

Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión (*)

Prof. Dr. ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Indicaciones metódicas sobre el delito de comisión por omisión.—II. Seguridad jurídica y comisión por omisión.—III. Referencia al derecho penal español.—IV. Juicios de probabilidad y de necesidad causal.—V. El momento teleológico (el principio de la disminución del riesgo).—VI. Concreción legislativa de la posición de garantía.—VII. Posición de garantía y unidad de orden jurídico. Tensión dialéctica entre omisión simple y comisión por omisión.—VIII. Consideraciones finales.

I. La evolución histórico conceptual del delito de comisión por omisión pone de manifiesto una interdependencia característica entre puntos de vista filosóficos, dogmáticos y político criminales. En alta medida la categoría de la comisión por omisión se ha desenvuelto *extra legem* en concordancia con las presuposiciones culturales de cada época jurídica. Los sistemas positivos han determinado legislativamente el resultado típico, mientras que los demás elementos de la comisión por omisión —causalidad hipotética, infracción del deber de garantía del bien jurídico, etc.— son contribución de la ciencia y la jurisprudencia.

Con anterioridad a la Ilustración sólo fue investigada la posibilidad de que delitos determinados —ante todo el delito de parricidio (infanticidio)— pudieran ser realizados por omisión. Como forma de conducta común en principio a todos los delitos, la comisión por omisión se reconoce ya por la jurisprudencia prusiana a partir de 1800, cuando afirma «no existir duda de que el asesinato, igual que cualquier otro delito, puede cometerse mediante omisión de lo que la ley exige de cualquiera» (1).

(*) El presente estudio es la relación española presentada a la Sección de los delitos de omisión, del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal. El Cairo, octubre 1984.

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, t. III, 4.ª ed., pág. 394 y ss. y 415 y ss.; HIPPEL, R. V.: *Deutsches Strafrecht*, 2 Bd., 1930, págs. 154 y ss.

Un balance dogmático y político criminal de la situación actual del delito de comisión por omisión, ha de ser efectuado con vista a la historia. El proceso histórico dogmático permite apreciar diversos períodos, en concordancia con la evolución de las doctrinas generales del delito:

A) Para la ciencia penal del siglo XIX la imputación del resultado supone ineludiblemente que haya sido causado por el autor. Conforme a este punto de vista, no sólo el delito de acción sino el de comisión por omisión requieren que el resultado haya sido *causado* por el comportamiento del sujeto. La búsqueda afanosa de un *quid* causal en la omisión, intentada por vías diversas en la ciencia penal del siglo XIX —teorías del *aliud agere*, precedente o contemporáneo, etc.— no condujo, sin embargo, a resultados satisfactorios, poniendo de relieve que metódicamente la fundamentación de la comisión por omisión no podía cumplirse en el plano del ser (causal) sino en el del deber ser (normativo) (2).

B) Esta perspectiva halla clara expresión en la dirección teleológica valorativa de la ciencia penal continental europea durante las décadas iniciales del presente siglo. El omitente no causa —*ex nihilo, nihil*— el resultado. Responde de él por no realizar la acción que lo hubiese impedido cuando tenía un deber específico de evitarlo.

En sentido finalista cabe decir que el derecho penal no puede cumplir la tarea propia de proteger los bienes e intereses jurídicos estableciendo únicamente prohibiciones de acción. Precisa también configurar mandatos de acciones, concebidas como medio para evitar la producción de resultados lesivos para tales bienes e intereses. Las normas penales no sólo prohíben acciones dirigidas a matar, lesionar... Preceptúan también acciones orientadas a neutralizar el peligro y evitar la lesión de la vida, integridad corporal, etc. En el delito de comisión por omisión se impone al sujeto desenvolver una actividad positiva dirigida a neutralizar el peligro y, consiguientemente, la lesión de los bienes jurídicos. El sujeto activo garantiza el dominio del proceso causal peligroso para la vida, la integridad corporal, etc. Está predispuesto para controlar la causalidad material conducente a la producción del resultado. La consideración de la acción esperada como medio de disminución del peligro y evitación de la lesión del bien jurídico pone diáfananamente de relieve la perspectiva teleológica de la comisión por omisión.

En sentido valorativo la comisión por omisión es equiparada a la acción causal del resultado. Esta *equiparación axiológica* se refleja a principios de siglo en la afirmación de la ciencia de que «una vez fundamentado, el delito de comisión por omisión se sanciona con igual pena que el delito de acción» (3). Distintos en el

(2) MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, I (Traducción de Rodríguez Muñoz, J. A.), nueva edición de 1955, págs. 294 y ss.

(3) MEZGER, E.: *loc. cit.*, pág. 316.

ámbito ontológico o del *ser real* delito de acción y de comisión por omisión se equiparan en el plano de los valores.

C) El presente se caracteriza por una prolongación sucesiva del pensamiento teleológico valorativo en el derecho penal (4), en lo concerniente al delito de acción y al de comisión por omisión.

a) La prolongación del criterio teleológico se evidencia en la consideración progresiva del derecho penal como medio de protección de bienes jurídicos. Esto ha supuesto en la parte especial la crítica de las figuras de delito en que no es verificable la dirección de ataque a tales bienes (homosexualidad consentida entre adultos, pornografía, prostitución o incesto...). En la parte general, en la crítica de los delitos de peligro abstracto, es decir, en la exigencia efectiva del peligro concreto o la lesión de un bien jurídico como momento permanente de todo tipo de delito, etc. El punto de vista teleológico se afirma también en la negación de la tipicidad de las acciones que no originan ni intensifican el riesgo para el bien jurídico. Paralelamente, es visible tal criterio en la negación de tipicidad, o sea, de la falta de relevancia jurídico penal de la omisión de acciones que no hubiesen disminuido el riesgo ni evitado la lesión de la vida, integridad corporal u otro bien jurídico protegido abstractamente por el derecho penal. Apenas hace falta recordar que esta comprensión teleológica de las categorías y conceptos jurídico penales se extiende de forma diáfana a la concepción de la pena y las medidas de seguridad como medios técnicos de prevención general e individual.

b) Paralelamente se asiste a una comprensión eminentemente valorativa de las categorías penales, con retroceso progresivo del principio causal en la concepción del delito.

Esto no sucede sólo en el delito de comisión por omisión, de acuerdo con su evolución propia, sino en el delito de acción. En tanto la causalidad entre acción y resultado determinó —a lo sumo con la exigencia de que la acción fuese adecuada— la cualidad de prohibido o injusto (típico) del hecho, una de las notas más características de la teoría actual del delito es la distinción entre causación e imputación objetiva. Se distingue entre causaciones prohibidas y no prohibidas de un resultado. Por ejemplo, obliga a distinguir entre causaciones de homicidios típicas y atípicas, prohibidas y no prohibidas, aún cumpliéndose las notas formales del delito. No pudiéndose negar que la acción ha causado la muerte de un hombre, puede ocurrir que esa causación no sea estimada antinormativa (típica) en el sentido del derecho positivo. Esto sucede si una acción no peligrosa para la vida —por ej., un empujón, un leve golpe, etc.— causa *de facto* la muerte de otra persona. La causalidad es condición necesaria, pero no suficiente de la responsabilidad (objetivo impersonal) por el hecho. Lo decisivo es si la producción del resultado es jurídicamente imputable

(4) AMELUNG, K.: *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, en *Juristenzeitung*, 1982, pág. 617 y ss.

a la acción, es decir, si la acción suponía un peligro, prohibido por la norma, determinante del resultado típico. La causación de resultados mediante acciones no prohibidas por la norma particular impide hablar de un hecho típico de homicidio. En su caso planteará el problema de la existencia de un hecho típico de lesiones, malos tratos de obra, etc.

Todo ello supone una pérdida progresiva de significado del momento causal así como una observable penetración de criterios valorativos, normativos, en el delito material de acción. Es cierto que esta *valoración* ha de desenvolverse —por el dominio del principio *nullum crimen sine lege*— dentro del marco legislativo, es decir, dentro del cuadro legal trazado por el tipo de delito. La vieja idea de que causación —incluso causación dolosa— equivale a responsabilidad por el hecho, a tipicidad, experimenta en la doctrina actual importantes limitaciones. Es característica en la actual fase de la teoría del delito una creciente consideración no descriptiva, valorativa, de los conceptos penales (principalmente de la tipicidad, como categoría central, expresiva del Estado de Derecho, en el concepto de delito).

c) De esta forma se ha producido una aproximación del delito de acción al delito de comisión por omisión. No puede hoy decirse que el delito de acción es inteligible en términos de causalidad (decisivo es si la acción ha causado el resultado) y el delito de comisión por omisión en términos de antinormatividad (decisivo es si la acción *indebidamente* omitida hubiera impedido el resultado). La doctrina actual permite, por el contrario, hablar de un empobrecimiento del plano fáctico (descriptivo) y de una intensificación del plano valorativo (normativo) del delito. La ciencia positivista del derecho penal pretendió construir el delito de comisión por omisión de modo paralelo al delito de acción. Actualmente se asiste a una aproximación en sentido opuesto de ambas categorías. Son acentuados los aspectos valorativos del delito de acción. La crítica del concepto de causalidad por la filosofía contemporánea de la ciencia ve en la causalidad menos una producción efectiva, lineal, de resultados, que una correlación probabilística. Stella ha destacado que la causalidad es en el derecho penal probabilidad estadística. Ello supone una debilitación de la exigencia de la causalidad como producción lineal de efectos indefectibles por la acción (5). La crítica del concepto de causalidad por la física contemporánea ha hecho decir a Maiwald que el derecho penal ha de desenvolverse en el ámbito causal independientemente del curso de tal polémica científica (6). Esta nueva crisis de la causalidad, visible también en la función meramente aclaratoria asignada a la fórmula de la *conditio sine qua non*, permite simultáneamente observar una acentuación creciente de la fundamentación,

(5) STELLA, F.: *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto penale*. 1975, pág. 275 y ss.

(6) MAIWALD, M.: *Kausalität und Strafrecht*, 1980, pág. 88.

menos causal que valorativa, de la responsabilidad penal, no sólo en el delito de comisión por omisión, sino en el delito de acción, en el que la noción de imputación objetiva puede considerarse hoy como núcleo de la tipicidad. La causalidad es condición necesaria, aunque no suficiente de la tipicidad. Esta radica primordialmente en la imputación objetiva del resultado a la acción, o en su caso, a la omisión. La dimensión *lógica* del delito parece retroceder conceptual y materialmente ante la consideración *teleológica* y ante todo *axiológica*.

II. Este proceso, siempre que se intensifique en mayor medida, sería, sin embargo, sospechoso de posibles tensiones con el principio *nullum crimen sine lege*. Este principio concreta la certeza del derecho y supone la realización de un postulado lógico, es decir, de una descripción exacta de los presupuestos de la pena. Una realización plenaria del principio debería conducir a prescindir, en la medida de lo posible, de elementos valorativos en la descripción de la acción jurídico penalmente relevante (típica). Naturalmente que esta aspiración no es plenamente realizable. Pero en todo caso debe el legislador —y la crítica jurídica— señalar cuándo el punto de equilibrio entre descripción y valoración, entre aspectos lógicos y axiológicos de la fundamentación del injusto ha sido sobrepasado.

La exigencia de que la prohibición suponga una descripción precisa de la base real o material del delito de acción ha de ir paralelamente acompañada de una definición lo más precisa posible de los presupuestos reales (lógicos) del delito de comisión por omisión. Aunque la causalidad no es, por ej., *elemento material* del delito de comisión por omisión, es un *momento lógico* imprescindible de él, que debe precisamente destacar la descripción legislativa de esta clase de delitos con evidencia. En este sentido lógico —y por tanto, real— debe procederse a una precisión legislativa, dentro de lo posible agotadora, de la totalidad de elementos fundadores de la responsabilidad del omitente por el resultado sobrevenido.

En diversos sistemas no existen normas jurídicas específicas sobre el delito de comisión por omisión. Así sucede en Inglaterra donde, sin embargo, la posibilidad de un homicidio cometido por omisión es afirmada por la doctrina. El *common law*, indican Smith y Hogan, raramente sanciona omisiones, y parece que se ha considerado que la función del derecho penal era disuadir a los hombres de causar un daño positivo, dejando a la opinión pública, la religión y la moral realizar buenas obras (7). Y Williams señala que las omisiones seguidas de muerte pueden ser conceptuadas como asesinato u homicidio, aunque siempre es preciso la ausencia de un deber de actuar (8). Igual situación dominaba en los sistemas penales del siglo XIX. En la actualidad los códigos

(7) SMITH & HOGAN: *Criminal Law*, 4.^a ed., 1978, pág. 45 y ss.

(8) WILLIAMS, G.: *Textbook of criminal Law*, 1978, pág. 233, y ss.

penales recientes establecen formalmente la punibilidad de la comisión por omisión. Esto sucede en Alemania (pgfo. 13), Austria (pgfo. 2), Italia (art. 40) o Portugal (art. 2 C. p.).

La fijación legislativa de los presupuestos lógicos de la comisión por omisión constituye una exigencia indeclinable del Estado de Derecho, ante la cual tampoco debería claudicar la literatura científica. Correlativamente, a fin de evitar la penetración de criterios moralizadores en este sector, de acuerdo con la actual política criminal debe destacar suficientemente la ley el plano teleológico propio del delito de comisión por omisión, es decir, la posibilidad de que la acción omitida neutralizase el peligro y, ulteriormente, el resultado lesivo del bien jurídico. Únicamente cuando estos momentos lógico y teleológico de la comisión por omisión estuvieran legislativamente garantizados podrían valorarse el delito de comisión por omisión y el correspondiente delito de acción como realidades jurídicas equivalentes.

III. El código penal español declara en el artículo 1: *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*. Esta fórmula legislativa destaca la punibilidad de la acción y de la omisión. La fórmula ha sido interpretada, sin embargo, de forma diversa en la literatura. Una línea de opinión advierte que se refiere solamente a las omisiones tipificadas específicamente en la parte especial del código penal. Este presenta un cuadro de delitos de omisión, generalmente de propios o simples delitos de omisión, coincidente con el derecho penal comparado (art. 489 bis, omisión del deber de socorrer; art. 338 bis, omisión del deber de impedir delitos contra la vida, integridad corporal, honestidad o libertad... de las personas; art. 359, omisión por un funcionario público del deber de persecución y castigo del delito, etc.). Otra corriente de pensamiento entiende, por el contrario, que la fórmula es compatible con el reconocimiento de la punibilidad de la comisión por omisión (9). La situación legislativa es sin duda equívoca. Está necesitada de concreción y precisión.

Hoy es indiscutible que una fórmula general que declare punible la comisión por omisión dentro de un sistema penal constituye un cierto adelanto en orden a coordinar esta clase de delitos con el principio *nullum crimen sine lege*. Este método es preferible al silencio legislativo sobre el problema, sobre todo porque permite eliminar la fundamentación de comisión con arreglo a criterios morales o con base en un deber general, no específico, de actuar establecido por el Derecho. Particularmente tal norma contribuye a mostrar ante la judicatura que los delitos de simple omisión —por ej., la omisión del deber de socorrer, o sea, la inejecución de una acción de socorro— son insuficientes para fundamentar la responsabilidad por un resultado típico posterior. Este punto de

(9) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, p. gen., 1949, pág. 173; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Loc. cit.*, pág. 440 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, p. gen., 8.ª ed., pág. 370 y ss.; CÓRDOBA RODA, J y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I (Arts. 1-22), 1972, pág. 7 y ss.

vista no ha sido, sin embargo, tenido presente en España por el *Proyecto de Código penal de 1980* ni por la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983*, que carecen de reglas sobre el delito de comisión por omisión en la parte general. En países donde la fluidez entre valoración jurídica y moral es muy pronunciada el legislador debe mostrar diáfano ante la judicatura que la responsabilidad ética de la omisión no es suficiente para que el omitente responda de un resultado prohibido por el Derecho.

IV. Ante todo una norma jurídica sobre la comisión por omisión debería mostrar con evidencia, sin suscitar dudas interpretativas, la *necesidad* de que la acción omitida hubiera impedido el resultado. La doctrina dominante suele afirmar que la acción omitida es causal —en el sentido, claro está, de una causalidad hipotética— del resultado sobrevenido si su ejecución positiva lo hubiese impedido con probabilidad rayana en la certidumbre. En favor de este punto de vista arguye Jescheck que «en la omisión no cabe requerir, como en el hacer positivo una certeza plena en relación a la causalidad, puesto que el examen de la misma no puede basarse en un suceso real, sino únicamente posible, que no puede calcularse con absoluta seguridad» (10). Este criterio es cuestionable. Tampoco en la física actual se considera que la causalidad sea una conexión necesaria entre un hecho y otro sucesivo, sino más bien una conexión probabilística. De acoger un criterio estricto, conforme con la actual teoría de la ciencia, el argumento sería reversible respecto al delito de acción. Pero este criterio científico natural no es el del Derecho, campo en que la consideración *ex post* decide sobre si, positivamente, la acción ha causado el resultado.

También en el delito de comisión por omisión la acción inexecutada, omitida, *hubiera evitado o no* el resultado típico. Por tanto la situación conceptual no es diversa en el delito de acción y en el de omisión. En éste no se está ante un suceder imaginario, inversamente al delito de acción, en que se está ante un suceder real, sino ante un acontecer ideal (del mismo modo, por ej., que son ideales los objetos matemáticos). La tesis mencionada contiene una transposición de planos. Se desenvuelve realmente en el ámbito probatorio. Puesto que fácticamente no es posible reproducir la situación material en que debió realizarse la acción esperada cabe a lo sumo afirmar —se dice— que esa acción hubiera evitado con muy alta probabilidad el resultado típico sobrevenido. En estas condiciones no es invocado el principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, se opta indebidamente por la atribución de la producción del resultado típico al omitente pese a existir vacilaciones residuales sobre si pudo efectivamente impedirlo.

El desnivel en el tratamiento del delito de acción y del delito de comisión, inherente a la tesis de la doctrina dominante, no

(10) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal*, P. gen. (traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), vol. II, pág. 853 y ss.

puede ser menos justificable. En los delitos de acción se trabaja con *juicios de necesidad* causal. En el caso de que la acción se defina como causa insegura del resultado —evidentemente una cuestión probatoria, puesto que la acción fue o no causa real del homicidio— nunca se admitiría la condena del autor de la acción por delito consumado. Lo contrario sucede si la muerte de la víctima fue consecuencia (hipotética) de una omisión. Entonces no se opera con juicios causales (ideales) de necesidad, sino con *juicios de probabilidad*. Si se dice que la intervención quirúrgica hubiese impedido con probabilidad rayana en la seguridad el resultado típico queda libre un residuo afirmativo de que esa intervención no lo hubiese impedido. Pues afirmar que la actividad del cirujano hubiera evitado el fallecimiento con tendencia de 99 por 100 es sostener simultáneamente que no lo hubiera impedido en el 1 por 100 de los casos restantes. La afirmación de la responsabilidad del omitente, dada esta situación probatoria, no puede ser en verdad más problemática. Pese a lo cual la condena por delito de homicidio cometido por omisión tiene lugar, dado que la acción omitida hubiera evitado el resultado típico con probabilidad rayana en la certidumbre.

Evidentemente, nunca se concedería algo correlativo en el delito de acción, en el que tal posibilidad centesimal, etc., de que el autor no hubiese causado el resultado, como posibilidad puramente probatoria, conduciría únicamente a la estimación de tentativa de delito.

De acuerdo con esto, pensamos debe exigirse en el delito de comisión por omisión la seguridad total equivalente a la unidad $\left(= \frac{100}{100} \right)$ de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Es patente que de esta forma la cifra de condenas por delito consumado se reduciría de forma considerable. Ello no conduciría, sin embargo, a no poder estimar en ningún caso delito consumado cometido por omisión. El garante que no tiende la mano al niño de corta edad que va a morir asfixiado por inmersión en la piscina de mínima profundidad pudo sin duda impedir el fallecimiento. Es posible, por tanto, fundamentar una relación ideal de causalidad no sólo probable, sino necesaria, segura, en casos determinados. Ello prueba, precisamente, el deslizamiento entre el plano conceptual (ideal) y el plano procesal (probatorio) presente en la doctrina criticada. Por lo demás el que este criterio pueda excluir en la mayoría de casos una responsabilidad por delito consumado no debe estimarse como defecto, sino como una ventaja ética y jurídica de un punto de vista que no aplica la pena de la consumación a omitentes que sólo probablemente, aún con alto grado de probabilidad, hipotéticamente causaron el resultado típico (11).

(11) Sobre la situación italiana, BERTIOL, G.: *Diritto penale*, p. gen., 11 ed., pág. 288 y ss.; MANTOVANI, F.: *Diritto penale*, p. gen., pág. 177 y ss.

V. La fórmula legal sobre la comisión por omisión, tiene como fin dispensar protección a los bienes jurídicos. El delito de comisión por omisión ha de reflejar el postulado principal de la actual política criminal de que las normas jurídicas penales no prohíben infracciones éticas, sino el peligro o la lesión de intereses, de bienes jurídicos. Hoy se reconoce que en el delito de acción ésta tiene que originar o incrementar el peligro para el bien jurídico tutelado. La proyección de este criterio teleológico en el delito de comisión por omisión debe paralelamente implicar la exigencia de que la acción omitida pudiera disminuir el riesgo y consiguientemente evitar la lesión del bien o interés protegido por la norma.

Según esto no es suficiente la causalidad hipotética entre omisión y resultado. Elemento constitutivo del delito de comisión por omisión es, igualmente que en el delito de acción, la *imputación objetiva*. La proyección de este punto de vista en este campo jurídico constituye un principio material no coincidente con la exigencia de causalidad y la disminución ideal del peligro por la acción no realizada por el omitente. Este punto de vista debería encontrar expresión en las fórmulas legislativas del delito de comisión por omisión, con el fin de promover la formulación de un juicio negativo de peligro, es decir, de un juicio afirmativo de que la acción hubiera evitado el peligro y, ulteriormente, la lesión del bien jurídico protegido.

Especialmente importante es esta exigencia en el área de los posibles delitos de comisión por omisión emergentes en la actividad médico quirúrgica. La omisión del tratamiento terapéutico, de la intervención quirúrgica, procedentes en abstracto, debe ser objeto de consideración concreta. Ha de ser según esto determinado mediante un juicio negativo de pronóstico si la práctica médica omitida podía neutralizar el proceso patológico, es decir, controlar el riesgo para la vida, la integridad corporal, etc. La responsabilidad presupondrá un paso teleológico, o sea, la ponderación de la acción omitida como medio para control del peligro. Tal acción no realizada deberá presentarse como acto médico quirúrgico idóneo, según la *lex artis*, para conjurar o disminuir el peligro que gravita sobre el bien jurídico. La omisión de acciones inadecuadas, para disminuir el peligro incluso si son exigibles deontológicamente, podrían a lo sumo valorarse como tentativa inidónea de comisión por omisión, o en su caso, como omisión del deber de socorrer, según el artículo 489 bis del C. p. español (12).

VI. El problema primordial que suscitan los delitos de comisión por omisión es el de la concreción legislativa de los funda-

(12) De forma paralela otros sistemas penales, como el parágrafo 323 c) del código penal alemán. En los sistemas que como el italiano (art. 593 c. p.) o austríaco (parágrafo 95 c. p.) se prevé una agravación del delito de omisión del deber de socorrer en atención a las «consecuencias» sobrevenidas (muerte o lesiones en el derecho italiano, o muerte de una persona en el austríaco) parece controvertible si tales hechos deben estimarse técnicamente como *resultados o condiciones objetivas de punibilidad*.

mentos o fuentes del deber de actuar, es decir, la fijación de las hipótesis configuradoras de la posición de garantía. Únicamente responde de la producción del resultado quien tenía el deber jurídico específico —no sólo moral ni general— de evitarlo. El código penal italiano (art. 40 pfo. segundo) declara que

No impedir un resultado que se tenía el deber jurídico de impedir equivale a causarlo.

El parágrafo 13 del código penal alemán, bajo la rúbrica *Comisión por omisión* establece a su vez que

1) *Quien omite impedir un resultado perteneciente al tipo (Tatbestand) de una ley penal es sólo punible conforme a tal ley si jurídicamente debía responder de que este resultado no se produciría, y si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un obrar activo.*

2) *La pena puede ser atenuada según el parágrafo 49, pfo. 1.*

Y el artículo 10 del recientemente promulgado código penal portugués preceptúa, bajo la rúbrica «Comisión por acción y por omisión» que

1) *Cuando un tipo legal del delito contiene un determinado resultado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo diversa voluntad de la ley.*

2) *La comisión por omisión de un resultado es sólo punible cuando sobre el omitente recaía un deber jurídico personal que le obligase a evitar ese resultado.*

3) *En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada especialmente.*

Ha sido indicado que la introducción, técnicamente moderna, de una cláusula específica sobre la punibilidad de la comisión por omisión en los sistemas penales constituye una mitigación de las objeciones que se formulaban al reconocimiento de estos delitos desde la perspectiva constitucional del principio de legalidad penal, principio, reconocido en el artículo 25,1, de la Constitución española. La cláusula advierte acerca de la impropiedad de la fundamentación ética del deber de actuar, advertencia sin duda importante frente al emotivismo moral visible a veces en sectores determinados de la judicatura. En particular, la fórmula del artículo 10 del nuevo código portugués pone de relieve preocupaciones considerables en orden a circunscribir los presupuestos legislativos de la comisión por omisión. Destaca que la omisión ha de ser *adecuada* para evitar el resultado y exige que preexista un *deber jurídico personal* que obligue al omitente a impedirlo.

Este camino debe, sin embargo, ser profundizado en medida mayor. No cabe decir que el estado de la dogmática actual «no

permite todavía una determinación definitiva de aquellas posiciones de garante de que se deduce el deber de evitar el resultado, por lo cual no cabe exigir del legislador más que una cláusula general de clara estructura» (13). En tal sentido general sin duda equívoco e insuficiente se orienta la disposición del parágrafo 13 del código penal alemán, antes transcrita. Este resignado punto de vista, dominante en la doctrina penal alemana, equivale a una condescendencia rechazable con la fundamentación pobremente descrita, extralegal de la comisión por omisión. ¿Qué juicio puede merecer desde la perspectiva del Estado de Derecho una regla jurídica que hace responder al omitente de la producción del resultado incluso si no es plenamente seguro que hubiese podido impedirlo y que además no determina estrictamente el círculo de la autoría del delito de comisión por omisión? Existe aquí una mancha considerable para un derecho penal coherente con el Estado de Derecho, respetuoso con el principio *nullum crimen sine lege*, que trate de eliminar la penetración de valoraciones subjetivas, judiciales, ideológicas, en la conformación de la responsabilidad penal. Corresponde a la ley, en atención a la certeza del Derecho y a la experiencia de la división ideológica de la judicatura, reflejada en las propuestas favorables a un *uso alternativo del Derecho*, la tarea de delimitar de modo posiblemente agotador y definitivo el injusto merecedor de pena. La condescendencia que expresa la posición censurada, es decir, la resignación ante lo que en último término es *analogía valorativa* entre delito de acción y delito de comisión por omisión, ha de ser superada mediante el trabajo crítico e incesante de la ciencia. *Pues no hay que resignarse porque sea dogmáticamente difícil definir las posiciones de garante, sino inversamente, porque esto es indiscutiblemente difícil no cabe la resignación.*

Los defectos y riesgos del criterio discutido se reflejan diáfana-mente en la práctica de la judicatura.

a) El ámbito equívoco del deber origina en el marco familiar una ambigüedad casi total de la posición de garantía, demostrativa de que la autoría por omisión se remite a la valoración judicial. Suele concederse que los padres tienen el deber de actuar para impedir el peligro o la lesión de la vida de los hijos. En el derecho civil español es sumamente tenue la indicación que el artículo 154, 1.º, del código civil proporciona cuando establece el deber de los padres de velar por sus hijos. Es controvertible, por otra parte, si existe un deber paralelo de los hijos de impedir peligros para la vida o la integridad personal de los padres a lo que no alude el artículo 155 C. c. La cuestión es aún más oscura respecto a otros ascendientes y descendientes (abuelos, nietos...). Y particularmente controvertible es si, según el artículo 68 C. c., entre cónyuges existe o no un deber de garantía recíproco de los bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad, libertad...). Respecto a

(13) JESCHECK, H.-H.: *loc. cit.*, pág. 838.

todo esto faltan bases jurídicas precisas. Las indicaciones que el derecho civil proporciona son muy insuficientes, puesto que las normas civiles están concebidas con evidente insensibilidad para el principio de unidad del orden jurídico, sin tener presentes los fines del derechos penal.

b) Especialmente llamativa es la aceptación por amplios sectores doctrinales de la existencia de una posición de garantía por la pertenencia a determinadas comunidades vitales, como comunidades domésticas, amorosas, etc. Es patente que aquí falta un vínculo jurídico previo ordinariamente. El derecho penal, contra el criterio de su naturaleza subsidiaria, llega a operar creativamente, configurando una responsabilidad jurídica cuyo sustrato es únicamente la violación de deberes morales. Es cierto que sobre la admisibilidad de este criterio otros sectores doctrinales muestran serios reparos (14).

c) La idea de que todo delito es susceptible de comisión por omisión, inherente a las cláusulas generales existentes en el derecho penal comparado, supone una consideración excesivamente abstracta del problema. No puede tener igual tratamiento jurídico penal la omisión de una acción dirigida a impedir la muerte, lesiones, secuestro, etc., del cónyuge, que la que evitaría un daño típico patrimonial (15). Aunque de atender a la cualidad particular del bien jurídico protegido el problema se desplazaría a la parte especial, criterio rechazado en la doctrina (16), esta consideración muestra que en las fórmulas sobre la comisión por omisión debe rehuirse una consideración excesivamente abstracta, permitiéndose, por ej., una disminución ilimitada de la pena, o incluso prescindir de la pena, en atención a la relación entre sujeto activo y pasivo, naturaleza del hecho, significación del bien jurídico protegido, etc., de acuerdo con un método legislativo no abstracto, valorativo y concreto.

VII. La definición de las situaciones o posiciones de garantía ha de ser realizada con vista a la unidad del orden jurídico.

a) No sólo el derecho penal, sino previamente el derecho civil, define los deberes de acción entre familiares próximos. Es el derecho civil el que ha de definir entre qué familiares existe o no el deber jurídico de controlar e impedir el peligro y la lesión ulterior de bienes jurídico penalmente protegidos. E igualmente corresponde al derecho del trabajo determinar el ámbito concreto del deber

(14) A favor del criterio rechazado aquí, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *loc. cit.*, pág. 428.

(15) En España se ha declarado que el padre tiene el deber de impedir el robo cometido por la hija (S. 30-1-1945). Pero más que establecerse el deber jurídico de proteger activamente el patrimonio ajeno parece responsabilizarse al padre —sobrepasando evidentemente el límite jurídico— de la culpabilidad jurídica de la hija. En Alemania, v. JESCHECK, H.-H.: *loc. cit.*, pág. 857, la jurisprudencia ha establecido el deber jurídico de la mujer de impedir el incendio en la propiedad del marido.

(16) STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 21 Aufl., 1982, párrafo 13,6.

respecto a la vida y salud de los operarios, prefiriéndolo descriptivamente. La situación actual permite ver una falta de cooperación entre las diversas ramas del derecho. Estos modelos muestran la necesidad de un proceder legislativo coordinado, que evite la compartimentación excesiva de los distintos dominios jurídicos, así como la equivocidad de la práctica legislativa.

b) En segundo lugar cabe señalar que si la indeterminación de la posición de garantía en el derecho positivo provoca la penetración de criterios éticos e incluso de emotivismo moral en el ámbito de la comisión por omisión, ello está también favorecido por no existir figuras delictivas subsidiarias de omisión simple, que permitan un tratamiento proporcionado, justo, valorativamente adecuado de casos límite entre ambos dominios. Esto sucede, por ej., en el sistema penal español con el delito de omisión del deber de socorro, previsto en el artículo 489 bis del código penal. La omisión de tal deber se pena con arresto de un mes y un día a seis meses, o con multa. En el parágrafo 323 c) del código penal alemán la solución es semejante (pena de prisión hasta un año, o multa). En ambos sistemas no se prevén motivos de agravación del delito en atención por ejemplo, a una relación preexistente entre omitente y víctima, a posibles consecuencias graves de la omisión, etcétera.

En sentido opuesto, el artículo 593 del código penal italiano, supuesta, claro está, la inexistencia de comisión por omisión, toma en cuenta junto a la simple omisión del deber de socorrer, la posibilidad de que derive de la situación típica una lesión, o la muerte de la persona en peligro, o necesitada de socorro. En tal caso no se impone la pena del delito base de omisión de socorro (reclusión hasta tres meses o multa), sino una pena agravada. Correlativamente el parágrafo 95 (omisión de la prestación de auxilio) del Código penal austríaco prevé una agravación de la pena privativa de libertad (hasta un año de prisión) cuando la omisión del socorro tiene como consecuencia la muerte de una persona.

Entre el delito de comisión por omisión —por ej., homicidio doloso— y el delito de omisión del deber de socorro existen lagunas valorativas. Los casos graves de omisión del deber de socorrer por pertenecer omitente y víctima a una comunidad de existencia, o de peligro, por seguir a la omisión consecuencias graves, etcétera, son penados insuficientemente. Esto conduce a facilitar la invasión emocional, valorativa, del campo reservado a la comisión por omisión. Lo que pretendemos sugerir es que un método legislativo que tenga presente la fluidez material existente entre delito de omisión simple y delito de comisión por omisión, ha de articular respuestas dialécticas, conscientes de las situaciones de transición entre ambos contextos, como pone de relieve la omisión de acciones dirigidas a impedir la muerte o lesiones de personas con quienes se convive en una relación amorosa, entre familiares, etc. Esta disponibilidad de respuestas jurídicas expresivas de la situación material básica facilitaría una mejor práctica en el

delito de comisión por omisión, excluyendo en medida mayor que la observable la penetración de la *analogía in malam partem* en él.

c) Por último las diferencias valorativas posibles existentes entre hacer y omitir, entre delito de acción y delito de comisión por omisión, han de reflejarse en la pena legal. No puede ya sostenerse que, una vez fundamentado, el delito de comisión por omisión se pena como el delito de acción. En sentido opuesto se orientan hoy el parágrafo 13 del StGB y el artículo 10 del código penal portugués, que permiten una atenuación especial de la pena del delito de omisión. Pero debería considerarse si cabría acoger un criterio correlativo al de derecho penal británico o al del *Avant Projet* francés de 1978 (17) en el sentido de no limitar el mínimo del marco penal para facilitar la apreciación del particular contenido de injusto y, en su caso, de culpabilidad del delito de comisión por omisión.

VIII. Puede ahora obtenerse un breve balance de las indicaciones críticas efectuadas a lo largo del presente estudio. Se trata de someter el delito de comisión por omisión a los principios filosófico jurídicos, político criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre *aspectos lógicos, teleológicos y axiológicos* en esta modalidad de comportamiento punible. Los aspectos lógicos vienen representados por la seguridad jurídica o certeza del derecho, es decir, por el respeto al principio *nullum crimen sine lege* en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser pensada como medio para disminuir el peligro e impedir la lesión de bienes jurídicamente protegidos. Esta doble exigencia impide un predominio excesivo de la perspectiva axiológica —es decir, de la equiparación analógica *in malam partem* del delito de comisión por omisión al delito de acción. En tal sentido, una fórmula sobre los delitos de comisión por omisión debería satisfacer las exigencias mínimas siguientes:

A) En los delitos de comisión por omisión debe destacar la fórmula legal la *necesidad de que la acción omitida hubiese impedido con plena seguridad el resultado típico*.

Esta indicación jurídico material debe de evocar la función del principio *in dubio pro reo* en el plano jurídico procesal.

B) Tal fórmula legal debe excluir implícitamente la fundamentación de la comisión por omisión en la infracción de un deber moral o de un deber jurídico general de actuar, mediante la exigencia de un *deber jurídico específico* de impedir el resultado.

(17) V. el *Avant-Projet définitif de Code Pénal, Livre I, Disp. Gen.*, pág. 56, de 1972 en que se ofrecía información sobre la pretendida supresión de las *circonstances atténuantes* y la posibilidad de reducir al mínimo —al menos un día de prisión— la pena legal en todo tipo de infracciones.

C) El hecho de que no se haya llegado dogmáticamente a conclusiones firmes en la determinación de la posición de garantía no legitima el silencio legislativo sobre este problema. Pues *una regulación parcial de la posición de garantía es preferible a la falta de regulación*, con la consiguiente penetración del pensamiento analógico valorativo en el elemento núcleo de los delitos de comisión por omisión.

D) La fórmula legislativa debería señalar la *necesidad de que la acción omitida hubiera podido impedir el peligro y consiguientemente la lesión del bien jurídico protegido*. En la práctica sería así precisa la formulación de un juicio (negativo) de pronóstico. Ello es especialmente significativo —por ej.— para fundamentar o no la responsabilidad en el delito de comisión por omisión surgido en el *ejercicio de la actividad médico-quirúrgica*.

E) La fluidez existente entre algunos delitos de omisión simple —por ej., el delito de omisión del deber de socorro— y los delitos de comisión por omisión —por ej., homicidio o lesiones— exige una consideración legislativa coordinada de ambos grupos. La correlación material, muy acentuada a veces entre ellos —por ej., preexistencia de comunidades de vida y peligro; relaciones familiares entre cónyuges, ascendientes, descendientes o afines; consecuencias del hecho, etc.— debe traducirse en fórmulas jurídicas adecuadas, que contribuyan a excluir la analogía valorativa *in malam partem* por falta de indicaciones legislativas satisfactorias a la judicatura.

A fin de *excluir una equiparación abstracta entre delito de acción y delito de comisión por omisión* no debe prefijarse un límite mínimo del marco legal penal de éste. Tal límite mínimo coincidiría, por tanto, con el mínimo de la pena legal correspondiente. Dada la diversidad de situaciones que puede plantear esta clase de delitos —por ej., en atención a las relaciones entre omitente y víctima, bien jurídico atacado, transición fluida con el delito de omisión simple, etc.— no debe impedirse que el mínimo de la pena sea esencialmente objeto de concreción judicial.

