en su estudio de la concepción de Jakobs de la imputación objetiva, Suárez y Cancio también afirman que «en realidad, la cuestión estriba en definir cuál es el sujeto “cuyo comportamiento ha de pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que se subjetivice la imputación”; sólo si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que desempeña, podrá sostenerse que éste es destinatario de expectativas generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo-general. En todo caso, el

(44) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 84-85.

(45) *Casualmente*, la obra que SUÁREZ y CANCIO citan en Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 61, nota 113, como intervención en la que JAKOBS afianza la evolución de sus posturas, se titula *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?* (título que podría traducirse como *El Derecho penal entre el funcionalismo y el «viejo pensamiento de principios europeo»*). O: *¿Despedida del «viejo Derecho penal europeo»?*, lo cual admito que no suena muy bien en español, pero lo que busco aquí no es la perfección estilística, sino una traducción literal, para que nadie me acuse de manipular las palabras empleadas por JAKOBS según mi conveniencia), lo cual es un título demasiado parecido a la terminología que emplea LUHMANN para expresar su vehemente rechazo a la tradición intelectual que procede de la Ilustración como para creer que se trata de una mera coincidencia, sobre todo teniendo en cuenta que en la vida casi nada es casual.

(46) En este sentido, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 100-105 y 89-90, con abundantes referencias bibliográficas del propio LUHMANN. También es preciso subrayar que el uso de la teoría de sistemas no supone compromiso alguno con la ontología heredada del «viejo pensamiento europeo» que LUHMANN rechaza, puesto que él concibe la teoría de sistemas como un instrumento de observación, nunca como una teoría de los objetos en el sentido de la ontología clásica. Por lo tanto, LUHMANN lo que emplea como instrumento conceptual es una versión particular de la teoría de sistemas que él denomina «teoría de sistemas estructuralista funcional», la cual se origina por la unión de la teoría clásica de sistemas con el estructuralismo funcional propugnado por este autor. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 141 y ss.

planteamiento en términos de “objetivo” y “subjetivo” es, al menos, incompleto desde la perspectiva de la concepción de Jakobs, si se considera que para este autor la imputación objetiva consiste en la *interpretación*, en cuanto acto de comunicación, de un comportamiento» (47).

Pues bien, si aceptamos, como yo lo hago, que la descripción que hacen estos autores de la concepción de Jakobs es correcta, resulta muy difícil negar —por mucho que el propio Jakobs haya afirmado que «Welzel realizó los “trabajos preparatorios” para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social» (48)— que toda esta concepción con lo que enlaza directamente es más bien con la idea de sustituir el concepto tradicional de acción social por el concepto de comunicación enraizado en el principio o teorema de la doble contingencia (49), como componente esencial de los sistemas sociales, que es justamente lo que propugna Luhmann (50).

Es decir, que en la obra de Luhmann la teoría de la acción queda integrada en una teoría de la comunicación, al considerar que toda acción verdadera es, en realidad, una comunicación, si bien sólo la acción estructurada según el teorema de la doble contingencia puede ser considerada como comunicación, o sea, como verdadera acción. Por ello, los fines e intereses del planteamiento clásico de la acción son sustituidos por *expectativas*, ya que la estructura de la sociedad como sistema se compone de expectativas generalizadas de conducta (51).

Así, la teoría de la comunicación constituye un elemento central en la obra de Luhmann, hasta tal punto que el rasgo esencial de su teoría de la sociedad no puede entenderse sin advertir que la sociedad es el sistema de todas las comunicaciones posibles (52), y que es la

(47) Cfr. Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 67.

(48) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 59, nota 110, con referencias bibliográficas.

(49) Principio o teorema de la doble contingencia que ya recibió una formulación explícita en la obra de Talcott PARSONS. De ella parte LUHMANN, si bien no acepta la solución propuesta por PARSONS, ya que no admite la existencia de una referencia que, como es el caso del «sistema simbólicamente compartido», anule la apertura inaugurada por el teorema de la doble contingencia, sino que insiste en mantener la contingencia radicalmente abierta. Cfr. acerca de todo ello, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 240 y ss.

(50) Cfr. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 152 y ss.

(51) En este sentido, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 81-82, 155, 220, y 243-244.

(52) Si bien hay que tener presente que LUHMANN no se refiere a cualquier tipo de comunicación, ya que lo que afirma es que la sociedad se compone de comunicaciones *significativas*, o sea, de comunicaciones *con sentido*. Cfr. Niklas LUHMANN: *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 63.

comunicación lo que diferencia a los sistemas sociales de otro tipo de sistemas: *la comunicación –y su atribución como acciones–* es el modo propio de operación por el que los sistemas sociales son lo que son (53).

Por último, Suárez y Cancio no dudan en afirmar que: «Igual que el reproche individual de culpabilidad se halla teñido de socialidad en la concepción de Jakobs, con más fuerza aún este sector del injusto –el lado objetivo del hecho–, concebido como expresión objetiva de un quebrantamiento de la norma penal, es decir, como perturbación social, viene determinado por la interacción social, concretamente, por la *función* que para Jakobs todo el sistema de la imputación penal ha de cumplir en sociedad: la de posibilitar la orientación en el mundo social garantizando las expectativas de comportamientos esenciales» (54).

Y el que Jakobs opine así de lo que surge claramente es de la consideración de la función que debe desempeñar el Derecho penal en cuanto subsistema y manifestación de la diferenciación funcional que opera en su seno la propia sociedad como modo de reducción de complejidad (55). En este mismo sentido, y como ya quedó indicado anteriormente, Luhmann considera que el Derecho, en su conjunto, es un subsistema que la sociedad diferencia para ordenar un ámbito específico de comunicaciones, y que la particularidad propia del Derecho como sistema social es su aspecto normativo, puesto que el Derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización (56).

Por otra parte, es Luhmann quien aborda el problema central de la legitimación de las normas jurídicas partiendo de las ideas de procedimiento y, en menor medida, de «institucionalización», las cuales constituyen mecanismos que contribuyen a construir esta legitimidad de un modo interno, puesto que la legitimación es una construcción interna del propio Derecho. Y la «institucionalización supone siempre la generalización de expectativas que llevan al establecimiento de consenso, de modo que puede ser reducida la complejidad de la acción social» (57).

(53) Cfr. en este sentido, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 203 y el propio Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 240-241.

(54) Cfr. Günther Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 81-82.

(55) Vid. *supra* II.A.

(56) Cfr. en este sentido, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 293.

(57) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 295-296.

De todas formas, y por si aún queda alguna duda acerca de la profundidad de la ruptura respecto de las posturas mantenidas por su maestro, Welzel, que protagoniza Jakobs al diseñar su sistema de la teoría del delito, creo que resulta muy elocuente lo que dice este autor acerca de su propia obra. Así, en el Prólogo a la primera edición de su Tratado, Jakobs (58) reconoce que: «La obra comienza aludiendo a Welzel, es decir, a su teoría de que el Derecho penal ha de proteger “valores ético-sociales positivos de acción”... ».

No obstante, y a continuación, Jakobs afirma sin ambages que: «*Aquí se apartan los caminos*. La dogmática penal ontologicista se quiebra, y ello más *radicalmente* de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción..., a los que la dogmática penal siempre ha atribuido de forma expresa una esencia o... una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir absolutamente nada sin tener en cuenta la función del Derecho penal, sino que incluso el *concepto de sujeto* de la imputación penal se manifiesta como un concepto *funcional*».

Constatado esto, sólo cabe preguntarnos si quizás Jakobs ha cambiado de opinión desde la fecha en que se publicó la primera edición de su Tratado, de forma tal que últimamente su obra haya experimentado un giro en la dirección de pretender enlazar de alguna forma con las teorías de su maestro Welzel. Sin embargo, todos los indicios apuntan a que, lejos de ello, con el paso del tiempo Jakobs no hace sino reafirmarse en el camino que ha emprendido de forma cada vez más decidida. En este sentido, Jakobs aprovecha el Prólogo a la segunda edición de su Tratado para manifestar, de forma casi lapidaria, que «(s)e ha proseguido, sin modificarlo, el programa de la primera edición: El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la función social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad» (59).

Por lo tanto, afirmar que cuando Jakobs mantiene que «el concepto de bien jurídico no es suficiente... para describir el sistema del Derecho penal vigente en la actualidad, que en su opinión tiene también un fuerte componente institucional, en el sentido de que protege las condiciones de interacción, las normas sociales básicas mismas», lo que pretende es enlazar «con su maestro Welzel, concretamente,

(58) *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1983, p. V. La cursiva es mía.

(59) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. VII.

con la conocida reformulación “funcional” del bien jurídico» (60), resulta más que discutible, porque en realidad todo esto lo que denota es una clarísima influencia de Luhmann.

El pretender «quitarle hierro al asunto», es decir, encubrir la radicalidad que encierra la propuesta dogmático-penal de Jakobs insinuando que no es más que una prolongación de las posturas mantenidas por Welzel –penalista considerado hoy un clásico y, en cuanto tal, poco polémico, puesto que sus posturas o planteamientos básicos ya son aceptados en todo o en parte por la doctrina penal dominante en España– me parece que, en el fondo, es hacerle un flaco servicio a Jakobs, ya que no veo cuál es la ventaja de intentar que sus propuestas sean aceptadas disfrazándolas de algo menos nuevo, menos radical, pero por ello mismo menos estimulante y menos sugerente de lo que realmente son.

En consecuencia, considero que lo más honesto, y también práctico, es exponer con claridad que, aun reconociendo su calidad de discípulo de Welzel, Jakobs va mucho más lejos que su maestro y enlaza con el enfoque sociológico propuesto por Luhmann, el cual no por controvertido desmerece en absoluto como intelectual comparado con Welzel, y además tiene la ventaja de escribir acerca de la sociedad actual y no partiendo de premisas que cada vez hallan más dificultades para describir el mundo en el que nosotros vivimos.

A propósito de todo ello, también me gustaría aprovechar la ocasión para señalar que el beber en las fuentes del pensamiento hegeliano no es privilegio privativo ni de Welzel ni de Jakobs, sino que por el contrario es una fuente en la que han bebido, de una u otra forma, gran parte de los pensadores del siglo xx, entre los cuales también se encuentra el propio Luhmann. Por lo tanto, el que Jakobs invoque a Hegel tampoco puede constituir un dato que sirva para demostrar que existe un enlace directo entre su pensamiento y el de Welzel (61), puesto que también puede ser utilizado para destacar las similitudes entre el pensamiento de Jakobs y Luhmann.

A tal efecto, debe tenerse presente, no ya que Niklas Luhmann recibió el Premio Hegel en 1988, lo cual demuestra en todo caso su valía como intelectual, pero no necesariamente que exista alguna coincidencia entre su pensamiento y el de Hegel, sino el método seguido por Luhmann al elaborar su obra y algunas de las ideas direc-

(60) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 83-84.

(61) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 78, nota 159.

trices que maneja en ella, método e ideas directrices que también son empleados por Jakobs.

Por lo que se refiere al método de trabajo, Luhmann parece haberse impuesto a sí mismo el dictado de Hegel de seguir el «esfuerzo del concepto», o sea, el duro camino de la abstracción, ya que este autor entendía que «la verdadera abstracción es la única que permite entender y transformar lo que se considera concreto, aunque para ello, deba vivirse –como quería Hegel– un verdadero “Viernes Santo” especulativo» (62). En lo relativo a lo segundo, una de las ideas directrices de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann es el principio o teorema de la doble contingencia, teorema que como ya he señalado toma de Parsons aunque no acepte su versión del mismo, y que ya puede descubrirse, si bien desde otra perspectiva, en algunas deducciones hegelianas, como es la dialéctica del señor y del siervo en la *Fenomenología del Espíritu* (63).

Por lo demás, creo que la obra de Carlos Suárez y Manuel Cancio explica de forma muy atinada y comprensible las líneas maestras, no sólo de la imputación objetiva, sino de toda la concepción de la teoría del delito de Jakobs. Y en lo que sí estoy totalmente de acuerdo con ellos es en que la obra de Jakobs «pone de manifiesto la coherencia interna del sistema dogmático –que, desde luego, bien merece esta denominación– desarrollado por su autor» (64).

(62) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 313-314.

(63) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 244, nota 52.

(64) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 88

La comisión por omisión como problema dogmático

MARÍA ÁNGELES CUADRADO RUIZ

Profesora Dra. del Departamento de Derecho penal
y procesal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción.–II. Omisión, comisión y comisión por omisión. A) Paralelismo con los delitos de comisión. B) La comisión por omisión como omisión. C) Autonomía de la comisión por omisión.–III. El delito de comisión por omisión como ley penal en blanco «sui generis».–IV. Ley penal en blanco, comisión por omisión y error penal.–V. El tipo legal del delito de comisión por omisión: la exigencia de posición de garante y el contenido de la equivalencia entre acción y omisión. A. Argumentos doctrinales anteriores al Código penal de 1995. B. Argumentos jurisprudenciales.–VI. Evolución histórica.–VII. El parágrafo 13 del Código penal alemán.–VIII. La situación en el Código penal vigente: el artículo 11.–IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La fundamentación y los límites de los delitos de comisión por omisión han estado tanto antes como ahora poco claros. A principios del siglo XX y, sobre todo, durante los años veinte y treinta surge un verdadero interés por el tema. Es entonces cuando, fundamentalmente en Alemania, comienzan a tratarse de forma monográfica estos delitos (1) que representan la figura más problemática de los delitos

(1) Así ALDOSSER, C., *Inwifeme können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?*, 1882; LANDSBERG, *Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht*, 1890; MERKEL, P., *Begehung durch Unterlassung*, 1895;

de omisión (2) y, que se han convertido, sin embargo, en una forma general de imputación (3).

2. La comisión por omisión aparece como un tipo de omisión penal derivada de la existencia de una base funcional específica y, por tanto, realizables sólo por un determinado grupo de sujetos. Además, son omisiones graves puesto que han de mostrar su *equivalencia* con los hechos comisivos, lo que permite que el resultado no evitado se impute a la no realización de la acción indicada. Uno de los principales problemas de estos delitos se deriva, precisamente, de que la identidad con el comportamiento activo no aparece descrita en los tipos penales expresamente, sino que tal equivalencia ha de establecerse en el marco de normas prohibitivas de descripción positiva, que se refieren, a primera vista, sólo a comportamientos activos (4).

3. En los últimos años el problema ha sido revisado por las recientes aportaciones de la doctrina y jurisprudencia alemanas, que proporcionan elementos nuevos. En concreto me refiero al normativismo de Jakobs (5) y Frisch (6), desarrollado ampliamente por

TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913 (Festgabe für Enneccerus); v. HIPPEL, *Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission*, en ZStW 36 (1915), pp. 501 ss.; SCHWARZ, W., *Die Kausalität bei den Sog. Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929; SAUER, W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit del Unterlassung*, (Festgabe für v. Frank), 1930; KANTOROWICZ, M., *Unechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt*, 1931; MAYER, U., *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte*, 1934; SCHAFFESTEIN, F., *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, en Festschrift für Gleispach, 1936; NAGLER, J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en GerS 111 (1938).

(2) SCHÜNEMANN, B., *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, en ZStW 96 (1984), p. 299; FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, p. 1.

(3) En la doctrina española, coincidente en esto con la alemana, son tratados ya de forma general en los manuales de Parte General. Así MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 256 ss.; 3.ª ed., Valencia, 1998, pp. 272 ss.; MIR PUIG, *DP PG*, 4.ª ed., pp. 305 ss.; QUINTERO OLIVARES y otros, *DP PG*, Barcelona, 1996, pp. 307 ss.; QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.; Luzón Cuesta, J. M.ª *DP PG*, 1996, pp. 205 ss.; VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al Código penal de 1995, I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 83 ss.; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *DP PG*, 4.ª ed. 1996, pp. 353 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J. *DP PG*, 1989, pp. 242-243. En Italia cfr. FIANDACA/MUSCO, *DP PG*, 1989, p. 428, no así en Francia, en donde los delitos de comisión por omisión apenas si son tratados, utilizándose, en muchos casos, la fórmula de la omisión del deber de socorro.

(4) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, 1986, p. 349.

(5) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1991, pp. 34 ss., 164 ss. 188.

(6) Vid. FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

Freund (7) –discípulo de Frisch– para los delitos de omisión y por el pragmatismo de la jurisprudencia, que culmina en la sentencia alemana (8) de los pulverizadores para artículos de piel, en cierto modo paralela al caso español del aceite de colza (9).

II. OMISIÓN, COMISIÓN Y COMISIÓN POR OMISIÓN

1. El Derecho penal no puede cumplir la tarea propia de proteger los bienes jurídicos estableciendo sólo normas prohibitivas (10) –se comete el delito al hacer lo que está prohibido– (11), sino que también comprende, aunque en menor medida, normas imperativas (12) que ordenan acciones, estableciendo un sentido dinámico y de cambio, cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos (13) para tales bienes jurídicos.

2. La infracción de la norma prohibitiva da lugar a los delitos de comisión, mientras que la infracción de la norma imperativa o de mandato constituye una omisión. La norma prohibitiva se obedece mediante la omisión de la acción prohibida y la norma preceptiva o de mandato mediante la ejecución de la acción prescrita (14). Sin embargo, la distinción entre hacer y omitir no resulta siempre fácil, muchas veces dependerá de la formulación que se haya utilizado, por lo que hay que tener siempre en cuenta la descripción del tipo penal (15). Y en definitiva, se podría decir que la mencionada distin-

(7) FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992.

(8) BGH de 6.7.1990, BGHSt 37, 106. Vid. traducción de la misma en Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, pp. 28-31.

(9) STS de 23.4.1992 (A. 6783)

(10) TORÍO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, p. 694.

(11) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 19 ss.; *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1982, comentario al parágrafo 2 del ÖStGB austríaco, p. 27.

(12) Aunque como recoge RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *La omisión de socorro en el Código penal*, p. 5, algún sector doctrinal estima que el preceptuar una acción equivale a prohibir toda acción inconciliable con la actividad preceptuada y, en consecuencia, toda norma preceptiva sería al mismo tiempo una prohibición, ambas situaciones no tienen por qué coincidir.

(13) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del Delito*. 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 40; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., pp. 265 ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 323; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 19 ss.

(14) JAKOBS, G., *DP PG*, 28/3.

(15) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 250 ss.; 3.ª ed., p. 266.

ción coincide con la diferenciación tan extendida entre causalidad (acción) y la no causalidad (omisión) del comportamiento (16).

3. Sin embargo, determinados resultados prohibidos, pueden darse en determinadas ocasiones tanto por una acción como por una omisión. Entonces, actuar y omitir equivalen expresamente. Tal equiparación puede mencionarla específicamente la Parte Especial mediante una conducta alternativa o determinarse mediante la transformación que complementa un supuesto de la Parte General, conforme al cual, los delitos comisivos pueden completarse con una variante omisiva cuando al tipo del delito pertenece un resultado (17). Esta es la función que viene a cumplir el artículo 11 del Código penal, al que aludiremos después.

4. En el delito de comisión por omisión, el resultado que acontece viene descrito en una norma prohibitiva, en la que no se menciona expresamente el comportamiento omisivo (18). La ley sólo regula el resultado del delito de comisión por lo que se hace necesario completar previamente el tipo con ayuda de una cláusula o principio general. La fundamentación del delito de comisión por omisión como un mandato que impone actuar la tiene que realizar, además de la Ley, en parte, la dogmática en cada supuesto concreto para determinar cuando tal resultado típico *se entenderá cometido por omisión*. El mandato omitido tendrá que complementarse, pues la omisión de una acción sólo es típica cuando tal acción viene descrita en la norma prohibitiva (19). El sujeto habrá de llevar a cabo imperativamente una acción positiva, destinada a neutralizar el peligro y, por consiguiente, a evitar la lesión de los bienes jurídicos (20). La omisión que integra la comisión por omisión, en sí misma no existe, si no es teniendo como referencia una acción determinada que no se realizó (21).

5. Se entiende, por tanto, por omisión la no realización de una acción (22) cuando existe la posibilidad concreta de reali-

(16) ROXIN, C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en ZStW, 74, pp. 415 ss.; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1992, marg. 7, parág. 13; JAKOBS, G., *DP PG*, 28/3.

(17) JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2.

(18) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., p. 270.

(19) JAKOBS, G., *DP PG*, 29/3.

(20) TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, pp. 694, 695.

(21) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 256 ss.; 3.ª ed., p. 266.

(22) La no realización de acciones no sólo tiene relevancia dentro del campo del Derecho penal, sino que esa realización constituye también una referencia imprescindible para determinar el contenido de conductas valiosas y neutras al valor, en este

zarla (23). Quien deja que las cosas sigan su curso y no usa la posibilidad de una intervención, «omite» algo. Pero omitir no significa «no hacer nada» pasivamente, sino no realizar determinada actividad jurídicamente exigida (24), o realizar una conducta distinta a la esperada o prevista (25). De esta manera, el sujeto activo garantiza el dominio del proceso causal peligroso para el bien jurídico, para la vida, la salud, etc., de las personas. Tal sujeto está predispuesto a controlar la situación material que conllevaría la producción del resultado. Por ello, la consideración de la acción esperada como medio de disminución del peligro y evitación de la lesión al bien jurídico pone claramente de manifiesto la perspectiva teleológica de la comisión por omisión: la protección de bienes jurídicos (26). Precisamente, los nuevos ámbitos de criminalización del Derecho penal moderno (responsabilidad penal por el producto, delitos ecológicos y económicos) se caracterizan porque la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de normas (a veces administrativas, civiles, mercantiles, internacionales...) que imponen obligaciones de omitir y deberes de hacer (27), que si se incumplen pueden ocasionar responsabilidad en comisión por omisión. De lo que se trata es, pues, de establecer los límites de la comisión por omisión frente a los delitos comisivos, por un lado y frente a la omisión pura, por otro.

A) Paralelismo con los delitos de comisión

1. El primer problema que surgió al plantearse la posibilidad de la comisión por omisión de forma paralela al delito de comisión fue el

sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP, 1987, p. 606.

(23) KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 27 y ss; WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 277, sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida.

(24) WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general. Parte cuarta: los delitos de omisión*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 209 y 213; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Sobre los conceptos de omisión...* p. 583; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *La omisión de socorro...* p. 5, entiende la omisión como un «no hacer el acto ordenado».

(25) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 251 ss.; 3.^a ed., p. 267; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., pp. 305 ss.

(26) TORÍO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, pp. 694, 695.

(27) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Akal/Iure. Madrid, 1991, p. 200; el mismo, *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 40 ss.

de la relación de causalidad en los primeros. La ciencia del Derecho penal, en su afán por encontrar el *quid* causal del resultado típico, pretendió construir el delito de comisión por omisión de forma semejante al delito de comisión (28).

2. Las teorías causales tradicionales (29), sólo con enormes inconvenientes podían ser trasladadas a este terreno. Ante tal fracaso se trató de aportar soluciones más convincentes: sustituyendo la experiencia de la causalidad objetiva por una mera causalidad hipotética, bastando entonces, para los delitos de comisión por omisión, la afirmación de que si el autor se hubiera comportado debidamente, habría tenido la posibilidad fáctica de evitar el resultado (30). Sin embargo, pensar en que el resultado hubiera o no acaecido dependiendo de que se hubiese o no intervenido es entrar en un ámbito de inseguridades y abstracciones inapropiadas para calificar o no de «jurídicamente correcto» un comportamiento. Ante estas situaciones se optaba por resolver el problema causal por *analogía*: como los supuestos de comisión por omisión eran tipos no escritos, ajenos al tipo legal que sólo expresaría el injusto de la comisión activa, la infracción del mandato de evitación del resultado típico por el sujeto garante tampoco aparecía en el tipo escrito, concurriendo una simple equivalencia en cuanto al merecimiento de pena con las conductas activas. Pero esta solución entrañaba el inconveniente de emplear la *analogía in malam partem* (31). Por todo ello, ya Von Liszt, indicó que la causalidad, la «capacidad causal» de la omisión, no tenía que ser la cuestión fundamental de la misma y había que independizarla de ésta (32).

3. Todo ello ha supuesto una pérdida progresiva de significado del momento causal, dándose entrada a elementos normativos y valorativos, para desembocar en el concepto actual de comisión por omisión. Estos criterios han de desenvolverse dentro del marco legislativo, es decir, dentro de la descripción del tipo delictivo. La crisis de la causalidad no es, desde luego, exclusiva del ámbito de la comisión por omisión. La vieja idea de que causación equivale a

(28) TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, p. 694; Cfr. JESCHECK, H. H., *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, en ZStW 77 (1965), p. 114.

(29) Vid. ampliamente MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 227-250.

(30) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 258 ss.; 3.ª ed., pp. 273 ss.

(31) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, p. 2

(32) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *DP PG*, 2.ª Ed., reed., pp. 360-361.

tipicidad experimenta en la doctrina actual importantes limitaciones: se habla, por el contrario, de un empobrecimiento del plano fáctico (descriptivo) y de una intensificación del plano valorativo (normativo) del delito. La moderna Filosofía de la Ciencia ve en la causalidad, no ya tanto una producción lineal, efectiva, de resultados, como una correlación probabilística. Esta crisis de la causalidad, visible en la tradicional fórmula de la *conditio sine qua non*, permite a la vez observar que la fundamentación de la responsabilidad penal, no sólo en el delito de comisión por omisión, sino también en el de acción, es menos causal que valorativa, por eso, el concepto de imputación objetiva se ha convertido hoy en el núcleo de la tipicidad (33).

4. Lo que nos cuestionamos, por tanto, es si la omisión del que esta obligado a evitar el resultado se corresponde, valorativamente, a la realización del tipo legal mediante una acción activa. Parece indiscutible que ninguna omisión puede llegar a infringir el contenido de una norma prohibitiva (34). Lo que la omisión infringe es una norma, que independientemente de su concreta formulación, expresa un «contenido prescriptivo de mandato» (35).

5. Otro problema importante es si existe un concepto común a las acciones y omisiones (36).

Radbruch (37) ya en 1904, negó la posibilidad de equiparar la acción (basada en las nociones de voluntad, causalidad y hecho) y la omisión (basada en la negación de esos elementos): un concepto A y su contrario no A no pueden caer bajo un concepto superior. Pero esta objeción tiene sólo sentido en un sistema causalista (al que pertenecía dicho autor), que identifique la acción con la actividad, pues desde este punto de vista, es evidente que actividad (acción) y pasividad (no actividad y por tanto no acción) son opuestas.

Sin embargo, para el finalismo es posible la unidad de los conceptos de actividad y pasividad en la voluntad final perseguida por el

(33) TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, pp. 696-697.

(34) SCHÖNE, W., *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en CPC, 1, 1977, p. 63: «el derecho sólo puede exigir la acción tendente a evitar el resultado, pero no la evitación misma».

(35) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 321.

(36) Vid. ampliamente HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 282; ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 31 ss.

(37) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, reimp. 1967, pp. 132 ss., 140 ss.

sujeto. Armin Kaufmann (38) es quien más ha profundizado en el estudio de la omisión en el campo finalista. Bajo el concepto de comportamiento engloba este autor tanto la omisión como la acción comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad. En los delitos comisivos tal capacidad se habría desarrollado (acción delictiva) mientras que en los delitos omisivos, la capacidad de acción no desarrollada, teniendo el autor tal obligación para evitar el resultado, fundamentaría junto al deber de garantía, la imputación del resultado no evitado. En ambos casos se trataría de una acción final. Tal concepto es válido para los comportamientos dolosos. Sin embargo, Kaufmann incurre en el error de no considerar que la finalidad no es la única forma de proceder, por lo que es difícil en este planteamiento reconducir a un sólo concepto la actividad y la omisión dolosa y culposa.

Ahora bien, sin salir del finalismo puede admitirse sin inconveniente que el concepto de conducta humana, fundada en la voluntad final es también unitario desde el punto de vista de la intención y de la imprudencia. Es lo que pretendió Welzel al incluir en el concepto superior de la finalidad el dolo y la imprudencia, haciendo de este concepto el centro del elemento subjetivo de la acción. Y así, dolo e imprudencia son las dos subespecies de la voluntad humana por las que el sujeto va a responder penalmente, ya sea por acción o por omisión, de su influjo en el mundo circundante.

Para autores como Kaufmann (39), sin embargo, habría que abandonar el plano dogmático y tener en cuenta consideraciones axiológicas y valorativas para englobar bajo un concepto la prohibición de lesionar el bien jurídico y el mandato de protegerlo. Su construcción parte de un tipo de comisión que castigue la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero en el tipo de comisión por omisión ha de existir un mandato jurídico de evitación del resultado cuyo contenido sea, precisamente, la evitación de ese resultado, y cuya vulneración equivalga, al menos, aproximadamente al delito de comisión (40).

Los intentos de Maurach (41) también se encaminaron a construir un concepto unitario de conducta humana «regida por la voluntad

(38) KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 260, 272; el mismo, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, en JUS, 1961, pp. 174-176

(39) KAUFMANN, A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, en JUS, 1961, pp. 174-176; el mismo, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 260, 272.

(40) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 362-363.

(41) MAURACH, R., *DP PD*, pp. 182 ss.

orientada a un determinado resultado», y que abarcaría tanto el hacer corporal como el no hacer tanto en los hechos dolosos como en los imprudentes.

Hacia los años setenta y comienzos de los ochenta, las tesis de Herzberg y Jakobs llegan a la plena asimilación de comisión activa y comisión por omisión.

El punto de partida de la tesis de Herzberg (42) es sorprendente: considera como prototipo del hecho delictivo el delito de omisión, y a partir de ahí se esfuerza en probar la presencia de los elementos del delito de omisión en el delito de acción (la no evitación de un resultado, la existencia de una posición de garante). Trata de buscar un supraconcepto que sea el común denominador de la acción y la omisión. Pretende, así, resolver el problema de la equiparación acción/omisión en cuanto a la punibilidad, es decir, la fundamentación de una sanción penal en los casos de delitos puros de resultado por la equivalencia con un delito activo. El concepto de Herzberg es un concepto normativo, jurídico penal, construido a partir de la ley y se apoya en la *existencia indiscutida* de los delitos de comisión por omisión. Se trata de probar la afirmación de que meras omisiones de sujetos con deberes de garantes pueden ser, sin más, subsumidas en los delitos puros de resultado. Las críticas a la teoría de Herzberg provienen, precisamente, de la traslación que hace de la dogmática de la omisión a los delitos activos, pues, en efecto, la dogmática de la omisión se ha desarrollado a la sombra de los delitos de comisión, y sólo a partir de ellos recibe su fundamentación (43).

En un intento por funcionalizar (44) y dotar de contenido normativo los conceptos jurídico-penales, Jakobs relativizó en un primer

(42) HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, pp. 172 ss.

(43) BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, p. 108; FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 148.

(44) La novedad de la corriente dogmática denominada «funcionalista o «teleológica» se halla en la voluntad de racionalizar los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Se trata de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo ello con la pretensión de una posible modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito. Cabe distinguir, al menos, dos corrientes funcionalistas: una moderada representada por ROXIN (*Kriminalpolitik und Strafrecht*, 1.ª ed., 1970, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, Trad. de MUÑOZ CONDE) en la que para la aplicación del Derecho penal en la sociedad actual se con-

momento la contraposición entre los delitos de comisión y los delitos de omisión, aunque posteriormente ha defendido una diferenciación descriptiva entre la acción y la omisión para crear finalmente un concepto de acción funcional integrando la acción en el sentido tradicional con la omisión, formulando una teoría unitaria de la posición de garante tanto para los delitos de comisión como para los delitos de omisión: «no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión» (45). Jakobs entiende que la comisión por omisión y la comisión son iguales «normativamente», si bien son distintas ontológicamente. Tal concepto coincidiría con el concepto negativo de acción de Herzberg (46) (en los delitos activos, la inevitabilidad del resultado consiste en que el autor no ha evitado producir el resultado, esto es: lo ha producido, ya que la doble negación es afirmación). Para Jakobs la equiparación de la omisión, en la comisión por omisión, con un comportamiento activo puede producirse en cada uno de los tipos de la Parte Especial, mediante un comportamiento

sidera necesaria una orientación del sistema hacia las valoraciones de la Política Criminal, «sistema abierto» (pp. 33 ss.), que obliga a una amplia normativización de los conceptos; y otra radical, representada por JAKOBS (*Derecho penal. Parte General*, 1995, Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO) para el que la dependencia entre Derecho penal y la Política Criminal no es unilateral. Precisamente la conexión entre el concepto de culpabilidad y la teoría de los fines de la pena (prevención general positiva) puede servir como prueba de esta reciprocidad. Para JAKOBS si se parte de la misión del Derecho penal y no de las estructuras, que son objeto de la Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. No sólo de los conceptos de culpabilidad y de acción, a los que la Dogmática ha atribuido siempre una estructura lógica-objetiva, prejurídica; sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional. En esta concepción, *un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste*. Igualmente los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o de incumbencia. Al (re)normativizar se trata de que los esfuerzos se orienten a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructuras dada, sin renunciar, evidentemente, a formular aspiraciones frente a la realidad (Prólogo a la 1.ª ed., p. IX-X). Vid. más ampliamente SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 67 ss.)

(45) JAKOBS, *DP PG*, 2.ª ed., 1991, 6/20, 7/58 define la acción como una realización individual y evitable del resultado, mientras que considera la omisión como la no evitación evitable del resultado. Si existe responsabilidad por la comisión de un delito de resultado, no sólo debe ser garante el autor de la omisión, sino también el autor del hecho comisivo.

(46) HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, pp. 172 ss.

alternativo (47) que complementa y transforma la cláusula de la Parte General.

En nuestra doctrina, cabe destacar la concepción de Mir Puig (48), para quien sin pretender crear un concepto superior que englobe acciones y omisiones, el sustrato ontológico de la omisión consistiría en un comportamiento activo: la conducta que el autor realiza (incluida la mera pasividad) en vez de la conducta esperada o prevista jurídicamente.

Silva Sánchez (49) considera que los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. Bajo su punto de vista entiende que en el plano del ser sólo hay procesos causales, algunos de los cuales son interpretables y reciben el nombre de acciones. Sólo a partir de un sistema normativo pueden determinarse como comisión o como omisión. Y es lo que sucede cuando una acción se analiza por el Derecho penal. La distinción entre la comisión y la omisión se efectúa normativamente. Es decir, dependiendo de si la norma expresa una irrupción perjudicial para los bienes jurídicos o una ausencia de intervención para la protección de los bienes jurídicos estaremos ante una comisión o una omisión. La comisión por omisión es comisión y es omisión, requiere, por tanto, identidad estructural y material en el plano normativo con la comisión activa, y el merecimiento de pena en el comportamiento activo y en la comisión por omisión sería el mismo (salvo para los que estimen, como es el caso del ordenamiento jurídico alemán, que la comisión por omisión requiere una atenuación –facultativa–).

Para Muñoz Conde (50), la diferencia entre acción y omisión depende del criterio valorativo, de la norma de referencia que se utilice para valorar la conducta humana. De ahí que la distinción no sea siempre fácil de hacer y haya que tener en cuenta siempre más la norma de referencia que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos. Pero la omisión en sí misma no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia.

(47) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 28/10.

(48) MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.ª ed., pp. 305 ss.

(49) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión. Concepto y sistema.*, pp. 134 ss., 163-278; el mismo, «Comisión» y «omisión». *Criterios de distinción*, en Cuadernos de Derecho judicial, Madrid 1994, pp. 11 ss.

(50) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., 1996, p. 252; 3.ª ed., 1998, p. 266.

No existe una omisión en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. Por eso, la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y por eso, también, hay que referirse a las categorías de la tipicidad y la antijuricidad.

Otro sector doctrinal advierte, sin embargo, que entre comisión por omisión y tipo comisivo no existe necesariamente una identidad desvalorativa en el plano de lo injusto, pues consideran, por una parte, más oneroso el cumplimiento del deber de actuar que el de omitir, y, por otra, centran, de nuevo, la problemática en la relación de causalidad, que niegan en los delitos omisivos y, por consiguiente, en la comisión por omisión: «en los delitos de comisión por omisión el sujeto pudo (y debió) evitar la producción del resultado y no lo hizo, pero no lo causó» (51).

6. Actualmente, sobre todo tras la problemática suscitada en casos de responsabilidad penal por el producto, en los cuales la causalidad jurídica y científica no van a coincidir plenamente, asistimos a un distanciamiento entre delitos de acción y de comisión por omisión. No hay que perder de vista, sin embargo, que en los delitos de comisión por omisión, el comportamiento del autor (garante) se encuadra dentro del ámbito de una norma de mandato, mientras que el resultado descrito en la norma prohibitiva es el que acontece, pero no como consecuencia de la acción prohibida, sino como consecuencia de una omisión.

Desde mi punto de vista, si lo que se trata de saber es si la pena prevista para la realización activa del delito es también aplicable a la comisión por omisión, diría que comisión y omisión tienen en común la base normativa de la realización típica que, complementariamente, se transforma en delito de comisión por omisión a través de cláusulas legales generales del tipo del artículo 11 del Código penal de 1995, o de construcciones dogmáticas más o menos respetuosas con el principio de legalidad. Ambos comportamientos, comisivo activo y omisivo, al lesionar o poner en peligro un mismo bien jurídico tienen en común el resultado típico, dentro de un mismo marco legal que viene expresamente descrito como una norma prohibitiva, por lo que a mi entender, la consecuencia jurídica debería ser también la misma. En

(51) CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 201; el mismo, *Curso de Derecho Penal español*, PG, II, pp. 49 ss.; ENGISCH, K., *Tun und Unterlassen*, en *Festschrift für W. Gallas*, Berlin, 1973, p. 189; ROMERO CASABONA, C. M.^a, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, pp. 45-46.

este sentido la omisión del que viene obligado a evitar el resultado se correspondería, valorativamente, al del que lo causa activamente.

A mi juicio, el artículo 11 describe un concepto comprensivo de la acción y la omisión. Por ejemplo, al castigar la Ley las lesiones descritas en los artículos 147 y ss. del Código penal de 1995, tales resultados pueden producirse tanto por un comportamiento activo como por uno omisivo. La ley utiliza en el artículo 11 del Código penal de 1995 un concepto de conducta comprensivo de la prohibición y del mandato, me refiero a la *infracción de un especial deber jurídico del autor* (52). Tras un enunciado como el establecido en el tipo del artículo 147 CP 95 *el que causare a otro una lesión*, es posible advertir, como expone Silva (53), dos normas primarias, una de prohibición y otra de mandato, que corresponderían a un tipo dogmático comisivo y a otro omisivo, con elementos diferentes, pero que mostrarán una identidad estructural. Pese a la forma prohibitiva (norma primaria), en el delito de comisión por omisión se expresa un contenido preceptivo, un mandato frente al bien jurídico protegido.

B) La comisión por omisión como omisión

1. El comportamiento del autor en la comisión por omisión, al mismo tiempo y en función del deber jurídico que fundamenta la posición jurídica de garante, tendría la naturaleza de una infracción de mandato (54). La transformación de delitos comisivos de resultado en lesiones de deberes jurídicos para el garante hace surgir nuevos tipos de mandatos, que dogmáticamente se sitúan junto a los

(52) Denominado en la doctrina alemana como *Pflichtverletzung* y que no se circunscribe sólo a omisiones o sólo a comportamientos activos, vid. ampliamente ROXIN, C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en ZStW 74 (1962), pp. 411 ss.

(53) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, pp. 1075-1078, el mismo, *El delito de omisión*, p. 368 sigue el siguiente esquema: parte de conductas prohibidas P, unas de creación de riesgo para otro p, y otras q que expresan las conductas de salvaguarda del bien jurídico protegido, a realizar por sujetos responsables. Esto es, Pp y P-q (el signo – expresa la negación de tal conducta). De P-q extrae una norma de mandato Oq (P-q=Oq), es decir, la obligación, para determinados sujetos especialmente responsables, de la salvaguarda del bien jurídico cuando éste se halle en peligro. El problema fundamental reside en la determinación del ámbito de q.

(54) Veremos más adelante, que una vez determinada la posición de garante, este sujeto, en virtud de tal posición debería llevar a cabo la acción esperada, que impidiera el resultado lesivo del bien jurídico protegido. Esa acción esperada, el deber de actuar que hunde sus raíces en la posición de garante, surge de una norma preceptiva o de mandato.

tipos de prohibición, unidos a éstos por el común bien jurídico y por el marco penal. Por ello, para un sector doctrinal los delitos de comisión por omisión son ontológicamente delitos de omisión, esto es, en ambos existe una ausencia de un proceso causal activo del resultado. El curso causal habrá sido generado por otra instancia y el resultado se imputará al sujeto al no haber realizado la acción esperada jurídicamente (55).

2. Los delitos de omisión se dividen, tradicionalmente, en dos grupos estructuralmente diferentes: delitos de omisión pura o propia y delitos de comisión por omisión. Los delitos de omisión pura son los hechos punibles que se agotan en la infracción de una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley (56). A los fines de la punibilidad de la conducta no interesa el resultado correspondiente, sino únicamente la omisión de la acción jurídicamente impuesta (57), mientras que en la comisión por omisión no basta con la omisión de la acción esperada por el ordenamiento jurídico, sino que se exige un resultado. El resultado es un elemento configurador de este tipo de delitos.

Otros autores también distinguen además, entre omisión prevista como tal en la ley y omisión no descrita en la redacción legal. En el primer grupo incluyen tanto formas de omisión puras como de comisión por omisión, mientras que en el segundo grupo sólo cabría la comisión por omisión (58).

(55) WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 289, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 349, incluye dentro de las omisiones referidas a resultados, la comisión por omisión. En contra, NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 30.

(56) JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, 3.^a ed., pp. 493, 828. SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, p. 56 habla de delitos propios de omisión y delitos de comisión por omisión; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, 24 ed., p. 209, clasifica la omisión en omisión propia e impropia, y así también en *Wiener Kommentar zum StGB*, p. 27. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 319-336; QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *DP PG*, 1996, p. 305, las clases de omisión son dos: pura o propia e impropia o comisión por omisión. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 255 ss.; 3.^a ed., p. 268.

(57) QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *DP PG*, 1996, p. 305.

(58) Aunque un importante sector doctrinal considera equivalente esta terminología –delito propio e impropio de omisión– a la omisión pura y comisión por omisión, otros autores como Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 206, 275 ss. y NOVOA MONREAL, *Los delitos de omisión*, en *Doctrina Penal*, ene-marz 83, p. 42, reservan el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por ley e incluyen en la omisión propia las figuras legales, sean de omisión pura o de comisión por omisión.

Sin embargo, otro sector doctrinal representado por Roxin (59) en Alemania y en nuestra doctrina por Rodríguez Mourullo y Muñoz Conde, hace una división tripartita de los delitos de omisión: delitos de omisión pura o propia, delitos de omisión y resultado (omisión cualificada), y delitos impropios de omisión o de comisión por omisión (60), siendo estos últimos los equivalentes a los delitos comisivos.

Silva (61) concluye su estudio sobre el delito de omisión con una propuesta de clasificación en la que superpone distintos puntos de vista obteniendo las siguientes categorías: omisiones puras o simples y omisiones referidas a un resultado. Las primeras agruparían a aquellas omisiones que se agotan en la no realización de la acción indicada, y en las que no cabe imputar el resultado lesivo de un bien jurídico. Se dividirían a su vez en omisiones puras generales, realizables por todos y omisiones puras de garante. Estas últimas, las omisiones puras de garante se subdividirían a su vez en omisiones puras de garante expresamente tipificadas y omisiones puras de garante en las que no se da dicha tipificación.

Comparto esta división de Silva por cuanto en el Código penal aparecen tipificadas omisiones puras de garante, como sería el artículo 195.3 CP. Si además acontece un resultado, produciéndose el consiguiente concurso de delitos, vendrían a constituir en la nomenclatura de Muñoz Conde o Roxin, las denominadas por estos autores omisiones cualificadas (de omisión y resultado).

(59) ROXIN, consideraciones del Prof. Roxin en las Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal, con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 26-28 de enero de 1994. Dicha clasificación es también defendida en nuestro país por MUÑOZ CONDE y RODRÍGUEZ MOURULLO. Por su parte SILVA SÁNCHEZ, «Comisión» y «omisión». *Criterios de distinción*, p. 19, también sugiere la tipificación de omisiones que siendo más graves que las omisiones puras «clásicas», como la omisión del deber de socorro del artículo 195 o la omisión del deber de impedir determinados delitos, artículo 450, no alcanzan el desvalor propio de la comisión activa, ni puede afirmarse que sean idénticas con ésta, por lo que no constituyen comisión por omisión. La fórmula que propone SILVA sería la tipificación expresa —como cualificación del tipo de omisión del deber de socorro, por ejemplo— de una serie de omisiones que siendo más graves que las omisiones puras, no alcanzan la equivalencia con la comisión activa.

(60) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 254-255; 3.ª ed., p. 269; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 77; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 41.

(61) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 336-339 ss., 343 ss., 347-348.

En cuanto a las omisiones referidas a resultados –caracterizadas todas ellas por la posibilidad de poder imputar un resultado a la no realización de la conducta indicada, y como consecuencia de la no evitación por parte del sujeto–, Silva las subdivide a su vez en omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva y omisiones referidas a resultados que muestran su equivalencia con la correspondiente comisión activa. En esta última categoría se diferenciarían a su vez las omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinadas (omisiones referidas a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas) y la comisión por omisión (omisiones referidas a resultado y equivalentes a la comisión, pero que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa) (62).

A mi modo de ver, aunque algunos autores hablan de delitos de omisión impropios (63) para referirse a los no previstos en la ley y de delitos de omisión y resultado para aquellos delitos de comisión por omisión previstos en la Ley (64), entiendo que son el mismo género y que tan sólo aquellos delitos de comisión por omisión que se han visto con más frecuencia por la jurisprudencia se han tipificado, reduciéndose la discrecionalidad y la inseguridad jurídica. Así por ejemplo, los artículos 414.1 y 415 castigan a la autoridad o funcionario público

(62) Cuadro aclaratorio:

*A) Omisión pura o simple:

1. Omisión pura general
2. Omisión pura de garante:
 - 2.1. Expresamente tipificada
 - 2.2. No expresamente tipificada.

*B) Omisiones referidas a resultados:

1. Omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva.
2. Omisión referida a resultado con equivalencia comisiva (garante):
 - 2.1. Legalmente determinados
 - 2.2. Comisión por omisión (no se contemplan en precepto legal con descripción típica negativa).

(63) KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 206, 275 ss. y NOVOA MONREAL, *Los delitos de omisión*, p. 42.

(64) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos del CGPJ, n.º 8, p. 77; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 77, el mismo, *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, pp. 906-908; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 41; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 347-349, vendrían a coincidir con los delitos de omisión referidos a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas.

que consintiere la destrucción de documentos o permitiere el acceso a los mismos, y el artículo 432 a la autoridad o funcionario público que consintiere que un tercero sustraiga caudales públicos, entendiendo por «consentir» o «permitir» también el dejar hacer. El artículo 305 también tipifica expresamente la defraudación a Hacienda «por acción u omisión». Y el artículo 136 del Código penal militar tipifica una omisión de garante referida a resultado para el militar con mando que no adopte medidas que eviten o limiten el daño en circunstancias críticas.

Sea como sea, en los delitos de comisión por omisión, la omisión de la acción esperada (omisión del deber jurídico), no fundamenta un delito de omisión pura (65) (norma de mandato) pues nos movemos dentro de la esfera de las normas prohibitivas en cuanto al resultado que acontece, aunque todos los delitos de omisión, también los de comisión por omisión, constituyen infracciones de normas preceptivas (66). La imposibilidad de tipificar este tipo de comportamientos es lo que hace que los delitos de comisión por omisión [que es la terminología que prefiero utilizar pues creo que expresa mejor la estructura de estos delitos (67)] permanezcan como tipos sólo parcialmente expresados y como mestizaje de los de comisión y omisión. Precisamente por ello, creo que se configuran con una propia y autónoma identidad (68). En esta línea considero que —hasta cierto punto— se ha separado una de las dimensiones del comportamiento omisivo: la

(65) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., pp. 272 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 44. Otra cosa distinta es que el autor venga obligado a actuar por algún precepto legal. Su omisión sí constituirá entonces una omisión pura, ya que se ha infringido una norma de mandato. Así también MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., p. 335. Ello podrá suceder si se omite prestar socorro a quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave (art. 195 CP) o si se dejan de impedir determinados delitos (art. 450).

(66) JESCHECK, H. H., *Tratado DP PG*, 3.ª ed., 1981, p. 828, n. 18: en las normas preceptivas se ordena una determinada acción, un hacer positivo, y la infracción del Derecho consiste en una omisión.

(67) NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 31 manifiesta que resulta apropiado el nombre tradicional de «delito de comisión por omisión»; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 348, 349: la expresión de «comisión por omisión» puede ser todavía útil, pese a su equivocidad y básica incorrección. Juega a su favor tanto el peso de la tradición como una innegable claridad en cuanto a reflejar la problemática que aquí ha de resolverse; JAKOBS, G., *DP PG*, 28/12, prefiere denominar a estos delitos, delitos de omisión impropios, o mejor, delitos secundarios de omisión.

(68) En este sentido también, NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 31.

comisión por omisión, que aparece junto a una descolorida e insulsa omisión (69).

3. ¿Sobre qué presupuestos la omisión «corresponde a una realización del tipo legal mediante una acción activa?, ¿cómo concretar la idea rectora que expresa los términos de identidad estructural? (70). En este sentido el tipo legal de los delitos de comisión por omisión (71), el artículo 11 CP, realiza una transformación general y aparece como una norma puente entre la norma prohibitiva de un delito comisivo y la norma preceptiva, para llegar a ser un delito omisivo (72). Al juez le corresponde determinar las características objetivo-personales que permiten realizar esa integración y, reconducir la omisión que no impidió el evento al tipo legal cuyo sentido es el de prohibir la producción del resultado (73). De ahí deriva la decisiva problemática de los delitos de comisión por omisión, tanto en la esfera político-jurídica como en la esfera dogmática. ¿Qué omisiones cabe integrar en los delitos de comisión por omisión? (74).

El autor que lesiona el deber que le incumbe de evitar el resultado, realiza un tipo penal que está construido en la ley no como un delito omisivo, sino como un delito comisivo, es decir, como una norma prohibitiva (75). Para autores como Rodríguez Mourullo (76) y Silva Sánchez (77), desde el punto de vista dogmático, el marco natural de la comisión por omisión estaría representado por los denominados tipos prohibitivos de causar y no por los tipos que prevén la producción de un resultado a partir de una conducta activa. De este modo,

(69) FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 39.

(70) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 350.

(71) Vid. *infra* *El tipo legal de los delitos de comisión por omisión*.

(72) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 28/12.

(73) Para ROXIN dicha tarea corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 73, 197; WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 288, al juez mediante una complementación del tipo le toca encontrar las características objetivas del autor. Del tipo del delito de comisión sólo se puede desprender el evitar el resultado típico, y de ahí nace la inseguridad dogmática para el juez de apreciar las características no escritas del autor del delito de comisión por omisión. Y esta dificultad dogmática radica ni más ni menos que en la naturaleza de las cosas: es imposible, en principio, circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos legales la cantidad y variedad de autores de comisión por omisión.

(74) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 349.

(75) WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general...*, pp. 207 ss.

(76) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 917.

(77) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 362-363, 367-368.

habría que realizar una matización en el sentido que los verbos típicos de la norma primaria de la prohibición, por ejemplo, *el que causare una lesión* (delitos de lesiones, art. 147 y ss., por ejemplo) fuere «prohibir causar la lesión». En este sentido tales conductas son las que dan lugar a esa lesión y que permiten imputar al sujeto de tal conducta el resultado producido. La relación entre las conductas que resultan prohibidas dentro del tipo legal de *lesionar* y los tipos de mandato no escritos han de hacer referencia a un mismo bien jurídico y a un mismo marco penal.

4. Podemos concluir, por tanto, puesto que en los delitos de comisión por omisión, existe realmente omisión, la omisión de un mandato jurídico que no aparece descrita típicamente de forma negativa, y sin embargo, se realiza un tipo penal construido como un delito comisivo (norma prohibitiva), que estamos ante delitos que son un mestizaje y tienen una identidad autónoma.

C) Autonomía de la comisión por omisión

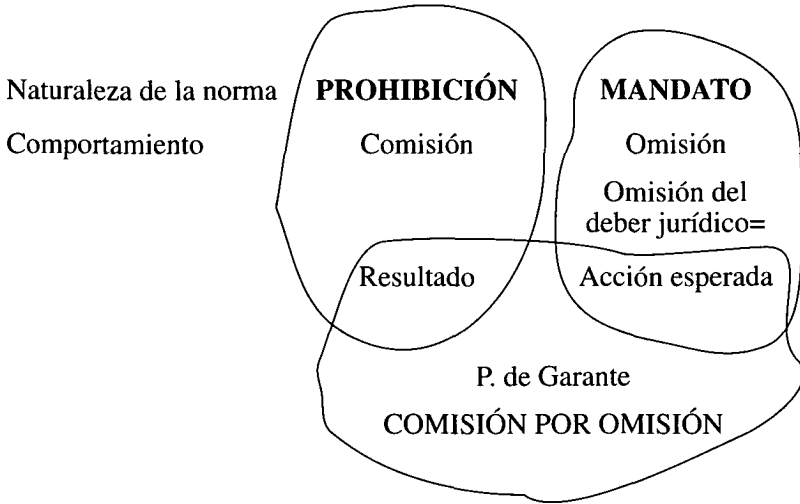
1. Los delitos de comisión por omisión son delitos de una estructura autónoma y con características mixtas o parciales de los delitos de acción y de los delitos de omisión, es decir, un «híbrido equidistante entre los delitos de acción y los genuinos delitos de omisión» (78) que al igual que ocurre en la química, aunque sus elementos originarios puedan encontrarse en los delitos comisivos y en los omisivos, la combinación de ambos da lugar a un «producto nuevo» con características singulares. La referencia a la norma de mandato que se infringe mediante una omisión sería un elemento común a los delitos de omisión pura y a los de comisión por omisión, y el resultado y el marco punitivo lo que comparten con los delitos comisivos activos.

2. Los delitos de comisión por omisión «consisten en no hacer algo que habría la obligación de hacer, (...) en no haber impedido un resultado prohibido (norma preceptiva en el primer caso, norma prohibitiva en el segundo)» (79). Son auténtica comisión (aunque sin

(78) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 131; NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, en *Doctrina Penal*, enero-marzo 1983, pp. 30-31.

(79) STS de 18-11-91, FJ decimonoveno.

causar activamente el resultado) y verdadera omisión: «comisión propia» y «omisión impropia» (80). Veámoslo con un esquema:



III. EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN COMO LEY PENAL EN BLANCO «SUI GENERIS»

1. La estructura de las normas penales se compone de dos partes: la definición del supuesto de hecho punible y el establecimiento de la consecuencia jurídica o sanción. En las denominadas clásicamente leyes penales en blanco, generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho no se contiene en una norma penal, sino que ésta se remite a una norma distinta. La necesidad de tales remisiones resulta de lo complejo y cambiante de las materias (81) como, la sanitaria, la relativa a alimentos, productos de consumo masivo, la medioambiental (82), etc., en las que la norma penal no puede recoger

(80) Esta es la terminología con la que lo ha expresado SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Comisión» y «omisión». *Criterios de distinción*, p. 15.

(81) MUÑOZ CONDE, F./ CUADRADO RUIZ, M.^a A., voz *Ley penal en blanco*, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, 1995.

(82) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für

los múltiples matices con los que la conducta punible puede producirse, de modo que resulta inevitable remitirse a otra Ley o al reglamento para completar la definición. Igualmente se ha dicho que la remisión proporciona mayor seguridad jurídica (en la medida en que la conducta resulta concretada por el reglamento) que la utilización por el Código penal de conceptos vagos e indeterminados que necesariamente deben ser concretados por los jueces sin disposiciones escritas en las que fundamentarse (83). Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar ese deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. Técnica legislativa utilizada con frecuencia en la tipificación de delitos de peligro sobre la que se ha pronunciado ya el Tribunal Constitucional (84), de tal manera que sólo sean infracciones, las acciones y omisiones subsumibles en la norma con rango de ley. La norma penal existe independientemente de que el acto, a través del que se consigna el supuesto de hecho, tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa (85). Se trata tan sólo de un problema de técnica legislativa y desde el punto de vista legal es irrelevante esta forma de legislar en blanco (86). El tipo ya completado

Klaus Tiedemann, 1994, pp. 138 ss., en el Derecho penal económico se explica que la utilización de legislación penal en blanco sea especialmente intensa, puesto que la materia objeto de regulación es, por su propia naturaleza, más variable que el núcleo tradicional del Derecho Penal.

(83) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 138. En contra COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en Rev. de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Tomo I, Derecho Penal y Constitución, EDERSA, 1982, p. 200.

(84) La STC 3/1988 de 21.I admite, en primer lugar, la «colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora», es decir, la remisión a los reglamentos. Pero el TC exige, para aceptar la remisión, que en la ley «queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta».

(85) MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pp. 396-397, concibió una clase de leyes penales en blanco en sentido amplio (tipos necesitados de complemento); OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, pp. 84-85; MUÑOZ CONDE, F./ CUADRADO RUIZ, M.^a A., *Ley penal en blanco*, en Enciclopedia Jurídica Civitas, 1995.

(86) En contra COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, Comentarios a la legislación penal. Tomo I, Derecho Penal y Constitución, EDERSA, 1982, pp. 199-201: «las leyes penales en blanco son inconstitucionales en la medida que contravienen lo dispuesto en los artículos 53,1.º y 81,1.º de la Constitución»; también en contra, MESTRE DELGADO, E., *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, en ADPCP, 1988 (41), pp. 517 ss.

cumple con las mismas funciones, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuricidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal (87). *Grosso modo* este sería el concepto clásico de ley penal en blanco.

2. Pues bien, los delitos de comisión por omisión aparecen, también, sólo en parte legalmente determinados. No se puede olvidar, sin embargo, que aunque presupuesto fundamental para la configuración de una comisión omisiva es la existencia de un deber jurídico, *obligación legal o contractual de actuar, o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*» (88) es, en todo caso, el sentido del tipo legal el que decidirá si es o no admisible la equiparación de la comisión por omisión a la comisión activa (89). Al encontrarnos, también aquí, con «tipos abiertos» (90) habrá que dotar al juez del máximo de elementos posibles para reconstruir una «legalidad dispersa» (91). No falta, en este sentido, un difundido punto de vista según el cual los delitos de resultado, y en mi opinión, también los delitos de comisión por omisión –en tanto en cuanto son delitos de resultado (92)– comportan una especie de «leyes penales en blanco» que se deben completar con otra «Ley» (93).

(87) MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pp. 397-398.

(88) Art. 11 CP de 1995.

(89) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, pp. 85 ss.

(90) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 260; 3.ª ed., p. 274; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de omisión*, pp. 87-88; el mismo, *DP PG*, p. 286: «son tipos abiertos o necesitados de complementación aquellos en los que la ley describe sólo parte de las características de la conducta prohibida reenviando al juez el cometido de completar las restantes»; para TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, p. 158, el ámbito de la tipicidad característico del Derecho penal económico, es el uso de normas «abiertas» total o parcialmente; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, pp. 79 ss. La doctrina finalista considera los delitos imprudentes como tipos abiertos, tipos que expresan un deber jurídico que ha de ser objeto de valoración por el juez. En sentido análogo CEREZO MIR sitúa también los delitos imprudentes junto a los delitos de comisión por omisión ya que ambos son tipos de injusto no descritos legalmente; KAUFMANN, A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, p. 176 habla de que la omisión realiza tipos no escritos.

(91) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 44; ROMERO CASABONA, C. M.ª, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal*, en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Ed. Rev. de Der. Privado. Madrid 1993, p. 929.

(92) Vid. *infra* *El resultado*.

(93) STS 23 de abril de 1992, FJ 2.º, en los delitos de comisión, los delitos de resultado han de completarse con la Ley natural de la causalidad, construcción que fundamentó KAUFMANN, A., en *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Conter-*

3. A mi entender, el principio de legalidad exige que el legislador ponga en la ley penal en blanco, no sólo el valor, sino un marco de comportamiento (94) que en el delito de comisión por omisión se referiría al deber jurídico en el que se fundamenta la acción esperada y omitida, es decir, a la evitación del resultado. Por un lado, la referencia al resultado del tipo de comisión por omisión del artículo 11 CP envía a otra norma penal de la Parte Especial. Ese resultado descrito en la norma prohibitiva completa, en cierto modo, el tipo delictivo de la comisión por omisión (95). La comisión por omisión nace de la puesta en conexión del tipo de la Parte Especial con la norma de la Parte General. Por otro, el deber jurídico, *la obligación legal o contractual*, por ejemplo, y por tanto la acción esperada nos remitirá, en muchas ocasiones, a normativa extrapenal (96) ya sea de la Comunidad Autónoma, nacional o incluso comunitaria (97), así como a otras ramas del Derecho en las que se admite como fuente de producción normativa incluso la costumbre, siendo en todo caso, la consecuencia jurídica del delito de comisión por omisión, la que se establece en el tipo de la Parte Especial (98). Es por lo que entiendo que los delitos de comisión por omisión son una clase *sui generis* de leyes penales en blanco, en tanto en cuanto la descripción típica se encuentra dispersa y ha de completarse con la norma prohibitiva y el tipo del artículo 11, y a su vez, ambos supuestos remiten o pueden remitir el hecho típico a una normativa extrapenal.

gan-Verfahren, en JZ, 1971, pp. 569 ss.: la causalidad como elemento del tipo sería un elemento en blanco a completar con la ley de la causalidad. En contra PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, pp. 62-63, para quienes tal concepción significa una deformación sustancial de la idea original de «leyes penales en blanco».

(94) En este sentido, TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, pp. 141-144.

(95) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 137 n. 14, sostiene que la normativa a la que se remite una norma penal en blanco podría ser también una «normativa penal». Así, por ejemplo, en las remisiones internas, o en las remisiones de una ley penal a otra de la misma naturaleza.

(96) TIEDEMANN, K., *Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior*, en NJW 1986, pp. 2475 ss., no distingue entre ley penal y normativa extrapenal que completa el tipo.

(97) OEHLER, D., *Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrecht im neuen Europa*, en Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, 1991, núm. 1, p. 46.

(98) JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 3.^a ed., pp. 352 ss., denomina a las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la consecuencia jurídica, «ley en blanco al revés».

IV. LEY PENAL EN BLANCO, COMISIÓN POR OMISIÓN Y ERROR PENAL

1. Considero, por ello, adecuado un concepto amplio de leyes penales en blanco, sobre todo por los problemas que plantea el tratamiento del error (99). En una ley penal en blanco, es decir, en una ley-marco que se completa mediante otra norma, resulta difícil determinar el objeto del dolo. En la comisión por omisión, hay que considerar que la norma prohibitiva –aquella en la que aparece descrito el resultado típico– se transforma mediante la cláusula de la Parte General (100), y si además la norma prohibitiva es una ley penal en blanco tradicional, la norma complementadora se reúne con la ley marco, debiendo abarcar el dolo todos los elementos pertenecientes a ese tipo total. Dado que a partir de este conocimiento, incluso si se añade el conocimiento positivo de la norma en blanco no se deriva ninguna indicación para actuar o no en el caso concreto, según una versión orientada hacia la teoría del dolo, el dolo ha de referirse también a la concreta existencia de la norma complementaria. Por todo ello, el error, incluso sobre la existencia de la normativa complementadora constituiría error de tipo (101).

2. En el complejo mundo de la actividad empresarial y, por ejemplo, en sectores de producción o distribución de productos de consumo masivo en donde la intervención del Estado en la Economía se hace patente mediante una exhaustiva normativa que regula y controla cada una de las fases del producto, muchas veces, es probable que se actúe con desconocimiento de la normativa jurídica que, por ejemplo, completa *el especial deber jurídico del autor* en el delito de comisión por omisión. Ante la cada vez mayor cantidad de elementos normativos (102) en el tipo, los destinatarios de la norma, en ocasiones asesorados por especialistas y técnicos, pueden ver «com-

(99) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 38-42; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, pp. 381 ss.

(100) GRACIA MARTÍN, L., en el Prólogo al *Código Penal y Leyes penales especiales*, Egido Editorial, 1996, denomina a la norma prohibitiva en donde aparece descrito el resultado típico, *tipo originario*, y a la cláusula de la Parte General, «*tipo asociado*» a aquél.

(101) MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, en *La Ley*, año XII, núm. 2675, p. 8, el mismo, *El error en derecho penal*, 1989; JAKOBS, G., *DP PG*, 8/46.

(102) En cuanto a la problemática de los elementos normativos del tipo como objeto del dolo, vid. JAKOBS, G., *DP PG*, 8/48 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Problemas del error*, en *La Ley*, núm. 4056, 12 de junio de 1996, pp. 1 ss.

pensado» su error en el aspecto subjetivo del tipo conforme al artículo 14 CP (103).

3. Algunos autores alemanes (104) y españoles, como Bajo (105) y Torío (106), consideran el error sobre las normas extrapenales como error de mandato (error de prohibición). No obstante, Tiedemann (107) se pronuncia en contra de la opinión dominante en Alemania sobre el error: en el Derecho penal económico el error sobre la existencia de la norma se encuentra, antes que nada, como error sobre la exigencia jurídica y el concepto de derecho, más allá de las prescripciones penales, es decir, sobre todo el ordenamiento jurídico. Un error de esta clase es un error de tipo y no un error de prohibición. La misma opinión, que considero la correcta, mantiene en España Muñoz

(103) 1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente.*

2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

(104) JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, pp. 578-579; KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 140; WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 283; JAKOBS, G., *AT*, pp. 690 ss. se refieren a este tipo de error como error de mandato cuando en los delitos de omisión el autor yerra sobre su deber de actuar. Error de prohibición y error de mandato han de tratarse de igual modo. JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, 4.ª ed., refiriéndose al error de mandato en los delitos de omisión, sugiere que hay que considerar siempre la posibilidad de este error. En los delitos de comisión por omisión, la norma preceptiva no se infiere de la prohibición jurídico-penal de menoscabar un determinado bien jurídico, sino de una norma ajena al DP, que obliga a intervenir para proteger ese bien jurídico. Por tanto el error (de mandato) puede referirse tanto a la norma prohibitiva en sí como al deber de garante.

(105) BAJO FERNÁNDEZ, M., *DP* p. 582.

(106) TORÍO LÓPEZ, A., *«El error iuris»*, en *Perspectivas materiales y sistemáticas. III Jornadas de Derecho Penal*. Ed. Fernández Albor, 1975, pp. 313 ss., el mismo, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP*, en *La Reforma penal y penitenciaria*, ed. Fernández Albor, 1980, pp. 249 ss., especialmente, p. 262.

(107) TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, alemán, español)*, p. 159, en las leyes penales en blanco por la lectura conjunta del tipo penal y de la normativa extrapenal, la remisión no se queda en una mera técnica legislativa sino que cambia el contenido del tipo penal. Si antes el tipo era muy normativo, tras la remisión extrapenal es descriptivo. Por ello se considera que el error no es, tras la lectura conjunta, error de tipo sino error de prohibición. En otro lugar, sin embargo, TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, p. 52, considera el error sobre la existencia de la norma como error de tipo.

Conde (108), según el cual, básicamente, en el ámbito de los delitos empresariales y económicos, la remisión a otras normas que se hace en el tipo, por ejemplo, «sin hallarse debidamente autorizado» (art. 359) o «sin cumplir las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos» (art. 360); «incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia» (art. 361); «omitan o alteren los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición» o «uso no autorizado» (art. 363) convierte a estas remisiones en «un hecho constitutivo de la infracción penal» (109), y por lo tanto se trataría de un verdadero error de tipo (110), y no de un error de mandato (o error de prohibición). De igual manera la posición de garante que fundamenta *el especial deber jurídico del autor* del tipo de la comisión por omisión remite a la totalidad del ordenamiento jurídico. Un error sobre la misma sería, también, un error de tipo.

4. La normativa extrapenal a la que se tienen que remitir los tipos penales que disciplinan sectores de incidencia social y económica como puedan ser la salud pública o el medio ambiente obliga a considerar todo error sobre elementos normativos contenidos en el tipo de la comisión por omisión, o en los tipos legales de resultado de las res-

(108) MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error* orientada a las consecuencias, en *La Ley*, año XII, núm. 2675, p. 8, el mismo, *El error en derecho penal*, 1989, el mismo, *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, pp. 72-73; OEHLER, D., *Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrecht im neuen Europa*, en Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, 1991, núm. 1, p. 47; en Italia, mientras que la jurisprudencia en estos casos se ha mostrado a favor del error de tipo, la doctrina los considera como error de prohibición, vid. COVINO, C., *L'ignoranza della legge e errore nel diritto penale*, Pirola Ed., Milano, 1991, pp. 39 ss., 48 ss.; DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, pp. 99-101.

(109) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 147, habla también de que «Ley penal» no es sólo el texto de un precepto contenido en una ley penal, sino también toda la normativa extrapenal que confiere un contenido prescriptivo a tal precepto, mientras que CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Maurach*, tomo I, p. 144, n. 33, entiende que las normas que completan el tipo penal en cuestión no pasan a formar parte integrante de la Ley Penal.

(110) En Alemania, el BGH también ha considerado en algunas de sus sentencias que en los delitos de comisión por omisión el error sobre el deber jurídico de actuar es un error de tipo y no un error de prohibición, precisamente porque tal deber especial pertenece al tipo y no a la antijuridicidad. Vid en este sentido BGH 3 pp. 82 y 89; BGH 4 330; BGH 14 232. Para WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, p. 303, la fundamentación del tribunal en estos casos fue errónea puesto que no se puede tratar el error sobre el deber de actuar de manera distinta en los delitos de omisión pura que en los delitos de comisión por omisión.

pectivas normas prohibitivas (111) como error excluyente de dolo, y con ello de responsabilidad penal si no existe la correspondiente previsión del delito imprudente (art. 12 CP). Y es que, hasta ahora, se ha reparado poco en que los elementos de donde resulta una posición de garante (112), son elementos normativos del tipo, para cuyo conocimiento es necesaria una valoración paralela de la conexión normativa en la conciencia del autor (113).

Es, precisamente, la compleja y cambiante normativa –ya no sólo estatal y de distintos Ministerios, sino también de las diferentes Comunidades Autónomas, o incluso comunitaria– a veces coyuntural e imprecisa, la que hace que en ocasiones la persona no sea consciente de los deberes jurídicos de la normativa en su conjunto que le obligan a actuar. Y, justamente, puesto que en la configuración del propio tipo es donde surgen las obligadas remisiones a normas penales o extrapenales, con la inseguridad y confusión que ello supone, es en el propio tipo en donde se han de atender dichos errores.

5. Ahora bien, dado que, sobre todo en el ámbito empresarial, muchas veces los errores son vencibles, cabe incriminar el hecho por el respectivo tipo imprudente, lo que es muy raro en el ámbito de los delitos económicos, pero no tanto en los delitos de peligro contra el medio ambiente (art. 331), uso ilícito de energía nuclear (art. 341) o salud pública (art. 367).

V. EL TIPO (114) LEGAL DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: LA EXIGENCIA DE POSICIÓN DE GARANTE Y EL CONTENIDO DE LA EQUIVALENCIA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

La fórmula legal sobre la comisión por omisión, tiene como fin la protección de los bienes jurídicos. El delito de comisión por omisión

(111) En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, en *La Ley*, año XII, n.º 2675, p. 8.

(112) Vid. *infra*.

(113) VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, p. 220; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/90.

(114) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 364, diferencia entre tipo como *precepto legal* y tipo como *categoría dogmática*. La primera concepción alude a la expresión parcial de los presupuestos de hecho de la norma secundaria, a las que en el aspecto formal alcanzan las exigencias del principio de legalidad. Se encuentra escrito. El tipo como categoría dogmática sería la expresión del injusto específico de un delito, es decir, el conjunto de elementos positivos del supuesto de hecho infractor

ha de reflejar, por ello, el anhelo de la política criminal de que las normas penales no prohíben infracciones puramente éticas sino que prohíben el peligro o la lesión de intereses, de bienes jurídicos. La proyección de este criterio teleológico en el delito de comisión por omisión debe implicar la exigencia de que la acción omitida pudiera disminuir el riesgo y evitar, así, la lesión del bien jurídico protegido por la norma (115). Los requisitos dogmáticos de la comisión por omisión se han ido elaborando, primero, como una cuestión puramente técnica, para cristalizar, luego, en un precepto legal.

A. Argumentos doctrinales anteriores al Código Penal de 1995

1. Con anterioridad al CP 95 la comisión por omisión no estaba regulada expresamente. Por lo que al aspecto político-jurídico se refiere y a falta de regulación expresa de los delitos de comisión por omisión, el principio *nulla poena sine lege* experimentaba aquí una profunda limitación. Aún así la doctrina defendía su aplicación y había procurado siempre compatibilizarla con la garantía del principio de legalidad. Las precisiones doctrinales se desenvolvían en el terreno del deber obrar y en la selección de aquellas omisiones que eran susceptibles de ser equiparadas a las acciones positivas en cuanto no impidieron el resultado típico.

a) Un sector doctrinal español (Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa, Córdoba Roda) (116) había admitido este tipo de omisión fundamentándola en que los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado, y por tanto, la fórmula del artículo 1 CP (117) era compatible con el reconocimiento de la punibilidad de la comisión por omisión. Lo que realmente es una omisión, señalaban, aunque en el plano valorativo pueda considerarse *equivalente a una acción*, no por ello deja de ser una omisión. Aún en el supuesto de que la comisión omisiva de ciertos hechos se estime susceptible de ser

de la norma primaria, y no se podría decir que aparezca escrito. Cuando hablo de tipo legal me refiero al precepto legal pero incluyendo también algunos elementos del supuesto de hecho.

(115) TORÍO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, p. 701.

(116) ANTÓN ONECA, J., *DP PG*, p. 173; JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, III, 4.ª ed., pp. 440 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *DP PG*, 14 ed., pp. 385 ss.; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal*, Ed. Ariel, 1974, pp. 9 ss.

(117) El artículo 1 del Código penal anterior al de 1995 establecía tras la Reforma de 1983 que *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*.

reconducida a un tipo legal que describe un hacer positivo, habría de reconocer que se estaría entonces en presencia de una omisión (nunca de una acción), que, en tanto es posible considerarla comprendida en un tipo legal, se convierte en una «omisión penada por la ley». Con esto ponían en evidencia la necesidad de interpretar el término «omisiones» del anterior artículo 1 del Código penal como comprensivo no sólo de las omisiones específicamente descritas por la ley, sino también de aquellas que eran reconducibles a un tipo legal, a pesar de que éste no mencionase expresamente una conducta omisiva. Si la interpretación del tipo permitía asegurar que es indiferente el medio, omisivo o activo, a través del cual se verifica el resultado, la comisión omisiva del mismo se convertía a la postre en «omisión penada por la ley». La posibilidad de reconducir la comisión por omisión al tipo legal se veía facilitada cuando el tipo se limitaba a prohibir literalmente la causación o producción de un determinado resultado. También planteaban esta posibilidad en aquellos tipos cuyo sentido indicaba que lo que ha tratado de prohibirse y lo que ha querido castigarse era la verificación del resultado, con independencia de que su producción fuese consecuencia de una acción positiva o de una omisión (118). Razones de justicia material también conducían a estos autores a aceptar la licitud del castigo de la comisión por omisión, pues, existen supuestos en los que la omisión es un modo de lesión de bienes jurídicos más peligroso incluso que el hacer positivo.

b) Otro sector, haciendo una interpretación —aunque extensiva— del concepto social de acción (119), incluía en los tipos de causación la comisión por omisión sin hacer uso con ello de la analogía. La doctrina social de acción sostiene que es posible elaborar un supraconcepto de acción y omisión sobre concepciones de la sociología (120). Esta segunda alternativa a la solución del problema de la legalidad de la comisión por omisión, entendería los verbos legales que exigen un resultado, no en sentido naturalístico, sino en sentido social. Es decir, para que un resultado sea objetivamente imputable a un sujeto, no es preciso que éste lo cause en sentido físico, sino que puede bastar no evitarlo cuando tenga el deber de actuar. En este sentido, es posible

(118) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, pp. 105 ss.

(119) Sostenida en Alemania por JESCHECK, H. H., *Tratado DP PG*, 4.^a ed., Granada 1993, pp. 200 ss. Para La teoría social de la acción existe un supraconcepto que abarca acción y omisión que tiene carácter normativo. En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, E., *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, ADPCP 1987, pp. 594, 600 ss.

(120) SERRANO PIEDECASAS, J. R., *Crítica formal del concepto de la omisión*, en ADPCP, 1993, p. 998.

entender que los tipos de resultado pueden realizarse por omisión sin desbordar su sentido literal posible (121).

Ante la ausencia de previsión expresa, algunos autores propugnaban mayor concreción y precisión, demandando una fórmula general que declarase punible la comisión por omisión, en orden a coordinar esta clase de delitos con el principio *nullum crimen sine lege* y no suscitar, así, dudas interpretativas (122).

c) Sin embargo, para otro sector doctrinal español no se hacía necesaria una cláusula general referente a la comisión por omisión, ni tampoco la tipificación expresa en la Parte Especial. Estos autores entendían que la cláusula general incluso reportaría inconvenientes (123) si realmente existe una plena igualdad estructural entre comisión y omisión. Aunque con leves diferencias los partidarios de esta tesis afirman que para castigar en comisión por omisión y aplicar la misma pena del delito comisivo se requiere una plena identidad normativa entre acción y omisión.

(121) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 328-329; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 359 ss., el mismo, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención*, en CPC, 1989, pp. 376 ss., 395 ss.

(122) Así GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 585; ROMERO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y prespectiva político criminal*, en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje al Prof. Del Rosal, Madrid 1993, pp. 925 ss., 936 ss.; el mismo, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 33 ss., 48 ss.; TORÍO LÓPEZ, A., *Límites político criminales del delito de comisión por omisión*, pp. 698-699; ZUGALDÍA ESPINAR, *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal*, en CPC, 1984, pp. 571 ss.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 329, 333 ss., 345 ss., proponía también una construcción restrictiva de la comisión por omisión. Como elementos de la tipicidad de este tipo de delitos destaca este autor la presencia de la posición de garante, junto con la ausencia de acción esperada, la producción del resultado y la capacidad de evitar dicho resultado. La posición de garante se apoya en base a la teoría funcional, por lo que únicamente cabe afirmar la posición de garante por a) *la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor* y b) *que el peligro cree una situación de dependencia personal del bien jurídico*. Con el primer requisito es necesario que el peligro no sea ajeno al sujeto omitente, sino que éste ha de ser responsable del peligro. En segundo lugar, el bien jurídico ha de quedar bajo el control del garante omitente. MIR establece una referencia absolutamente concreta de la posición de garante.

(123) Según los críticos, una regulación de la comisión por omisión plantearía como inconveniente el riesgo de una extensión de la responsabilidad penal en comisión por omisión, pudiendo llegar a sancionar más casos que los que se sancionaban en la anterior situación; en este sentido, entre otros SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, pp. 1078-1079.

Gimbernat (124) rechaza la doctrina de la posición de garante en la necesidad de una equivalencia exacta entre omisión y causación activa. En los tipos de delitos de resultado, la comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que ésta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo (o de peligro). Y dicha equivalencia exacta o identidad estructural y material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite.

Luzón Peña (125) exige también una equivalencia o identidad estructural y material entre acción y omisión para ser subsumida en el tipo legal y, por tanto, ser típica. Para este autor hay comisión por omisión cuando la omisión del sujeto por la posición social o por la función específica y habitual que desempeña crea o incrementa de modo decisivo o determinante un riesgo de lesión del bien jurídico. Si el sujeto omite el cumplimiento de su deber o de su función, u omite desempeñar su competencia profesional crea, con su omisión, un peligro hasta ese momento inexistente, o incrementa un peligro de lesión del bien jurídico protegido hasta entonces controlado.

Es decir, la madre que no alimenta al niño, el guardagujas que no cambia las vías o el médico de la UCI que deja de administrar la medicación cometerían homicidio en comisión por omisión porque la omisión de la acción esperada, de alimentar, de cambiar las vías o de cambiar la medicación, respectivamente, es la que crea o aumenta el peligro. Si los sujetos hubiesen actuado, tal peligro o no existiría o estaría controlado. En los casos en que el sujeto omitente no crea ni aumenta un peligro ya existente (procede de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de actuaciones no dolosas del propio sujeto), sino que deja que el peligro siga su curso y se limita a no intervenir, según Luzón, no hay comisión por omisión, aunque el omitente sea garante, aunque el sujeto tenga un específico deber de garantía respecto al bien jurídico protegido, pues su omisión no ha producido la lesión. En todo caso, según esta tesis, habría omisión del deber de socorro. Tal sería el caso del cónyuge –garante– que no

(124) GIMBERNAT ORDEIG, E., en la recensión al libro de BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, en ADPCP, 1970, pp. 726 ss.; el mismo, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, en Estudios de Derecho Penal, 3.ª ed., 1990, p. 194, n. 40; el mismo, *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pp. 5 ss.

(125) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de DP PG, I*, Madrid 1996; el mismo, *Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia*, Comentario a la STS de 3 de marzo de 1980. En DP Circ., 2.ª ed. 1990, pp. 175 ss., 185; el mismo, *Estudios Penales*, 1991, pp. 177, 235 ss., 240-241, el mismo, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, en La Ley, año VII, núm. 1538, p. 4.

socorre al otro que se ha puesto enfermo, dejándole morir. Tampoco mata el socorrista que no salva a quien se ahoga. Igualmente considera que en los casos de injerencia, la previa acción no dolosa es la que crea el peligro, no la posterior omisión, que ni crea ni aumenta el peligro ya existente, sino que deja que éste siga su curso. Para Luzón sólo las omisiones que son directa y estructuralmente subsu- mibles en la descripción de la conducta típica de los delitos puros de resultado (o resultativos) darían lugar a comisión por omisión, es decir, aquellas omisiones que encajan sin más en la misma, sin forzar ni ampliar el tenor literal a casos no previstos en el mismo ni abarcados por la finalidad de la norma. En definitiva, rechaza la teoría de la posición de garante, considerándola incorrecta y ampliadora de la punibilidad.

En la misma línea que Luzón, Díaz y García Conlledo (126), asimismo, sostiene que si la figura de la comisión por omisión supone castigar con la misma pena hechos englobables dentro de un mismo tipo, ya sean comisivos u omisivos, entonces, y para ser respetuosos con el principio de legalidad, el único fundamento posible sería el de la equivalencia entre la realización típica omisiva y la comisiva. O dicho con otras palabras «identidad estructural y material en el plano normativo», lo que en su opinión, hace innecesaria e incluso a veces inconveniente (según cómo se redacte) la inclusión de una cláusula general de la comisión por omisión en la Parte General de los Códigos Penales.

Para Silva (127), la «identidad estructural el plano normativo» entre la omisión y la realización típica del delito de resultado es una exigencia en nuestro ordenamiento puesto que desde la perspectiva político-criminal restringiría las situaciones de comisión por omisión. La omisión será estructuralmente idéntica a la comisión activa, y dará lugar, por lo tanto, a comisión por omisión, cuando el sujeto ha asumido material y efectivamente un compromiso específico: una posición de garante, que en el propio sujeto actúa a modo de «barrera de contención de un riesgo específico». El no contener el

(126) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* Comentario a la STS, Sala 2.ª de 8 de octubre de 1991. En PJ, núm. 24, p. 208, n. 12.

(127) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 342 ss. especialmente 369-371, el mismo, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en CPC, núm. 38, 1989, pp. 371-376 ss., n. 23; el mismo, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, pp. 1074-1077; el mismo, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en La Ley, núm. 4144, 15 octubre de 1996, pp. 1 ss.

riesgo cuando éste amenaza con realizarse en el bien jurídico protegido, supone una auténtica identidad estructural en el plano normativo con el hecho comisivo, siendo indiferente que el riesgo se genere por vía causal del sujeto, o que éste, teniendo «en sus manos» tal riesgo, le deje producir resultados lesivos. Comisión activa y comisión por omisión aparecen así como dos formas diversas ontológicamente, pero que desde la perspectiva normativa, se hacen idénticas en su estructura y en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico. De esta manera, un mandato y una prohibición pueden integrarse bajo una única descripción típica. Por lo general, la norma que subyace a los tipos de la Parte Especial es una norma de prohibición de conductas que entrañan riesgos relevantes para los bienes jurídicos. Pues bien, tales conductas de riesgo pueden adquirir una configuración ontológica doble: por una lado, la de creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de ese riesgo (comisión activa); por otro, la de asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena, unida a la vulneración del compromiso adquirido. La comisión por omisión es omisión en cuanto que supone la vulneración de un compromiso de actuar concretamente adquirido, no hay creación causal del riesgo, sino ausencia de control del mismo; y es comisión porque la asunción del compromiso más su vulneración implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por vía de su creación activa. Según Silva, en la comisión por omisión, el riesgo que tiene un origen externo al sujeto, se hace típico *por y para él* en virtud del compromiso infringido que genera en él un dominio normativamente idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara activamente dicho peligro. Para Silva, el médico de guardia o de urgencias e incluso el médico rural no realizan homicidio en comisión por omisión porque su compromiso es genérico (y no específico) para contener el riesgo *específico* para el bien jurídico protegido. Habrá compromiso específico, por ejemplo, si el médico procediese a una asunción efectiva del tratamiento y no adoptase las medidas de protección, dando lugar a un peligro que convierte al médico en dueño absoluto del proceso que conduce al resultado.

También para Huerta Tocildo (128) la solución de la identidad estructural en el plano normativo obviaría los problemas de una regu-

(128) HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 186 ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

lación explícita en los tipos de la Parte Especial de las omisiones equiparables a la comisión, y los derivados de una inclusión de un precepto en la Parte General que regulara el problema de la equiparación, que por su imprecisión pudiera dar lugar, en el marco de la jurisprudencia, a soluciones contraproducentes.

Gracia Martín (129) también exige en el tipo de comisión por omisión, no una mera equivalencia, sino una total identidad, que sólo puede establecerse en el plano normativo del tipo de lo injusto. Si fuera así, cabría subsumir la omisión directamente en el tipo de la Parte Especial. Para Gracia el criterio decisivo de identidad es el que denomina «relación de dominio social» (130). Sólo quien posee la capacidad del dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume ese dominio de modo efectivo mediante un acto personal, se sitúa en la posición de garantía del tipo de comisión por omisión y su omisión podrá ser idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva. Si la omisión es, en estos casos, idéntica a la acción es porque es plenamente portadora del contenido de lo injusto típico y, por ello, la pena prevista en el tipo de comisión por omisión, en sentido estricto, tiene que ser la misma que la prevista para el tipo de acción. En los genuinos delitos de comisión por omisión, el garante es el sujeto omitente de una acción idónea para eliminar o contrarrestar la lesión de la causa fundamental del resultado.

La introducción de una disposición específica para la comisión por omisión sería, según Gracia, innecesaria. Sólo podría tener un valor declarativo y sería, cuando menos, perturbadora. Gracia considera que estas omisiones deben ser penadas directamente por los tipos de la Parte Especial y con la misma pena que la acción.

3. En general, salvo para los defensores de la plena identidad estructural de acción y omisión en el plano normativo, la doctrina se mostraba partidaria de una cláusula relativa a la comisión por omisión y con presencia de una posición de garantía. Posición de garante admitida incluso por Silva o Gracia, aunque considerada innecesaria por Gimbernat, Luzón Peña o Díaz y García Conlledo.

(129) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I*, pp. 354 ss., 361-368; el mismo, *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, en *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial (CGPJ), 1995, pp. 55 ss., 82 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 1993, pp. 77, 78, 84.

(130) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en DP, I*, Zaragoza 1985, pp. 350-365 ss.

B. Argumentos jurisprudenciales

1. Como hemos dicho anteriormente, el desarrollo dogmático de la comisión por omisión se realiza en Alemania a partir de los años veinte y treinta y se introduce lentamente en nuestro país. A ello se suma la repercusión que tuvo en la doctrina y jurisprudencia españolas la concepción de la omisión de Silvela, continuada después por Córdoba Roda, según la cual, «la omisión no es otra forma común a todos los delitos, sino por el contrario, especial y determinada de algunos, muy escasos en número, y por tanto, la inacción es una forma legal de delinquir, sólo para algunos casos establecidos, y, en cierto modo, excepcional» (131). Todo esto contribuyó a que el Tribunal Supremo haya sido lento y vacilante, hasta prácticamente los años ochenta, en asumir los planteamientos y construcciones doctrinales respecto a la comisión por omisión. A partir de esta época, la apuesta jurisprudencial es mucho más clara, firme y reiterada en cuanto al requisito de la posición de garante para afirmar la comisión por omisión.

Si bien la jurisprudencia se muestra reticente a admitir la comisión por omisión dolosa, en los casos de imprudencia el Tribunal Supremo equipara continuamente la omisión del garante al comportamiento activo. A estas soluciones llega el Tribunal Supremo, sin embargo, sin adentrarse en la discutida equivalencia entre acción y omisión, ni realizar tampoco un especial detenimiento en el análisis de las distintas soluciones doctrinales mantenidas respecto a los principales problemas que plantea la comisión por omisión (132).

Veamos algunas sentencias:

2. En primer lugar quisiera destacar que la comisión por omisión ha venido siendo admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin que ello haya sido considerado una quiebra del principio de legalidad. En este sentido la STS de 28 de enero de 1994 deja claro que:

«el comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada “acción”, que también podemos llamar “comisión”, y un no hacer lo debido, en principio considerada como conducta pasiva, denominada “omisión”. Ambos aspectos aparecen previstos en el artículo 1 del Código Penal. Como cuestión previa, se debe resolver si los hechos

(131) SILVELA, L., *Derecho Penal*. Tomo II, Madrid, 1879, p. 128.

(132) Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Cuadernos de Derecho judicial, 1994, pp. 117 ss.

enjuiciados se refieren a una conducta comisiva o de acción o por el contrario se ha infringido el deber de evitar un resultado dejando de realizar aquello que era obligado y exigido por el ordenamiento, supuesto que se llama de omisión impropia o de comisión por omisión. Varios son los criterios sostenidos en la doctrina para diferenciar una conducta comisiva de la que es omisiva en la modalidad denominada comisión por omisión. De ellos parece destacar, por su acertada construcción, aquel que se fija en el momento en el que la voluntad criminal se exterioriza. Desde este punto de vista la distinción se encontrará en función, o a partir, del momento en que la voluntad del autor se concreta en llevar a cabo su plan. Si esa concreción se sitúa al comienzo de los hechos que constituyen el delito, se tratará de un delito de acción en que la omisión no es más que un medio para alcanzar el resultado, fin que se alcanza a través de un medio omisivo. Por el contrario, será delito de comisión por omisión cuando el sujeto tiene un deber de actuar y no interrumpe la sucesión del acontecimiento que conoce cuando ya está en marcha, es decir, ya había comenzado el suceso que produce el resultado que debía haberse evitado.»

La sentencia de 26 de junio de 1990 examina la autoría y la cooperación necesaria de un homicidio realizado físicamente por otros dos sujetos en presencia del procesado y en su propio domicilio. El recurrente plantea que el Código penal no tiene una cláusula general de equiparación entre el hacer y el omitir, ni tampoco una tipificación expresa de los delitos omisivos y que por ello se ha interpretado extensivamente el instituto de la comisión por omisión al no concurrir la condición de garante de la víctima. Si no hay posición de garante, no existiría obligación de proteger el bien jurídico protegido. El Tribunal Supremo responde de la siguiente manera:

«no es realmente cierto que nuestro Código penal no contenga una norma de carácter general en la que se especifique que la “acción” y la “omisión” son equivalentes a la hora de la inculpación delictiva, pues basta una simple lectura del párrafo primero del artículo 1 de dicho texto legal para entender la existencia de tal equivalencia; es decir, esos dos modos de actuar tienen idéntica categoría comisiva y deben ser valorados de la misma forma porque ambos producen el mismo efecto, aunque unos tengan un carácter positivo y otros negativo. Por eso, ante esa cláusula general de equiparación, no cabe hablar de que no existen tipos delictivos de carácter omisivo, pues el empleo de la acción negativa en la realización de un hecho no tiene por qué estar incluida de manera concreta en el precepto definidor del tipo (...).»

En esta sentencia el Tribunal Supremo asimila el artículo 1 del anterior Código penal a una cláusula general de equivalencia entre acción y omisión. Entiendo con Rodríguez Mourullo (133) que la sentencia de 26 de junio de 1990 es en este punto incorrecta, puesto que el artículo 1 no se ocupaba para nada de la problemática de la comisión por omisión, sino que se limitaba, al igual que ahora el artículo 10 del Código vigente, a declarar que la omisión, como forma de la conducta humana, puede, al igual que la acción, constituir el substrato del delito. Lo que se establece en estos preceptos es que delito puede ser una omisión penada por la ley, pero esto lejos está de constituir una cláusula de equivalencia entre los presupuestos bajo los cuales quepa equiparar la no evitación del resultado típico y su causación activa (lo que sí constituye el artículo 11).

3. En segundo lugar, la jurisprudencia admite y exige expresamente la posición de garante como requisito necesario en la comisión por omisión (134).

La sentencia de 27 de enero de 1995 condena como autor de un delito de robo con violación y una falta de lesiones en comisión por omisión cuando dice que es admisible

«conforme a la legalidad penal vigente sancionar las acciones y las omisiones consistentes en impedir un resultado cuando el omitente se encuentra en posición de garante.

En este sentido, se dice por la doctrina científica y por la jurisprudencia (...), que, para que pueda entenderse cometido un delito bajo la modalidad de “comisión por omisión”, es imprescindible que el sujeto inculpaado tenga la cualidad de “garante”, es decir, que esté obligado a actuar para impedir la realización del tipo.

Atribuir la condición de “garante” a estos efectos, es decir, “cargar” a una persona con la obligación, a efectos penales, de actuar para evitar que otra u otras personas delincan, ha de ser una operación que, sólo tras un examen muy cuidadoso de las circunstancias concurrentes, puede verificarse.»

Así por ejemplo, la sentencia de 31 de enero de 1986 condena a un sujeto como cooperador necesario por omisión en sendos delitos de violación y asesinato. En el fundamento de Derecho número 2 se dice expresamente que para que haya comisión por omisión (se refiere la sentencia a la participación, tanto en su modalidad de coo-

(133) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, en *Política Criminal y Reforma penal*, Homenaje a la memoria de D. Juan DEL ROSAL, p. 911.

(134) No sólo respecto del autor, sino también del cooperador necesario.

peración necesaria como de complicidad), se requiere posición de garante (135).

Otra sentencia en la que se expresa la necesidad de posición de garante es la siguiente,

«tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que para que pueda entenderse cometido un delito por comisión por omisión, es imprescindible que el sujeto inculcado tenga la cualidad de garante de la víctima, o lo que es lo mismo, esté obligado, por circunstancias concretas, a evitar la realización del hecho» (STS 26 de junio de 1990).

4. En general, el Tribunal Supremo fundamenta la posición de garante en la teoría del deber jurídico formal, con sus fuentes en la ley, el contrato y el actuar precedente, evolucionando hacia la teoría de las funciones, pero retomando la teoría formal y sin dejar de utilizarla. En realidad las entremezcla, acogiendo las nuevas tendencias doctrinales de manera acumulativa, lo que resulta confuso en aras a la delimitación de los delitos de comisión por omisión, y de la posición de garante.

«La jurisprudencia ha admitido tales posiciones de garante en el caso de los delitos impropios o de comisión por omisión, cuando el sujeto tiene un deber especial de actuar de base legal y, en particular, cuando ésta surge de *la ley, de la libre aceptación de la posición de garante o*

(135) Aunque no voy a analizar en este trabajo el problema de la participación por omisión, sí me gustaría apuntar la situación actual en la doctrina española y alemana. En Alemania hay tres posturas:

a) La que sostiene que cuando existe posición de garante no cabe distinguir entre autoría y participación (por carecer de sentido aquí el criterio del dominio del hecho). El garante responderá siempre como autor en comisión por omisión, aunque el hecho lo haya cometido activamente otro sujeto y éste sea también autor del mismo (así, KAUFMANN, WELZEL, y en España BUSTOS, BACIGALUPO).

b) La que sostiene que es posible la cooperación omisiva en el garante, puesto que si éste no impide la comisión activa del hecho, es porque la acción tiene el dominio del hecho necesario para la autoría, mientras que el omitente garante carece del dominio del hecho y por ello sólo es partícipe (así, JESCHECK y en la doctrina española, CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO).

c) La posición ecléctica defiende que en los delitos de resultado, si quien omite impedir su comisión activa por otro es garante, siempre es autor; sin embargo admite la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en los que al omitente garante no se le puede considerar autor, como por ejemplo en los delitos de propia mano, de actividad, especiales o con elementos subjetivos del injusto, etc. (así, STRATENWERTH, RUDOLPHI, y entre nuestros autores, GÓMEZ BENÍTEZ). (Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, en PJ, núm. 2, pp. 77 y 78).

con un acto previo (antijurídico) ha creado el peligro concreto de producción del resultado atípico» (STS de 27 de enero de 1995).

Como dice la Sentencia de 31 de octubre de 1991 (RJ 1991\7473), la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente.

También, por ejemplo, la sentencia de 13 de diciembre de 1988, en el fundamento jurídico tercero expresa que el deber jurídico de actuar se fundamenta en las fuentes formales:

«tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Alto Tribunal estima que las conductas omisivas, aparte de los casos especialmente previstos y tipificados concretamente en la Ley penal, pueden ser valorados como conductas punibles desde la perspectiva denominada “comisión por omisión” (...). Basta para ello que el sujeto tenga un específico deber de actuar para impedir la producción del resultado antijurídico, bien sea ello debido a expresa *determinación legal* o a la posición de “garante” asumida por el mismo, en base a la idea de *injerencia*, por haber creado una determinada situación de peligro.»

La STS de 22 de junio de 1991, la de 31 de octubre de 1991 y la de 6 de octubre de 1995, entre otras, fundamentan la posición de garante en la *ley*, en el deber de velar por los hijos, en razón de la patria potestad del artículo 154.1.º del Código civil.

La STS 26 de junio 90 dice que las «circunstancias que (fundamentan la posición de garante) pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay algunas de evidente carácter definitorio (como *haber creado el peligro* que desencadena la acción (actuar precedente peligroso)». En términos similares la STS de 6 de abril de 1992 admite la posición de garante por *injerencia* cuando expone que el sujeto

«creó una situación de peligro que le constituyó en la situación de garante y en vez de realizar la acción esperada, que el ordenamiento penal convierte en acción exigida, no solamente no realizó acción alguna para impedir que el otro procesado cometiese el delito que cometió, sino que guardó silencio y con una conducta absolutamente pasiva, sin duda, contribuyó, eficazmente, a que el otro procesado pudiese haber realizado su propósito criminal.»

En la STS 31 de enero de 1986 el Tribunal fundamenta la posición de garante no sólo en la relación de parentesco con la víctima, sino en que tal circunstancia, y sobre todo, el hecho de ser amigo de la familia de la muchacha, al darle confianza el sujeto, *creó el riesgo* de los pos-

teriores ataques y asumió tácitamente la función de guarda, amparo y defensa a la que se encomendaba la muchacha al acompañarles en el coche. La pasividad del sujeto en posición de garante surgida de una actuación del sujeto creadora de riesgo implica un deber específico de impedir que se produzca el resultado dañoso (136). El Tribunal en esta sentencia entremezcla la teoría funcional (protección de un bien jurídico) y la teoría formal (actuar precedente peligroso), mientras que en la STS de 22 de septiembre de 1993 se decanta claramente por la teoría de las funciones. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y los acusados y dicta segunda sentencia en la que condena como autores de un delito de estafa agravada por fraude procesal. En el fundamento de Derecho tercero, el Tribunal señala que

«la estafa por omisión puede darse cuando *determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar, y, en este caso, la próxima relación parental* y la comunidad de intereses sobre la casa en cuestión obligaba a quienes, como los acusados, estaban al corriente de la pendencia del crédito hipotecario, poner en conocimiento de los hermanos los requerimientos de pago del Banco, *lo que no hicieron* maliciosamente para provocar el proceso de ejecución –aquí la estafa procesal– por impago de la cantidad debida, exigua y totalmente desproporcionada con el valor de la finca, como primer eslabón de un plan diseñado para hacerse con su propiedad en perjuicio de los otros dos copropietarios, procedimiento de ejecución hipotecaria que era secuela inevitable del impago de los plazos adeudados y que se dejó correr en todos sus trámites, pese a las reiteradas invitaciones al pago que el procedimiento lleva consigo, para llegar a la subasta con la seguridad de que los hermanos –desconocedores de las notificaciones y sólo a merced de la información edictal en los diarios oficiales y en un periódico de una ciudad donde no residían– pudieran interferir el curso judicial.»

Aquí el Tribunal fundamenta la acción esperada, el deber de obrar, en una función protectora de un bien jurídico, bien en virtud de una vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar (próxima relación parental), bien en *una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras*, que se da, en general, en todas aquellas personas que de forma expresa o tácita asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente

(136) Vid. al respecto DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Cuadernos de Derecho judicial (CGPJ) 1994, La comisión por omisión, pp. 137, 152 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, en PJ, núm. 2, pp. 77 y 78.

el objeto de su aceptación, *pero que no siempre puede fundamentarse en la ley o en un contrato.*

Respecto a las fuentes de la posición de garante, la jurisprudencia da un paso más y tiene en cuenta, también, el rol social que desempeña el sujeto dentro de un conjunto organizado de personas, basado en el principio de jerarquía y también en la división del trabajo. El incumplimiento de los deberes del sujeto respecto a los fines y objetivos de la organización, le hacen garante, entre otras razones por su condición de máximo responsable. En la sentencia de 2 de febrero de 1996 se condena como autor en comisión por omisión a un director de cárcel en funciones respecto del delito del artículo 187.5 del CP y faltas de lesiones que causan los funcionarios a diversos internos. El director vio, pasivamente, cómo se utilizaba un plus de fuerza para vencer la resistencia activa y pasiva de los internos:

«El tipo penal del artículo 187.5.º del anterior Código penal se refiere al funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas o usare con ellos de un rigor innecesario. Supone un delito especial propio, en cuanto que sujeto activo de la infracción tan sólo puede serlo el funcionario de prisiones, o sea, un miembro de los diversos cuerpos de instituciones penitenciarias. La acción consiste en la imposición de privaciones indebidas, en el uso con ellos de un rigor innecesario, por lo que la tipicidad exige determinar, si las privaciones fueron debidas o no y se usó de un innecesario rigor, porque la acción será atípica a todas luces cuando la privación impuesta a los reclusos sea debida o cuando el rigor usado sea el preciso.

El acusado era mando de incidencias y director en funciones y se limitó a ordenar “la identificación y el aislamiento provisional de los internos responsables, así como su traslado a celdas de aislamiento ubicadas en la 5.ª Galería.” (...) La Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre (RCL1979\2382 y ApNDL 11177), General Penitenciaria, exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior [art. 4 b)], sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios [art. 4 c)], señalando que “el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada” (art. 41.1) y el propio Reglamento aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 mayo (RCL 1981\1427, 1814 y ApNDL 11181), atribuye al director, entre otras funciones, la de “adoptar las medidas reglamentarias urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el establecimiento, dando cuenta inmediata al centro directivo”. Todo es así y es justo consignarlo, pero la ejecución de tal cometido en la que sí participó de forma intermitente el acusado, le permitió comprobar que se vencía la resistencia activa o pasiva de los internos con empleo excesivo de fuerza, cuyo uso estaba justificado ciertamente, pero no el plus aplicado en la

ejecución del acuerdo. (...) El propio recurrente reconoce que, al menos presencié los golpes propinados a un recluso. Aquí, su presencia y su cargo avalaron la utilización de la fuerza innecesaria, habida cuenta del número de funcionarios intervinientes en el traslado de cada interno frente a una resistencia, que no consta fuera muy grave. Tal presencia en este caso detectada, le convierte como Director en funciones en garante de la ejecución del traslado.

(...) La presencia del acusado durante el maltrato a algunos internos, su especial categoría funcional y jerarquía en el Centro, la delegación parcial de la ejecución de la orden en el mismo y su activa participación en los traslados, le hacen garante de la seguridad de los internos trasladados y le convierten en autor por su condición de garante.»

De esta sentencia me parece destacable cómo la jurisprudencia acoje ya la posición de garante del autor en base a la función que desempeña en relación con el bien jurídico que se protege —la seguridad de los internos—. La responsabilidad penal apunta hacia el responsable jerárquico superior. La acción esperada que le obliga jurídicamente a adoptar las medidas necesarias se describe claramente en la Ley, en el Reglamento penitenciario. Teoría funcional y formal aparecen complementándose, y precisamente, por no adoptar las medidas reglamentarias urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el establecimiento, dando cuenta inmediata al centro directivo, es decir, al no llevar a cabo la acción que jurídicamente debía realizar, pudiendo hacerlo, y evitando o controlando así tal peligro que entonces no existiría o estaría controlado, responde penalmente en comisión por omisión.

5. Resultado, acción esperada y el deber de evitar el resultado (capacidad y posibilidad de evitarlo) son otros elementos que la jurisprudencia ha ido señalando para la imputación del resultado al sujeto omitente.

La sentencia de 22 de junio de 1991 relativa a la conducta omisiva del padre que permite y presencia los malos tratos de la madre sobre una hija, en el fundamento jurídico segundo dice:

«tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados *delitos de resultado* (como es el caso del delito de lesiones) en lo que doctrinalmente se conoce como “delitos de comisión por omisión”, o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la *obligación de evitar el resultado típico*, como garante de un determinado bien jurídico, y que, en el presente caso se concreta en el deber de velar

por los hijos, por razón de la patria potestad del artículo 154.1.º del Código civil.

En el presente caso la conducta pasiva del padre fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo. No cabe imaginar que la “esperada” (por obligada) acción protectora del padre no hubiera evitado el resultado, particularmente habida cuenta de la múltiples lesiones de la menor.»

En la sentencia de 6 de abril de 1992, el Tribunal Supremo en el fundamento quinto dice que:

«En esta sentencia se vuelve a fundamentar la posición de garante en el actuar precedente peligroso, que junto con *el resultado* producido y la *ausencia de acción esperada* constituyen elementos definitorios de la comisión por omisión.»

En la sentencia de 28 de enero de 1994 se condena por parricidio cometido por comisión por omisión: abandonado el marido tetrapléjico en el domicilio conyugal sin auxilio alguno fallece antes de transcurrir cinco días, por fallo respiratorio. En el fundamento sexto se expresa ya de manera clara y definida la construcción de la comisión por omisión, así como los elementos que la configuran:

«La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo».

En esta sentencia de 1994, con el Proyecto de Código penal en ciernes, es de destacar cómo los planteamientos y discusiones doctrinales van ya perfilando una jurisprudencia que en poco va a modificarse con la actual regulación de la cláusula general de la comisión por omisión. Como notas destacables figuran:

a) Se requiere posición de garante. El reconocimiento de que la comisión por omisión hunde sus fundamentos en el deber jurídico de actuar: en la injerencia y en otras fuentes.

b) Los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado. Ha de existir la posibilidad de evitarlo.

c) Como elementos propios de la omisión, hay una ausencia de acción esperada y capacidad de realizarla.

6. Por último quisiera destacar que si en un principio la jurisprudencia consideró la posición de garante como criterio de equivalencia

en sí mismo y no estableció una identidad normativa entre acción y omisión, –así, por ejemplo, en la STS 31.I.86 en donde se dice que el «no impedir» el resultado (en posición de garante) equivale al «causar» en sentido amplio–, en sentencias posteriores ha admitido que la posición de garante no basta y se requiere además que la omisión sea equivalente a la acción:

«Ciertamente los criterios de equivalencia entre la acción y la omisión no se agotan en la posición de garante del omitente. La doctrina ha puesto de manifiesto la necesidad de que la omisión sea, como tal, equivalente a la acción. Ello no ocurre en el caso del delito de violación, en el que, claramente, el acceso carnal no es equivalente al no-acceso carnal...» (137) (STS 27.I.95).

En términos semejantes otras sentencias (STS 9.IV.96; STS 6.XI.96) vienen a insistir en que la equivalencia entre la acción y la omisión no se agota en la posición de garante.

Es decir, la posición de garante es elemento necesario pero no suficiente: además se requiere que la omisión sea «equivalente» a la acción, con lo que está dando a entender el Tribunal que se precisan dos juicios para calificar un hecho en comisión por omisión: la posición de garante y los deberes que le obligan a actuar y la «equivalencia» entre acción y omisión. Son, por tanto, dos momentos distintos.

7. Por mi parte, asumo las tesis doctrinales de la identidad estructural en el plano normativo entre la comisión y la omisión, pero sin olvidar que entonces nos estamos refiriendo a la comisión por omisión. Como he destacado anteriormente, la comisión por omisión es comisión y es omisión, pero con su propia autonomía e independencia. Si para Gimbernat, Luzón Peña y Díaz y García Conlledo la posición de garante no desempeña ningún papel en la identidad entre acción y omisión, entiendo que para castigar el resultado típico de la omisión de una acción esperada jurídicamente, con la pena que la ley establece en un tipo prohibitivo de causar, al esperarse jurídicamente una acción, la omisión de la misma sólo podrá llevarla a cabo un sujeto cualificado: el garante. Desde mi punto de vista, la posición de garantía se convierte así en el eslabón que une una y otra forma de comportamiento para dar lugar a la comisión por omisión. Pienso que tal elemento no estorba, y es más, fortalece la plena identidad entre la comisión y la omisión. Por ejemplo, para castigar a alguien por las

(137) Para tales casos, de todos modos, la doctrina ha admitido con anterioridad al nuevo Código penal la aplicación de la cooperación necesaria omisiva, (art. 28.b) en lugar de la autoría material.

lesiones que sus productos han ocasionado a un número de consumidores, la obligación jurídica de actuar (de paralizar la producción y distribución, o la retirada del producto del mercado, por ejemplo) sólo incumbe a unos sujetos determinados, no a cualquiera (137 bis). Ese sujeto obligado jurídicamente a realizar la acción esperada, por la función que realiza en su ámbito de organización, es el sujeto activo de la comisión por omisión.

La posición de garante se configura, así, como un elemento esencial de la comisión por omisión. Es decir, sin posición de garante no hay comisión por omisión.

VI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. La solución legal de castigar con una pena los delitos de resultado, cuya producción comprende también, en el tipo, la realización de ese resultado por omisión, ha sido, valga la redundancia, prácticamente una constante omisión en nuestro Derecho histórico (138). En *Las Partidas* sólo se recoge esta idea en dos de sus leyes: en la Partida II, Título XXVIII, Ley VI, donde se condena como parricida a la madre que deja que el hijo indefenso muera de hambre; y en la Partida VII, Título VIII, Ley XVI, que castiga con pena de homicida a los siervos y sirvientes que «viendo» matar a sus señores, o a los hijos de éstos, no los socorriesen. Estos son los dos únicos casos claros de equiparación con conductas activas. En el *Fuero Real, Libro IV, Título XXIII, Ley III*, se recoge un único supuesto, al equipararse acción y omisión: la muerte acaecida por abandono de niño, al no haber existido nadie que lo recogiese o protegiera. En el *Ordenamiento de Alcalá*, en la *Nueva* o en la *Novísima Recopilación*, los delitos de resultado sólo podían cometerse por acción en sentido estricto, con lo que es prácticamente imposible admitir la comisión por omisión en aquella época.

2. Técnica parecida a la de los textos anteriores es la utilizada por el Código de 1822 para los delitos contra la vida (arts. 605 y 711).

(137 bis) Cfr. CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998; la misma, *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?*, AP n.º 18, 1999.

(138) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *La posición de garante, un concepto de compromiso en los delitos de comisión por omisión*, en *Estudios de Derecho penal, procesal-penal y Criminología*. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 47-50.

En los Códigos anteriores al de 1995 no se recoge la comisión por omisión, por lo que son los argumentos doctrinales y jurisprudenciales los que la posibilitan.

Desde el Código de 1848 hasta el anterior al de 1995 se utiliza la misma técnica jurídico penal: las omisiones tipificadas expresamente se consideran delitos de omisión pura o propia, se produzca o no el resultado (139). Y este planteamiento se acentúa a partir de la Reforma de 17 de julio de 1951 que incorporó los artículos 338 bis y 489 bis.

3. Ni el Proyecto de 1980 ni la Propuesta de Anteproyecto de 1983 incluyeron regulación alguna sobre la comisión por omisión (140). Con respecto al Proyecto de 1980, a pesar de que algunos penalistas especialistas en el tema (141) proponían la inclusión de una cláusula general sobre la comisión por omisión, ésta no se admitió. La Ponencia especial redactora del Anteproyecto de 1980 estimó que la comisión por omisión sólo debía admitirse con carácter restrictivo, y una cláusula general tendería a generalizar la equivalencia entre no evitación de un resultado típico y su causación activa. A pesar de todo la cuestión se debatió en la Comisión General de Codificación a propósito de una enmienda presentada por Cerezo Mir y se aceptó la fórmula presentada por Barbero Santos:

El que no impida, pudiendo hacerlo, la producción de un resultado descrito en la ley penal, incurrirá en la pena establecida para dicha infracción únicamente si tenía el deber jurídico de evitar el resultado y la omisión es equiparable a la acción.

La Ponencia especial mantuvo, a pesar de ello, su posición originaria, aunque incorporó dicha fórmula como solución alternativa para

(139) En cuanto a otras clasificaciones de los delitos de omisión, vid. *supra* *Omisión, comisión y comisión por omisión*.

(140) HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 71; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 21 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 911.

(141) ASÍ CEREZO MIR, J., *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de CP*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 202; MIR PUIG, S., *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de CP de 1980*, en *La reforma penal y penitenciaria*, p. 500; TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en *ADPCP 1984*, pp. 698-699, 702 ss. en donde se manifiesta a favor de una formulación de la posición de garante en la Parte General, pero sin precisar ninguna propuesta.

que el Gobierno pudiese elegir la que considerase más conveniente. El Gobierno, al remitir el Proyecto a las Cortes, no incluyó la cláusula sobre la comisión por omisión (142). «La Propuesta alternativa de la Parte General del Código Penal» (143) presentada en el Parlamento por el PCE (Partido Comunista de España) como Contraproyecto al Proyecto de Ley sobre la «Reforma Parcial del Código Penal» de 1982, sí contenía en su artículo 5 una cláusula general para los delitos de comisión por omisión, aunque, ciertamente, se reducía a la cláusula de equivalencia (144).

Los delitos consistentes en la producción de un resultado podrán considerarse realizados tanto por acción como por omisión, pero sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación. El Juez podrá en este caso atenuar la pena en la medida prevista en el artículo 55.

4. El Proyecto de CP 92, por el contrario, sí proponía en su artículo 10 la siguiente cláusula general sobre la comisión por omisión:

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 todo caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.

Esta fórmula legal mereció toda clase de críticas de la doctrina:

Para Jescheck (145) el artículo 10 del Anteproyecto del 90 (146), que se trasladó prácticamente al Proyecto del 92, nada decía al problema central de los delitos de comisión por omisión: la posición de garante y, asimismo, carece de la determinación de que el deber de impedir el resultado sólo puede consistir en un deber jurídico que afecte personalmente al autor por omisión (y no también en un deber

(142) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, pp. 912-913.

(143) MIR PUIG/ MUÑOZ CONDE, *La propuesta alternativa de la Parte General del Código penal*, en CPC, núm. 18, 1982.

(144) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, p. 85; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política Criminal y Reforma legislativa*, p. 1072.

(145) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, pp. 77 ss., 85.

(146) El artículo 10 del Borrador de Anteproyecto de CP de 1990 establecía:

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 a su causación.

moral). Tal regulación se reduce a la cláusula de equivalencia. Propone un texto que abarque mejor la regulación de esta materia con los siguientes puntos:

- a) que la comisión por omisión se admita sólo en los delitos de resultado;
- b) que el deber de evitar el resultado descansa en el propio ordenamiento jurídico y afecte directamente al autor;
- c) que exista una cláusula de equivalencia contraída expresamente a los delitos con medios comisivos determinados;
- d) que se dé cabida en tal cláusula a fundamentos materiales, con lo que se abarque ambos grupos de posiciones de garante: garantes protectores (de cuidado) y garantes vigilantes (de seguridad).

Díaz y García Conlledo (147) valora también de forma negativa dicha cláusula por remitir a un criterio extensivo de la equiparación y no prejuzgar el criterio en el que se ha de basar esa equivalencia. Es coherente con su postura ya que al igual que Luzón Peña considera superflua la posición de garante en aras a una identidad normativa entre comisión y omisión.

En opinión de Rodríguez Mourullo (148) dicho artículo carecía por completo de criterios materiales. No menciona la exigencia de un deber jurídico de obrar, ni las fuentes de ese deber, no habla de la no evitación de un resultado perteneciente a un tipo de delitos a cuyo tipo pertenezca el resultado, sino de *delitos o faltas consistentes en la realización de un resultado*. Por ello, entiende que no se avanza nada desde el punto de vista del principio de legalidad, pues se trata de una cláusula vacía, con un valor puramente formal. Eso sí, requiere la equivalencia de la no evitación del resultado con su causación, pero silencia por completo cualquier criterio que pudiera servir de orientación para tal equivalencia, limitándose al *sentido del texto de la Ley*, es decir, al tipo correspondiente de la Parte Especial.

Romeo Casabona (149) se manifiesta a favor de la cláusula legal aunque señala ciertas deficiencias: la fórmula utilizada no introduce

(147) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* Comentario a la STS, Sala 2.ª de 8 de octubre de 1991. En PJ, núm. 24, p. 208, n. 12.

(148) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, pp. 915 ss.

(149) ROMEO CASABONA, C. M.ª, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencia y perspectiva político-criminal*, p. 937, el mismo, *El Anteproyecto de CP 1992*, en *Propuestas para la Reforma penal*, Universidad de la Laguna, 1992, pp. 16 ss.

criterio alguno para acotar mínimamente el sujeto activo del delito; tampoco indica qué conductas *podrán realizarse tanto por acción como por omisión* y sólo se limita a la inclusión del principio de equivalencia. Romeo propone la siguiente fórmula

Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro se castigarán tanto si se realizan por acción como por omisión, pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido de la Ley, a su causación, y siempre que el omitente tuviera la obligación de evitarlo.

y, además, que se explicita, aún más, en la Parte General quiénes pueden ser sujetos activos, más allá de esa genérica *obligación –jurídica– de evitar el resultado*. También habría que precisar qué tipos de la Parte Especial son punibles si fueran cometidos por omisión y prever, asimismo, la atenuación facultativa de la pena en la Parte General.

Silva Sánchez (150) que es de la opinión de imponer en la comisión por omisión idéntica pena a la del delito de comisión correspondiente, califica de «bastante afortunado en su redacción y en su contenido» al artículo 10 del Proyecto del 92. Para este autor, de hecho, la cláusula reduce el ámbito de la comisión por omisión a los delitos *consistentes en un resultado de lesión o de peligro* que puedan realizarse tanto por acción como por omisión. En cuanto a la cláusula de equiparación, la fórmula establecida tiene un carácter casi tautológico, pero sin especificar los elementos que han de concurrir en la omisión para que se afirme tal equivalencia. Tan sólo se dice que la equivalencia tendrá lugar *según el sentido del texto de la Ley*, esto es, cuando se realicen en el sentido del tipo delictivo. Por último, considera desde el punto de vista técnico que la cláusula plantea dificultades por el hecho de haber utilizado el término *causación* en vez de *no evitación*.

5. Así llegamos al Proyecto de 1994, que en su artículo 11 señalaba:

Los delitos o faltas 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.

(150) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, en *Política Criminal y Reforma Penal*, homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1993, pp. 1069 ss.

Este Proyecto del Gobierno integró la referencia al «deber especial», probablemente debido a la aceptación parcial de una enmienda de minoría catalana (151).

6. Antes de continuar la evolución de la cláusula general hasta su plasmación en el artículo 11 del nuevo Código penal, creo oportuno detenernos, aunque sea brevemente, en hacer algunas consideraciones acerca de la cláusula general que establece el ordenamiento penal alemán en su párrafo 13, que sin duda ha servido de referencia (aunque finalmente, la idiosincrasia española haya plasmado sus propias peculiaridades) en la elaboración del precepto.

VII. EL PARÁGRAFO 13 DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN

1. En Alemania, el Código penal de 1 de enero de 1975 estableció en su párrafo 13 que,

el que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será castigado por la ley si le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer.

Este precepto, actualmente vigente, ha permanecido invariable en posteriores reformas penales. Hasta entonces los delitos de comisión por omisión, al igual que hasta el Código de 1995 en España, no estaban regulados en Alemania en la ley. ¿Qué vino a significar en el Derecho penal alemán esta nueva disposición?

2. En Alemania, se parte de una concepción de la comisión por omisión como una mera omisión cualificada por una especial intensidad del deber, el deber jurídico de garantía. Es decir, se contempla esta modalidad dogmática como algo más y algo menos que la comisión activa, lo que lleva a la siguiente conclusión: si se trata de algo más que la comisión activa no podrá ser subsumible en los tipos de la Parte Especial, y será preciso acudir a alguna fórmula de tipificación. Si es algo menos que la comisión activa, habrá que garantizar, al menos, la posibilidad de una sanción disminuida. El párrafo 13 acoge ambas deducciones (152).

(151) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, p. 84.

(152) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en *La Ley*, núm. 4144, 15 de octubre de 1996, pp. 1 ss.

3. La fórmula alemana dejó claro que los delitos de comisión por omisión existen realmente y que el legislador tiene voluntad de sancionarlos. Hasta ese momento sólo se había podido penar este tipo de delitos por la subsunción de los mismos en los delitos de comisión, cuestión que establecía una doble duda en la doctrina alemana: por un lado, se planteaba si dicha subsunción consistía en una interpretación admisible o no era más que una analogía prohibida de lo que en verdad se describe en la ley como un hecho comisivo. Por otro, la jurisprudencia desarrollada en torno a la posición de garante suscitaba ciertos recelos en cuanto a la seguridad jurídica. Ambos interrogantes se despejaron a la luz de la nueva disposición. Quedó desterrada la sospecha de un posible atentado a la prohibición de la analogía y la interpretación auténtica del legislador que contiene el parágrafo 13 –*será castigado por la ley*– alejaba toda inseguridad. La ley autorizaba ya, a través del parágrafo 13, y como veremos, también a través del artículo 11 del Código penal español de 1995 la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión. Dicho con otras palabras, los tipos comisivos pueden incluir, asimismo, los casos de comisión por omisión, es decir, una misma disposición castiga también el resultado ocasionado por omisión, pero para ello se requiere necesariamente la existencia de un garante (153).

4. El deber de actuar, o como ha sido acuñado en la terminología alemana, «el deber jurídico de garantía», convierte al obligado en garante de la no verificación del resultado. La posición de garante aparece, así, en la literatura científica como pieza de unión entre el abismo que separa a la acción de la omisión. En consecuencia, sin posición de garante no existe sanción por la consecución de un delito de comisión por omisión (154). En el parágrafo 13 del CP alemán, la exigencia de posición de garante sirve de solución a la dificultad de la equiparación de acción y omisión. De ahí que la posición de garante se encuentre en el corazón de la problemática de los delitos de comisión por omisión, ya que determina el círculo de personas que pueden ser autores en este tipo de delitos (155).

(153) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 1973, p. 197.

(154) ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, en *JA*, 1980, pp. 556 ss. Aún en el caso en el que se adoptase el criterio de identidad estructural y normativa, no se prescindiría del garante, en este sentido vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 369.

(155) ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, p. 553.

5. Conforme al parágrafo 13, la producción del resultado típico pertenece al tipo objetivo de un delito de comisión por omisión (156). Se estima que la causalidad que falta en la omisión puede sustituirse por el deber de evitar ese resultado, aunque se considere que la ilegalidad de una modalidad de acción no encuentra correspondencia con una mera pasividad.

6. Ante una cláusula sobre la comisión por omisión en la Parte General del Código la doctrina alemana se mostraba inquieta. En un primer momento, la cláusula parecía desconcertar. En la primera mitad de la frase se dice que aquel «al que le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado» no debe responder si no se añade la pretendida y adicional equivalencia entre acción y omisión, lo que daría pie a suponer que la equivalencia por sí misma sería ya en sí un supuesto de posición de garante. En este sentido la doctrina alemana entendía que la cláusula podía ser incluso peligrosa, puesto que si se aprovecha la ocasión para hacer extensiva –de manera incuestionable– la correspondencia jurídica entre acción y omisión, de la misma forma se podría evitar siempre la punibilidad en un caso particular, negando esa misma correspondencia (157).

La segunda novedad del parágrafo 13 era la cláusula de equivalencia, «si la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer», o lo que es lo mismo, «si la omisión equivale a la acción». El problema de la equiparabilidad valorativa de la no evitación del resultado típico y de la realización activa del mismo fue una de las cuestiones que mereció especial atención en la doctrina alemana. Para Roxin (158), la sola lesión de un deber de garantía no es suficiente para sancionar un hecho en comisión por omisión. Más aún, es necesario probar siempre que el comportamiento del garante equivale al de un delito comisivo. Sólo en el ámbito de una relación social específica, determinadas omisiones de deberes encajan de manera idéntica al comportamiento activo. Rudolphi, asimismo, exige que además de la posición de garante, la omisión equivalga a la realización activa del resultado, es decir, exige los mismos elementos estructurales en la omisión que en el hacer positivo (159).

(156) WESSELS, J., *DP PG*, p. 213.

(157) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 1973, pp. 197 ss.

(158) ROXIN, C., *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, pp. 46 ss.

(159) RUDOLPHI, H. J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 98 ss., el mismo, en *SK StGB*, 6.ª ed., 1992, 13/17.

La tercera novedad del párrafo 13 es la introducción de una cláusula de atenuación facultativa. Parte de la doctrina alemana estima que el omitir es menos grave que la actuación por lo que planteó la equiparación de determinadas omisiones con la comisión activa, no en el plano dogmático-estructural, sino en el axiológico, desde la perspectiva del simple merecimiento de pena, lo que condujo a posibilitar, al menos, una atenuación de la pena del delito comisivo, es decir, a considerar que el resultado no impedido por el omitente debía castigarse con menos severidad que el autor de una conducta activa (160). Si estos planteamientos, entre otros, llevaron al Comité especial del Parlamento creado para la Reforma del Código a introducir la atenuación –aunque facultativa– de la pena, no se hicieron esperar las críticas por parte de la doctrina. Ciertamente resultaba contradictorio, por una parte, que para admitir la comisión por omisión, la omisión de evitar el resultado pudiera subsumirse en un tipo de la Parte Especial, y por otro, que se facultase al juez la atenuación de la pena. De ahí que Shöne no admitiese una reducción de la pena en comisión por omisión (161).

7. Lo que vino a aclarar el párrafo 13, en resumidas cuentas, es que el sentido del tipo abarca tanto la comisión como la omisión, aunque, difícilmente podría verse en ello un avance considerable (162), ya que era algo que no se cuestionaba seriamente (163). Esta cláusula lo que pretendía era reducir la posibilidad de punición de esta clase de comportamientos omisivos. La introducción del artículo 13 en la Parte General del CP alemán no ha aportado nada esencial a la solución de las cuestiones sumamente explosivas de estos delitos. Dicho precepto ha sido además cuestionado, y empieza a no ser estimado como una fórmula adecuada para solucionar los problemas de la comisión por omisión (164). Si se afirma que la posición de garante es válida y se ajusta sin restricciones a los delitos de resultado (homicidio, lesiones corporales y daños), ejemplos, por otro lado bajo los que se ha desa-

(160) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, pp. 98 ss.

(161) SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsadwendungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 339 ss.

(162) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch un Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *Jus* 1973, pg 198; SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, p. 324.

(163) FREUND, G., *Erfolgsdelikte und Unterlassen*, 1992, p. 1.

(164) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en *La Ley*, núm. 4144, 15 de octubre de 1996, pp. 1 ss.

rrollado históricamente la figura del garante, en estos casos, la omisión del garante que no evita la producción del resultado, corresponde siempre a la comisión del mismo por una «acción positiva», por lo que no se necesita ninguna otra comprobación adicional. En este sentido, la fórmula del párrafo 13 no tiene ningún significado autónomo. Vistas así las cosas, la conclusión de Roxin (165) fue que la misión de la cláusula de equivalencia no era otra que la de estimular al juez para que en cada caso hiciese una valoración general de lo que aparece borroso, ininteligible o poco claro. Con la posición de garante se atenúa la confusión y se amplía el marco de la seguridad jurídica, quedando el asunto a la discrecionalidad del juez. En el fondo la cuestión, a pesar de la disposición legal, sigue estando abierta.

VIII. COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE: EL ARTÍCULO 11 (166)

1. El problema fundamental de la comisión por omisión consiste en la manera de equiparar la realización de un resultado típico mediante un comportamiento pasivo con el actuar positivo. En nuestro país, a pesar de la propuesta de un sector doctrinal de tipificar la comisión por omisión en un catálogo cerrado —*numerus clausus*— en la Parte Especial del CP (167), el Código Penal español aprobado por el Parlamento el 8 de noviembre de 1995 recoge en la Parte General, explícitamente en el artículo 11, el tipo donde tiene cabida, ahora en la Ley, el delito de comisión por omisión (168):

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 texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipara la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual

(165) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 1973, p. 199.

(166) Cfr. CUADRADO RUIZ, M.^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998.

(167) HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 163 ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

(168) Así lo propugnaban entre otros MIR PUIG, CEREZO MIR, TORÍO LÓPEZ, ZUGALDÍA ESPINAR, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1071.

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

Lo que a la vista del artículo 1.1 del Código penal de 1995:

No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

despeja toda serie de dudas con respecto a las exigencias que comporta el principio de legalidad (169). De la misma manera, las acciones u omisiones imprudentes *sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*, (art. 12).

2. El artículo 11 CP pretende resolver el problema del sujeto que no actúa, deja hacer u omite, ¿responde también de la muerte, del delito contra la salud pública, la defraudación, el robo o las lesiones? La fórmula finalmente adoptada no está exenta de objeciones pero, en todo caso, ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para que cuando llegue el caso pueda resolverlo sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales que pueden infringir el principio de legalidad (170).

3. No obstante, para algún sector doctrinal el texto era, en parte, innecesario, puesto que la jurisprudencia no había rebasado los márgenes permisibles desde las exigencias del principio de legalidad, no habiendo incurrido en excesos (171). En todo caso, la fórmula del artículo 11 supone una superación de una laguna legal: si se había dicho muchas veces que como la omisión no es nada, nada puede causar, el precepto elimina ese impedimento.

4. El actual movimiento de reforma del Derecho penal parece mostrarse partidario de la conveniencia de consagrar *legislativamente* el principio básico que permite equiparar la comisión por omisión a la comisión activa. Así lo han hecho no sólo el ordenamiento alemán en

(169) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., p. 275.

(170) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed, pp. 256 ss.; 3.ª ed., pp. 272 ss.

(171) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código penal*, pp. 3-4, consecuente con la tesis que defiende de la plena identidad estructural en el plano normativo considera los supuestos de comisión por omisión como supuestos equiparables con la comisión activa en cuanto a la pena, por lo que una cláusula como la del nuevo artículo 11 no era necesaria, ya que los únicos supuestos de comisión por omisión son inscribibles en los tipo de la Parte Especial, por ser «estructuralmente idénticos» en el plano normativo a los supuestos de realización activa de los mismos.

el párrafo 13 del SGtB (172), sino también el párrafo 2 del ÖStGB austriaco (173) y el artículo 40 del Código penal italiano (174), entre otros. También aparecen recogidos en el artículo 13 del Código penal brasileño (175), en el artículo 10 del Código penal portugués (176) y en el artículo 1.2 del Proyecto polaco (177). Y el ordenamiento español se ha sumado a esta tendencia. No así, los ordenamientos francés o inglés.

5. La regulación propuesta por el Gobierno para la tipificación de la comisión por omisión varió en las fases de comisión y ponencia en el Congreso de los Diputados. En el trámite de ponencia se alteró la primera parte del artículo 11 del Proyecto del 94 al aceptarse la enmienda 226 del Grupo Popular que proponía mejorar la referencia al deber jurídico «...podrán entenderse realizados por omisión...». Al resultar escasamente imperativo, la redacción definitiva quedó así «...sólo se entenderán cometidos por omisión...».

En la Comisión se produjo una reforma aún más sustancial: la especificación de los supuestos en los cuales *se entiende* que el sujeto que omite una conducta, se encuentra en *posición de especial garantía*. La enumeración definitiva de las fuentes de la posición de garante

(172) Vid. *supra*.

(173) El párrafo 2 del ÖStGB austriaco contiene una disposición similar: «*Si es punible penalmente la causación de un resultado lesivo, también se castiga al que obligado por el ordenamiento jurídico, en virtud de una obligación que recae especialmente sobre él, omite evitar tal resultado. La omisión de la evitación del resultado del obligado jurídicamente, equivale a la realización del tipo legal penal mediante un hacer*».

(174) El artículo 40 CP italiano dispone: «*no impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo*».

(175) El artículo 13 del código penal brasileño párrafo segundo dispone:

«*La omisión será penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien:*

- a) *Tenía por ley la obligación de cuidado, protección o vigilancia.*
- b) *De otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado.*
- c) *Con su comportamiento anterior, creó el riesgo de producción del resultado*».

(176) El artículo 10 del Código penal portugués establece: «*1. Cuando un tipo legal de delito comprenda un cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción necesaria para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuere la intención de la ley. 2. La comisión por omisión de un resultado, sólo es punible cuando recaiga sobre el omitente un deber jurídico que le obligue personalmente a evitar ese resultado. 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial*».

(177) En el Anteproyecto del CP polaco de marzo de 1993, en el artículo 1.2 se establecía: «*Sólo puede ser responsable penalmente por un delito material de omisión la persona que haya tenido la obligación jurídica especial de evitar el resultado*».

fue propuesta y defendida por el PNV (Partido Nacionalista Vasco). Esta modificación se contenía en la enmienda número dos del Grupo Parlamentario Vasco, que fue aprobada. Según palabras de don Emilio Olabarria que defendió la enmienda, se pretendía una mejor definición de cuándo la omisión debe equipararse a la acción. Por su parte, el diputado socialista, Sr. Barrero, defendió la suficiencia de la referencia al deber jurídico sin necesidad de concreción de las posiciones de garante, aún admitiendo finalmente su inclusión (178). De esta forma, se llegó a la redacción del artículo actual, cuya primera parte, con ciertos retoques, coincide sustancialmente con el artículo 11 del Proyecto de CP del 94, siendo fruto del trámite parlamentario, la segunda parte.

6. El texto de 1995 lo que ha hecho ha sido mezclar dos perspectivas radicalmente diversas: la tesis de la plena identidad estructural en el plano normativo, aunque plasmada en el Código con una terminología «más débil» (equivalencia según el sentido del texto de la Ley) y la tesis que construye la comisión por omisión a partir de la omisión pura, esto es, la infracción de un deber, que en virtud de la segunda parte del artículo 11 pasa a definirse en términos básicamente formalistas (179).

En la primera parte del precepto se plasma la postura de un sector doctrinal moderno, anteriormente aludido (180) que, en general, considera innecesaria la positivación expresa de la comisión por omisión al proclamar como equiparación entre acción y omisión la plena identidad estructural en el plano normativo, lo que exige comportamientos distintos de los debidos que creen o incrementen el riesgo de producción del resultado. Ello conduce inevitablemente a plantear determinadas posiciones sociales y personales de asunción de responsabilidad frente al bien jurídico (181), aunque no siempre se identifiquen con el concepto más formal de «deber jurídico» o posición de garante. Por todo ello no era preciso, ni tan siquiera, una cláusula general (182).

(178) Cfr. LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pp. 49 y ss; *Código penal. Especial monográfico. Comentarios y notas. Crónica Parlamentaria*. Ed. Tapia, Madrid 1996, vid. Tramitación parlamentaria, Libro I: Títulos I y II.

(179) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código penal*, pp. 3-4.

(180) Vid. *supra* (GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN).

(181) Así, LUZÓN PEÑA, D. M., *Estudios Penales*, 1991, pp. 177, 235 ss., 240-241, el mismo, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, en *La Ley*, año VII, núm. 1538, p. 4.

(182) Vid. LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pp. 49 ss.

En la segunda parte del precepto se avalan las tesis de la doctrina tradicional para la cual la exigencia de un verdadero *deber jurídico de garantía* (183), *un especial deber jurídico del autor*, representa la última fase del proceso de reducción del campo de la comisión omisiva (184). Si la responsabilidad a título de comisión por omisión sólo puede ser admisible si existe un tal deber jurídico, de características muy concretas, un paso más de acercamiento al principio de legalidad se da, cuando al menos ese principio básico no se confía exclusivamente a la doctrina científica y jurisprudencial, sino que se eleva al rango de principio legal. La determinación de las fuentes de dicho deber es la tarea que, de algún modo, aunque no de forma absolutamente convincente, pretenda asumir el artículo 11.

7. De la redacción del precepto parece derivarse que la regla general sería la no equiparación de los delitos activos a los pasivos y la excepción fuese, precisamente, el castigo de las conductas pasivas como si fueran activas mediante la fórmula del artículo 11 (185). En una primera aproximación, no queda claro si la omisión se equipara a la acción siempre que concurren *a*) y *b*) del artículo 11, o si es preciso, además, que *según el sentido de la ley* (la omisión) *equivalga (...)* a su *causación* (del resultado) (186). Personalmente apuesto por una interpretación armoniosa del precepto. Lo que hay que plantearse en primer lugar es si la «infracción de un especial deber jurídico», implica ya de por sí la equivalencia «según el sentido del texto de la

(183) Si hasta mediados de los años cincuenta la doctrina española era oscilante en cuanto al reconocimiento de la naturaleza jurídica del deber de actuar que sirve de base para la responsabilidad penal a título de comisión por omisión (JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, III, Buenos Aires, 1951, p. 364, admite en los delitos de comisión por omisión junto a la infracción de deberes jurídicos emanados de la ley, el contrato o cualquier otra obligación jurídica o por conducta precedente, «aquellos que surgen de deberes morales exigidos hoy por el hecho de vivir en sociedad»); otros tratadistas abrieron paso firme a la naturaleza *jurídica* del deber de actuar (ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, tomo I, 1949, p. 172). Actualmente es admitido de forma unánime por la doctrina que la infracción del deber de actuar en la comisión por omisión es la infracción de un deber jurídico, y no de un deber social o moral, cfr. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss., 256 ss.; 3.ª ed., p. 274. Tal deber jurídico de garantía es también distinto de los deberes morales y del deber general de impedir determinados delitos establecido en el artículo 450 CP de 1995, que responde más bien a una idea genérica de solidaridad humana.

(184) La doctrina tradicional mantenida entre otros por RODRÍGUEZ DEVESA, COBO y VIVES es la teoría formal del deber jurídico Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, pp. 102 ss.

(185) LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLÁZQUEZ, *DP PG*, ed. Tecnos, 5.ª ed., 1996, pp. 256 ss.

(186) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código penal*, Prólogo, Ed. Tecnos, 1995.

Ley» o si son precisos dos juicios. En mi opinión son necesarios tanto la infracción del deber como la equivalencia según el sentido del texto de la Ley, que debe considerarse expresiva de una identidad en el plano de las estructuras normativas (187).

Es decir, me inclino por una doble exigencia:

a) Por un lado, deberá concurrir algún deber jurídico. No sólo y estrictamente alguno de los señalados en los apartados a) y b). En realidad, los supuestos que enumera el Código son referencias formales muy insuficientes para abarcar todos los casos en que puede haber identidad estructural normativa entre omisión y comisión, según el sentido del texto de la Ley. Piénsese, por ejemplo, en la convivencia de hecho de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales *específicas* derivadas de esa situación (188), o en las hipótesis en las que el sujeto puede haber asumido la específica función de dominio de focos de riesgo para el bien jurídico, no originados en una concreta obligación legal o contractual, como pueden ser supuestos de comunidad de peligro (189). También, por ejemplo, en la STS de 22 de septiembre de 1993, el Tribunal fundamenta la posición de garante en una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da, cuando de forma expresa o tácita se asume la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación, pero que no siempre puede fundamentarse en la ley o en un contrato. Por ello, tal enumeración debe considerarse abierta, como meramente ejemplificativa (190).

En este sentido considero que hubiese sido más acertado redactar la segunda parte del artículo 11, si es que se quería expresamente enumerar las fuentes de la posición de garante, de modo similar a como

(187) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed, pp. 256 ss.; 3.^a ed, pp. 275 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, pp. 3-4; QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.; VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.

(188) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 256 ss.; 3.^a ed., p. 274.

(189) En QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.

(190) Consideran meramente indicativa la enumeración de fuentes del artículo 11 MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed, pp. 256 ss.; 3.^a ed, pp. 275 ss.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., p. 306 y SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, pp. 3-4; mientras que MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss. y VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I*, Valencia, 1996, pp. 84 ss. consideran el catálogo de fuentes como taxativo.

lo ha hecho el ordenamiento penal brasileño en su artículo 13 (191). La cláusula brasileña explicita las fuentes de la posición de garante de manera que entremezcla las fuentes formales (ley, injerencia) y las materiales (garante protector del bien jurídico, garante vigilante de una fuente de peligro), o incluso se asume la posición de garante para impedir el resultado, de cualquier otra forma.

b) Y por otro, la conducta omisiva ha de ser equivalente *según el texto de la ley* con la acción positiva. Para ello la conducta omisiva habrá de subsumirse en la descripción típica del hecho (192). La equiparación material no requiere sólo una especial posición de deber, sino además una especial relación con el bien jurídico (193) que habrá de constatarse acudiendo a la teoría de las funciones. Es decir, integrar la situación típica del deber de actuar con la posición de garante que se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* o una *función personal de control de una fuente de peligro* (194).

El especial deber jurídico delimita, así, el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material. De esta forma, al comenzar la segunda parte del artículo 11 señalando cómo se equipará la acción a la omisión, la idea de equivalencia según el sentido del texto de la Ley se convierte en el criterio rector de todo el precepto, de modo, que a la mera constatación de la obligación legal, contractual o derivada del actuar precedente habrá que sumar un juicio de equivalencia en sentido estricto. Por ello, no me parece que la referencia a la infracción de un deber jurídico especial, que no se contenía en el Proyecto de 1992, enturbie el criterio central de *equiparación normativo-material* de identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales. Más bien al contrario, las fuentes formales y las materiales se imbrican y complementan de esta forma (195).

8. Tras la tipificación del artículo 11 CP se puede afirmar que los delitos de comisión por omisión son el complemento de los delitos de acción, —como una variante de la omisión—, si la producción del resultado típico pertenece al tipo objetivo del delito (196).

(191) Vid. *supra* n. 175.

(192) GRACIA MARTÍN. L., *Código penal y Leyes penales especiales*, Egido Ed., Zaragoza, 1996, p. 38.

(193) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.

(194) MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.ª ed., p. 306.

(195) En contra, MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.

(196) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/2; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, p. 213.

a) El legislador describe la *producción del resultado* como un elemento típico del delito de comisión por omisión (197). Así, en efecto, dicho artículo establece

«los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidas por omisión cuando la no evitación del mismo, (...) equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.»

El delito de comisión por omisión es, por definición, un delito de resultado (198), o como sostiene Gimbernat (199) un delito de lesión, y por ello, un reflejo del delito de comisión. Es decir, el tipo objetivo es idéntico al del delito de comisión en relación con el hecho del resultado (200). En realidad, su particularidad radica en que el resul-

(197) GÜNTGE, G.-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 29; SCHÖNE, W., *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en CPC, 1977, pp. 63 ss., 72.

(198) Los delitos de resultado son aquellos en los que para la consumación del delito se exige la producción de un resultado exterior y separable a la propia acción. Ahora bien, el tipo objetivo suele describir un resultado, cuya producción el legislador pretende evitar, de forma que la norma de conducta pueda motivar al sujeto a evitar cualquier hecho que pueda conducir a la producción de dicho resultado. Dicho con otras palabras, la norma penal no prohíbe resultados, sino comportamientos que conlleven el riesgo de producir tales resultados, Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 107 ss.; vid. también GÜNTE, *Begehen durch Unterlassen*, p. 57; SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, pp. 231 ss., el mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 84; el mismo, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...*, p. 536, también concibe el delito de comisión por omisión como delito de resultado, de modo que construye el deber de garantía en base al *dominio del garante sobre la causa del resultado*; para JAKOBS, G., *DP PG*, 6/84, los tipos de delitos de resultado pueden limitarse a describir autor y resultado, o bien añadir *una limitación de la conducta*, es decir, limitar las modalidades de conseguir el resultado a alguna de las variantes posible en la práctica. La limitación de la conducta, en caso de que se pase de los delitos de comisión a los delitos de comisión por omisión, debe corresponderse con la realización del resultado mediante comisión. Según el artículo 11 debe equivaler a su causación.

(199) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pp. 5-6, en los delitos de lesión el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, y que según otra terminología que él no utiliza los delitos de lesión deberían llamarse de resultado. Sin embargo dicha terminología no se ajustaría totalmente a la realidad puesto que en sentido amplio, los delitos de peligro también tienen un resultado.

(200) JESCHECK, H.H., *Tratado DP PG*, 3.^a ed., p. 883; el mismo, *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos CGPJ, 8, p. 77; FREUND, G., *Erfolgsdelikte und Unterlassen*, 1992, pp. 128, 133; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/8; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 227; 3.^a ed., p. 272; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omi-*

tado típico no se produce por una acción, sino que deja de evitarse por la omisión de una acción posible para el autor (201). Y es en este no impedir el resultado donde reside la esencia del delito de comisión por omisión (202). Si no hay resultado no se va a poder hablar de comisión por omisión. Precisamente, por estas razones el resultado aparece como elemento típico en las regulaciones del delito de comisión por omisión, no sólo en nuestro Código penal, sino que también el resultado aparece como elemento típico en otros ordenamientos. Así, por ejemplo en el párrafo 13 StGB alemán

«el que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será punible por esta ley si le corresponde jurídicamente garantizar que no se produzca el resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer.»

El párrafo 2 del ÖStGB austriaco contiene una disposición similar:

«Si es punible penalmente la causación de un resultado lesivo, también se castiga al que obligado por el ordenamiento jurídico, en virtud de una obligación que recae especialmente sobre él, omita evitar tal resultado. La omisión de la evitación del resultado del obligado jurídicamente, equivale a la realización del tipo penal mediante un hacer.»

así como el artículo 13.2 del código penal brasileño (203) párrafo segundo

«La omisión será penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado.»

o el artículo 10.1 del Código penal portugués (204) que establece

«Cuando un tipo legal de delito comprenda un cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción necesaria para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuere la intención de la ley.»

sión, p. 906; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 348, 349, 371; ROMERO CASABONA, C. M.^a, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, pp. 925, 937.

(201) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos del CGPJ, n.º 8, Jornadas sobre la «reforma del Derecho Penal en Alemania», p. 77; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 352.

(202) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 74.

(203) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Nueva parte general del Código penal brasileño*. En ADPCP 1987, p. 726.

(204) Vid. MAIA GONÇALVES, *Código Penal portugués anotado y comentado y legislación complementaria*, 4.ª ed., Coimbra, 1988, pp. 86-88.

o el artículo 40 CP italiano que dispone

«No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo.»

e incluso en el Anteproyecto del CP polaco de marzo de 1993, en el artículo 1.2 se establece como elemento típico del delito de comisión por omisión el resultado

«Sólo puede ser responsable penalmente por un delito material (205) de omisión la persona que haya tenido la obligación jurídica especial de evitar el resultado.»

En estos preceptos se exige que el omitente responda jurídicamente cuando el resultado se produce. La producción del resultado reprochado pertenece al tipo del injusto, es un elemento del tipo (206).

b) ¿Qué es lo que puede ser resultado en el delito de comisión por omisión del artículo 11 CP?

En principio, como afirma Jakobs (207), resultado en el sentido de preceptos como los anteriormente descritos es todo lo que se puede evitar. No basta con que la acción esperada no se realice, sino que ha de producirse el resultado típico que el omitente no ha evitado.

Al hablar de resultado, se puede diferenciar entre un concepto restringido y un concepto amplio. En un sentido restrictivo, el concepto de resultado se asienta en la diferenciación entre delitos de resultado y delitos de mera actividad (208). Dentro de los delitos de resultados cabría diferenciar a su vez entre delitos resultativos y delitos de peligro. En ambos existe un resultado: en los delitos de resultado material hay un menoscabo efectivo de los bienes tutelados, pero también existe un «resultado» en los delitos de peligro, que se sitúan así en posición equidistante entre las infracciones de resultado material y las de simple actividad (209). En los delitos de peligro, en los que se sanciona la amenaza para el bien jurídico que no ha llegado a concretarse

(205) Por delito material se entiende delito de resultado.

(206) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., p. 333; JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/2; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, p. 213; SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pp. 90 ss., el mismo, *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasi-dolosos de omisión*, en CPC, 1, 1977, pp. 71, 72.

(207) JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2.

(208) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 6/85, 29/2. Concibe los delitos de mera actividad como ejecución de una acción. Tal ejecución ostenta a su vez un aspecto externo, y en este sentido habla, también, de resultado en los delitos de mera actividad. Por lo tanto, para Jakobs no existiría una separación tajante entre estos delitos y los de resultado.

(209) Así STS de 20 junio de 1989.

en un resultado material, existe un resultado: el peligro, en cuanto que sobre la base de un pronóstico *ex ante* se ha producido un resultado de riesgo para el bien jurídico. El resultado consistiría en la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico, que no llega a ser menoscabado (210). Para afirmar la consumación en comisión por omisión habrá de producirse la lesión o la puesta en peligro (resultado de peligro concreto-abstracto) (211) del bien jurídico protegido. Lo novedoso del artículo 11 del Código penal es que realiza una equiparación legal expresa de los resultados de lesión y de peligro (212), lo que supone que el dolo, tanto en los delitos resultativos como en los de peligro, deberá abarcar el resultado típico (213).

En sentido amplio se entendería el resultado como la realización del tipo penal. Con esta acepción habría que suponer que en todos los tipos de la Parte Especial se da un resultado. Así, en la ejecución de los delitos de mera actividad también existiría un «resultado» que pudiera valorarse penalmente (214), aunque de manera más o menos abstracta, y siempre que la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto (215). Sin embargo, en los tipos de mera actividad la conducta no aparece descrita con referencia a aquel «resultado». Por ejemplo, la no evitación de una conducta injuriosa por un garante, no le convierte a él en autor de un delito de injurias (216), puesto que los delitos de mera actividad se caracterizan por la ausencia de un resultado trascendente que sea preciso vincular con el comportamiento típico (217). De ahí que se rechace la posibilidad de realizar delitos de mera actividad en comisión por omisión (218).

(210) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pp. 5-6; el mismo, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 31.

(211) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., p. 222.

(212) El Proyecto de 1992 reducía el ámbito de la comisión por omisión al ámbito de los delitos «consistentes en un resultado de lesión o de peligro».

(213) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 159.

(214) GÜNTGE, G.-F., *Begehen durch Unterlassen*, pp. 31 ss.

(215) SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pp. 326 ss.; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2, en estos casos tal intervención cabe separarla, como resultado, de la acción.

(216) HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 87.

(217) BAUMAN, J., *AT*, 8.ª ed., 1989, p. 102, considera tanto a los delitos de lesión como a los delitos de peligro concreto delitos de resultado. A diferencia de los delitos de mera actividad, los delitos de resultado, además del resultado típico exigen un resultado en el mundo exterior.

(218) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 350-353.

Así pues, me parece más aceptable un concepto restrictivo de resultado en el que encuadrar el resultado de los delitos de comisión por omisión (219). En cuanto a la imprecisión del concepto resultado tampoco tiene una repercusión importante en los tipos de comisión por omisión arriba enunciados. Simplemente, se traslada el concepto de resultado de los delitos de resultado a los tipos anteriores, y ello tiene como consecuencia que los delitos de mera actividad quedan fuera del ámbito de la evitación de los comportamientos omisivos (220). Por ello, si el resultado como elemento del tipo de los delitos de comisión por omisión se estima como el resultado de los delitos de resultado, sólo los delitos de resultado (de resultado material y de peligro) serán susceptibles de comisión por omisión (221).

c) Lo anterior permite admitir que los preceptos legales relativos a delitos de resultado, no sólo expresan comportamientos activos, sino que también admiten, aunque en forma desigual dependiendo de la descripción típica, la comisión por omisión (222). La determina-

(219) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1080: «el término resultado no debería entenderse en el sentido físico de resultado material (de lesión o de puesta en peligro de un bien jurídico), separado en el tiempo y en el espacio de la conducta, sino que debería entenderse como resultado en sentido jurídico (lesión o puesta en peligro), lo que permitiría incluir también los delitos de mera actividad, tanto de peligro (delitos de peligro abstracto) como de lesión. Todo ello es, factible cuando se habla simplemente de resultado (...). Lo cual abonaría una restricción a los delitos de resultado (material) de peligro o de lesión, excluyéndose los de mera actividad.

(220) GÜNTGE, G.-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 30; así también JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4.^a ed., 1988, p. 558; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 352: «parecen existir razones de peso suficiente como para rechazar la posibilidad de realizar delitos de mera actividad en comisión por omisión».

(221) En este sentido, QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, pp. 85 ss., aunque para algunos autores como RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *DP P*, 14 ed., p. 388, no todos los delitos de resultado pueden admitir la forma de la comisión por omisión, como ejemplo podría valer el acceso carnal de los artículos 179 ó 182 CP 95.

(222) SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971. Así por ejemplo, en los delitos de lesiones en el que alguien, *por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental* (art. 147), o *incluso atendiendo al resultado causado o al riesgo producido* (art. 148), dichos resultados que son elementos del tipo correspondiente del delito de lesiones pueden originarse *por cualquier medio o procedimiento*, también por la no evitación de los mismos por un garante. El resultado típico de los tipos de lesiones contra la salud individual también pueden producirse, por lo tanto, en comisión por omisión pp. 46 ss. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 11 ed., pp. 97 ss. considera que el comportamiento típico en este delito puede consistir tanto en una acción en sentido estricto, como en una omisión, que se equipara a la acción cuando el que omite tiene una posición de garante.

ción legal expresa permite encuadrar tales resultados en la realización típica activa, en los casos en los que la conducta sea equivalente y el que jurídicamente estaba obligado a evitar tal resultado lo omitió. Para Vives, sin embargo, la exigencia de que sólo cabe hablar de comisión por omisión *en los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado*, supone que el precepto no sólo exige un resultado, sino que el delito «consista» en él. Por lo tanto, si los medios comisivos se hallan legalmente determinados, pero la omisión no se encuentra prevista entre ellos, no tendrá virtualidad y no podrá aplicarse la fórmula genérica puesto que entonces, los delitos o faltas no «consisten» en la producción de un resultado (223).

d) El resultado ha servido también para aglutinar bajo una misma teoría comportamientos activos y comisivos. Para algunos autores el ámbito de aplicación de los delitos de resultado sólo cabría en una teoría para la que fuera posible fundamentar la estructura de la norma de comportamiento con independencia de que se trate de una comisión o de una comisión por omisión. En esta línea Herzberg concibe los delitos de resultado como una «no evitación de un resultado en posición de garante», ya sean delitos activos u omisivos. Desde un punto de vista ontológico la no evitación del resultado tendría las mismas características tanto en la acción como en la omisión. De esta manera, construye un concepto de delito de resultado que comprende tanto comportamientos activos como omisivos, en el que la posición de garante es un elemento común a ambas modalidades (224). Para Jakobs (225), no sólo el autor de una omisión sino también el autor de un delito activo ha de ser un garante en los supuestos de responsabilidad por la comisión de un delito de resultado. Y en opinión de Freund (226) la esencia de los delitos de resultado radica en la responsabilidad especial (*Sonderverantwortung*) que ha de ser idéntica tanto para un caso de omisión como para un comportamiento activo.

e) En cualquier caso, y con independencia de una teoría común o no a la acción y a la omisión y de los elementos comunes o no de ambas, los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado.

(223) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.

(224) HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, p. 174.

(225) JAKOBS, G., *DP PG*, 7/58.

(226) FREUND, G., *Erfolgdelikt und Unterlassen*, pp. 142, 144-145.

9. Las cuestiones que hay que resolver para poder afirmar la imputación de un resultado a una omisión y considerar que un sujeto ha cometido un delito en comisión por omisión son (227): *a*) en primer lugar, la posición de garante del autor (el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión) y *b*) en segundo lugar, que la no evitación del resultado equivalga según el texto de la Ley a su causación.

Respecto al primer requisito, el texto legal delimita el círculo de los posibles responsables especificando los tres tipos de garantes más usuales: garantes por ley, por contrato y por el actuar precedente. El sujeto tiene la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión, etc. Esto es lo que el artículo 11 CP denomina *un especial deber jurídico del autor*. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: *posición de garante* (228).

En los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser, por tanto, ya cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo. La posición de garante es, por consiguiente, el eje de la comisión por omisión (229) y el fundamento de la imputación del resultado (230).

Con el segundo requisito parece como si el legislador hubiese pretendido suplir la problemática que suscita la «relación de causalidad» en este tipo de delitos. En los delitos de comisión por omisión no es necesario afirmar una verdadera causalidad, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante (231). Con lo cual, este segundo requisito vuelve a incidir en la importancia de la posición de garante en la comisión por omisión.

10. En definitiva, la consagración legislativa del delito de comisión por omisión debe considerarse, a mi entender, como positiva (aun-

(227) En concreto respecto a la imputación en comisión por omisión en el artículo 363 Cp. vid. CUADRADO RUIZ, M.^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998.

(228) Cfr. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed, pp. 256 ss.; 3.^a ed., p. 274.

(229) COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *DP PG*, 4.^a ed., Valencia 1996, pp. 360, 362 ss.

(230) QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *DP PG*, 1996, pp. 307 ss.

(231) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 2.^a ed., 1983, p. 90; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., p. 318.

que menos esclarecedora). La fórmula adoptada permite reducir la comisión por omisión a las hipótesis en las que la omisión, al existir un auténtico deber jurídico de garantía por la especial posición del autor respecto al bien jurídico, es equiparable a la comisión activa del resultado, según el sentido del texto de la Ley. Al establecerse legalmente un principio de esta naturaleza se cumple, sin duda, con una importante tarea legislativa, lo que supone un evidente progreso en la problemática de estos delitos. Sin embargo, ello no significa que se radiquen de modo definitivo las objeciones político-jurídicas. Pese a la cláusula legal, los delitos de comisión por omisión seguirán siendo «tipos abiertos», en parte determinados legalmente y en parte necesitados de una integración judicial. Sería imposible describir en los tipos legales la incalculable infinidad de autores de omisiones que, al no impedir el resultado, merecen ser equiparados a quienes lo causan (232).

Quizá el artículo 11 sea un texto ambiguo, criticable en su redacción concreta, pero lo que no se puede discutir es que, por lo menos, ofrece al intérprete y al aplicador del Derecho penal una fórmula que le oriente a la hora de tomar una decisión. La positivación de una cláusula general del tipo del artículo 11 CP ha supuesto, por primera vez en nuestra historia penal, el «traje legal» de la comisión por omisión, lo que considero un avance, a pesar de las objeciones que se puedan hacer al precepto.

11. Sin predeterminar aún las bondades o incorrecciones que deparará el artículo 11 CP, podría adosarse, ulteriormente, un sistema de *numerus clausus* en la Parte Especial, conforme al cual el legislador determinase el ámbito de figuras delictivas respecto de las cuales «se autoriza *ex lege* la identificación normativo-estructural» entre omisión y realización activa del tipo (233).

(232) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *DP PG*, pp. 309-310; el mismo, *La omisión de socorro*, pp. 87-88; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., p. 260; 3.ª ed., p. 274.

(233) En QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.; los mismos, *DP PG*, 1996, pp. 307 ss. hubiesen preferido que el legislador sólo tipificase algunas «graves específicas omisiones productoras de resultados» a optar por establecer una cláusula general concreta de incriminación de la comisión por omisión. Con anterioridad, la solución del *numerus clausus* como alternativa a la cláusula general fue ya sugerido por HUERTA TOCILDO en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 163 ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

IX. CONCLUSIONES

1. Los delitos de comisión por omisión son auténtica comisión y genuina omisión. Su estructura es autónoma, con características mixtas o parciales de los delitos de acción y de los delitos de omisión, y con características propias, como es la posición de garante.

2. Me parece una decisión de política legislativa acertada el proceder a una regulación legal expresa de la figura dogmática de la comisión por omisión. De esta forma se «completa» el sistema jurídico-penal proclamado en los artículos 1 y 10 CP en relación con el principio de legalidad, salvando así las posibles objeciones al respecto.

3. Igualmente considero correcto el hacerlo mediante una cláusula en la Parte General del Código penal. La propuesta de añadir, ulteriormente, un sistema de *numerus clausus* en la Parte Especial, conforme al cual el legislador determinase el ámbito de figuras delictivas respecto de las cuales «se autoriza *ex lege* la identificación normativo-estructural» entre omisión y realización activa entiendo que su expresión sería un tanto reiterativa en tanto en cuanto la naturaleza de los delitos de comisión por omisión está referida a este tipo de delitos.

4. La respuesta que da el artículo 11 al problema de la equiparación entre acción y omisión a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado, se basa, por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado, «según el sentido del texto de la Ley» (tesis de la identidad estructural en el plano normativo), y, por otro, en la existencia de un «especial deber jurídico del autor» de evitar el resultado, basado en la Ley, el contrato o el riesgo creado por el omitente para el bien jurídico protegido (tesis del deber jurídico basado en las fuentes formales). Supone, por tanto, una solución acumulativa (mixta) de dos respuestas doctrinales diversas que la jurisprudencia había venido utilizando conjuntamente: por un lado, la de la plena identidad estructural entre acción y omisión en el plano normativo, que no requeriría, sin embargo, formulación expresa. Y, por otro, el artículo 11 menciona también la del especial deber jurídico de garantía y la formulación expresa de la posición de garante, a través de fuentes formales. Creo, por todo ello, que sería conveniente una interpretación armónica de todo el precepto, pues, por un lado se requiere la necesidad de posición de garante que exprese las conductas de protección del bien jurídico a partir de fuentes, y por otro, la identidad entre comisión y omisión.

En definitiva, la primera parte del artículo 11 contiene una regla general en la que se dice de la comisión por omisión que consiste *en la*

producción de un resultado de una conducta descrita en términos activos. No se acoge así la propuesta de Rodríguez Mourullo y Silva, de que el marco natural de la comisión por omisión estaría representado por los denominados tipos prohibitivos de causar y no por los tipos que prevén la producción de un resultado a partir de una conducta activa. Se une a ello el hecho de que el autor tenga el deber jurídico de evitar el resultado, circunstancia que no recogía el Proyecto de 1992. Sin embargo, el primer párrafo no se limita a establecer *la infracción de un especial deber jurídico del autor*, sino que además, añade otra posibilidad de identidad normativa: que la omisión equivalga a la comisión, *según el sentido del texto de la Ley*.

En la segunda parte, el precepto especifica los supuestos en los que debe considerarse que existe tal deber, y se enumeran las tradicionales fuentes formales del deber de garante. Tal enumeración debe entenderse como meramente ejemplificativa o indicativa, ya que el precepto exige que acción y omisión equivalgan según el sentido del texto de la Ley y sería aconsejable entender que otras situaciones, no encuadrables en las citadas expresamente, permitan también imputar el resultado a quien ha creado o no evitado el riesgo para el bien jurídico. En este sentido considero que hubiese sido más acertado redactar la segunda parte del artículo 11, si es que se quería expresamente enumerar las fuentes de la posición de garante, de modo similar a como lo ha hecho el ordenamiento penal brasileño en su artículo 13. La cláusula brasileña explicita las fuentes de la posición de garante de manera que entremezcla las fuentes formales (ley, injerencia) y las materiales (garante protector del bien jurídico, garante vigilante de una fuente de peligro), o incluso se asume la posición de garante para impedir el resultado, de cualquier otra forma. En cualquier caso, el que el precepto español explicita las fuentes formales de la posición de garante, no determina automáticamente la identidad entre omisión y comisión. Además habrá que comprobar los restantes requisitos de la imputación objetiva del resultado, y por supuesto, los demás elementos de la responsabilidad criminal, pues hasta ahora nos estamos moviendo sólo en el ámbito de la tipicidad.

5. No comparto la importancia que se asigna a la causalidad hipotética en los delitos de comisión por omisión. Como en los delitos de omisión, no es éste un problema central, que a mi modo de ver queda desplazado en la comisión por omisión por la importancia en la constatación de la posición de garante.

6. Considero adecuado un concepto amplio de leyes penales en blanco, en el que los delitos de comisión por omisión serían una especie de leyes en blanco «*sui generis*».