

LÍMITES DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN*

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de La Laguna

1. Los llamados delitos de comisión por omisión, o delitos impropios de omisión,¹ constituyen uno de los institutos nucleares de la moderna dogmática del Derecho Penal; al mismo tiempo son una de las fuentes más importantes de

* En esta exposición parto de un trabajo anterior titulado "Los Delitos de Comisión por Omisión: Delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal," publicado en *Estudios Jurídicos — Libro Conmemorativo del Bicentenario de la Fundación de la Universidad de La Laguna*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, pp. 807-820. (también en *Libro Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993 p. 925 y ss).

1. Mucho se ha discutido sobre la propiedad de la utilización de estas expresiones, y no por meras razones terminológicas, a pesar de que la primeira tiene una consolidada tradición en la doctrina y jurisprudencia españolas, mientras que la segunda es la que se impuso rápidamente en la doctrina alemana. Sobre ello no podemos entrar aquí. V., no obstante, J. M. Silva Sanchez, *El Delito de Omisión — Concepto y Sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 314 y ss.; W. Schöne, *Unterlassene Erfolgsbewendungen und Strafgesetz, Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1974, p. 23 y ss. Por su parte, Roxin, de acuerdo con una línea doctrinal no unánime, diferencia de los delitos impropios de omisión los delitos de omisión por comisión (delitos de omisión por hacer); v. C. Roxin, "En el límite entre comisión y omisión," en *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. y notas por D. M. Luzón Peña), Reus, Madrid, 1976, p. 226 y ss.

expansión de la manifestación punitiva de difícil control, lo que puede poner en entredicho el principio de mínima intervención del Derecho Penal. En una primeira aproximación estos delitos se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (de lesión o de peligro concreto del bien jurídico). Precisamente, esta referencia inmediata a la no evitación del resultado marca, junto con el deber de actuar a él referido, una de las principales diferencias con los delitos puros o propios de omisión.

A pesar de los considerables esfuerzos realizados por la Ciencia del Derecho Penal europea, de entre los que destacan las aportaciones de los juristas alemanes,² pero también las de los españoles³ en los

2. Sobre todo las obras de Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwarz & Co., Göttingen, 1959, y de B. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Otto Schwarz, Göttingen, 1971. V. también más reciente la obra de J. Barmann, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

3. P. ej., S. Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; Silva Sanchez, *El Delito de Omisión*, cit., *passim*; A. Torio Lopez, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," en *Anuario*

últimos años, no puede afirmarse todavía que se haya logrado satisfactoriamente encontrar un grado de acuerdo suficiente para caracterizar plenamente algunos aspectos de su conceptualización y, sobre todo, fijar unos límites razonables. Estas carencias han contribuido a vincular la impresión de inseguridad jurídica con estos delitos, inseguridad que no se compadece con el Derecho Penal del Estado de Derecho, sometido al principio de legalidad. Tal sentimiento se intensifica en relación con el Derecho español por la comprobación objetiva de que el Código Penal (CP) vigente carece de cualquier referencia explícita de apoyo para su incriminación,⁴ en particular para la determinación del sujeto activo, sin perjuicio de que tanto los autores como la jurisprudencia no han encontrado serios obstáculos para su encuadre en el CP, en el entendimiento de que se deja salvaguardado el principio de legalidad.⁵ No obstante, es cierto también que reiteradamente se ha reconocido en nuestro país la urgencia de resolver la cuestión mediante la intervención del legislador,⁶ si

de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, p. 694 y ss.; recientemente, L. Gracia Martín, en J. L. Díez Ripollés/L. Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 71 y ss.

4. Ciertamente que no debe desconocerse la trascendencia que representa, en este sentido, el art. 1, 1.º del CP: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley."

5. V. F. Muñoz Conde, en F. Muñoz Conde/M. García Aran, *Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 227.

6. Así, S. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, PPU, Barcelona, 1990, p. 329; J. Cerezo Mir, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 349. Por el contrario, Silva Sánchez, *El Delito de Omisión*, cit., p. 369 (incluso lo considera contraproducente para el derecho español); Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, pp. 72 y 84 (le otorga un mero valor declarativo cuando no perturbador).

bien se han sugerido fórmulas o criterios de concreción que presentan frecuentemente notables divergencias.

2. Las causas de esta dificultad arrancan del erróneo punto de partida metodológico tomado para resolver su castigo (hoy superado, por lo menos doctrinalmente), por un lado, y se encuentran en la propia naturaleza de los delitos de comisión por omisión, en su estructura y los componentes que los configuran, por otro.

El primer factor se debió, como es sabido, a la pretensión inicial — que perduró durante muchos decenios — de integrar la comisión por omisión en la estructura del delito de acción, por tomar como presupuesto metodológico que los tipos de resultado son únicamente tipos de causación, en los que subyacería tan sólo una norma prohibitiva, tarea que, por tal motivo, estaba condenada de antemano al fracaso (como tampoco podía dar resultados definitivos considerar la comisión por omisión como un estadio intermedio de los delitos de acción y de los puros de omisión).⁷ En efecto, un gran escollo podríamos destacar en primer lugar: la relación de causalidad. La equiparación de la no evitación de un resultado con su producción efectiva se quiso encontrar en la existencia de un proceso causal real que también acontecería en la omisión de la acción que debería evitar el resultado: bien centrándolo en un proceso causal naturalístico, bien psicológico, bien en una relación de causalidad jurídica (la no realización de la acción jurídicamente 'esperada'), social, etc. Tras largos e infructuosos años de discusión se tuvo que asumir que entre la omisión y el resultado típico acaecido no existe un enlace causal: quien no hace nada, quien adopta una actitud pasiva,⁸ no puede desencadenar,

7. V. H. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11.ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1969, p. 286 y ss.

8. Para Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 320 y 322, se trata de realizar una conducta positiva distinta a la ordenada.

en sentido estricto, ningún proceso causal real.⁹ Esta conclusión tendría también consecuencias para la caracterización del dolo: el dolo en la omisión no se integra en sentido estricto por el componente volitivo, pues éste implica necesariamente la presencia de una voluntad que prevé y dirige un proceso causal, y tal proceso, decimos, no existe en la omisión.¹⁰ Por tanto, el dolo en la omisión (en los delitos de comisión por omisión) consiste en la conciencia del sujeto sobre su omitir, sobre su capacidad de acción para evitar el resultado, entre otros elementos. Por otro lado, aquellos criterios tampoco podrían explicar satisfactoriamente porqué, si en la acción y la omisión concurre un proceso causal idéntico, ha de exigirse algún elemento más para la existencia del delito (en el tipo) en la segunda y no en la primera.¹¹

A pesar de esta evolución, todavía no se ha podido prescindir satisfactoriamente de tomar en consideración la averiguación de procesos causales hipotéticos con el fin de comprobar si el sujeto hubiera podido evitar la producción del resultado con su actuar,¹² lo que al menos introduce

elementos normativos de difícil concreción.

De forma paralela a este proceso de depuración, se vio que la equiparación entre acción y omisión en los delitos de resultado no podía predicarse de todo aquél que pudiera evitar dicho resultado, de quien tuviera capacidad de acción, sino que había que restringir el círculo de autores a quienes tuvieran, además, el deber jurídico de intervenir, en razón de una especial relación previa establecida entre el sujeto y el bien jurídico lesionado. La posición de garante, como problema situado finalmente en el tipo de los delitos de comisión por omisión gracias a la aportación de Nagler,¹³ continúa siendo el punto de escape hacia la expansión de la punición de estos delitos, y, en consecuencia, uno de los más necesitados de delimitación y restricción.¹⁴ Por otro lado, la determinación de la equivalencia de la comisión omisiva con la activa desde el punto de vista de su desvalor de injusto culpable, para lo que se ha solido tomar como referencia esa misma posición de garantía del sujeto del delito, conforma otro de los puntos necesitados de confluencia. Ciertamente que incluso cuando dicha equivalencia llega a ser identificada en el caso concreto, no deja de resultar llamativa (tal vez por la contradicción que implica) la frecuencia

9. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 61 y ss.; H.H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, 4.^a ed. (trad. J. L. Manzaneros Samaniego), Ed. Comares, Granada, 1993, p. 562; Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, cit., p. 292; en la doctrina española, p. ej., J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 266, n. 11, y p. 281; Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, cit., p. 46 y s.

10. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 66 y ss. (v. en p. 73 y ss. el verdadero significado de la omisión 'querida').

11. Como señala Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 328, si fuera "causación" omisiva no sería necesaria la posición de garante.

12. V., también críticamente, p. ej., Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fun-*

damentales, cit., p. 74 y s. y p. 82, quien con la construcción estructural alternativa que ofrece de los delitos de comisión por omisión trata de superar la perspectiva de la causalidad hipotética.

13. V. J. Nagler, "Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, en *Gerichtssaal*, n. 111, 1938, p. 1 y ss.

14. Así, especialmente crítico con esta tendencia expansiva de la jurisprudencia alemana, W. Gallas, "Die Garantenpflicht des Unterlassungstäters," (1963), en *Studien zum Unterlassungsdelikt*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 67 y ss. Acertado en el diagnóstico y en los objetivos, Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., pp. 72 y 77.

con que se postula una atenuación de la pena (aunque sea facultativa) para la omisión en relación con su modalidad activa; indicio de que en último término tal equivalencia es relativa, al significar en el fondo dicho criterio un reconocimiento de que la omisión puede ser menos grave que la acción, aunque a través de ambas se pueda imputar al sujeto el mismo resultado.

3. Un adecuado engarce de todos estos elementos estructurales del delito de comisión por omisión ha dado lugar a la inevitable configuración autónoma del tipo de estos delitos frente al correspondiente de los delitos de acción, y esto tanto en el tipo doloso como culposo respectivo. La norma infringida no será ya de prohibición, como consecuencia necesaria de su inicial identificación o subsunción con los delitos de comisión, sino que consistirá en un mandato, en una norma preceptiva.

Sería Welzel,¹⁵ apoyado en alguna medida en parte de las aportaciones de Nagler primero, pero sobre todo de Armin Kaufmann después, quien mejor fijaría la estructura del tipo de los delitos de comisión por omisión, y posiblemente continúa vigente la validez de lo que podríamos identificar al menos como el esqueleto de esa configuración. El tipo doloso, así concebido, presenta los siguientes elementos, que apunto brevemente, dejando traslucir tan sólo algunos de los problemas que plantean:

a) Situación típica, consistente en la producción de la lesión o peligro concreto de un bien jurídico.¹⁶

15. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, cit., p. 290 y ss.; v. ya con anterioridad, "Zur Problematik der Unterlassungsdelikte," en *Juristenzeitung*, 1958, p. 494 y ss. Lo que no significa que no hayan sido polémicos los contenidos del tipo de lo injusto de estos delitos.

16. A pesar de su interés y complejidad, no entramos en el examen de si la estructura de los delitos de comisión por omisión permite esta modalidad en los delitos de simple actividad, en los de propia mano, en los delitos

b) Comportamiento omisivo, consistente en la no realización de la acción tendente a evitar el resultado típico.

c) La capacidad de acción por parte del sujeto, o de evitación del resultado, entendida como capacidad individual en el caso concreto,¹⁷ que a su vez se determina por: a') el conocimiento de la situación típica; b') la posibilidad de conocer los medios de evitación del resultado, aunque más bien parece necesario su conocimiento efectivo, no siendo suficiente la mera posibilidad, la cual podría situarnos, en su caso, en el ámbito del tipo culposo (omisión inconsciente); y, c') posibilidad material, real, de evitar el resultado; es aquí donde entran en juego los juicios causales hipotéticos orientados a comprobar si efectivamente el sujeto habría conseguido evitar el resultado de haber actuado, pero la cuestión es cómo fijarlo: normalmente gira en torno a la probabilidad, incluso más allá de ésta, requiriendo un grado de certeza o seguridad,¹⁸ para tales propósitos se acude a diversos procedimientos y fórmulas de averiguación no siempre sólidos.

d) Los elementos del autor. Como vimos, no todo el que puede evitar el resultado entra dentro de la órbita del tipo de comisión por omisión correspondiente, sino que es precisa la existencia previa de un deber jurídico de evitar el resultado. Este deber se ha solido caracterizar de forma ampliamente coincidente como

caracterizados en el tipo por determinadas modalidades comisivas, en los de apropiación y en los que se encierran una determinada forma de vida. V. al respecto, Silva Sanchez, *El Delito de Omisión*, cit., p. 350 y ss.

17. Así, p. ej., Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., 560.

18. Criterios que tampoco son unánimes. V. p. ej., J. Brammsen, "Erfolgzurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten", en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1989, p. 123 y ss., quien propone el criterio de la posibilidad de evitación del peligro.

deber de garantía del bien jurídico, que incumbe en principio a quien tiene la posición de garante en relación con el mismo basada en una estrecha vinculación con el bien jurídico originada previamente a la situación típica por diversas causas (fuentes de la posición de garante). Ello nos permite distinguir la situación fáctica de garante en sí misma, que como característica del autor se incorpora al tipo, del deber jurídico a que da lugar, distinción relevante para caracterizar jurídico-penalmente la naturaleza del error en uno u otro aspecto (error de tipo o de mandato, respectivamente). De este modo los delitos de comisión por omisión se presentan como delitos especiales de autor que comportan la infracción deberes jurídicos especiales que obligan a aquél, a diferencia de lo que sucede en los tipos de acción correspondientes.

El principal problema derivado de la posición de garante ha sido establecer criterios generales para determinar su existencia, dado que la ley penal, como veremos y matizaremos más abajo, no ofrece ni puede ofrecer satisfactoriamente al menos un catálogo completo de posiciones de garante, por la propia "naturaleza de las cosas", y es al intérprete de la ley (al Juez, en último término) a quien corresponde encontrarlo. Se han propuesto diversos criterios, algunos de los cuales han sido aceptados sin mayor discusión para la resolución de casos concretos (como la madre en relación con su hijo de corta edad). En general se agrupan en dos tendencias no radicalmente separadas,¹⁹ las formales (teorías formales del deber jurídico), que se han ocupado principalmente de establecer las fuentes jurídicas de la posición de garante, aunque intentando en ocasiones fundamentarlas materialmente; y las materiales, que intentan desarrollar

el contenido y función de dicha posición (teorías funcionales).²⁰ Ambos procedimientos presentan inconvenientes, bien porque pretenden extraer de la ley o de relaciones jurídicas o fácticas entre el sujeto y el bien jurídico posiciones de garante no establecidas inequívocamente o de modo suficiente, bien por el riesgo de querer derivar deberes jurídicos de simples o exclusivos deberes morales, o al menos de confundir éstos con aquéllos; en cualquier caso, por ninguno de ellos se logra eludir del todo la indefinición o ambigüedad que se objeta a este elemento de los delitos impropios de omisión.

En efecto, la debilidad de estas construcciones, tanto por su excesiva indeterminación como consecuentemente por su escasa fidelidad al principio de legalidad, se pone en evidencia al analizar las diversas fuentes tradicionales de las posiciones de garante, que en buena parte coinciden con los resultados de las posturas que se centran en las funciones de garante, aunque éstas pretenden llegar a resultados más restrictivos. Así, se dice, y no es objeto de discusión y parece razonable, que los padres ostentan la posición de garante en relación con la vida de sus hijos como consecuencia de los deberes derivados de la patria potes-

19. Lo que ha llevado a Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 565, a propugnar una conjunción de ambos criterios,

20. P. ej., Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 283: la posición de garante consiste en la función de protección de un bien jurídico o en el control de las fuentes de peligro para los bienes jurídicos. Para Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 236 y ss., sólo el elemento común de los delitos de acción y de comisión por omisión, consistente en el dominio sobre la causa del resultado, puede fundamentar la equiparación de ambos y con ello la imputación del resultado, así como extraer de él a continuación las posiciones de garante: el dominio sobre una causa esencial del resultado y el dominio sobre el desamparo de la víctima, que a su vez permiten subdivisiones.

tad que impone el Código Civil (CC), pero no sólo cuando se trata de darles alimentos (por tanto, cuando dejan morir a sus hijos que no pueden valerse por sí mismos por no haberles dado de comer), como se establece de forma expresa en la ley civil, sino también cuando existen otros peligros, como impedir que un tercero los mate o que perezcan ahogados. Sin embargo, esto no lo señala la ley de forma expresa (salvo el genérico "velar por ellos", art. 154, § 2.º, 1.º, del CC), a diferencia de lo que sucede en alguna normativa sectorial (p. ej., la Ley General Penitenciaria impone a la Administración penitenciaria el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos, art. 3, 4). En ocasiones se ha ido más lejos, al imputar al padre un delito de comisión por omisión por no haber impedido la comisión de un delito por parte de su hijo,²¹ lo que desvirtúa la posición de garante y la reconduce hacia bienes de terceros con los que no existe vínculo previo, ni puede decirse que la pasividad del padre sea en sí misma fuente de peligro para aquéllos, trasladando así al ámbito penal una institución puramente civil (la culpa *in vigilando*). La posición de garante en el ámbito familiar se ha extendido a otras relaciones, como la inversa a la anterior de los hijos respecto a sus padres,²² o de los cónyuges entre sí, sin quedar clara cuál es la base iusprivatística del deber de intervención²³ ni qué bienes jurídicos

comprende, si tan sólo personalísimos (vida, integridad personal, libertad) u otros, como los de carácter económico y patrimonial.

Las relaciones contractuales se han considerado también fuente de la posición de garante, por la estrecha vinculación que aquéllas fundamentan entre sujeto y bien jurídico, para lo cual es paradigmático el caso del salvavidas de la playa o de la piscina en relación con los bañistas. Sin embargo, esta visión formal ha tenido que ser corregida con criterios materiales, y por ello no basta para entender ya existente la posición de garante con la firma del contrato y las demás formalidades que le dan plena vida jurídica en el ámbito laboral, sino que es preciso, se dice, que se haya producido la asunción fáctica del contrato, que el sujeto haya iniciado efectivamente sus prestaciones contractuales; por el contrario, la posición de garante se mantiene desde el momento de tal asunción, aunque con posterioridad se descubra que el contrato laboral era nulo.²⁴ Desde una perspectiva funcional, estos criterios suponen establecer unos límites objetivos y temporales que no se compadecen con la mera relación formal entre sujeto y bien jurídico, sino — en parte — con la función material que corresponde al primero en relación con el segundo en la situación concreta.

La aceptación voluntaria de protección del bien jurídico es otra de las fuentes de la posición de garante, en cuyo caso

21. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, cit., p. 294.

22. V. polémico, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 566.

23. El CC español recoge la obligación de "socorrerse mutuamente" los cónyuges (art. 68), y la de alimentos entre parientes: "Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º) Los cónyuges. 2.º) Los ascendientes y los descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida,

cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación" (art. 144).

24. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 339, partiendo de criterios materiales (próximos a los propuestos por Kaufmann y por Jescheck), prefiere por ello prescindir de ella como criterio autónomo e integrarlo en la asunción voluntaria de una función de protección del bien jurídico.

habría que precisar los límites explícitos o implícitos de tal aceptación para establecer la extensión de tal posición.

De acuerdo con el principio de injerencia, la posición de garante surge también en quien ha creado una fuente de peligro para el bien jurídico con su actuar precedente a la lesión del bien jurídico. En este supuesto se discute si el comportamiento precedente ha de ser ilícito o no, y en general se observa su proclividad como factor de expansión censurable de los delitos de comisión por omisión.²⁵ A pesar de su extendida aceptación en la doctrina, no ha dejado de suscitar importantes críticas conducentes a su restricción o incluso negación como fundamentación por si sola del deber de actuar.²⁶ pasando por la sugestiva tesis de que el principio de injerencia es en realidad un problema de acción y no de omisión.²⁷ En el Derecho español se ha señalado que constituye una pieza clave para ello el correcto entendimiento del tipo agravado de la omisión del deber de socorro cuando el peligro para la persona necesitada de socorro ha sido originado “por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido” (art. 489 ter. 3 del CP), pues aquí la injerencia no da lugar en si misma a un delito de comisión por omisión, sino a un delito puro de

omisión agravado,²⁸ en el que lo injusto culpable más grave viene determinado por la no prestación de auxilio en tales circunstancias. En este caso el alcance que se otorgue al término “accidente”, bien sólo como equivalente a fortuito,²⁹ bien incluyendo también el culposo,³⁰ o sólo éste,³¹ puede ser referente de la amplitud resultante de la injerencia como fuente de la posición de garante de un delito de comisión por omisión doloso si acaece un resultado.³²

Estas “desviaciones” de los respectivos puntos de partida son coherentes con la

28. Silva Sanchez, *El delito de omisión*, cit., p. 344 y ss., lo considera un supuesto — intermedio — de omisión pura de garante frente a las omisiones puras generales y la comisión por omisión.

29. Así Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, cit., p. 266, quien además estima que si el accidente se produjo por imprudencia, surge la posición de garante y nos sitúa ya en la órbita de los delitos impropios de omisión.

30. V.D.M. Luzon Peña, *Derecho Penal de la Circulación*, 2.^a ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 178.

31. J.M. Zugaldia Espinar, “omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del § 3 del art. 489-bis del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, p. 571 y ss.: la omisión del deber de socorro tras el accidente fortuito da lugar tan sólo al tipo básico del art. 489 ter. 1, mientras que el accidente debido al comportamiento previo imprudente (atropello del sujeto pasivo) comete un delito de homicidio (o lesiones) culposo en concurso con el tipo agravado del art. 489 ter. 3. Parece que al menos da acogida a este segundo supuesto, E. Gimbernat Ordeig, “Nota a Enrique Bacigalupo: Delitos impropios de omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, p. 726; también Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 229.

32. Cf., E. Bacigalupo Zapater, “Conducta precedente y posición de garante” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, p. 44 y ss.; Rodríguez Mourullo, “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia,” cit., p. 510 y ss.

25 G. Rodríguez Mourullo, “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia,” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, p. 512.

26. V. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 313 y ss.

27. En este sentido, Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit., p. 404 y ss., entiende, con un razonamiento muy razonable y atendible, pero cuya viabilidad requeriría un análisis detallado, que el principio de injerencia debe situarse en el sistema de los delitos de acción, para lo cual precisa un *dolus superveniens*, a diferencia del *dolus subsequens*.

función tutelar del Derecho Penal y con los contenidos de lo injusto y la culpabilidad, de ahí su alejamiento de planteamientos formalistas siempre que no afecten al principio de legalidad, pero son evidentes focos de ampliación de la posición de garante no suficientemente sustentada.

La indefinición y ambigüedad se acentúa cuando la posición de garante se ha extendido a diversos supuestos que tienen en común una especial relación de dependencia que se establece de forma recíproca entre los titulares del bien jurídico: p. ej., quienes se hallan unidos por una comunidad de vida, por enfrentarse a un peligro común o por compartir negocios o intereses comunes. En estos casos surge en un primer plano la dificultad de encontrar un fundamento jurídico que eleve a dicho plano (el jurídico) lo que a primera vista son obligaciones ético-sociales,³³ si se quiere evitar el riesgo de ir confundiendo cada vez más los contornos que marcan la separación entre moral y derecho.³⁴

Por tanto, y dado que sería imposible llevar a la práctica la propuesta de que los diversos sectores del ordenamiento jurídico que se han considerado fuente de la posición de garante positivicen de modo suficiente ésta,³⁵ se han buscado otras orientaciones metódicas que identifiquen y delimiten la extensión de los supuestos que dan lugar al deber de actuar, restringiendo las posiciones de garante,³⁶ pero sobre todo de carácter

material. En este sentido, un grupo minoritario pero importante de autores españoles se aparta de los criterios más extendidos en la doctrina de nuestro país, y señalan que entre acción y omisión debe existir una total identidad estructural normativa para que ésta pueda ser subsumida directamente en el precepto legal y pueda ser, en consecuencia, típica.³⁷ Unos encuentran dicha identidad en el principio de la creación o aumento de riesgo para el bien jurídico atribuible al autor,³⁸ o en la asunción de un concreto compromiso sobre el riesgo para el bien jurídico, actuando a modo de "barrera de contención" de dicho riesgo,³⁹ o en la relación de dominio social del sujeto sobre el bien jurídico.⁴⁰ Sin embargo, estas posiciones, en principio restrictivas, conducen inevitablemente, y así lo asumen sus defensores, a una plena equiparación — identidad — de injusto y, por ello, de pena entre acción y omisión, por lo que implican también otra vía de expansión, esta vez centrada en el marco punitivo.

sión por medio de la omisión, además de la lesión de deberes de cuidado en las relaciones paterno-filiales, la lesión de deberes de garante originados en la asunción de la posición de garante o en el hacer precedente peligroso.

37. V. sobre ello, Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., p. 76 y ss.

38. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 334, pero añadiendo, en segundo lugar, que tal peligro determine una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.

39. Silva Sánchez, *El delito de Omisión*, cit., p. 371.

40. Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., p. 78 y ss., quien define tal relación de dominio "como el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico."

33. También crítico, Torio López, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," cit., p. 704. Sin embargo, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 566, parece haberlo encontrado.

34. Gallas, "Die Garantspflicht des Unterlassungstäters," cit., p. 95.

35. A favor de esta solución, Torio López, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," cit., p. 704 y s.

36. Gallas, "Die Garantspflicht des Unterlassungstäters," cit., p. 94 y s., estima que sólo pueden fundamentar la punibilidad de la comi-

d) Equivalencia entre acción y omisión (principio de equivalencia), con los problemas específicos que plantea que ya han sido apuntados más arriba, en particular su especial conexión con la posición de garante. Esta segunda equivalencia se plantea con especial intensidad en los tipos delictivos que contienen elementos específicos relativos a la forma de la acción, respecto a los que se duda sobre su realización omisiva.⁴¹

4. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, durante muchos años ha recurrido muy escasamente a los delitos de comisión por omisión dolosos como procedimiento de imputación de resultados. No puede decirse lo mismo, sino todo lo contrario, en lo que concierne a los delitos culposos, en los cuales, sin embargo, nuestros tribunales han solido hacer abstracción de la cuestión del garante y han tendido a confundir la acción con la omisión, al identificar ésta con la inobservancia del cuidado objetivamente debido.⁴² A partir de los años setenta y ochenta se aprecia un esfuerzo por elaborar la estructura típica de estos delitos:⁴³ “la comisión por omisión en sus vertientes de cooperación necesaria (coautoría) o de cooperación no necesaria pero eficaz (complicidad) requiere en el actual estado de la doctrina científica y jurisprudencial: a) un elemento objetivo constituido por la omisión que — en el primer supuesto de participación — debe ser causal del resultado típico, y que en la complicidad basta que sea eficaz; b) un

elemento subjetivo o voluntad dolosa, ora de cooperar causalmente al resultado (coautoría), ora de facilitarle simplemente (complicidad); y c) un elemento normativo, que es el que acaba de dar sentido jurídico-penal a la omisión, integrado por un específico deber de actuar que puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación o conducta anterior que crea un peligro o es fuente de riesgos para otros, colocando al omitente en la posición de garante en cuanto le oblia a asegurar la no producción del resultado... y si aquel deber jurídico de garantía obligada — en definitiva — a impedir el resultado dañoso, es obvio que el ‘no impedir’, característico de la comisión omisiva, puede reconducirse, como especie del mismo género, al ‘causar’ entendido en sentido amplio.”⁴⁴ En este criterio jurisprudencial — que no es aislado⁴⁵ — rezuma todavía la vieja tesis de integrar estos delitos en las notas de los delitos de acción, sobre todo en la identificación (?) de un vínculo causal y en la concepción del dolo, aunque finalmente se salve en cierta medida con la aceptación de una mera correspondencia — que casi se confiesa analógica⁴⁶ — entre ‘no impedir’ y ‘causar’, aparte del esfuerzo que se observa en delimitar la posición de garante y la admisión de la participación en los delitos de comisión por omisión, cuestión muy debatida (al; igual que la de la tentativa), en la que no podemos entrar en el presente trabajo.

Paralelamente se ha ido abriendo en los últimos años otro criterio jurisprudencial, que temporalmente se solapa con el

41. V. sobre el problema, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 572.

42. V. sobre esto último, M.C. Alastuey Dobon, “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 1.020.

43. V. una detallada y clarificadora exposición de Alastuey Dobon, “Delitos de comisión por omisión,” cit., p. 969 y ss.

44. STS 31.1.86 (CL 127).

45. V. los mismos términos en ss. TS 10.4.81 (CL 507), 21.4.89 (RA 3.480), 31.10.91, y AP Almería 29.11.91 (*Actualidad Penal*, 1992, n. 41).

46. Analogía que ni siquiera se reconoce en otras anteriores, basándose en una causalidad real: así, STS 18.10.82 (RA 5.652).

anterior. Conforme a esta interpretación se puede deducir que el delito doloso de comisión por omisión requiere — además de la producción del resultado típico — la capacidad de acción, la posición de garante, la equivalencia entre acción y omisión, así como el dolo, entendido estrictamente como el conocimiento de: "a) las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado."⁴⁷

No puedo detenerme en este trabajo sobre los distintos criterios jurisprudenciales relativos a la configuración de la posición de garante (preocupación por lo demás común a las dos corrientes mencionadas), pero puede señalarse que a pesar de aludir con frecuencia a su contenido, sus contornos no parecen estar todavía muy definidos, con tendencia a la ampliación de las situaciones que dan lugar a la misma.⁴⁸

5. La somera exposición anterior, centrada en los delitos de comisión por omisión no explícitamente tipificados por la ley, sino implícitos en ella, pone de manifiesto que falta todavía mucho terreno que recorrer en esta materia, compeja en sí misma, en la que tal vez motivado por ello hemos encontrado numerosas indefiniciones y contradicciones; en cualquier caso revelan todavía una tendencia a extender su ámbito típico. Bien es cierto que los esfuerzos doctrinales más recientes continúan dirigiéndose a elaborar construcciones cada vez más perfiladas y restrictivas del ámbito típico de los delitos de comisión por omisión. Esto se agrava todavía más en el caso español, al no contar en este momento con una

cobertura legal clara de estos delitos, a diferencia de otros países en cuyos Códigos penales se incluye una cláusula general, que si bien se han demostrado frecuentemente insuficientes para satisfacer las exigencias de taxatividad del marco típico, sirven al menos para dar un cumplimiento mínimo al principio de legalidad.

En efecto, si bien es cierto que la omisión de impedir el resultado típico puede considerarse implícita en los delitos de resultado normalmente entendidos como de acción, no sucede lo mismo con los elementos que se refieren al autor del delito. Como es sabido, el CP español no alude de forma expresa a la integración de la comisión por omisión en estos delitos, y mucho menos señala criterios para averiguar quién tiene el deber jurídico de intervenir, tarea que debe ser cumplida por el Juez.⁴⁹ Para paliar esta laguna legal se acude a los delitos puros de omisión (o propios de omisión), pues su misma existencia obliga a concluir que los delitos de comisión por omisión son delitos especiales de autor. Según esto, no todo el que tiene la capacidad de acción — de evitar el resultado — tiene necesariamente también el deber de impedirlo, pues de lo contrario una gran parte de los delitos puros de omisión serían inaplicables, ya que se verían desplazados por los de comisión por omisión. Aclarado esto, que el círculo de autores de estos delitos es restringido, ni siquiera indica la ley cuál es el criterio selectivo de ese círculo, lo que no resulta muy conciliable con el principio de legalidad.

Entiendo que del tipo *legal* del respectivo delito de resultado de la Parte Especial no puede deducirse una absoluta identidad estructural normativa entre acción y omisión, pues de él sólo pode-

47. STS 24.10.90 (RA 8.229); en el mismo sentido, las ss TS 25.4.88 (RA 2.872), 30.6.88 (RA 5.387), 8.7.91.

48. V. p. ej., la STS 31.1.86, ya cit.

49. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I. cit., p. 318.

mos extraer que el sujeto activo está constreñido a un determinado círculo de autores, que son aquéllos que tienen el deber jurídico de evitar la producción del resultado típico y, por consiguiente, de realizar la acción ordenada por la norma preceptiva. Pero cuál es la relación del círculo de autores con el bien jurídico que desencadena el deber de intervenir no puede deducirse de la norma, al menos completamente. Dicho de otro modo, la indeterminación en los tipos respectivos de la Parte Especial de la relación del bien jurídico con el autor no permite la identificación de éste.

La necesaria intervención del legislador debe ser orientada a la facilitación de criterios funcionales o materiales de autor, pues sólo éstos permiten captar la posible identidad entre acción y omisión. Estos criterios pueden encontrarse en la comprobación de la situación en abstracto de dominio fáctico y de privilegio que se genera entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido, en cuanto acceso al mismo y correlativa vulnerabilidad del bien jurídico en relación con el sujeto activo y la dependencia con éste para obtener la tutela efectiva de aquél.⁵⁰ Esta posición la poseerá normalmente a quien corresponde la función de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro para el bien jurídico.⁵¹ Pero no basta con ello, sino que es preciso, además, que en el caso concreto se actualice esa situación de dominio y de dependencia, pues se trata de proteger determinados bienes de determinados

peligros.⁵² Por consiguiente, no es necesario siempre que el autor haya creado — o incrementado — el peligro para el bien jurídico: el padre que no da de comer a su hijo pequeño crea el peligro de que muera, pero no lo crea si, contrariamente a sus advertencias, el hijo se acerca al río próximo y cae en él y corre el peligro de morir ahogado: en ambos casos la posición previa de dominio y dependencia se actualiza y surge el deber de actuar (de darle de comer, de lanzarse al agua para salvarle). Pero esa creación de peligro no puede identificarse con la causación material del resultado típico, pues el mismo vendrá determinado por auténticos procesos causales en sentido estricto,⁵³ que son diferentes de la omisión del autor; como ya he señalado la omisión no desencadena ningún proceso causal, sino que no lo interrumpe o permite que se inicie un proceso causal peligroso para el bien jurídico. La imputación del resultado se fundamenta en la no realización de una acción que tenía el deber de realizar y que habría impedido la producción de aquél. En conclusión, la idea de peligro — de su creación o su aumento — tiene distinto significado en la acción y en la omisión.

52. Así también, Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., p. 80; Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 334 y s.; Silva Sanchez, *El Delito de Omisión*, cit., p. 370.

53. En este sentido, J. Cerezo Mir, *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 201, quien de forma más tajante señala: "La omisión no es causal. No existe una relación de causalidad, en sentido estricto, entre la omisión y la producción del resultado delictivo. El resultado es consecuencia de una serie de condiciones existentes, de una serie de factores causales concurrentes. 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. La omisión, por ello, nunca crea o aumenta el peligro de la producción del resultado."

50. De acuerdo con L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal*, I, Teoría General, Serv. publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 366 y s.

51. Como vimos que propone Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 283, y le sigue Silva Sanchez, *El delito de Omisión*, cit., p. 370.

Los anteriores ejemplos ponen de relieve al mismo tiempo que no existe necesariamente una identidad desvalorativa en el plano de lo injusto en todas las comisiones por omisión y correlativamente tampoco con los correspondientes tipos de acción, pues "el cumplimiento del deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento del deber de omitir y, por ello, la infracción del deber de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir": las conductas omisivas son generalmente menos graves que las conductas activas.⁵⁴ Podría aceptarse tal identidad en el primero de aquellos ejemplos, pero probablemente no en el segundo.

En conclusión, esta situación de compromiso ha de ser resuelta por vía legislativa en el Derecho español. Mientras esto ocurre, la aplicación de los delitos de comisión por omisión debe ser severamente restringida, si no estuviera justificada ya por su excesiva ampliación doctrinal y jurisprudencial (aunque no es éste el caso en relación con los delitos de comisión por omisión dolosos en la jurisprudencia española). En esta dirección las restricciones deben apuntar al discutible procedimiento del juicio causal hipotético,⁵⁵ aplicando no sólo el; criterio del máximo grado de probabilidad, sino también el principio de *in*

dubio pro reo, cuando surja la mínima inseguridad sobre el resultado de ese procedimiento hipotético negativo; la posición de garante — o cualquier otra fórmula alternativa — ha de sustentarse en deberes estrictamente jurídicos y por ello fundamentados en el ordenamiento jurídico, que permitan identificar claramente la vinculación previa entre el omitente y el bien jurídico cuya salvaguarda le corresponde y frente a qué peligros de lesión del mismo; el principio de equivalencia no debe conformarse con asegurarse la presencia de los demás elementos del tipo (p. ej., la posición de garante), sino su correspondencia de injusto con el hacer comisivo respectivo,⁵⁶ y dado que se refuerza el sentimiento de no estricta equivalencia entre acción y omisión, no desdeñar, en atención al caso concreto, acudir a las posibilidades que ofrezca la ley para atenuar la pena.⁵⁷

6. En cuanto a los delitos culposos de comisión por omisión, el problema, como hemos visto que ocurre con nuestra jurisprudencia, no es tanto de límites como de delimitación. En esta breve exposición me dedicaré tan sólo a plantear algunas reflexiones sin asumir posiciones definitivas. Es cierto que la doctrina ha encontrado, sobre todo en los delitos culposos, casos problemáticos en cuanto a su ubicación en los delitos de acción o de omisión — o en ambos. Tanto en los delitos culposos de acción es posible encontrar momentos de omisión como en los de omisión momentos de acción.⁵⁸ Apuntaré que, dentro de la aparente

54. J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, Tecnos, Madrid, 1990, p. 49 y s., siguiendo a Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 300 y ss. También K. Engisch, "Tun und, Unterlassen," en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin, 1973, p. 189.

55. Aunque también discutible por su dudosa operatividad si no se aportan mayores acotamientos, el análisis del problema debería dirigirse al proceso causal *efectivamente* productor del resultado típico y comprobar la capacidad real del autor en el caso concreto de interferir en él para interrumpirlo y evitar así el resultado, en una línea aproximadamente semejante a la propuesta por Schünemann y por Gracia Martín.

56. P. Nitze, *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Duncker & Humbot, Berlin, 1989, p. 188 y ss.

57. P. ej., Torio Lopez, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," cit., p. 707, propone encomendar al Juez la determinación de la pena a partir del límite mínimo legal previsto para la misma.

58. V. sobre esta cuestión, Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 180 y ss.

complejidad, la cuestión debe orientarse en el plano de la causalidad entre comportamiento y resultado; si existe, nos moveremos en el tipo del delito culposos de acción. En este caso — el de la demostración de la relación de causalidad — la presencia de un deber de garante podría inducir a pensar en una concurrencia entre tipo comisivo y tipo omisivo, que de existir realmente sería un concurso aparente de normas, resuelto en favor de la opción comisiva, de acuerdo con el principio, más correcto, de subsidiariedad; a la inversa, la imposibilidad de demostración de la relación de causalidad evitaría la impunidad del comportamiento al trasladarlo al ámbito de los delitos de comisión por omisión (dolosos o culposos).⁵⁹ Lo anterior significa que el supuesto identificado como tentativa de cumplimiento descuidado del mandato⁶⁰ o como ejecución defectuosa de la acción tendente a evitar el resultado se situaría en realidad en la esfera de los tipos de acción desde el momento en que interfiere un proceso causal entre la acción

defectuosa y el resultado cuya producción se quería impedir. De este modo, el núcleo del ámbito omisivo culposos consistiría en la no representación o en la errónea representación evitables de los presupuestos típicos del deber de actuar. Finalmente, aun siendo conceptos diferenciados, existe una estrecha vinculación entre el deber de cuidado y el deber de garante; éste contribuiría a determinar el contenido de aquél,⁶¹ los dos confluían en la determinación del deber de actuar dirigido al objetivo común de la evitación de lesión del bien jurídico.

7. A diferencia del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de nuevo Código Penal de 1983, el Proyecto de Código Penal de 1992 incluía un precepto en su Parte General que pretendía resolver la cuestión, por medio de una cláusula general: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación" (art. 10).

En otro lugar⁶² me he pronunciado sobre este precepto. Y si bien es cierto que la fórmula propuesta cumple unos mínimos de concreción legal, todavía, no es suficiente.⁶³ Una correcta técnica le-

59. V. C. M. Romeo Casabona, "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales — Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: perspectivas," en *XXII Coloquio de Derecho Europeo*, (ed., C.M. Romeo Casabona), Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993, p. 406. Algún sector doctrinal plantea una paradoja, que sólo podemos dejar apuntada: si la omisión presupone la capacidad individual de acción, porqué se rechaza esta perspectiva individual para la determinación del deber de cuidado en los delitos de acción, en particular en relación con las capacidades individuales excepcionales. v. Silva Sanchez, *El delito de omisión*, cit., p. 213 y ss.

60. Así Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 172 y ss.; Eberhard Struensee, "Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte," en *Juristen Zeitung*, 1977, p. 217 y ss., quien distingue, junto a ésta, otras dos categorías como formas básicas de manifestación de los comportamientos culposos omisivos.

61. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 576.

62. V.C.M. Romeo Casabona, "El Anteproyecto de Código Penal de 1992", en *Propuestas para la Reforma Penal*, Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos, 1, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1992, p. 16 y s.

63. Con semejantes consideraciones críticas, pero a favor de una regulación expresa en la Parte General del CP, Cerezo Mir, *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, cit., p. 201. Sin embargo, la referencia a que el sujeto ocupe la posición de garante — como propone de *lege ferenda* — y no al deber de actuar, puede propiciar interpretaciones formales sobre dicha posición. También crítico con

gislativa orientada a una acertada plasmación político-criminal del principio de mínima intervención en estos delitos y de taxatividad en la acotación del círculo de autores requeriría un doble esfuerzo; por un lado, precisar todavía más en la Parte General del Código, quiénes pueden ser sujetos activos de la omisión, más allá de la referencia a una genérica 'obligación — jurídica — de evitar el resultado', tarea difícil, sobre la que no es prudente ofrecer aquí sugerencias precipitadas; por otro, indicar en la Parte Especial qué delitos de resultado son punibles si son cometidos por omisión, que no serían demasiados y por ello no se incurriría en el riesgo de casuismo y prolijidad; y, finalmente, prever la atenuación facultativa de la pena, también en la Parte General,⁶⁴ dada la identidad relativa de estos delitos con su realización activa desde el punto de vista de lo injusto. Este esfuerzo satisfaría mejor, como decía, el principio de intervención mínima aplicado a estos delitos, así como reforzaría la seguridad jurídica.

la regulación prevista por el Proyecto, que considera vacía de contenido y, por tal motivo, puramente formal, pero partiendo de que las cláusulas generales no consiguen solucionar satisfactoriamente los problemas de legalidad que la comisión por omisión plantea, G. Rodríguez Mourullo, "La cláusula general sobre la comisión por omisión," en *Libro Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, cit., p. 915; es sugestiva su opinión de que tal cláusula sólo sería aplicable a los tipos prohibitivos de causar, y no respecto a delitos con determinación de medios comisivos activos (p. 915 y s.).

64. V. sin embargo, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, cit., p. 50 n. 17, para quien la menor gravedad de lo injusto que representan las conductas omisivas en relación con las activas puede reflejarse en la medición de la pena en el margen que al arbitrio judicial ofrece el art. 61 del CP español.

Hay que reconocer que la labor del legislador en esta materia es especialmente compleja, y difícil decidir la técnica legislativa más adecuada. En cualquier caso, la elección de esa técnica no es caprichosa, pues está condicionada por la perspectiva político-criminal que se asuma.⁶⁵ Sin embargo, dentro de las múltiples variantes posibles, creo que el criterio que finalmente he esbozado sería el que mejor respondería tanto al principio de lagalidad como al de mínima intervención,⁶⁶ preferente incluso al texto articulado que he sugerido en otra ocasión,⁶⁷ y no me parece oportuno el

65. V. minuciosas y extensas consideraciones de *lege ferenda* en Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, cit., p. 145 y ss., y su propuesta personal en p. 179 y ss.

66. El CP Brasileño de 1940, reformado en su Parte General en 1984 (y en vigor desde 1985), recoge en ésta la regulación de la omisión impropia, incluyendo los supuestos en los que surge la obligación de actuar: "Art. 13 — El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se habría producido. § 1.º — El sobrevenimiento de una causa relativamente independiente excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. § 2.º — Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber 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."

67. V. Romeo Casabona, "El Anteproyecto de Código Penal de 1992," cit., p. 16. Semejante a otras regulaciones que encontramos en derecho comparado, p. ej., el CP alemán (§ 13: "Comisión por omisión: 1. El que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, sólo será punible conforme a dicha ley cuando venga jurídicamente obligado a que dicho resultado no se produzca, y cuando la omisión sea equivalente

criterio de seleccionar en la Parte Especial del CP las posiciones de garante específicas de cada delito en particular,⁶⁸ pues resultaría excesivamente casuístico. Y ante la opción de establecer ya una

a la realización del tipo legal mediante una conducta activa. 2. La pena podrá atenuarse de conformidad con el § 49.1''), el portugués (art. 10: "[Comisión por acción y por omisión]. 1. Cuando un tipo legal de delito comprenda un resultado determinado, el hecho abarca no sólo la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo si fuera otra la intención de la ley. 2. La comisión de un resultado por omisión sólo es punible cuando sobre el omitente recaiga un deber jurídico que personalmente le obligue a evitar ese resultado. 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser especialmente atenuada'') y el austríaco (§ 2).

68. Como propone Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de omisión*, cit., p. 179 y ss.

pena atenuada en cada figura delictiva o de incluir una atenuación facultativa (p. ej., la inferior en grado) en la cláusula general, la segunda tiene a su favor que facilitaría al Juez una más correcta valoración de la equivalencia entre acción y omisión en atención al caso concreto que se presente. Finalmente, el tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro debe mantenerse en nuestro futuro CP,⁶⁹ para que pueda seguir cumpliendo, entre otras, la función de contención del pensamiento de la injerencia a que aludía más arriba.⁷⁰

69. Así lo prevé el Anteproyecto de 1992, art. 194.

70. De opinión contraria, Zugaldia Espinar, "Omisión e Injerencia," cit., p. 589, quien incluso duda de la constitucionalidad del citado precepto.