

SERIE
PENSAMIENTO PENAL CONTEMPORANEO

1

Directores
JOSÉ ANTONIO CARO JOHN
REINER CHOCANO RODRIGUEZ

Jesús-María Silva Sánchez
*Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)*

ESTUDIOS SOBRE LOS DELITOS DE OMISIÓN

Jesús-María Silva Sánchez
dic. '07



damentar la agravación en un caso sí y en el otro no. Sobre todo si se parte del hecho de que el delito comisivo imprudente eventualmente concurrente se castiga aparte.

4. En otro orden de cosas y dejando aparte mi postura contraria a que la injerencia fortuita o imprudente pueda fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión, tampoco, desde el punto de vista exclusivo del artículo 489 bis 3.º, veo motivo para sancionar solo por omisión pura agravada a quien crea fortuitamente el peligro y, en cambio, por comisión por omisión a quien lo crea imprudentemente. De nuevo se advierte aquí una diferencia en la que sólo criterios versaristas podrían aportar una fundamentación satisfactoria.

5. Aparte está el tema de la interpretación gramatical del término "accidente". HUERTA TOCILDO sostiene, a mi juicio con razón, que en el Código Penal dicho término expresa en general la ausencia de dolo e imprudencia. De modo que, sistemáticamente, su postura se vería confirmada. Sin embargo, hay razones de uso común del lenguaje que permiten entender que el sentido literal posible del término "accidente" alcanza también a hechos imprudentes. De modo que, por esta parte, no hay obstáculos gramaticales a la solución que estimo materialmente más satisfactoria: a saber, que tanto el actuar precedente imprudente como el fortuito dan lugar, en caso de una posterior omisión de socorro, a la responsabilidad agravada del artículo 489 bis 3.º, del Código Penal. La única diferencia entre ambas situaciones será que, en caso de imprudencia, a la omisión agravada habrá que unir, en concurso real, unas lesiones u homicidio activo imprudente.

DESARROLLO DE UNA PROPUESTA DE TRIPARTICIÓN (GRADUALISTA) DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

1. ELEMENTOS DE HISTORIA DOGMÁTICA

1. La historia de los llamados delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión) es la de la determinación de aquellas omisiones punibles que determinan una imputación del resultado en términos de igualdad con la comisión activa y por ello merecen la misma pena que ésta. Expresado en otros términos, es la historia de la búsqueda de los criterios de identidad estructural de ciertas omisiones con la comisión activa ⁽¹⁾. Como tal, esta cuestión doctrinal se inició en Alemania a mediados del siglo XIX. En efecto, mientras la esencia del delito se halló en la imputación moral de responsabilidad (básicamente en la época de los penalistas de formación hegeliana),

(1) Como se ha indicado en el texto principal, en las últimas décadas, algunos autores han renunciado a esta búsqueda, siguiendo el camino opuesto de construir el delito de comisión activa como infracción de un deber especial por parte de un garante: así HERZBERG, BEHRENDT y, sobre todo, JAKOBS.

no existieron especiales problemas para fundamentar la imputación de resultados lesivos de bienes jurídicos a ciertas omisiones. En cambio, en los tiempos del causalismo naturalista la esencia de todo delito pasó a situarse en un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior. A partir de esta discutible premisa, se asistió a sucesivos intentos de buscar el mismo movimiento corporal dotado del elemento de la causalidad natural en las omisiones (o en determinadas omisiones) ⁽²⁾. El balance de todos esos intentos, a los que VON LISZT alude, fue claramente negativo. En efecto, el fracaso de los intentos de hallar un movimiento corporal causal en la comisión por omisión y la conclusión de que en ésta, a lo sumo, sólo es factible hablar de una “causalidad” en sentido jurídico, centrada en torno a la infracción de un determinado deber, habían conducido a RADBRUCH, ya en 1904, a apreciar una radical contraposición entre la acción, basada en las nociones de voluntad, causalidad y hecho, y la omisión, basada en la negación de todos estos elementos ⁽³⁾.

2. Ello determinó que la doctrina se centrara en nuevas teorías, llamadas de la “causalidad jurídica” o de la “causalidad de la infracción de un deber”, cuyo factor común era situar la esencia de la comisión por omisión en la infracción de un *deber cualificado y específico* de actuar (o, mejor, de evitar el resultado). Sin entrar en ulteriores detalles sobre la evolución de estas doctrinas conviene subrayar lo

⁽²⁾ Sobre tales intentos de hallar una causalidad en sentido estricto —como título de imputación— en la omisión, así como sobre su fracaso desde el momento en que comienza a hablarse de “causalidad jurídica” o de “causalidad en sentido normativo”, cfr. el excelente resumen de JESCHECK/GOLDMANN, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, ZStW 77 (1965), pp. 109 y ss., pp. 114-115.

⁽³⁾ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, reimpr. Darmstadt 1967, pp. 132 y ss., p. 140: “La omisión, pues, no sólo no tiene en común con la acción los elementos de voluntad, hecho, y causalidad entre ambos, sino que más bien se agota precisamente en negarlos. Si poseyera en lugar de aquellos elementos otros elementos positivos, existiría todavía la esperanza, de colocarla con la acción bajo un denominador común. Ahora bien, del mismo modo que no se puede disponer afirmación y negación, a y no-a, bajo un supraconcepto, tampoco pueden traerse bajo el mismo a acción y omisión, llámese éste acción en sentido amplio, comportamiento humano o como se quiera”.

siguiente. En primer lugar que, en el plano teórico se alcanzó la conclusión de que acción y omisión eran irreducibles, de modo que no tenía ningún sentido tratar de buscar un factor común a ambas (distinto de la pura antijuricidad formal) en ningún plano. Así, ganó cuerpo la tesis de que los delitos comisivos, como delitos de acción, eran delitos en los que tenía sentido esencial la idea de dominio (por acción causal). En cambio, los delitos de omisión serían básicamente delitos de “infracción de un deber” ⁽⁴⁾. La consecuencia nuclear de este planteamiento, que se hace visible de forma magistral en la obra de Armin KAUFMANN, fue, y sigue siendo para algunos, la irreductibilidad ontológica —y consiguientemente dogmática— de los delitos de comisión y de omisión ⁽⁵⁾. Por ello mismo, el problema de la equiparación de determinadas omisiones con las comisiones activas de delito se planteó como una cuestión de naturaleza *no dogmático-estructural*.

3. En efecto, las omisiones impropias o supuestos de comisión por omisión pasaron a entenderse como casos de omisión cualificados por la importancia del deber, y al respecto no parecen existir diferencias sustanciales entre las teorías formalistas y las materiales ⁽⁶⁾. En definitiva, el problema de la equiparación se mostró desde esta perspectiva como fundamentalmente *axiológico*, discutiendo por el plano del simple merecimiento de pena y sin ulteriores asideros dogmáticos. Era ésta una concepción de la *comisión por omisión* que partía de entenderla como una omisión “normal” meramente *cualificada por una especial intensidad del deber* (deber jurídico específico y cualificado —el llamado deber de garante—). Esta posición doctrinal, en otras palabras, contemplaba la comisión por omi-

⁽⁴⁾ El “deber de garante” al que alude NAGLER, “Die Problematik der Begehung durch Unterlassen”, GS 11 (1938), pp. 1 y ss., *passim*.

⁽⁵⁾ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1958, *passim*, por ejemplo, p. 255.

⁽⁶⁾ Cfr. la descripción, muy próxima a lo que aquí se señala, que ha realizado JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen 1996, pp. 15 y ss.

sión, por un lado, como un *aliud* y, por otro, como un *minus* que la comisión activa.

4. Sin embargo, la aceptación de la imposibilidad de hallar un elemento de movimiento corporal causal en la comisión por omisión y, complementariamente, la ubicación de la esencia de la misma en un elemento de infracción de deber había provocado una considerable extensión de los supuestos de responsabilidad en su virtud. En efecto, tan pronto como se constataba la existencia (e infracción) de un deber cualificado sobre el que compete al común de los ciudadanos, se tendía a apreciar la existencia de un supuesto de comisión por omisión. Así, pasó a discutirse cómo debía configurarse el deber para fundamentar la imputación del resultado a quien lo infringiera. Y la discusión transcurrió entre la contraposición de deberes de actuar y deberes de evitación del resultado, entre deberes jurídicos y deberes morales, entre deberes formales y deberes materiales. Pero la consecuencia acabó siendo, siempre, una visión de las cosas en la que se apreciaba la comisión por omisión —con la consiguiente imputación del resultado al sujeto— en una infinidad de supuestos, sobre todo a partir de los años treinta⁽⁷⁾. No cabe ignorar, a este respecto, que sobre la tesis de que la esencia de la comisión por omisión es la infracción de un deber se proyectan dos circunstancias ajenas a los problemas que le son propios pero que, sin embargo, desempeñaron un importante papel en la concepción ampliatoria de la misma⁽⁸⁾.

(7) Sobre esta práctica, SCHÜNEMANN, "Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen", *ZStW* 96 (1984), pp. 287 y 293.

(8) Deseo subrayar lo de "ajenas", porque, en mi opinión, la comisión por omisión no tiene nada que ver con consideraciones de solidaridad. En la terminología, hoy en ascenso, de JAKOBS, diríamos que —a mi juicio— es tan sólo una variante de "responsabilidad por organización de la propia esfera de competencia". Esto es, es, sobre todo, "comisión". Cfr. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung*, pp. 19 y ss., en especial p. 20, donde, recurriendo a la terminología de FEUERBACH, señala que manifiestamente "tales mandatos no tienen nada que ver con la solidaridad, y por tanto no necesitan ningún título jurídico especial, sino que son parte de la vinculación originaria" del ciudadano. Como es sabido, FEUERBACH, desde perspectivas liberales, señalaba que la vinculación originaria (*ursprüngliche Verbindlichkeit*) del ciudadano con el Estado le obliga sólo a abstenerse de dañar a los otros,

Por un lado, el surgimiento del Estado social, al menos como concepto con repercusión jurídica, cuya consecuencia más palpable fue la extensión e intensificación de los deberes de solidaridad y de sus repercusiones incluso penales. Por otro lado, en el caso alemán, el organicismo característico del nacional-socialismo y de sus precursores teóricos, que tuvieron una consecuencia similar y de la que el sistema de la punición de la comisión por omisión no se liberó ni siquiera durante los años cincuenta y sesenta⁽⁹⁾.

5. En resumen: A partir de esas construcciones, se produce una curiosa bipartición de los delitos de omisión que nada tiene que ver con el criterio, que parecía ser inicialmente rector, de la búsqueda de la identidad con la comisión activa: por un lado, los delitos de omisión por vulneración de un deber general de actuar y, por otro lado, los delitos de omisión por vulneración de un deber cualificado de actuar (también denominado deber de evitación del resultado).

2. EN BUSCA DE LA IDENTIDAD ESTRUCTURAL

1. La búsqueda de la identidad estructural de los delitos de omisión impropia con la comisión activa está, sin embargo, plenamente justificada. Si los delitos de comisión por omisión han de ser castigados de modo igual que los de comisión activa, entonces tienen que mostrar la misma estructura. Por eso el intento del causalismo natu-

mientras que las prestaciones positivas requerirían una fundamentación jurídica especial (*besonderer Rechtsgrund*). Pues bien, a mi entender, toda la comisión por omisión se incluye en la "vinculación originaria" (es una cuestión de organización de la propia esfera de libertad) y lo que se sale de ésta ya no es comisión por omisión. En lo que difiere JAKOBS, que admite casos de comisión por omisión (dentro de la por él denominada "*institutionelle Zuständigkeit*") más allá de la vinculación originaria.

(9) Al respecto señalaban en 1965 JESCHECK/GOLDMANN, *ZStW* 77 (1965), p. 133: "En especial el Derecho alemán muestra una tendencia expansiva en el reconocimiento de deberes jurídicos cuya vulneración se castiga como delito de omisión". Ello determina que una de sus conclusiones (p. 148) sea precisamente la necesidad de proceder a una máxima restricción de los delitos de comisión por omisión, tanto en cuanto al círculo de personas como en cuanto a los bienes jurídicos afectados.

ralista de determinar efectivamente esa igualdad era metodológicamente correcto. Lo desacertado era su concepción del delito de comisión. En efecto, la relevancia jurídico-penal de los delitos de comisión no surge de la causalidad física, sino de que en tales delitos se da una injerencia jurídicamente desaprobada en la esfera jurídica de terceros, de que en ellos se crean riesgos desaprobados de disminución del estado de los bienes jurídicos ajenos, de que con ellos se lesiona la autonomía del otro. Por el contrario, los delitos de omisión expresan, en general, la ausencia jurídicamente desaprobada de una intervención necesaria para la salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y están caracterizados por la idea de solidaridad. La *commissio per omissionem* (el delito de omisión impropia) constituye, en este marco, una figura bifronte: por un lado es comisión; por el otro, omisión. De la comisión activa la distingue el hecho el que en ella no exista un movimiento corporal que ponga en marcha un curso causal lesivo. De la omisión propia, el que en ella se dé una situación compleja en la que el sujeto ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos determinados. Este compromiso provoca un efecto de confianza y de abandono tanto en el sujeto potencialmente afectado como en terceros potenciales intervinientes. Así que cabe afirmar que concurre un control sobre el proceso causal que es idéntico en el plano normativo —esto es, en el nivel de las estructuras materiales de imputación— con el de la comisión activa⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ En una línea próxima a todo esto se mueve la tesis de GIMBERNAT ORDEIG de que en la comisión por omisión la propia omisión crea el peligro para el bien jurídico (GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* 1964, pp. 551 y ss., citado por LUZÓN PEÑA, “Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro”, en *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990, pp. 175 y ss., nota 18) y del propio LUZÓN PEÑA que se adhiere a ella; de nuevo GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADPCP* 1994, pp. 38 y ss. y en trabajos posteriores. Mi idea es, sin embargo, que la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos que provienen de otras fuentes, fundamenta un dominio sobre el riesgo (que entonces se hace típicamente relevante) perfectamente idéntico al que se obtiene con la comisión activa. Prueba de que la omisión no crea el riesgo en los casos que aquí nos interesan es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con una responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo).

Si se permite, entonces, que el riesgo tenga lugar y se realice en el resultado⁽¹¹⁾, este último se imputa al omitente. El sujeto no causa activamente el resultado, pero domina la correspondiente relación de riesgo igual que lo hace el autor de una comisión activa⁽¹²⁾.

2. La omisión impropia tiene, pues, en común con la comisión activa que constituye efectivamente una injerencia en una esfera jurídica ajena. En efecto, el sujeto extiende primero su esfera de organización a aspectos concretos de la esfera de organización de un terce-

⁽¹¹⁾ Este planteamiento es parcialmente diferente al de GÖSSEL, “Estado actual de la teoría del delito de omisión”, en *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá 1984, pp. 37-68, p. 40, cuando indica que de la norma primaria “respetaréis la vida humana” se derivan tanto prohibiciones como mandatos (pp. 40 y 51), si bien añade a continuación que en el mandato no sólo hay que establecer la acción debida sino el círculo de afectados. Por mi parte, entiendo que el aspecto omisivo de la comisión por omisión se produce por la vulneración del compromiso adquirido (una obligación que no un mandato jurídico-penal), mientras que, en conjunto, en el aspecto central, por la situación compleja de la comisión por omisión se vulnera una prohibición material de injerencia en la esfera jurídica ajena. Ello explica que en la parte primera del texto principal adopte un criterio normativo de distinción entre comisión y omisión, basado en el contenido material de las normas (no injerencia en la esfera jurídica ajena/salvaguarda de bienes jurídicos ajenos), mientras que luego me sirvo del criterio de la causalidad como criterio de distinción entre comisión y omisión en casos límite. En efecto, esto es debido a que tales casos límite se producen entre comisión activa y comisión por omisión, donde la distinción normativa no se plantea (son normativamente idénticas), debiendo descenderse al plano ontológico (la creación activa por vía causal del riesgo) para llegar a una diferenciación de ambas figuras. Así pues, entiendo que la distinción entre comisión y omisión es normativa y que la ontológica es una distinción entre comisión activa y comisión por omisión, que discurre, por tanto, en el seno de la comisión. En sentido radicalmente diverso, desde perspectivas normológicas, se ha manifestado VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1993, *passim*. Muy próximo, en cambio, SEELMANN, en NEUMANN/SCHILD (Gesamtred.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 1995, § 13, n.º marg. 16. En lo que se refiere a la “competencia por organización”, me parece impresionante la forma en que lo expresa JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung*, pp. 19 y ss., 23 y ss., aludiendo a la “dependencia contextual de lo que se llama prohibido o mandado”.

⁽¹²⁾ La idea de la existencia en la comisión por omisión de un “dominio” (*Herrschaft*) es clave en el planteamiento de SCHÜNEMANN. Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971, *passim*; EL MISMO, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania” (traducido por Silvina Bacigalupo), en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión*, pp. 11 y ss.

ro y luego, cuando dichos aspectos son tenidos (y deben ser tenidos) por "cosa suya", no adopta las correspondientes medidas de protección. Es importante subrayar, pues, que la sanción de un delito de comisión por omisión no se fundamenta en la lesión del principio de solidaridad, sino en la del principio de autonomía. Sin embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión propia que en ella no se da un movimiento corporal que ponga en marcha el curso causal que conduce al resultado. El fundamento del dominio sobre el curso causal lesivo, sobre el riesgo penalmente relevante, no es la causación, sino la asunción concreta de la extensión del propio ámbito de organización a la esfera jurídica ajena.

3. En resumen: la *commissio per omissionem* es comisión propia, aunque lo sea mediante omisión, esto es, sin causar activamente el resultado. Se trata, valga la expresión, de una comisión propia (en sentido normativo) y de una omisión impropia. Según esto, la clasificación correcta de los delitos de omisión debería distinguir entre omisiones idénticas a y no idénticas a la comisión activa.

3. LAS OMISIONES NO IDÉNTICAS A LA COMISIÓN ACTIVA

1. De lo anterior cabe extraer lo siguiente: En primer lugar que la responsabilidad por un delito de omisión impropia requiere identidad con la comisión activa; los delitos de omisión impropia deben entenderse como delitos de comisión propia (en sentido normativo). En segundo lugar, dado que los delitos de comisión requieren una organización del sujeto, salvo en los casos de los discutidos delitos de infracción de un deber, también en los delitos de omisión impropia es necesario un acto de organización de la propia esfera de libertad por parte del omitente. A esta organización no puede equipararse cualquier deber especial (o deber de solidaridad cualificado). Con otras palabras: los delitos de comisión, como supuestos de responsabilidad jurídico-penal por competencia de organización (delitos de dominio), no pueden ser transformados en la *commissio per omissionem* (omisión idéntica a la comisión) en supuestos de responsabilidad penal por competencia institucional (delitos de infracción de un deber).

2. En la doctrina jurídico-penal se ha aceptado desde siempre que existen casos de omisión realmente idénticos con la comisión activa. Así, en el supuesto clásico de la madre que deja morir de hambre al recién nacido a quien no amamanta. Ahora bien, como se ha señalado, la doctrina dominante parte de la premisa de que existen omisiones de evitación del resultado que, aun quedando fuera de aquel grupo de casos, deben ser castigadas con la misma pena que la causación activa del resultado. A este respecto, sin embargo, lo primero que habría que aclarar es si realmente se trata de casos que requieren la misma sanción que la comisión activa o resulta que la necesidad de sanción es en ellos, sencillamente, más elevada que la de los casos de omisión pura (así, por ejemplo, que la de la omisión general del deber de socorro). La doctrina dominante y la legislación de algunos países tratan de resolver este problema mediante la combinación de una concepción laxa de los delitos impropios de omisión y de una atenuación facultativa de la pena. Según entiendo, ello es contradictorio en términos dogmáticos y, también, desacertado en términos de política criminal. Es dogmáticamente contradictorio porque de ese modo se niega automáticamente lo que se pretende afirmar: que se trata de omisiones equivalentes a la comisión activa. Como SCHÖNE puso de manifiesto para el caso alemán, una vez superado por una omisión el filtro de la "correspondencia" de la omisión con la comisión activa que exige el Código Penal de aquel país (*Entsprechungsklausel*), no hay razón para atenuar, por debajo del marco penal típico, la responsabilidad del sujeto que la comete⁽¹³⁾. Desde un punto de vista político-criminal es desacertado, porque con ello se conforma una coartada para la extensión de la responsabilidad a título de omisión impropia. En efecto, en la praxis judi-

(13) SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln 1974, p. 339. Crítico frente a la atenuación facultativa se había mostrado ya el Proyecto de Código Penal alemán de 1960: *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung*, Bonn 1960, p. 119, por estimarlo contradictorio con la cláusula de equivalencia, por poderse tomar menos en serio la prueba de la comisión por omisión y por entender que el marco legal es suficiente para eventuales necesidades.

cial existirá sin duda la tendencia a ampliar los casos de comisión por omisión punible, al tener la vía de salida de una penalidad menos grave ⁽¹⁴⁾.

3. El modelo de la atenuación facultativa de la pena no debe contemplarse como algo casual, descontextualizado, sino más bien como producto de la perspectiva que concibe el delito de comisión por omisión (u omisión impropia) como la vulneración de un deber cualificado de actuar. Tal cualificación, en efecto, se produciría sobre la base del deber general de actuar que conforma la esencia de los delitos propios de omisión mediante la apreciación de un deber reforzado. Debe llamarse la atención acerca de que, desde este punto de vista, la equiparación entre comisión activa y omisión sólo puede apreciarse de modo aproximado y genérico, partiendo de posiciones de garantía que se contemplan estáticamente. En el marco de esta visión de las cosas, la atenuación facultativa de la pena no deja de tener su lógica para aquellos casos concretos en que la apreciación genérica de equivalencia fracasa. Si, por el contrario, se parte de un concepto estricto del delito de omisión impropia, basado en la noción de riesgo jurídicamente desaprobado y en la existencia de dos formas de dominio del riesgo, entonces ha de formularse un juicio normativo-estructural de identidad, que excluye toda posibilidad de atenuación más allá del marco penal del delito correspondiente.

4. Con todo, que deba prescindirse correctamente de un modelo de atenuación facultativa en los casos de comisión por omisión no quiere decir necesariamente que el sistema bipartito de las omisiones

⁽¹⁴⁾ SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, p. 341. Una prueba evidente del significado extensivo, en la práctica, de la responsabilidad por omisión que tiene la cláusula de atenuación la constituyen las observaciones —obsérvese la fecha— de STUCKE, *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*, Tesis, Kiel 1937, p. 115: “Si al juez se le da la posibilidad de prescindir eventualmente de la pena más grave, tendrá muchas menos objeciones a la hora de afirmar un deber jurídico que si tuviera que castigar siempre la comisión por omisión como la acción. Por eso, también por esta razón debe valorarse positivamente que la ley prevea una atenuación para la comisión por omisión”.

punibles sea el adecuado. En efecto, todo lo anterior no pretende negar que existen omisiones que, siendo más graves que las omisiones propias *standard*, como la del deber de socorro, no alcanzan el desvalor propio de la comisión activa ni puede afirmarse que sean idénticas, en el plano estructural y material, a ésta ⁽¹⁵⁾. Lo que sucede es que la fórmula para resolver el problema representado por estas omisiones de gravedad intermedia no se halla en una atenuación que desborde el marco típico, tras la afirmación de la equivalencia —lo que, como se ha dicho, parece una contradicción valorativa— ⁽¹⁶⁾. Más bien, debe hallarse en la tipificación expresa de una categoría intermedia de omisiones que, siendo más graves que las omisiones puras, no alcanzan a la equivalencia con la comisión activa, y, por tanto, carecen de un título suficiente para la imputación del resultado en los mismos términos en que tal imputación tiene lugar en la comisión activa. Ello daría lugar a los que he denominado *delitos de omisión cualificados, agravados o delitos de omisión de garante* ⁽¹⁷⁾, que,

⁽¹⁵⁾ Sobre esta idea, ya ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (traducción por Muñoz Conde), Barcelona 1972, pp. 45-47, en especial p. 47, indicando que hay diversas clases de omisiones agravadas y que la comisión por omisión habría de reducirse a los casos de total equivalencia. Cfr. también ARZT, “Zur Garantienststellung beim unechten Unterlassungsdelikt”, *JA* 1980, pp. 553 y ss., p. 556, quien parte de la existencia de posiciones de garante “más fuertes” y “más débiles”. Precisamente la presencia de éstas últimas sería, según ARZT, la que permitiría hacer uso de la atenuación facultativa. Pero el autor advierte aquí una paradoja: si la omisión de un garante “débil” no equivale en realidad a la comisión activa, habría que excluirla del ámbito de la cláusula; de modo que la existencia de la cláusula de atenuación, que hace que pese a todo se le incluya, en realidad amplía la responsabilidad en comisión por omisión.

⁽¹⁶⁾ Lo reconoce ROXIN, “Unterlassung, Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch”, *JuS* 1973, pp. 197 y ss., p. 200, nota 36, para quien estos casos de omisiones más graves que las puras, pero no equivalentes a la comisión activa, deberían formularse como cualificaciones del delito de omisión del deber de socorro. Ahora bien, dado que esa no fue la vía por la que optó el legislador alemán, entiende que el mismo efecto puede obtenerse de la cláusula de atenuación facultativa.

⁽¹⁷⁾ Sobre ello, cfr. ya el texto principal. A favor de crear en los tipos omisivos puros cualificaciones para los casos de posiciones de garantía que no dan lugar a una omisión subsumible directamente en los tipos de la PE, LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, Barcelona 1991, p. 242. Menos claro, pero también TORIO LÓPEZ, “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, *ADPCP* 1984, pp. 693 y ss., 705-706, indica la necesi-

a su vez, pueden ser puros o referidos a resultado y su tipificación responde a una intuición largamente sentida, aunque casi nunca teorizada de modo completo, por la doctrina⁽¹⁸⁾. Su inclusión en el Código Penal de modo genérico frenaría cualquier posible tendencia a una extensión de la comisión por omisión, a la vez que daría razón del hecho innegable de que hay omisiones para las que la pena de delitos convencionales de omisión general de socorro es insuficiente y la sanción de la comisión por omisión desproporcionada y carente de fundamentación teórica. De ahí que la codificación de las omisiones de gravedad intermedia como cualificaciones sobre los tipos de omisión pura permitiría tender el necesario puente entre las omisiones puras y una comisión por omisión concebida estrictamente, convirtiéndose en una de las exigencias más irrenunciables de una correcta Política criminal de los delitos de omisión⁽¹⁹⁾. En este punto se haría necesario, pues, generalizar el planteamiento propuesto por algunos autores para los casos de ingerencia, insistiendo en que el fundamento de la sanción en éstos no es una —inexistente— identidad con la comisión activa, sino la lesión de un deber cualificado con respecto al deber de solidaridad mínima.

dad de tener en cuenta la existencia de casos límite entre omisión pura y comisión por omisión (fluidez material), advirtiendo también que los casos graves de omisión de socorro son sancionados insuficientemente. Cfr. también JESCHECK/GOLDMANN, *ZStW* 77 (1965), p. 125, aludiendo al § 232 Abs. 2 del Proyecto alemán de 1962, y otros preceptos del Derecho comparado, equiparables al art. 195.3 CP español, que sancionan de modo más grave (y sobre la base de la idea de injerencia), pero siempre como omisión pura agravada, esto es, sin generar imputación del resultado, a quien omite el socorro debido a la víctima de un accidente que previamente causó.

(18) Cfr. ahora SEELMANN, *NK*, § 13, n.º marg. 17, 116.

(19) Las que he denominado omisiones cualificadas o de gravedad intermedia se basan —éstas sí— en la idea de “solidaridad” cualificada por elementos coyunturales o, muy especialmente, “institucionales” en sentido estricto. Por eso, entiendo que los casos que JAKOBS denomina de “responsabilidad institucional”, incluyéndolos en la comisión por omisión, no pertenecen, en puridad a ésta, sino que deben quedar excluidos de la misma. Cfr. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung*, pp. 30 y ss., 31, 32, 37, 39; siguiéndole, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid 2002, *passim*.

5. En tales omisiones, ciertamente, no se da una lesión de la autonomía de terceros (no se da un dominio idéntico al propio de la comisión activa sobre cursos causales que ponen en peligro a terceros), sino sólo una vulneración de deberes cualificados de solidaridad por parte de sujetos especialmente obligados. Este es el caso, por ejemplo, de las omisiones de socorro en el matrimonio, en la familia o en la función pública, cuando el miembro de la correspondiente institución no ha extendido su propia esfera de organización a los riesgos concretos de que se trate y que ponen en peligro la esfera jurídica del cónyuge, de padres o hijos, parientes, etc. Tales situaciones se resisten a una bipartición de los delitos de omisión, en la medida en que, por un lado, son distintas de aquellas en las que se da una auténtica identidad de la omisión con la comisión activa y, por otro lado, resultan mucho más graves que los de omisión general de socorro.

6. Por tanto, y en conclusión, se propone una tripartición de los delitos de omisión. Existen, por un lado, delitos de omisión idénticos a la comisión activa (para los que habría que reservar la terminología de comisión por omisión u omisión impropia). Estos se asientan en la idea de responsabilidad por organización o, en otros términos, dominio del riesgo. En el otro extremo, existen delitos simples —propios— de omisión, en los que se castiga la infracción de deberes de solidaridad mínima. En fin, en el nivel medio, existen delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa, que se basan en la responsabilidad por la infracción de deberes de solidaridad cualificada (derivados de instituciones concretas). Dicha tripartición, sin embargo, no tiene la pretensión de reproducir la mentalidad clasificatoria de la bipartición tradicional. Más bien, en su base se halla la idea de que las diferencias entre unas y otras omisiones es de grado. Así, la diferencia entre los delitos de omisión que expresan infracciones del deber de solidaridad mínima (una institución al fin y al cabo) y aquellos que expresan infracciones de deberes de solidaridad cualificada se halla en la densidad del vínculo institucional que recae sobre el sujeto. Y debe admitirse que esta densidad no puede sujetarse a la rigidez clasificatoria, sino que es de grado. Por otro

lado, también la diferencia entre las omisiones idénticas a la comisión activa y las omisiones de gravedad intermedia es de grado, si se tiene en cuenta que en estas últimas puede advertirse asimismo una incipiente (aunque limitada) dimensión organizativa, que puede ser mayor o menor, aunque, desde luego, sólo halle su plenitud en los casos que calificamos de omisión idéntica a la comisión activa (omisión impropia o comisión por omisión).

4. EL ESPACIO DE LA SOLIDARIDAD

1. En el ámbito de los delitos de omisión nos hallamos, pues, con un primer grupo —la comisión por omisión en sentido estricto— que vulnera el principio “*neminem laedere*”. Como es sabido, en virtud del principio *neminem laedere* todos y cada uno tenemos el deber de organizar la propia esfera jurídica de modo que de la misma no resulten daños para los demás, que sean imputables a dicha organización⁽²⁰⁾. Más allá del principio citado, de entrada sólo se hallaría el principio “*casum sentit dominus*”⁽²¹⁾, con el que se cierra la imagen liberal de separación de esferas jurídicas. En virtud del principio *casum sentit dominus*, por su parte, todos estamos obligados a soportar las consecuencias lesivas de procesos no imputables objetivamente a actos de organización lesiva de terceros. La vigencia del principio “*casum sentit dominus*”, como cláusula de cierre de un modelo liberal de relación entre los ciudadanos, tiene, sin embargo, excepciones. Estas vienen dadas, de una parte, por la existencia de los delitos de omisión del deber de socorro o asistencia (que obligan a personas a cuya organización no es imputable el proceso lesivo que amenaza a un determinado sujeto a actuar en evitación de tales consecuencias lesivas) y, de otra parte, por la existencia del estado de necesidad agresivo (con el consiguiente deber de tolerancia de terceros respecto a las

(20) Cfr. PAWLIK, “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, GA 1995, pp. 360 y ss., p. 360.

(21) El texto más importante sobre estas cuestiones y su relación con la solidaridad es el de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona 1994, pp. 43 y ss.

conductas realizadas bajo su amparo por parte de sujetos amenazados por procesos lesivos). Existen, por tanto, *deberes de solidaridad activa y también deberes de solidaridad pasiva* (o sacrificio), que alteran significativamente el modelo derivado de la combinación del “*neminem laedere*” y el “*casum sentit dominus*”⁽²²⁾. En efecto, en virtud de aquellos, el *dominus* a quien amenaza un *casus* ha de ser socorrido, dados ciertos requisitos, por terceros con quienes, en el caso más extremo, sólo le uniría la común condición humana. Asimismo, el referido *dominus* puede desviar agresivamente el *casus* que le amenaza haciendo que recaiga sobre terceros, los cuales, dados ciertos requisitos, están obligados a soportar esa desviación.

2. Lo anterior pone de relieve algo que conviene resaltar en relación con la discusión sobre el bien jurídico protegido en los delitos de omisión del deber de socorro⁽²³⁾. En éstos, en efecto, no se protege “la solidaridad”, ni en general, ni respecto a determinados bienes

(22) Distinto, PAWLIK, GA 1995, p. 363, para quien la solidaridad aparece como un fenómeno psicológico individual y no es fuente de deberes jurídico-penales. El deber de socorro no tendría su base en la solidaridad porque “die Übernahme der Garantie bestimmter Lebensinteressen durch den Staat ersetzt die Einforderung innergesellschaftlicher Solidarität”. Así, el deber de socorro no sería un reflejo de la existencia de elementos de “comunidad” entre los ciudadanos, sino de una delegación de la posición de garante del Estado (“vor diesem Hintergrund nimmt der Staat in Notsituationen die Bürger gleichsam als Verwaltungshelfer in Anspruch”) para reaccionar a algunas de las consecuencias de la atomización social.

Desde luego, es cierto que la existencia de situaciones en las que es preciso el concurso de particulares en términos de solidaridad activa o pasiva tiene que ver con la imposibilidad, por parte del Estado, de subvenir a las situaciones de *casus* a través de la previa configuración o desarrollo de las correspondientes posiciones de garantía. Así, cuanto más institucionalizada se halla una sociedad, en principio han de quedar menos situaciones en las que se requiera el concurso activo o pasivo de terceros: en los términos del art. 195.1 CP español, habrá menos situaciones en las que se dé una situación de desamparo y de peligro manifiesto y grave. Ello, por mucho que la total exclusión de tales situaciones resulta obviamente imposible. En cambio, en una sociedad sin una importante implantación de instituciones en este sentido, serán muchas más las situaciones de necesidad o desamparo.

(23) De la que da cuenta de modo muy claro MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, II, Madrid 1998, pp. 143 y ss.

personales, sino, precisamente, los bienes personales concretos a los que se refiere el tipo ⁽²⁴⁾. La solidaridad no es un bien jurídico ⁽²⁵⁾. La vulneración de deberes de solidaridad (activa y pasiva ⁽²⁶⁾) es, por el contrario, un *título de imputación* de responsabilidad penal. Más aún, es el único (y todavía bastante inexplorado) título de atribución de responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad (comisión activa y comisión por omisión en sentido estricto) ⁽²⁷⁾.

3. Como se ha apuntado, la solidaridad, como título de imputación, admite grados, que, simplificando, hemos acogido proponiendo dos grupos de delitos de omisión en este ámbito: básicamente, el referido a la solidaridad mínima interpersonal; y el referido a la solidaridad cualificada que surge cuando los sujetos, además de por su pertenencia a la comunidad, se encuentran vinculados por lazos especiales, de mayor intensidad, básicamente institucionales. Como esta intensidad es variable, abarcando desde casos muy próximos a la solidaridad mínima hasta otros de vinculación máxima, límites incluso con la organización, debe quedar claro que la tripartición

⁽²⁴⁾ Aludiendo a la vida, integridad y salud, sin que pueda descartarse la libertad y la libertad sexual, MOLINA, en *Compendio PE*, II, p. 145. PAWLIK, *GA* 1995, p. 366, crítico con la doctrina dominante alemana que se pronuncia en esta misma línea, entiende que no se trata de la protección de ningún bien jurídico, sino de la evitación de la entropía social y, con ello, de la estabilización del marco social de ordenación de la respectiva libertad individual.

⁽²⁵⁾ Cfr. el interesante análisis de la cuestión en PORTILLA CONTRERAS, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, I, Madrid 1996, pp. 358 y ss., con conclusiones, sin embargo, distintas a las que aquí se proponen.

⁽²⁶⁾ Pues, en efecto, el deber de solidaridad se vulnera tanto por no prestar socorro activo como por no tolerar los actos de autoayuda del sujeto afectado por la situación de peligro, en ambos casos en las condiciones legalmente establecidas. Sobre los límites que establece la idea de la no auto-inmolación, cfr. ALEXANDER, "Affirmative Duties and the Limits of Self-Sacrifice", *Law and Philosophy* 1996-1, pp. 65 y ss.

⁽²⁷⁾ Similar, MORGENSTERN, *Unterlassene Hilfeleistung. Solidarität und Recht*, Frankfurt 1997, pp. 125 y 136-137; WOHLERS, "Einschränkung des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse", *JZ* 1999, pp. 434 y ss., p. 441.

propuesta es flexible (gradualista). Además, debe subrayarse que no hay nada que impida que la sanción de la infracción de deberes de solidaridad mínima o reforzada se condicione a la producción de algún resultado de peligro o de lesión, que habría podido ser evitado de haberse cumplido el deber de solidaridad y en el que se "objective", por tanto, de un modo más patente la referida infracción ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Por eso, la imputación de responsabilidad por infracción de deberes de solidaridad nada impone en cuanto a la estructura del tipo como delito de mera actividad o de resultado, de peligro o lesión. El legislador dispone, pues, también en los tipos de infracción de deberes de solidaridad, de las mismas opciones que tiene en los tipos de organización (de comisión activa o comisión por omisión).