

# La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano).

Dra. M<sup>a</sup> José Rodríguez Mesa\*

## RESUMEN

*El texto analiza las condiciones que posibilitan la imputación de responsabilidad en los delitos de omisión impropia; partiendo de la necesidad de diferenciar entre la posición de garantía y los factores determinantes de la identidad estructural con la comisión; entre los cuales resultan relevantes el compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos y los criterios de imputación objetiva del resultado.*

## ABSTRACT

*The text analyzes the conditions that allow the imputation of the responsibility in the improper omission of the crimes; this coming from the position of the necessity to difference between the position of warranty and the decisive factors of the structural identity with the action; which result relevant to the compromise of acting as a barrier against risks and the criteria of objective imputation as a result.*

\* Profesora Titular de derecho penal. U. de Cádiz, España.

## PALABRAS CLAVE

*Comisión por omisión; juicio de equivalencia; creación e incremento del riesgo; posición de garante; compromiso con el bien jurídico; causalidad hipotética; fin de protección de la norma.*

## SUMARIO

1. PRELIMINARES. EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO; 2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN; 3. LA CREACIÓN O INCREMENTO DE RIESGO COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA CAUSALIDAD ACTIVA; 4. EL JUICIO DE EQUIVALENCIA *STRICTO SENSU*; LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

### 1. Preliminares. El artículo 25 del Código Penal Colombiano

La Ley 599/2000 por la que se aprueba el Código Penal, abarca la regulación legal de los supuestos en los que la omisión puede ser equiparada a la conducta activa, brindando así, cobertura positiva a la figura dogmática de la comisión por omisión, que a pesar de su reconocimiento y aplicación por la jurisprudencia se trataba hasta ese momento de una elaboración doctrinal ayuna de cobertura legal.

El artículo 25 del Código Penal Colombiano define la comisión por omisión como la no evitación del resultado por parte del garante, adhiriéndose así a las tesis más tradicionales que consideran la posición de garante como el elemento que permite equiparar la no evitación de un resultado a su comisión activa, y en consecuencia, sobre el que se fundamenta -de forma exclusiva- el injusto de los delitos de comisión por omisión.

Los párrafos primero y segundo del artículo 25 del Código Penal Colombiano son un claro reflejo del actual debate doctrinal sobre las posiciones de garante. Superadas las concepciones formales del deber de garante –en cuya virtud el fundamento de la obligación de garantía sólo puede ser uno jurídico-formal-, el debate relativo a la fundamentación del deber de garante discurre en el ámbito de las concepciones sustanciales-materiales en las que la obligación de garantía se deriva no tanto de fuentes formales, sino de la posición fáctica de garantía del bien, que viene asumida

en concreto por sujetos específicos y se sustancia en un especial vínculo de tutela entre el bien y el denominado garante<sup>1</sup>.

De este modo, mientras que el párrafo primero del artículo 25 del Código Penal Colombiano se adhiere a las más tradicionales tesis de la infracción de un deber jurídico, los números 1, 2, 3 y 4 se hacen eco de las corrientes más actuales, derivando la posición de garante a construcciones sociales, culturales y extralegales tales como la asunción voluntaria de la protección del bien jurídico o del riesgo (nº 1º), la estrecha comunidad de vida (nº 2º), la comunidad de riesgo (nº 3º) o la injerencia (nº 4º), aunque limitando estos últimos supuestos a los delitos contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales<sup>2</sup>.

Es de destacar cómo en los números primero a cuarto del artículo 25 se confunden situaciones de garante propiamente dichas, con criterios que permiten afirmar la equivalencia estructural y normativa entre la comisión y la omisión. Así, mientras que la estrecha comunidad de vida, la comunidad de riesgo o la injerencia harían referencia a situaciones en las que existiría un especial deber de evitar el resultado –sin que ello presuponga por sí mismo una equivalencia entre comisión y omisión–, la asunción voluntaria de la protección de un bien jurídico o del control de una fuente de riesgo, es el único criterio que, con independencia de cuál sea la relación formal entre el garante y el bien jurídico, permite afirmar la equivalencia con el delito comisivo.

Por otra parte, el legislador, consciente de la necesidad de limitar las posiciones de garante derivadas de fuentes materiales, decide restringir los supuestos previstos en los números 1º a 4º del artículo 25 a los delitos contra la vida, la integridad, la libertad individual y la libertad y formación sexuales. De este modo, mientras que la infracción de un deber jurídico podría dar lugar a la realización de cualquier delito de resultado en comisión por omisión, cuando se trate de la infracción de un deber de actuar derivado de una posición de garante que traiga su fundamento en un

<sup>1</sup> Véase MANTOVANI, F.: "La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal", en AAVV, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología. Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, 2001, p. 485.

<sup>2</sup> Véase en este sentido la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 27-07-2006 (Proceso nº 25536).

criterio material, la posibilidad de responder en comisión por omisión queda limitada exclusivamente a los delitos más graves contra las personas.

Efectivamente, la limitación de los números 1º a 4º del artículo 25 del Código Penal refleja, en cierto modo, la necesidad de restringir la excesiva amplitud de criterios materiales tales como la estrecha comunidad de vida o la injerencia. No obstante, dicha restricción no puede ir por la vía del delito cometido –como hace el Código Penal Colombiano–, sino por la de la equivalencia estructural y normativa entre el delito omisivo y comisivo.

Y en este sentido, parece obvio que, con independencia de cual sea finalmente el delito cometido, y por supuesto, de la naturaleza –legal, social o cultural– del deber infringido, el límite a los delitos de comisión por omisión ha de venir dado por la exigencia, a igual desvalor de resultado, de idéntico desvalor de omisión y de acción. Y esto nada tiene que ver con la naturaleza del delito o el fundamento del que traiga su causa la posición de garante.

La restricción a la que hace referencia el último párrafo del artículo 25 del Código Penal deja fuera del ámbito de la comisión por omisión supuestos con idéntico desvalor que el delito comisivo. Y admite como comisión por omisión otros supuestos en los que, a pesar de existir una infracción del deber de actuar, su equiparación a efectos de pena con el delito comisivo vulnera de modo flagrante los principios de igualdad y proporcionalidad en la aplicación de la ley penal.

Tomemos el caso de quien, con la intención de ocasionar daño a la motocicleta de su vecino, estrella su vehículo contra la misma, ocasionándole daños superiores a diez salarios mínimos legales. Aquí nadie dudaría de que estamos ante un delito de daños castigado por el artículo 265 del Código Penal con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de cinco a veinticinco salarios mínimos. Si este señor, en vez de estrellar su vehículo contra la motocicleta del vecino, simplemente aparca su vehículo sin accionar el freno de mano, consciente de que se va a deslizar por la cuesta y se va a terminar estrellando contra la motocicleta, el hecho quedaría impune, pues la infracción de su deber de garante –derivado del criterio de la injerencia– no afecta a un bien jurídico de carácter personal. Ahora bien, si en ambos casos el vehículo se hubiera estrellado directamente contra el vecino, causándole lesiones, el Código Penal admite la responsabilidad en comisión por omisión. Al ser el desvalor entre el delito comisivo y omisivo idéntico en ambos supuestos, la existencia de delito se hace depender exclusivamente, de un criterio político-criminal, como lo es la naturaleza del bien jurídico protegido.

Efectivamente, el legislador, hasta cierto punto, puede incorporar al Código Penal criterios político-criminales dirigidos a la no intervención penal en determinados supuestos. Más difícil resulta admitir, sin embargo, la imposición de idéntica pena a supuestos que presentan distinto desvalor. Y ello es lo que se derivaría directamente de aceptar que la simple infracción del deber jurídico contemplado en el párrafo primero del artículo 25 o de alguno de los deberes derivados de los números 1º a 4º fundamentan, sin más, la atribución de responsabilidad en comisión por omisión.

En consecuencia, la principal objeción que se puede hacer al artículo 25 del Código Penal Colombiano no es ya la combinación de criterios formales y materiales en la determinación de la posición de garante, sino el intentar fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión precisamente en el incumplimiento o abandono de esa posición de garante. Y ello, porque de la no evitación de un resultado por parte de quien infringe un deber de garante de origen legal, social o derivado de la injerencia sólo puede deducirse la existencia de una omisión, cualificada si se quiere, pero en modo alguno equivalente *per se* a la comisión activa.

En efecto, la doctrina mayoritaria, aún sin rechazar abiertamente la ya tradicional teoría de las funciones propuesta y desarrollada en su día por KAUFMANN, sigue debatiendo acerca del fundamento legítimo de la obligación de garantía. De la tesis propuesta por el autor alemán se puede deducir que el deber de garante encuentra su razón de ser en la necesidad de protección de un bien jurídico o de controlar determinadas fuentes de peligro. Con ello se ofrece un fundamento material a la propia existencia del deber, pero siguen sin resolverse satisfactoriamente las preguntas acerca de cuándo y por qué un determinado sujeto y no otro tiene las aludidas funciones de garante<sup>3</sup>.

Si algo puede inferirse del debate doctrinal existente en este punto<sup>4</sup> es precisamente que ninguna de las posiciones defendidas por los diferentes autores que se ocupan del tema es capaz de proporcionar un fundamento

<sup>3</sup> Véanse en este sentido HUERTA TOCILDO, S.: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, p. 83; SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Comentario al artículo 11 del Código Penal" en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, pp. 472 y ss.; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, p. 28.

<sup>4</sup> Véase una detallada exposición de las principales posiciones de la doctrina al respecto en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, cit., pp. 25-52.

material a la obligación de garantía que pueda explicar convincentemente —y desde los principios exigibles a un modelo de Derecho penal democrático— la razón por la que la infracción del especial deber de actuar que tienen algunos sujetos permite, sin más, atribuirle un resultado típico del mismo modo que si lo hubiesen causado activamente. Desde esta perspectiva la fundamentación del deber de garante se convierte en el nudo gordiano de la "comisión por omisión", pues al coincidir con el fundamento de la imputación ocupa un papel central en la delimitación y alcance de los supuestos de comisión por omisión.

El intenso debate sobre el fundamento, naturaleza y alcance del deber de garante, así como la insatisfacción de todas las soluciones propuestas hasta el momento traen su causa, en mi opinión, de una confusión de planos distintos: el del fundamento de la obligación de garantía, por una parte, y el del fundamento de la equiparación entre la omisión y la comisión, por otro. Mientras que se siga considerando que la "no evitación evitable del resultado por el garante" es el elemento que permite fundamentar el injusto de la comisión por omisión el debate seguirá abierto y las soluciones seguirán siendo insatisfactorias, pues sea cual sea la posición que se adopte ninguna de ellas puede llegar a encontrar un fundamento material que permita explicar convincentemente la razón de la equiparación punitiva de hechos que presentan un distinto desvalor, ya que como subraya GRACIA MARTÍN no es lo mismo no auxiliar al marido que sufre un repentino ataque al corazón que clavarle un cuchillo.

Si, por el contrario, se acepta, como viene ya haciendo una parte importante de la doctrina que el fundamento de la imputación de la omisión ha de ser idéntico al de la comisión, la fundamentación del deber de garante<sup>5</sup> es una cuestión que, sin dejar de ser importante —permite delimitar el círculo de los posibles autores— pierde el papel central que hasta ahora venía ocupando en la delimitación de los delitos de comisión por omisión.

La consecuencia inmediata de lo anterior es que las posiciones de garante previstas tanto en el párrafo primero como en los números 2, 3 y 4 del artículo 25 del Código Penal Colombiano, tienen como única función la de delimitar legalmente el círculo de los posibles autores de un delito

<sup>5</sup> Me refiero aquí al deber de garante tradicionalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, y del que finalmente se ha hecho eco el párrafo primero del artículo 25 del Código Penal Colombiano.

en comisión por omisión, y de ese modo introducir criterios restrictivos que permitan reconducir a contornos precisos la actual y desmesurada ampliación de las fuentes del deber de garante<sup>6</sup>. En este sentido, la posición de garante aparece como un elemento objetivo de la autoría en el tipo del delito de comisión por omisión, convirtiendo a éstos en delitos especiales<sup>7</sup>.

Ahora bien, al igual que cualquier otro elemento objetivo concerniente al autor, su función se agota en señalar el círculo de los posibles autores<sup>8</sup>, y en este sentido constituye un elemento necesario, pero en modo alguno suficiente para imputar el resultado al omitente<sup>9</sup>. Del mismo modo que la

<sup>6</sup> Sin perjuicio, como resalta HUERTA TOCILDO (*Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 34), "de que una vez determinado por esta vía el círculo de posibles sujetos de esa clase de delitos, reste aún por verificar la presencia del segundo criterio de equivalencia legalmente requerido a los indicados efectos...".

<sup>7</sup> Hay que aclarar que, en todo caso, es preciso distinguir, por un lado, entre la fuente y el deber de actuación que se deduce de ella y, por otro, la infracción punible de dicho deber; sólo la lesión concreta al bien jurídico en cuanto infracción al deber -y no el deber de actuar en sí mismo- puede ser reconocido como elemento del tipo, con las consecuencias que de ello se derivan en materia de error. Sobre esto último véase MAURACH, R.: *Derecho Penal. Parte General*, 2, Buenos Aires, 1995, pp. 240-241.

<sup>8</sup> En este sentido, cabe afirmar con GRACIA MARTÍN ("Política criminal y Dogmática jurídica penal del proceso de reforma penal en España", *Actualidad Penal*, nº 18, 1994, p. 363; EL MISMO: "La comisión por omisión en el Derecho Penal español", p. 689; "Los delitos de comisión por omisión. Una exposición crítica de la doctrina dominante", AAVV, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología. Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, 2001, p. 475) que la posición de garante desempeña en los tipos de comisión por omisión la misma función que los elementos objetivos de la autoría en los delitos especiales -esto es, la de seleccionar a la clase de sujetos cuyas omisiones pueden realizar el tipo de comisión por omisión-. Y en este sentido, como característica especial de la autoría en cuanto tal, es decir, en cuanto posición formal en que se encuentra un sujeto respecto a otros o a ciertos objetos, no es un concepto apropiado para explicar el fundamento de lo injusto.

<sup>9</sup> Así pues, y como señala SILVA SÁNCHEZ ("Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación" en VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (dir.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 168) "la infracción del deber jurídico será condición necesaria, pero no suficiente, de la equivalencia". Esto ha permitido afirmar a GIMBERNAT ORDEIG

ostentación de la condición de Juez o Magistrado es requisito necesario para la perfección del tipo de prevaricación judicial, pero su simple ostentación no permite sin más imputar el delito al sujeto, la mera infracción del deber de actuar no puede permitir tal imputación, y mucho menos del mismo modo que si se hubiera realizado activamente. De modo que una vez determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 el círculo de los posibles autores, sea preciso verificar la equivalencia, fundamento último de la equiparación punitiva<sup>10</sup>.

Una vez delimitadas en el artículo 25 las posibles fuentes de las que ha de derivarse en todo caso el específico deber de actuar, el problema que se plantea es el de determinar qué características tienen que concurrir en la omisión para que se pueda decir de ésta, que realmente equivale a la causación activa de un resultado típico. Equivalencia que en el Derecho Colombiano, al igual que en el Derecho Español, ha de ser total, ya que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos el art. 25 no contempla la posibilidad de atenuar la pena en comisión por omisión, imponiéndosele en todo caso la misma pena que la prevista para el correspondiente delito activo<sup>11</sup>. La mayor o menor amplitud de los supuestos de comisión por omisión va a depender en última instancia de cuales sean los concretos criterios manejados para determinar la equivalencia entre la no evitación

("Diatribas del Nuevo Código Penal", *La Ley*, 1996, p. 1334) que "según la voluntad objetiva de la ley, el criterio de la posición de garante ni es decisivo ni tampoco exclusivo, y en consecuencia, a la omisión sólo se le podrá imputar el resultado, cuando aquella equivalga...a su causación". Siguiendo esta línea, entiende MORALES PRATS (EN QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General. Parte General*, 3ª ed., Pamplona, 2002, p. 380) que la expresa referencia legal a las fuentes de posición de garante "vendría a delimitar el contexto formal en el que procede verificar el juicio de equivalencia material según el sentido de la ley".

<sup>10</sup> Que la infracción del deber de garante sólo venga a desempeñar un papel delimitador de los potenciales autores no significa, sin embargo, que la "posición de garante" -delimitada, eso sí, con arreglo a criterios materiales referidos a la efectiva relación existente entre el sujeto y el bien jurídico protegido- no constituya un elemento esencial del juicio de equivalencia. Y ello, porque si bien el "deber de garante" determinado con arreglo a criterios formales es presupuesto de la "posición de garante específica" que fundamenta la comisión por omisión en el art. 11, no se está, en modo alguno, ante conceptos intercambiables.

<sup>11</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Comentario al art. 11 del Código Penal", cit., p. 419.

del resultado y su causación: criterios sobre los que reina el desacuerdo doctrinal<sup>12</sup>.

## 2.- El fundamento de la responsabilidad en los delitos de comisión por omisión

El hecho de que el artículo 25 del Código Penal Colombiano, al igual que ocurre en el artículo 11 del Código Penal Español, no prevea la posibilidad de atenuar la pena correspondiente a la comisión por omisión implica, como ha señalado GIMBERNAT ORDEIG, que "si una omisión no alcanza en gravedad a la acción, entonces es que no puede ser calificada de comisión por omisión y que, por ello, hay que revisar los criterios que mantiene la doctrina dominante para establecer que una omisión es una impropia"<sup>13</sup>. La cuestión radica, pues, en comprobar si la no evitación del resultado por el garante presenta un desvalor de injusto totalmente equiparable a la realización activa del tipo, y en base a ello aparezca justificada la imposición de la pena prevista en el tipo correspondiente de la Parte Especial.

En este sentido señala GRACIA MARTÍN que si lo injusto en el delito de acción está constituido por el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, entonces la equiparación valorativa de la omisión con la acción sólo podrá basarse en la verificación de que la omisión de una acción dirigida a la evitación de un resultado –desvalor de la omisión– equivale a la acción dirigida a producirlo –desvalor de la acción–, y, de modo correspondiente, en la verificación de que tanto la no evitación como la producción del resultado sean hechos a los que pueda remitirse un mismo marco valorativo, de tal modo que éste pueda aglutinar a ambos en un mismo específico desvalor de resultado<sup>14</sup>. De no ser así, la equiparación a efectos de pena sería contraria al principio de proporcionalidad, pues como

<sup>12</sup> La aludida situación de desacuerdo doctrinal aparece reflejada en las palabras de VIVES ANTÓN ("Comentario al art. 11 del Código Penal", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, p. 527) cuando en un tono marcadamente crítico repasa en forma sucinta las distintas ideas propuestas para conceptualizar la equivalencia.

<sup>13</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Causalidad, omisión e imprudencia", ADPCP, 1994, p. 204.

<sup>14</sup> GRACIA MARTÍN, L.: "Los delitos de comisión por omisión...", cit., p. 458.

destaca ROMEO CASABONA, "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"<sup>15</sup>.

En consonancia con lo anterior, para un sector –cada vez mayor– de la doctrina, lo único que justifica que a la omisión se le imponga la misma pena que la correspondiente a la causación activa del resultado es que el supuesto omisivo en cuestión sea estructural y materialmente idéntico a su comisión activa: sólo ello permite que el resultado pueda imputarse del mismo modo que si se hubiera realizado activamente<sup>16</sup>. Desde esta perspectiva, los únicos supuestos de comisión por omisión admisibles serían, precisamente, los que resulten inscribibles en los tipos de la Parte Especial por ser estructuralmente idénticos a los supuestos de realización activa de los mismos<sup>17</sup>. La cuestión fundamental de la comisión por omisión se centra, pues, en la determinación de las condiciones en las

<sup>15</sup> ROMEO CASABONA, C.M.: "Límites de los delitos de comisión por omisión", en GIMBERNAT/ SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión en Imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en Homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1994, p. 46.

<sup>16</sup> En nuestra doctrina, asumen expresamente este criterio, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Teoría de la infracción penal...", cit., p. 166; GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el Derecho penal español", cit., p. 696; GIMBERNAT ORDEIG, E., "El delito de omisión impropia", *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 4, 1999, p. 534; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991)", *Poder Judicial*, 24 (1991), p. 209; LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, pp. 235 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995, p. 238; FARALDO CABANA, P. "El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios", *Revista del Poder Judicial*, 55(1999), p. 56; GÓMEZ RIVERO, M.C.: "La intervención omisiva en el suicidio de un tercero", *Actualidad Penal*, 45 (1998), pp. 893 y ss.; REBOLLO VARGAS, R., "Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español", en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coord.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 653 y ss.

<sup>17</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Teoría de la infracción penal...", cit., p. 166.

que cabe decir que la no evitación del resultado es estructural -desde las estructuras normativas de la imputación- y materialmente idéntica a su causación activa.

La exigencia de identidad material requiere igualdad en el fundamento material del injusto; esto es, idéntico contenido tanto en el desvalor de acción como en el desvalor de resultado. Desde esta perspectiva señala GRACIA MARTÍN cómo la equiparación valorativa de la omisión con la acción sólo podrá basarse en la verificación de que una acción dirigida a la evitación del resultado -desvalor de la omisión- equivale a la acción dirigida a producirlo -desvalor de la acción-, y, de modo correspondiente, en la verificación de que tanto la no evitación como la producción del resultado sean hechos a los que pueda remitirse un mismo marco valorativo, de tal modo que éste pueda aglutinar a ambos en un mismo específico desvalor de resultado<sup>18</sup>.

El desvalor del delito comisivo gira alrededor de una acción dolosa o imprudente que causa o condiciona con seguridad un resultado típico<sup>19</sup>. En los supuestos de "no evitación del resultado por el garante", el proceso causal está ya preconstituido y determinado a producir la lesión según su curso natural, por lo que no es el garante quien, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de acción, causa o condiciona con seguridad el resultado: la situación de peligro para el bien jurídico no tiene su origen en la acción (en este caso omisión) típica, sino en un proceso causal que tanto en su origen como posterior desarrollo es, por regla general, jurídico-penalmente irrelevante<sup>20</sup>.

Ahora bien, la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos sólo puede constituir el desvalor del resultado de los tipos de la Parte especial cuando aquéllos hayan sido la consecuencia de la acción prohibida por la norma y descrita por el tipo como penalmente relevante. Desde esta perspectiva advierte GRACIA MARTÍN, como "la situación de un peligro para el bien jurídico que tenga su origen en una causa distinta a la acción típica, será por esa razón y sin excepciones una situación de peligro penalmente

<sup>18</sup> GRACIA MARTÍN, L., "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina...)", cit., p. 458.

<sup>19</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, E., "El delito de omisión impropia", cit., p. 534.

<sup>20</sup> Véase GRACIA MARTÍN, L., "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina...)", cit., p. 462.

atípica", y "la realización de ese peligro en el resultado, por lo tanto, no podría dar lugar al desvalor del resultado propio del tipo de la Parte Especial..."<sup>21</sup>. En consecuencia, para que se constituya el desvalor de resultado específico del tipo de la Parte especial, será preciso que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico pueda ser reconducida a la acción descrita por el tipo, pues si aquélla está ligada a cualquier otro acontecimiento entonces el desvalor que quepa atribuir a dicha lesión será ya uno diferente y, por consiguiente, no igualable con el desvalor específico del resultado típico<sup>22</sup>.

En efecto, la realización del tipo de injusto requiere que el desvalor de resultado traiga su fundamento de la realización de la acción típica, y no de cualquier otra. Ahora bien, ello no significa que hayan de quedar excluidos del ámbito de lo típico todos aquellos supuestos en los que el riesgo para el bien jurídico tiene un origen externo al omitente. Lo relevante para afirmar la tipicidad de la omisión no es el origen primario del riesgo -que puede provenir de la naturaleza, de la víctima, de un tercero, e incluso del propio omitente-, sino, si el riesgo se hace típico por y para el omitente<sup>23</sup>.

En todo caso, la cuestión se sigue centrando en determinar cuáles son las condiciones que han de concurrir para que se pueda afirmar de la omisión de una acción concreta que es idéntica en desvalor a la realización activa del tipo. Esto es, determinar cuándo se puede afirmar que la madre que omite una concreta acción con respecto de su hijo realiza el hecho típico de, por ejemplo, el homicidio: mata. En la medida en que el desvalor de resultado implica el desvalor de acción lo relevante será determinar si, constatada la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo, la omisión presenta idéntico desvalor de acción que la comisión.

La solución a esta cuestión -irresoluble en el plano ontológico-, pasa por fijar criterios de identidad estructural en el ámbito de las estructuras

<sup>21</sup> GRACIA MARTÍN, L., "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina...)", cit., p. 463.

<sup>22</sup> GRACIA MARTÍN, L., "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina...)", cit., p. 465; En idéntico sentido SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 184.

<sup>23</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., « Teoría de la infracción penal... », cit., p. 165. Aunque desde otra perspectiva, coincide en parte con este planteamiento GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el derecho penal español", cit., p. 702.

normativas de imputación. Se trata de comprobar si comisión activa y omisión son, en el caso concreto, idénticas en su estructura y en su configuración como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico<sup>24</sup>. El juicio de identidad requiere, pues, la determinación de las condiciones bajo las cuales la omisión del sujeto da paso a un juicio normativo de desvalor por estar en condiciones de incidir de forma penalmente relevante en la verificación del resultado<sup>25</sup>.

### 3. La creación o incremento de riesgo como equivalente funcional de la causalidad activa

En el delito comisivo de resultado, ya sea de lesión o de peligro, nos encontramos ante un comportamiento activo -doloso o imprudente- que, en un plano naturalístico, causa una modificación del mundo externo -esto es, un resultado material-; a su vez, y para que tal resultado pueda ser normativamente imputable al tipo objetivo es preciso que se cumplan una serie de requisitos, concretamente los criterios de imputación objetiva. En el delito de comisión por omisión, por su parte, nos encontramos con una omisión -dolosa o imprudente- consistente en la "no evitación del resultado por parte de garante" y un resultado material que, al igual que en el delito comisivo es preciso imputar, con arreglo a criterios normativos, a la omisión. Salta a la vista que los delitos de comisión por omisión carecen del presupuesto de la imputación objetiva requerido por los delitos comisivos de resultado: la necesaria relación de causalidad entre el comportamiento llevado a cabo por el sujeto y el resultado acaecido. De ahí que para poder afirmar la necesaria igualdad estructural sea preciso, ante todo, identificar un elemento que desempeñe una función idéntica a la que desempeña la relación de causalidad en los delitos activos, y en ese sentido actúe como equivalente funcional de la causalidad activa.

Negada la posibilidad de que la omisión pueda naturalísticamente causar un resultado<sup>26</sup>, la doctrina dominante y la jurisprudencia han venido

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Teoría de la infracción penal...", cit., p. 164.

<sup>25</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C., "La intervención omisiva en el suicidio de un tercero", cit., p. 893.

<sup>26</sup> A pesar de ello es llamativo comprobar como todavía en España, el Tribunal Supremo pretende, en algunas de sus decisiones, establecer un vínculo de

resolviendo el problema de la equivalencia mediante la exigencia de un juicio de causalidad hipotética, consistente en que "la acción omitida por el garante hubiera evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el resultado"<sup>27</sup>.

Frente a ello, cabe argumentar con GIMBERNAT ORDEIG, que si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento positivo, entonces -y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión- tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si sólo existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera impedido el resultado<sup>28</sup>. Pero aunque se exigiese en el delito de comisión por omisión la seguridad total de que la acción omitida hubiera impedido el resultado<sup>29</sup>, la fórmula de la causalidad hipotética, en cuanto supone mentalmente una acción no sucedida, no puede constituir

carácter causal entre la conducta omisiva y el resultado externo efectivamente producido, desconociéndose o enfrentándose directamente al principio *ex nihilo nihil fit*. Véase una exposición de las decisiones más relevantes en este sentido en LACRUZ LÓPEZ, J.M., "La caracterización de la acción y la omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 10(2002), pp. 354 y ss.; sobre la evolución de la doctrina alemana con respecto a la causalidad omisiva véase ROXIN, C.: "La causalidad en la omisión", en Díez RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/ GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2003, pp. 963 y ss.

<sup>27</sup> A pesar de que el criterio de la causicausalidad se encuentra en la actualidad bastante denostado, lo siguen afirmando expresamente BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La regulación de las conductas omisivas en el Nuevo Código Penal", en Díez RIPOLLÉS (dir.), *El sistema de responsabilidad en el Nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 24; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Sobre el tipo del delito de comisión por omisión", AP, 1994 (36), p. 676; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 318; y MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2002, p. 277; Véase la posición del Tribunal Supremo Español, en LACRUZ LÓPEZ, J.M., "La caracterización de la acción y la omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", cit., pp. 373 y ss.

<sup>28</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", cit., p. 26. Una exposición de las principales objeciones que se formulan a la fórmula de la probabilidad rayana en la certeza en GIMBERNAT ORDEIG, E., *La Causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Rubinzal-Culzoni eds., Santa Fe, 2003, pp. 30-42.

<sup>29</sup> TORÍO LÓPEZ, A., "Límites político criminales del delito de comisión por omisión", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 699-700.

en modo alguno el paralelo de la causalidad activa<sup>30</sup>: lo único que puede ser realmente causal es cualquier acción positiva que contribuya al mantenimiento de las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero nunca la no realización de acciones que supondrían la no transformación de dichas condiciones<sup>31</sup>.

Como superación de las anteriores teorías, un importante sector de la doctrina española, encabezado por GIMBERNAT ORDEIG y LUZÓN PEÑA, viene manteniendo que la omisión equivale exactamente a la causación activa -y por tanto es comisión directamente subsumible en el tipo correspondiente- cuando la propia omisión crea el peligro de lesión para el bien jurídico o aumenta el peligro existente, es decir cuando crea de modo decisivo más riesgo<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Como reseña LACRUZ LÓPEZ ("La caracterización de la acción y la omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", cit., pp. 397), "del rechazo al componente mecanicista de la concepción tradicional del concepto de causalidad y de la necesidad de entender a la omisión no como una nada sino como un comportamiento real, acaban por fundamentar la existencia de omisiones causales en la consideración del comportamiento omisivo como condición negativa de la producción del resultado". Mientras normalmente la acción positiva cobra relevancia penal en cuanto aparece como causa del resultado típico, la omisión, como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO (La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid, 1996, p. 66), no se convierte ya en relevante jurídico-penalmente por el simple hecho de que no haya impedido el resultado típico. En todo caso, y como por otra parte reconocen sus defensores, si por causal se entiende la omisión de todos aquellos que pudiendo impedir con su intervención el resultado no han intervenido, todos los sujetos que se encontraron en esa circunstancia pusieron una condición negativa necesaria para la verificación del resultado. Ello lleva a que la omisión sólo cobre relevancia si el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado, con lo que la infracción del deber por parte del omitente se revelaría como el verdadero fundamento del injusto de los delitos omisivos.

Esta perspectiva, como advierte LACRUZ LÓPEZ ("La caracterización de la acción y la omisión en la jurisprudencia", cit., p. 397), lleva a presentarnos una omisión causal en todo caso, a través de la inclusión de la categoría no impedir en el seno del término causar en sentido amplio.

<sup>31</sup> Véase LACRUZ LÓPEZ, J.M., "La caracterización de la acción y la omisión en la jurisprudencia", cit., p. 397.

<sup>32</sup> Véanse GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", cit., passim; EL MISMO: "El delito de omisión impropia", passim; y LUZÓN PEÑA, D.M.: "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", cit., págs. 236 y ss. Asumen expresamente esta tesis MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 306; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Omisión de impedir delitos no

La creación o incremento del riesgo como punto en el que se produce la equivalencia entre conductas activas y omisivas hace referencia a la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*. A diferencia de la creación o incremento del riesgo que desde una perspectiva *ex post* se valora en sede de imputación objetiva, la peligrosidad de la conducta viene a determinar el desvalor de acción -en este caso desvalor de la omisión-. Precisamente, la equivalencia estructural se puede afirmar cuando a igual desvalor de resultado, el desvalor de la omisión sea idéntico al de la acción, consistente en la realización dolosa o imprudente de una conducta que crea un riesgo de menoscabo del bien jurídico tal que, teniendo en cuenta la experiencia, el resultado típico aparezca como consecuencia posible del actuar.

La determinación de la equivalencia estructural entre la omisión y la causación activa del resultado no ha de confundirse, pues, con los criterios que permiten imputar el resultado a una conducta peligrosa. La exigencia de equivalencia estructural es presupuesto del juicio de imputación -no imputación en sí-, y su función se agota en identificar y señalar los presupuestos bajo los que la omisión puede contemplarse con relevancia penal de forma paralela a lo que sucede en las conductas activas. Como resalta GÓMEZ RIVERO, se trata de comprobar que aquélla podía valorarse desde un punto de vista normativo como un incremento relevante del riesgo para el bien jurídico protegido y que, por ello, se puede reconocer un desvalor en la conducta del omitente al que poder imputar, en su caso, el resultado; se está, pues, ante un juicio previo al que decide tanto si el

constitutiva de participación por omisión...", cit., pp. 209 y ss.; FARALDO CABANA, P., "El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios", cit., p. 56; PAREDES CASTAÑÓN; J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 146 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., p. 230; del mismo, "De nuevo sobre el caso de la colza" una réplica", *RDPC*, núm. 5(2000), p. 119. También SILVA SÁNCHEZ ("Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 38, 1989, p. 376) admite -aunque con matizaciones- que el compromiso de actuar como barrera de contención del riesgo puede dar lugar a un incremento del peligro, en la medida en que se da la base para que no surjan otros intentos de contención del riesgo. Expresamente en contra de que el criterio de identidad pueda sustentarse en la creación o aumento del riesgo por la omisión misma se pronuncia GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el Derecho penal español", cit., p. 699.

resultado es imputable a la omisión, como el título bajo el que deba discurrir la responsabilidad del omitente<sup>33</sup>.

El juicio de equivalencia estructural requiere, en primer lugar, fijar los presupuestos bajo los cuales el omitente está en situación de crear o incrementar el riesgo; o lo que es lo mismo, cuándo y cómo ejerce el omitente un control del riesgo idéntico al que se tiene mediante la conducta activa. Una vez afirmado el dominio o control del riesgo, es cuando puede plantearse el segundo de los elementos que integran el juicio de equivalencia estructural: si la omisión crea normativamente un riesgo no permitido para el bien jurídico.

### 3.1 La incorporación del control del riesgo al ámbito de dominio personal

#### 3.1.1 El control sobre la causa fundamental del resultado

En los delitos comisivos, la relación de causalidad entre la acción y el resultado implica que el sujeto activo domina mediante un comportamiento activo el curso causal abocado a un resultado típico. En el delito de comisión por omisión, el proceso causal y su resultado son, por regla general, ajenos al omitente, por lo que, desde un punto de vista naturalístico, la omisión no causa nada. Ahora bien, ello no significa que el proceso causal y su resultado no puedan ser jurídicamente imputados a quien, sin poner en marcha el curso causal, ejerce un dominio sobre el mismo idéntico, desde un punto de vista normativo, al ejercido en los supuestos de comisión activa<sup>34</sup>.

Y es precisamente en esta línea en la que hay que situar la "teoría del dominio" formulada por SCHÜNEMANN en Alemania. A juicio de este autor, la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del omitente en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es equiparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquéllos que debe poseer

<sup>33</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C., "La intervención omisiva en el suicidio de un tercero", cit., marg. 894.

<sup>34</sup> Véase por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Comentario al artículo 11 del Código Penal", en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, p. 488.

el autor por comisión. Dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales, y, por lo tanto a través del dominio sobre su cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control, por lo que la omitida evitación del resultado equivaldrá a su causación comisiva, si la causa del resultado se encuentra en el ámbito del dominio del autor<sup>35</sup>.

Ahora bien, dado que el dominio no puede ser entendido como la mera posibilidad de evitar el resultado, habrá que establecer los criterios determinantes que permitan establecer que el dominio sobre el acontecer típico que ejerce el omitente es funcionalmente idéntico al ejercido por el autor comisivo mediante el dominio voluntario sobre el movimiento corporal. Tal identidad se produce, en opinión de SCHÜNEMANN, sólo en aquellos casos en los que el dominio del suceso se encuentra preestablecido, en la medida en que la fuente o el objeto del suceso lesivo ya se encuentran controlados con anterioridad y, por ello, tanto el transcurso del suceso dentro del ámbito controlado por el autor por omisión como todo lo que tiene lugar dentro de ese ámbito tiene que ser calificado de obra de su voluntad<sup>36</sup>. A esta tesis hay que reconocerle, como mérito principal, que logra reconducir la posición de garante a un criterio material —el control actual sobre el suceso—, y que frente a la teoría de las funciones tal y como fuera formulada por KAUFMANN, señala una fuente material del surgimiento del deber de garante: es de las únicas dos formas posibles de dominio de donde pueden surgir los deberes de control y de protección<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 380; EL MISMO: "Estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", cit., pp. 21-22. En un sentido similar se pronuncia SILVA SÁNCHEZ (*El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 2ª ed. Actualizada, Montevideo, 2003, p. 472) al afirmar que en los delitos de comisión por omisión el sujeto no causa activamente el resultado, "pero domina la correspondiente relación de riesgo al igual que lo hace el autor de una comisión activa".

<sup>36</sup> SCHÜNEMANN, B.: "Estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), cit., p. 22.

<sup>37</sup> SCHÜNEMANN (*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 241 y ss.) reduce las únicas formas de dominio admisibles a "el dominio sobre las causas esenciales del resultado y el dominio sobre el desamparo de la víctima".

No obstante, y como resalta LASCURAIN SÁNCHEZ, la valiosa aportación de SCHÜNEMANN encuentra su flanco más débil en la utilización del concepto de dominio para designar lo que tan sólo constituyen determinadas relaciones de dominio, cuya selección además poco o nada tiene que ver con la intensidad o el tipo de dominio, sino con una valoración de su ejercicio<sup>38</sup>. Además, y al igual que ocurre con las teorías funcionales, se abren de par en par las puertas al riesgo de ampliación y, por supuesto, dada la imposibilidad de que puedan ser legalmente expresadas todas las posibles posiciones de garantía basadas en criterios estrictamente materiales, a la inseguridad jurídica.

Próximas a la tesis de SCHÜNEMANNSON las formuladas en nuestra doctrina por GRACIA MARTÍN y SILVA SÁNCHEZ, quienes entienden que la identidad normativa entre el hecho comisivo y el hecho omisivo ha de venir dada por la efectiva posición en la que se encuentra el omitente con respecto a la situación típica. Sólo cuando de la posición ostentada por el sujeto surge un dominio del riesgo típico normativamente idéntico al que se obtiene por la vía del movimiento corporal que pone en marcha un proceso causal, se puede afirmar la identidad entre la omisión y la comisión activa.

A juicio del primero de los autores citados, el criterio decisivo de identidad es el de "la relación de dominio social", entendiendo por tal "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 finalista del hecho típico"<sup>39</sup>. De ello, extrae GRACIA MARTÍN que sólo el sujeto que ha asumido el dominio de los factores causales en dirección a la lesión del bien jurídico se encuentra ya en una situación en la que puede decidir sobre la lesión del bien jurídico, tanto mediante la realización de una acción, por ejemplo, de aceleración de la eficacia del curso causal, como dejando que éste siga su curso. Y aquí, la omisión será idéntica a la acción en su contenido de injusto porque en ella concurre el momento constitutivo de lo injusto típico<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Madrid, 1994, p. 256.

<sup>39</sup> GRACIA MARTÍN, L.: "La comisión por omisión en el Derecho penal español", cit., p. 701.

<sup>40</sup> En su opinión —similar en este punto a la sostenida por SILVA—, el momento constitutivo de la situación típica para la omisión viene representado por

Con la tesis del dominio social propuesta por GRACIA MARTÍN, lo decisivo pasa a ser la relación externa existente entre el omitente y el bien jurídico, que en los delitos de comisión por omisión se concretaría en el hecho de que el sujeto hubiese llevado a cabo "un acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico"<sup>41</sup>. Al operar como presupuesto de la relación de dominio social el hecho de que el bien jurídico esté involucrado en el ejercicio de una determinada función que desempeña el autor, se sustituye el concepto formal de "estatus" o "posición", por el concepto material de función, ya que únicamente en el ejercicio de dicha función es posible realizar acciones de lesión o de peligro típicos para el bien jurídico<sup>42</sup>.

El "dominio social" no es, sin embargo, un criterio suficiente, como por otra parte reconoce el propio autor, para explicar definitivamente el fundamento de la posición de garante específica de la comisión por omisión<sup>43</sup>. Y ello, entre otras razones, porque al constituir el dominio social del omitente un derivado de su deber funcional social, habría que llegar a la conclusión de que la circunstancia fundamentadora de la autoría en comisión por omisión sería el deber en sí, con respecto al cual no existe un dominio autónomo<sup>44</sup>.

Dada la insuficiencia de cualquiera de las formulaciones del criterio del dominio para afirmar, por sí solo, la equivalencia entre omisión y conducta activa, y cuestionada por GRACIA MARTÍN la posibilidad de que

---

la realización de un acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico. GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el Derecho penal español", cit., p. 703.

<sup>41</sup> GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el Derecho penal español", cit., p. 702.

<sup>42</sup> Véase en este sentido LUZÓN PEÑA, D., "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", cit., p. 240.

<sup>43</sup> GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el Derecho penal español", cit., p. 708.

<sup>44</sup> En este sentido se expresa ROXIN (Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 7ª ed., Madrid, 1999, p. 504) al afirmar que "el dominio del hecho social del omitente es, pues, en definitiva, sólo un derivado de su deber funcional social. De ahí se deduce que también aquí la circunstancia primaria, fundamentadora de la autoría es el deber y que no existe un dominio autónomo con respecto a este deber".

la omisión pueda crear o aumentar el riesgo -ni tan siquiera en un plano normativo-, se concreta el dominio personal de la situación de peligro en el “dominio material y directo de la causa fundamental del resultado”. Así, y en su opinión, sólo puede ser idéntica a la acción la omisión de una acción determinada de la que quepa afirmar que su realización produce en general, con certeza definitivamente, y sin que sean necesarias acciones ulteriores intermedias, el resultado salvador, o, dicho de otro modo: que produce de ese modo, la contención del potencial lesivo de la causa fundamental y determinante del resultado”<sup>45</sup>.

El criterio del monopolio de la función utilizado por GRACIA MARTÍN para precisar el criterio fronterizo entre las funciones sociales relevantes y las que no lo son, resulta insuficiente si se concibe materialmente, pues no parece que todo monopolio de la función haya de llevar a una responsabilidad especial, ni que la ausencia del mismo exonere automáticamente de la misma<sup>46</sup>. Pero además, y quizá sea este el aspecto más objetable de esta teoría, al hacerse depender el dominio sobre la causa fundamental del resultado de la efectiva función ejercida por el omitente, se pasa por alto que, como resalta ROXIN, el dominio social nada tiene que ver con el dominio del hecho, pues son dos cosas distintas el que uno sea funcionario -y en ese sentido cumpla con los elementos objetivos de la autoría requeridos por el tipo-, o que domine el suceso en un determinado proceso.

### 3.1.2 La asunción voluntaria del control del riesgo

Como ya ha tenido ocasión de señalarse, para que el proceso causal y el resultado típico sean imputables al omitente es preciso, como presupuesto, que éste ejerza un efectivo dominio sobre la causa fundamental del resultado. Al igual que ocurre en la mayoría de los delitos especiales -incluidos los denominados “propios”-, el dominio del proceso causal es una

<sup>45</sup> GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, cit., pp. 712-713.

<sup>46</sup> “... la automática atribución a un sujeto de una responsabilidad especial por el simple hecho de que sea el único que pueda ejercer una determinada función produce la misma insatisfacción que la que provocaba dicha atribución por la única razón de que el sujeto era el único que podía impedir la lesión del bien jurídico con un comportamiento concreto”. (LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., a protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, cit., p.258).

cuestión independiente a la del cumplimiento, por parte del sujeto al que se pretende imputar el resultado, de los requisitos específicos que puedan exigirse al autor en el tipo en concreto: el tipo, como regla, presupone que el autor cualificado realiza una determinada acción, y en cuanto a la cuestión de si la ha realizado o no, no pueden regir otros criterios distintos a los empleados en los delitos de dominio<sup>47</sup>. En los delitos de comisión por omisión también el no garante puede ostentar materialmente el dominio del hecho<sup>48</sup>, pero para que tal dominio sea equiparable al que se ejerce en los delitos comisivos es preciso, como propone SILVA SÁNCHEZ, que el sujeto “actúe a modo de barrera de contención de riesgos determinados”, pues sólo en ese caso existe un dominio del acontecer típico, un control del riesgo que muestra identidad estructural en el plano normativo con la causación activa”<sup>49</sup>.

La idea del “garante” como el sujeto encargado de neutralizar determinados riesgos que puedan amenazar al bien jurídico está expresa o implícitamente admitida en la mayoría de las posiciones que defiende actualmente la doctrina con relación a los delitos de comisión por omisión. No obstante, la cuestión se complica cuando se trata de establecer los criterios en cuya virtud se puede decir que alguien actúa como barrera de contención del riesgo o es el llamado a neutralizarlo. Ya se ha tenido ocasión de examinar la incorrección que supondría utilizar para ello criterios basados exclusivamente en las distintas obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico al sujeto: y ello, porque un criterio material, como es el del dominio, no puede sustentarse a partir del dato formal de la posición asignada al sujeto por el ordenamiento jurídico.

<sup>47</sup> STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 2000, p. 422.

<sup>48</sup> Véase en este sentido el ejemplo manejado por GRACIA MARTÍN, L.: “Los delitos de comisión por omisión. Una exposición crítica de la actual doctrina dominante”, cit., p. 481, nota 277.

<sup>49</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, cit., pp. 374 y 376. Asumen expresamente la tesis de la identidad estructural basada en el dominio FARALDO CABANA, P., “El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, cit., pp. 57-64; GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, cit., pp. 697-698; y REBOLLO VARGAS, R., “Algunas refelexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español”, cit., pp. 661-662.

Pero la cuestión tampoco se resuelve satisfactoriamente sustituyendo o complementando -como hace el artículo 25 del Código Penal Colombiano- los criterios jurídicos por otros de contenido social. Con ello solo se consigue sustituir el criterio del deber jurídico por el del “deber social”, y en consecuencia, lejos de resolverse la cuestión inicial, se le añade la indefinición e inseguridad propia que siempre generan la introducción de este tipo de elementos en la resolución de problemas dogmáticos.

Tal y como resalta SILVA SÁNCHEZ, el juicio de equivalencia entre la comisión activa y la realización omisiva ha de ser independiente a la clase de deber que se infrinja -ético, jurídico o social-: ha de centrarse en si se realiza el tipo (en el nivel de las estructuras normativas) o no. En su opinión, para que pueda hablarse de realización típica en comisión por omisión es preciso “que el sujeto, eventualmente en una posición de responsabilidad agravada (por ejemplo, por disposición de Derecho Público), haya adoptado el *compromiso específico y efectivo* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados”<sup>50</sup>. Y ello porque mediante este compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos se da la base para que no surjan o decaigan otros intentos de contención del riesgo que pasan a estimarse innecesarios. Sólo en ese caso puede afirmarse que el sujeto que se ha comprometido domina totalmente el acontecer típico.

Desde esta perspectiva, el compromiso de control del riesgo seguido por el “no control” del mismo crea normativamente un riesgo y en ese sentido es equivalente, desde un punto de vista funcional, a su creación naturalística mediante un comportamiento activo. A efectos de evitar equívocos<sup>51</sup>, es preciso aclarar que la creación normativa del riesgo -entendida como equivalente funcional de la causalidad-, no ha de ser confundida con la creación o incremento del riesgo entendido como criterio de imputación objetiva. Y ello porque una cosa es el riesgo *ex ante*<sup>52</sup>, que constituye el núcleo sistemático del problema de la equiparación, y otra el incremento del riesgo *ex post* que conforma un criterio de imputación del resultado a una conducta *ex ante* peligrosa<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, cit., p. 376.

<sup>51</sup> Véase HUERTA TOCILDO., Problemas fundamentales de los delitos de omisión, cit., p. 91, nota 269.

<sup>52</sup> Véase ampliamente en PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., pp. 87 y ss.

La determinación del presupuesto material para que el resultado típico pueda ser imputado -con arreglo a los criterios comunes de imputación objetiva- a la omisión del mismo modo que si se hubiera llegado al mismo a través de un comportamiento activo, constituye uno de los principales méritos de la construcción propuesta por SILVA SÁNCHEZ. Pero además, y si bien su tesis se mueve en misma línea que las defendidas por GIMBERNAT ORDEIG y LUZÓN PEÑA, presenta frente a las mismas dos innegables ventajas consistentes, por una parte, en la de determinar con arreglo a un criterio eminentemente material -como es el del compromiso- las bases de la confianza en la sociedad de que el riesgo está bajo el control del sujeto; y por otra, la de tratar separadamente dos cuestiones que si bien están íntimamente relacionadas han de discurrir en planos diferentes: el presupuesto de la imputación objetiva, por un lado, y la imputación objetiva en sí como cuestión ya común a los delitos comisivos y en comisión por omisión.

La principal objeción a la tesis propuesta por SILVA SÁNCHEZ se ha centrado, precisamente, en la exclusividad que confiere al criterio de la asunción como única fuente de los deberes de garante en los supuestos de comisión por omisión. En este sentido alega LASCURAÍN SÁNCHEZ cómo en los casos de los deberes paterno-filiales, o los deberes de control que surgen de la injerencia o los deberes que surgen del dominio de un animal peligroso, no cabe afirmar en rigor que los agentes asumen, toman para sí libremente el control del riesgo, sino más bien que por determinadas razones le atribuimos el control de ciertos peligros, lo quieran o no<sup>54</sup>.

Frente a estas objeciones cabe aducir, en primer lugar, que la tesis basada en la asunción del compromiso no excluye en modo alguno la posibilidad de que el deber de garante traiga su fundamento genérico de una causa distinta a un acto de autonomía personal, como es el caso de la ley en los supuestos de los deberes paterno filiales; lo que se excluye es que la mera infracción de un deber impuesto o atribuido al margen de la autonomía personal sea suficiente para operar como presupuesto de la imputación del resultado. Para ello es preciso, además, que la omisión

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, cit., p. 377, nota 42.

<sup>54</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, cit., p. 46.

equivalga a su causación activa; y ello sólo es posible cuando el garante –por ley, por contrato o por actuar precedente– asume el compromiso específico de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para el bien jurídico.

Quizá el empleo del término “compromiso” pudiera parecer indicar que el sujeto que se compromete no quiere en modo alguno que el bien jurídico de cuya protección se encarga sufra menoscabo alguno. Sin embargo, si acudimos al DRAE, se entiende por compromiso “obligación contraída”. Lo que importa, a los efectos de afirmar la asunción de un compromiso es que la obligación contraída por el sujeto traiga su origen en un acto mediante el cual el sujeto toma voluntariamente y de forma inequívoca el control de un riesgo determinado, excluyendo así la intervención de terceros; y ello con independencia de que el sujeto tenga la intención de cumplir con las obligaciones o el compromiso contraído al colocarse en dicha situación de dominio o, precisamente se haya colocado en tal situación para asegurarse así el dominio sobre el acontecer lesivo o peligroso para el bien jurídico.

Así, por ejemplo, el hecho de que una mujer haya querido o no quedarse embarazada es irrelevante a los efectos de determinar una posición de garantía respecto del hijo en el momento del parto. Pero, desde el momento en el que la mujer decide parir en solitario y sin ayuda, asume, mediante un acto concluyente y efectivo como éste, el compromiso –o si se prefiere, contrae la obligación– de cortar y ligar el cordón umbilical del recién nacido; en caso de no hacerlo se puede afirmar que ha incumplido su compromiso de actuar a modo de barrera de contención frente a los riesgos normales derivados del parto y que, en ese sentido ha creado un riesgo idéntico, desde un punto de vista normativo, al que habría provocado si, mediante un comportamiento activo, impide que el recién nacido llegue a respirar.

En segundo lugar, la mayoría de las situaciones de posición de garante propuestas por la doctrina pueden reconducirse finalmente a la asunción del compromiso por parte del garante. Incluso en el supuesto más debatido, como es el caso de los deberes paterno-filiales, en la medida en que los padres pueden renunciar a la patria potestad del hijo y a los deberes derivados de la misma, hay un acto de asunción y no de imposición: se asume la paternidad o maternidad del hijo, y con ello los deberes de protección que la misma implica.

El compromiso voluntario y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que puedan cernirse sobre el bien jurídico ha de llevarse a cabo mediante la realización de actos inequívocos

y concluyentes, sin que sea suficiente en ese sentido la existencia de un deber legal de actuar<sup>55</sup>. Precisamente, la necesidad de que el compromiso se adquiriera por la propia conducta del sujeto es lo que permite afirmar que, al igual que en los delitos comisivos, también en los supuestos de comisión por omisión el sujeto organiza voluntaria y libremente su esfera de actuación, y en consecuencia se produce una integración del riesgo en su esfera jurídica, lo que posibilita hablar también aquí de un efectivo dominio del hecho. Por el contrario, en los casos en los que el compromiso falte o resulte dudoso habrá que rechazar la identidad estructural<sup>56</sup>.

Ya se ha dicho que el compromiso del garante, a partir del cual se delimitan las concretas situaciones de garantía, depende en gran medida de la naturaleza específica de su relación con la fuente del peligro o con el bien afectado. En ocasiones, se trata de una relación jurídicamente regulada, y en consecuencia la ley establece cuáles son los deberes que se derivan para las partes de la relación. Así, por ejemplo, en el caso de que se trate de una relación paterno-filial, las leyes civiles establecen la obligación de los padres de velar por los hijos menores de edad. Tal obligación jurídica sólo devendrá en un deber de garantía susceptible de integrar un supuesto

<sup>55</sup> Ello supone, de entrada, un rechazo de la tesis propuesta por JAKOBS (Derecho Penal. *Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, 1995, pp. 972-1012. Véanse BACIGALUPO, E. “La regulación de las conductas omisivas en el Nuevo Código Penal”, cit., pp. 26-27 y 32-34; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.), quienes, junto a los deberes de aseguramiento y salvación derivados de la responsabilidad por organización, admiten también posiciones de garante en virtud de responsabilidad institucional en sentido estricto. En este último caso, como advierte SCHÜNEMANN (“Informe sobre las discusiones”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Madrid, 2000, p. 201) la responsabilidad se basa exclusivamente en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas, se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de cómo se haya organizado. Efectivamente, puede admitirse la existencia de relaciones institucionales que se basan típicamente en posibilidades fácticas de control pero que, aunque el caso concreto no se den éstas, pudieran soportar en cierta medida la posición de garante por la institución. En cualquier modo, la equivalencia exigida en el párrafo primero del art. 11 CP nos lleva a exigir que, en todo caso, se dé el efectivo control sobre la causa del resultado.

<sup>56</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 464.

de comisión por omisión cuando se dé, además, una situación de absoluta dependencia personal del hijo respecto de los padres.

Sólo en los casos en los que concurra una obligación jurídica y una efectiva situación de dependencia personal, se puede presumir la asunción del compromiso. De este modo, si el sujeto no desea adoptar un compromiso vinculado en forma casi sustancial a la posición que tiene asignada en virtud de ley o de cualquier otro criterio material, como puede ser la estrecha comunidad de vida, deberá manifestarlo de forma inequívoca<sup>57</sup>.

Desde esta perspectiva, y aun partiendo del carácter taxativo –y no meramente ejemplificativo– de las fuentes del deber de garantía a las que se refiere el artículo 25 del Código Penal Colombiano, éstas no tendrían otra función que la de delimitar con carácter restrictivo y formal el círculo de los posibles autores<sup>58</sup>. Una vez cumplido el presupuesto de la autoría, será la asunción por parte del garante del compromiso de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos el criterio que permita establecer la equivalencia a la que se refiere el párrafo primero del precepto.

#### 4. El juicio de equivalencia strictu sensu

La conexión entre la omisión y el riesgo para el bien jurídico protegido es posible si se admite que la omisión tiene como presupuesto ontológico un hacer pasivo –o un no hacer– que, como forma de comportamiento, tiene capacidad de incidir positivamente en una situación de riesgo, bien no impidiendo que el proceso causal se inicie, o una vez iniciado,

<sup>57</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, cit., pp. 464-465, en especial nota 368.

<sup>58</sup> Otra opinión parece sustentar SILVA SÁNCHEZ ("Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código Penal", *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 168-169) cuando, con relación a los sujetos del art. 196, declara que el hecho de que sean sujetos especialmente obligados legal o contractualmente a actuar no los convierte en autores idóneos de comisión por omisión. En efecto, y de acuerdo con la tesis aquí asumida, para que un resultado sea imputable a un sujeto en comisión por omisión es preciso que, junto al deber formal de actuar, se ostente un dominio real y efectivo del proceso causal asumido voluntariamente. Ahora bien, una cosa son las características objetivas exigidas al autor, y otra distinta, el presupuesto de la imputación del resultado en comisión por omisión al sujeto que cumple con tales características, y que en ese sentido es autor idóneo o posible de un delito en comisión por omisión.

dejando que siga su curso<sup>59</sup>. Así, y una vez constatado que el sujeto mediante la asunción del compromiso está en condiciones de incidir de forma penalmente relevante en la verificación del resultado disvalioso, resta plantearse cuándo, de forma paralela a lo que sucede en la acción, se puede decir que la omisión crea un riesgo para el bien jurídico.

En contra de esta tesis se aduce que si naturalísticamente ninguna omisión puede crear nada positivo tampoco puede originar peligro alguno<sup>60</sup>. En este sentido observa GRACIA MARTÍN que si a la omisión le falta la causalidad, y únicamente un desarrollo causal puede crear o incrementar un riesgo, ésta carece de cualquier sustrato respecto al que pudiera fundamentarse un juicio de peligro<sup>61</sup>.

Frente estas observaciones cabe alegar con GIMBERNAT ORDEIG que el riesgo, en cuanto no supone todavía la materialización de la lesión o el peligro en el mundo exterior, se establece sobre la base de un juicio de probabilidad determinado por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y por otra, porque esa peligrosidad sea contrarrestada o no por medidas de precaución<sup>62</sup>. Como los focos de peligro, dice este autor, suelen tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha previsto que determinadas personas apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Desde esta perspectiva, la infracción de la obligación de interponer medidas de precaución, en cuanto posibilita la expansión de un peligro lícito –mientras se tiene controlado– por encima de lo permitido, equivale a la creación activa del riesgo<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, p. 186.

<sup>60</sup> Así, señala BACIGALUPO ZAPATER ("Comentario al artículo 11 del Código Penal", cit., p. 432) que "en la medida en que las omisiones no son causales es claro que no pueden por sí mismas crear ningún riesgo de lesión".

<sup>61</sup> GRACIA MARTÍN, L., "La comisión por omisión en el Derecho-pena español", cit., marg. 700.

<sup>62</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., "Comentarios al Código Penal. Artículo 11", cit., p. 428.

<sup>63</sup> Entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una acción incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado...y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión*, porque en contra de lo *normativamente* previsto, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el

En este caso, y a diferencia de lo que ocurre en el juicio de desvalor de acción, la previsibilidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico va referida no a la conducta del sujeto –en este caso su omisión–, sino a una situación de riesgo proveniente de la naturaleza o creada por el hombre. Lo que se valora, pues, es la posibilidad –de acuerdo con la experiencia y las leyes fenomenológicas<sup>64</sup>– de que determinados peligros ínsitos a la propia naturaleza de las cosas o creados por las fuerzas naturales o por el hombre, se desestabilicen dando lugar a un riesgo que supere el nivel de lo permitido. Cuando tal posibilidad es probabilísticamente relevante, es preciso que se ejerza un control de tales situaciones de riesgo para impedir que esa peligrosidad abstracta pueda terminar creando un riesgo relevante y no permitido para el bien jurídico protegido<sup>65</sup>.

Si además tenemos en cuenta que a lo que se compromete el sujeto no es a una acción concreta, sino a la neutralización del riesgo, no se trata ya de preguntarse si es previsible que con la omisión se desestabilice el riesgo controlado por el sujeto: es evidente que al dejar de controlarse el riesgo éste se desestabiliza. Lo relevante, pues, es que el sujeto haya infringido su compromiso de actuar a modo de barrera de contención de un riesgo que, en caso de no ser contenido o controlado, es objetivamente previsible que acabe convirtiéndose en un riesgo relevante de producción del resultado disvalioso.

Por otra parte, cuando ya el juicio objetivo *ex ante* ponga de relieve que la conducta que no se realiza no es apropiada para la contención del riesgo, lo que debe negarse es la existencia misma de una omisión jurídico-penalmente relevante<sup>66</sup>. Así, es peligrosa en el sentido ya indicado –y en

foco dentro de lo jurídicamente tolerado. GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", cit., p. 40.

<sup>64</sup> Sobre las leyes estadísticas y fenomenológicas y su aplicación al enjuiciamiento del peligro véanse ampliamente PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., pp. 169 y ss; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 61 y ss; DE LA MISMA, *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, pp. 122-128.

<sup>65</sup> De lo que se trata en estos caso, como indica PAREDES CASTAÑÓN (*El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., p. 238), es de garantizar que en aquellas conductas (activas u omisivas) realizadas en el seno del tráfico jurídico no existe peligro alguno de causación de un resultado disvalioso, y que si existe, está bajo control.

<sup>66</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 323.

consecuencia equivalente a la causación activa–, la no administración por parte del médico del fármaco que permite que su paciente siga con vida. En este caso, y en la medida en que el médico conoce la eficacia salvadora del fármaco, con su omisión vulnera el compromiso previamente asumido –mantener con vida al paciente neutralizando, en la medida de lo posible, los riesgos derivados de la enfermedad–, desestabilizando así el riesgo de cuyo control estaba encargado. Distinta es la situación si la conducta del médico consiste en la no administración del fármaco que permite que el paciente tenga una mejor calidad de vida, aunque *ex post* se demuestre que gracias a unas reacciones del fármaco hasta entonces desconocidas, el paciente se mantenía con vida. En este caso, y en la medida en que no era previsible que la administración del fármaco pudiera incidir positivamente en la salvación del paciente, se excluye la posibilidad de que el comportamiento pasivo del médico pueda ser calificado de omisión<sup>67</sup>.

En los delitos comisivos falta una creación del riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima<sup>68</sup>. En los delitos de comisión por omisión, sin embargo, es difícil imaginar que la omisión pueda modificar un curso causal: el comportamiento pasivo puede incidir positivamente en un proceso causal permitiendo que el curso se inicie o que siga su proceso, en modo alguno modificarlo<sup>69</sup>. Pero además, y en la medida en que la omisión implica la infracción de un deber de actuar frente a una situación de riesgo para el bien jurídico, cuando tal situación, como es el caso, no se da, la omisión queda reducida a un mero "no hacer" carente de cualquier relevancia jurídico-penal. Este sería, por

<sup>67</sup> La falta de relación *ex ante* entre la acción no realizada (no administración del fármaco) y el resultado impide afirmar que esa era la acción indicada; consecuentemente, su no realización no pasa de ser un comportamiento pasivo, sin trascendencia penal alguna. Véanse al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., p. 222, nota 82; y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 332.

<sup>68</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General*, I, cit., p. 365.

<sup>69</sup> El comportamiento pasivo del padre que no desvía la piedra que vuela peligrosamente hacia la pierna de su hijo porque de hacerlo podría darle en la cabeza, no modifica el proceso causal aminorando o reduciendo el riesgo; simplemente permite que el proceso causal siga su curso natural con un riesgo menor que el que previsiblemente se habría ocasionado con la intervención activa.

ejemplo, el caso de la madre que, por indicación médica, deja a su hijo pequeño sin comer durante tres días para que de este modo supere una dolencia gastrointestinal que podía llegar incluso a provocarle lesiones graves. En este caso, no es que la omisión de la madre disminuya el riesgo y en consecuencia se excluya la tipicidad; es que, al no existir una situación de riesgo a la que se deba hacer frente proporcionando alimento al niño, no se puede hablar de omisión.

Abundando en la línea apuntada por GIMBERNAT ORDEIG, entiende LUZÓN PEÑA que la propia omisión crea el peligro o lo aumenta de modo determinante cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro o que, dada su función social absolutamente normal y habitual específica para eso, si hay un cierto peligro, social y normativamente se considera ese peligro como perfectamente controlado mientras que el sujeto cumpla con su función normal y específica<sup>70</sup>. Si en estos casos, prosigue este autor, el sujeto omite, dolosa o imprudentemente, cumplir con su obligación y desempeñar su función, entonces y por ello, la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena o descontrola<sup>71</sup>.

En parámetros similares, aunque no idénticos, se mueve la tesis propuesta por SILVA SÁNCHEZ. En su opinión, la vulneración del compromiso de actuar a modo de barrera de contención frente a riesgos y bienes jurídicos individualizados es estructuralmente idéntica –en el plano normativo– a la creación de un riesgo por interposición de factores causales<sup>72</sup>. Pero frente a lo que, a primera vista parece derivarse de la postura mantenida por GIMBERNAT ORDEIG y LUZÓN PEÑA, niega que la omisión, por sí sola, sea susceptible de crear un riesgo para el bien jurídico. El compromiso de control del riesgo seguido por su no control lo que genera, en su opinión, es un dominio en el omitente normativamente idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara de manera activa el riesgo; y este dominio es el que, precisamente, permite atribuir normativamente la creación del riesgo a la omisión del mismo modo que si lo hubiera creado mediante un

<sup>70</sup> LUZÓN PEÑA, D., "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", cit., p. 240.

<sup>71</sup> LUZÓN PEÑA, D., "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", cit., p. 240.

<sup>72</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", cit., pp. 376-377.

comportamiento activo<sup>73</sup>. No obstante, la discrepancia es sólo aparente, pues también estos autores –al igual que SILVA SÁNCHEZ– se refieren a la atribución normativa a la omisión de la creación o incremento del riesgo. Todas estas tesis comparten, en definitiva, una idea esencial en la construcción y delimitación de la comisión por omisión: la infracción de la obligación del sujeto de actuar a modo de barrera de contención supone ya –y sin necesidad de requisitos adicionales– una verdadera "creación normativa del riesgo".

## 5. La imputación objetiva del resultado en los delitos de comisión por omisión

### 5.1 Causalidad versus causalidad hipotética. Consideraciones críticas

Los criterios de la imputación objetiva han de ser entendidos como correctivos, y no como sustitutivos, de la relación de causalidad<sup>74</sup>. Desde esta perspectiva, y en lo que a los delitos comisivos se refiere, la imputación del resultado precisa en todo caso de la previa constatación de un nexo causal –de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones– entre la conducta del sujeto y el resultado acaecido<sup>75</sup>.

Es opinión doctrinal mayoritaria que a diferencia de lo que ocurre en los delitos comisivos –en los que el presupuesto de imputación del resultado viene constituido por la relación de causalidad–, en los delitos omisivos los presupuestos de la responsabilidad por el resultado serían la posición de garante del omitente, por una parte; y, la denominada causalidad hipotética,

<sup>73</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, cit., pp. 473-473.

<sup>74</sup> Véanse argumentaciones a favor de esta opción en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 166-168.

<sup>75</sup> Como advierte GIMBERNAT ORDEIG ("Causalidad, omisión e imprudencia", cit., p. 9), "la existencia de la causalidad sigue siendo un requisito *indispensable* en todos los tipos penales: en los delitos de peligro para que se dé el tipo es imprescindible que el autor haya causado (condicionado) el riesgo; y en los delitos de lesión, porque éstos presuponen que conste que el sujeto activo ha causado (condicionado) el menoscabo al bien jurídico, no bastando, por ejemplo, con que lo único que se haya podido probar es que la conducta creó meramente un riesgo".

por otra<sup>76</sup>. Desde esta perspectiva, se afirma la “causalidad” de la omisión –y con ello el presupuesto de la imputación del resultado- cuando consta que la acción omitida por el garante, hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza (criterio de la cuasicausalidad)<sup>77</sup>, o, al menos hubiese disminuido el riesgo para el bien jurídico (criterio de la disminución del riesgo)<sup>78</sup>.

Tanto el criterio de la cuasicausalidad como el de la disminución del riesgo son, respectivamente, el reverso de las tesis de la causalidad hipotética y del incremento del riesgo, utilizadas por la doctrina como criterios de imputación para afirmar o negar la realización del riesgo en el resultado. La constatación del presupuesto de la imputación del resultado en las omisiones vendría a coincidir de acuerdo con la postura mayoritaria con lo que en los delitos comisivos constituyen auténticos criterios de imputación, confundiendo así el presupuesto de la imputación en los delitos omisivos con los criterios de imputación en los delitos comisivos.

Así, no es de extrañar que para la imputación del resultado en comisión por omisión la doctrina exija un doble juicio de causalidad hipotética. En primer lugar para determinar si la omisión, al igual que la acción, ha supuesto un condicionante para la producción del resultado. Mientras que en los supuestos comisivos esto se comprueba mediante la mera constatación de un nexo causal entre el comportamiento y el resultado, en los delitos omisivos -en los que tal nexo no existe- se acude a un juicio hipotético en el que se toma como base la acción omitida. En segundo lugar, y tanto para quienes adoptan como correctivo de la causalidad el criterio del comportamiento alternativo ajustado a Derecho como para los partidarios del criterio del incremento del riesgo, la imputación del resultado a la omisión implica, de nuevo, la utilización de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la

<sup>76</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, E. “Causalidad, omisión e imprudencia”, cit., pp. 15-16.

<sup>77</sup> Véase exposición y crítica en GIMBERNAT ORDEIG, E., “La causalidad en la omisión impropia y en la llamada omisión por comisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2003, pp. 49-61; del mismo, *La causalidad en la omisión impropia...*, cit., pp. 28-42.

<sup>78</sup> Véase exposición y crítica en GIMBERNAT ORDEIG, E., “La causalidad en la omisión impropia y en la llamada omisión por comisión”, cit., pp. 65-75.

certeza, ya que es justamente su ausencia lo que determina que el riesgo se acabe realizando en el resultado<sup>79</sup>.

Desde esta perspectiva, además de confundirse planos que han de estar perfectamente delimitados, el hecho de que el delito se cometa de forma comisiva o en comisión por omisión puede, sorprendentemente, modificar de modo sustancial la punición del sujeto. Piénsese en el caso del sujeto encargado de cerrar las compuertas de la presa para evitar que se desborde el agua embalsada y se produzca una inundación. La aplicación de la fórmula de la “cuasicausalidad” llevaría a negar la existencia del presupuesto mismo de la imputación si se constata que, aunque se hubiesen cerrado las compuertas, no es totalmente seguro que se hubiera evitado el resultado. Si, por el contrario, lo que hace el sujeto es abrir las compuertas que estaban cerradas, permitiendo así que se desborde el agua embalsada y que se produzca una inundación, no cabe duda de que concurre la causalidad activa, y la solución de impunidad dependerá, como señala SILVA SÁNCHEZ, de la relevancia que cada autor atribuya al hecho de que el resultado se hubiera producido igual aun con un comportamiento ajustado a Derecho<sup>80</sup>.

Y es que, la pretendida cuasicausalidad omisiva no puede equivaler en modo alguno a la causalidad activa. En los supuestos de comisión por omisión el equivalente funcional de la causalidad viene dado por la vulneración del compromiso asumido por el sujeto de actuar a modo de barrera de contención de un riesgo. La posición del sujeto, en estos casos, actúa como equivalente funcional de la causalidad activa, tanto en la fundamentación del injusto<sup>81</sup> como presupuesto de la imputación del resultado<sup>82</sup>.

La causalidad hipotética de la omisión no tiene nada que ver, pues, con la causalidad activa, ni constituye su equivalente. Por lo que su lugar, estará, en su caso, entre los criterios de la imputación objetiva utilizados

<sup>79</sup> Ejemplificativa de este proceder es la posición de GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2003, pp. 483 y 485.

<sup>80</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 262.

<sup>81</sup> Sobre la fundamentación del injusto en los delitos de comisión por omisión véase ampliamente RODRÍGUEZ MESA, M.J., *La atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión*, Pamplona, 2005, capítulo segundo.

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 264.

para constatar la realización del riesgo no permitido en el resultado<sup>83</sup>. Tales criterios se han ido configurando a partir de su concreción en los diferentes supuestos problemáticos agrupados normalmente en tres grandes constelaciones de casos: comportamientos alternativos ajustados a Derecho, supuestos de concurrencia de riesgos y los casos de resultado sobrecondicionado<sup>84</sup>. Todos ellos con especiales particularidades cuando de lo que se trata es de imputar el resultado a una conducta omisiva. Precisamente en esas particularidades es donde me voy a detener.

## 5.2 La relación de riesgo. Criterios de delimitación

Una vez constatada la existencia de una omisión típica (generadora, en los términos señalados anteriormente, de un riesgo relevante en el sentido de una peligrosidad *ex ante* que sobrepasa el riesgo permitido) y la producción de un resultado típico, debe analizarse –al igual que ocurre en los delitos comisivos– la cuestión relativa a la imputación del resultado.

Para poder imputar un resultado a su autor, la doctrina reclama junto a la causalidad –o, incluso en su sustitución–, la constatación de un nexo específico entre la conducta y el resultado, de modo que el resultado pueda ser considerado la realización del riesgo penalmente relevante creado por el autor. En el caso concreto de la omisión, la realización del riesgo en el resultado implica la realización del peligro que la norma de cuidado asumida por el sujeto tenía por finalidad evitar. La constatación de la relación de riesgo<sup>85</sup> implica, por tanto, que el resultado concretamente

acacido encaje en el fin de protección de la norma, es decir, que coincida con la clase de causación de resultados que precisamente pretende evitar la norma de cuidado infringida<sup>86</sup>.

Para la imputación del resultado típico no basta pues, que con la omisión se haya creado normativamente un riesgo relevante y que, además, ese riesgo sea de aquellos que la norma de cuidado infringida tenía como función evitar. Es preciso, además, que sea ese riesgo –y no otro– el que se concreta en el resultado. De este modo no se puede imputar el resultado de un delito de homicidio a la madre cuyo hijo muere a consecuencia de un accidente de la ambulancia que lo trasladaba al hospital para tratarle de la situación de desnutrición en que lo había colocado la madre al no proporcionarle alimento. No es el riesgo que se pretendía evitar con la norma de cuidado infringida el que finalmente se produce en el resultado.

Determinante para la imputación objetiva es, pues, establecer si la omisión generadora de un riesgo no permitido de quien se había comprometido a neutralizar determinados riesgos puede considerarse o no como realizada en el resultado penalmente relevante. Es obvio que desde esta perspectiva, los criterios de imputación han de ser idénticos para la acción y la omisión.

### 5.2.1 El recurso a procesos causales hipotéticos

A juicio de un amplio sector de la doctrina, la determinación de si un riesgo se ha realizado o no en el resultado sólo puede llevarse a cabo mediante el empleo de cursos causales hipotéticos<sup>87</sup>; es decir, imaginándose que hubiera ocurrido si el autor se hubiera comportado de una manera

<sup>83</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 264.

<sup>84</sup> Véase ÍÑIGO CORROZA, M.E., *Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, Barcelona, 2001, pp. 323-324, en especial nota 832.

<sup>85</sup> No es pacífica la cuestión relativa a como deba ser denominada la relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado típico para que éste pueda ser imputado a la conducta del autor. Ampliamente sobre el particular REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1994, pp. 196-199. De relación de riesgo hablan SILVA SÁNCHEZ ("Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 27 de enero de 1984), *La Ley*, 4, 1984, p. 144) y CORCOY BIDASOLO (*El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 379 y ss. Utiliza esta misma expresión LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid, 1999, p. 383.

<sup>86</sup> En este sentido señala PAREDES CASTAÑÓN (*El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., p. 230) como al igual que en los delitos comisivos, la norma de cuidado infringida en los delitos de comisión por omisión tiene por objeto la realización de una acción que mantenga la conducta peligrosa dentro del marco de lo permitido. Próximo SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Los delitos de omisión Concepto y Sistema*, cit., p. 258.

<sup>87</sup> Como señala REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, cit., p. 231), una vez reconocida ampliamente la ineptitud de la *conditio sine qua non* y aceptada la necesidad que el Derecho penal tiene de diferenciar entre los conceptos de causalidad e imputación, ha vuelto a tomar importancia la propuesta de recurrir al empleo de cursos causales hipotéticos, pero esta vez como mecanismo para establecer si un riesgo desaprobado se ha realizado o no en el resultado.

diferente a como lo hizo. En el ámbito de los delitos imprudentes, la doctrina dominante piensa que falta la relación de riesgo cuando con seguridad, probabilidad, o posiblemente, el resultado concreto también se hubiera producido con el comportamiento conforme a Derecho.

Para los partidarios de la tesis de la evitabilidad, el resultado sólo es imputable a la omisión si, añadida mentalmente la realización de la acción indicada, se hubiera evitado la producción del resultado concreto con una probabilidad rayana en la certeza o incluso con seguridad absoluta. Si entre la conducta omisiva (generadora de un riesgo no permitido) y el resultado ha de existir una específica relación, de tal modo que el resultado acaecido sea la manifestación de la lesión de la norma de garante, habrá que negar en el supuesto concreto la existencia de dicha relación cuando, desde una perspectiva *ex post*, el resultado también se hubiera producido -probablemente o con certeza- con la realización de la acción omitida.

Aplicando este criterio, el Tribunal Supremo Español considera que no hay relación de riesgo -y en consecuencia imputación- entre la muerte dolosa de un recluso a manos de otro y la infracción del deber de protección de los internos por parte de los funcionarios de la prisión, puesto que no resulta posible "establecer que, de haberse cumplido dicha normativa (Ley y Reglamento penitenciario), la muerte de la víctima no se hubiera producido"<sup>88</sup>. Se afirma, sin embargo, la relación de riesgos entre la muerte de varios obreros que caen al vacío al precipitarse sobre ellos una grúa situada a una altura inadecuada con respecto al lugar en el que se encontraba, y la ausencia de barandillas, cinturones de seguridad o redes, pues "cualquiera que sea la causa de la caída al vacío de los obreros... la misma puede ser evitada con la presencia de barandillas, cinturones, redes..."<sup>89</sup>.

Frente a estos supuestos medianamente claros existen otros en los que es imposible determinar, ni siquiera con una probabilidad rayana en la certidumbre, que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado. Es el caso, por ejemplo, del padre que no lleva a su hijo gravemente enfermo al hospital, sin que posteriormente pueda establecerse claramente la relación entre la falta de asistencia sanitaria y el fallecimiento del niño. Para estos supuestos, en los que el juicio acerca del grado de

probabilidad o certeza presenta serias dificultades de prueba, la doctrina -siguiendo en este punto un razonamiento inverso al del "incremento del riesgo"- considera que el riesgo se ha realizado en el resultado cuando se prueba que la acción omitida hubiera sido apropiada para disminuir el riesgo de producción del resultado.

Ambos criterios, en cuanto implican el recurso a procesos causales hipotéticos, no son válidos para constatar la necesaria relación de riesgo que ha de existir entre la omisión -y no la acción omitida- y el resultado finalmente acaecido.

Todavía, y para quienes admitan que mediante la omisión se puede crear -al menos normativamente- un riesgo no permitido, es posible acudir para la constatación de la realización del riesgo en el resultado al criterio del incremento del riesgo tal y como fuera formulado por ROXIN para la imputación del resultado en los delitos imprudentes. Pero esta teoría, al igual que la anterior, se asienta sobre cursos causales hipotéticos<sup>90</sup>.

#### 5.2.2 La determinación de la relación de riesgo mediante el empleo de procesos causales reales. La realización del riesgo inherente a la omisión

- A) La valoración fáctica (*ex post*) de la relación existente entre el riesgo no permitido creado (normativamente) a través de la omisión (*ex ante*) y el concreto resultado producido

Al igual que ocurre en los delitos comisivos, sólo podrá afirmarse la existencia del nexo de riesgo cuando sea el riesgo creado -en este caso, a través de la omisión-, y no otro, el que se concrete en el resultado producido. Así, tanto en el supuesto del médico que negligentemente opera a su paciente como en el de su colega que, también negligentemente omite la necesaria operación, lo relevante no es preguntarse que hubiera ocurrido de haberse actuado negligentemente en el primer caso o de haber realizado la acción indicada en el segundo. Lo realmente trascendente tanto en un caso como

<sup>88</sup> STS de 21 de julio de 1993.

<sup>89</sup> STS de 30 de marzo de 1990.

<sup>90</sup> Véanse al respecto REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva*, cit., p. 246; MARTÍNEZ ESCAMILLA; M., *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 221; CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 503; y LARRAURI PIJOÁN, E., "Notas para una discusión sobre la imputación objetiva", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 749.

otro a los efectos de constatar el nexo de riesgo, es comprobar que ha sido el riesgo no permitido creado mediante la intervención negligente o a través de la omisión -y no otro- el que se ha realizado efectivamente y sin duda en el resultado típico; esto es, si el riesgo desestabilizado a través de la omisión ha causado con seguridad el resultado<sup>91</sup>.

Para ello habrá que comprobar que el riesgo relevante convertido en no permitido mediante la omisión es el que, sin duda alguna, causa el resultado. En la mayoría de los casos no será difícil constatar si el resultado lo ha causado o no con todo seguridad un foco de peligro que el omitente ha convertido en no permitido al no aplicar las medidas de precaución a las que previamente se había comprometido.

Así, en el ejemplo del niño enfermo cuyo padre omite llevar al hospital, lo que hay que preguntarse no es si el resultado se habría producido igualmente en caso de haber recibido asistencia médica. Lo importante en este caso es determinar si el fallecimiento del niño se debe al riesgo creado -en este caso desestabilizado- por el padre a través de su conducta omisiva. La omisión del padre es peligrosa en cuanto que dada la situación de gravedad del hijo el no recibir la asistencia médica adecuada es idónea, desde una perspectiva *ex ante*, para desestabilizar el riesgo que supone la enfermedad: para pasar de un riesgo tolerado a un riesgo no permitido. Sin embargo, si desde una perspectiva *ex post* se comprueba que no existe relación entre el fallecimiento y el riesgo creado por la falta de asistencia médica -porque, por ejemplo, se trata de un virus mortal para el que no existe tratamiento-: en tal caso no se puede decir que haya sido el riesgo no permitido creado a través de la omisión -el riesgo para la vida derivado de la falta de asistencia médica- el que se ha realizado en el resultado, sino el riesgo que para la vida supone un virus mortal.

Aquí, el riesgo que -*ex post*- causa el resultado es absolutamente independiente del riesgo creado -normativamente y desde una perspectiva *ex ante*- a través de la omisión. Esta circunstancia fáctica, derivada exclusivamente del análisis de lo acontecido, impide ya la posibilidad de establecer la relación de riesgo que permitiría imputar al padre en comisión por omisión el resultado consistente en la muerte del niño.

Para los partidarios de la teoría de la evitabilidad el ejemplo anterior vendría a ratificar la viabilidad de tal criterio, ya que mediante la determinación del curso causal real se llega a una solución idéntica a la que

<sup>91</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", cit., p. 45.

se habría llegado con la utilización de cursos causales hipotéticos. Sin embargo, el hecho de que en este supuesto concreto la solución hubiera sido la misma en todo caso, no significa que los razonamientos -basados en cursos causales hipotéticos o reales- sean intercambiables. Imagínese el caso del padre que, habiéndose comprometido a dar diariamente a su hijo pequeño las pastillas que le permiten seguir con vida, deja de dárselas, produciéndose como era previsible la muerte del pequeño. Las comprobaciones posteriores ponen de manifiesto que, por un error de laboratorio, las píldoras que el niño tenía que haber tomado carecían del prescriptivo efecto terapéutico, de modo que hubiera muerto también en el caso de que el padre hubiese actuado de acuerdo al compromiso adquirido. En este caso, y aunque no se puede decir que el comportamiento alternativo correcto habría evitado el resultado -ni siquiera que habría disminuido el riesgo de su producción- parece que sí se da la base para la posterior afirmación de la relación de riesgo: y ello, porque a diferencia del supuesto anterior, aquí es el riesgo creado por el padre -y no el creado por el laboratorio farmacéutico, en su caso- el que se produce en el resultado.

Se puede observar que tanto en este caso como en el anterior, la imputación o no imputación del resultado no depende de lo que habría ocurrido de haber seguido el autor un comportamiento alternativo correcto; esto es, de haber realizado la acción omitida. A efectos de imputación no es relevante lo que hubiera sucedido, sino lo que ha sucedido y si precisamente eso lo que la norma infringida quería evitar. Lo decisivo debe ser si el resultado encaja o no en el fin de la norma por realizar el riesgo típico inicial -mayor ya que el permitido- de la conducta omisiva; y si el concreto resultado, como ocurre en el primero de los ejemplos, no guarda relación con esa peligrosidad inicial no habrá imputación objetiva<sup>92</sup>.

B) La valoración normativa de los riesgos concurrentes: la relación entre el resultado y el fin de protección de la norma de conducta

El hecho de que desde una perspectiva fáctica se constate que el riesgo creado a través de la omisión ha sido el causante o cocausante del resultado no es suficiente para afirmar la existencia de la relación de riesgo que precisa la imputación del resultado. Es preciso resolver, además, si el riesgo determinante del resultado es normativamente reconducible a la conducta omisiva del sujeto de tal manera que podamos decir que ha

<sup>92</sup> LUZÓN PEÑA; D., *Curso de Derecho penal. Parte General*, I, cit., p. 386.

sido dolosa o imprudentemente creado. Para ello, como advierte MARTÍNEZ ESCAMILLA, no basta un estudio fáctico del suceso, sino que éste deberá ser analizado desde un prisma valorativo<sup>93</sup>.

La determinación de la relación de riesgos implica en todo caso –y no sólo, como pretende la doctrina mayoritaria, en los supuestos concretos que no han quedado solucionados atendiendo a los tradicionales criterios de imputación- determinar si el riesgo creado por el sujeto es consecuencia de la infracción de una norma de conducta penal, y si es de aquella clase de riesgo que la norma de conducta penal pretendía evitar. Desde esta perspectiva, pues, el criterio de la realización del riesgo no es más que un subcriterio del criterio más amplio del fin de protección de la norma<sup>94</sup>.

El fin de protección de la norma es, pues, criterio decisivo –y no meramente complementario del de evitabilidad o incremento del riesgo- en la resolución de los problemas de la realización del riesgo. La imputación del resultado exige que éste sea el reflejo del desvalor de acción; es decir, la materialización del riesgo en virtud del cual se prohíbe u ordena la conducta<sup>95</sup>. En la relación que a nosotros nos interesa de lo que se trata es de poner en contacto el resultado con un elemento eminentemente normativo: la infracción del deber de cuidado, que en el caso de la omisión tiene el mismo objeto que el deber de garante: la realización de una acción que mantenga la conducta peligrosa dentro del riesgo permitido<sup>96</sup>. Por consiguiente habrá que comprobar que el resultado concretamente causado encaje en el fin de protección de la norma: que coincida con el tipo de causación de resultados que tenía por finalidad evitar la concreta medida de cuidado lesionada.

El cuidado debido –o más exactamente las concretas medidas de cuidado- no se entienden aquí de manera autónoma, sino como deberes

<sup>93</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, cit., pp. 263-264.

<sup>94</sup> En este sentido LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte General*, I, cit., p. 383, y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 171.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 264. Véase asimismo GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1996, pp. 142-143.

<sup>96</sup> Véanse al respecto GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La causalidad en la omisión impropia*, cit., p. 52; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 258; y PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., pp. 230-231 y 238.

derivados de la norma de conducta<sup>97</sup>. Desde esta perspectiva de lo que se trata es de determinar la finalidad específica que cumple el concreto deber de actuar o de abstenerse derivado en el seno del fin más amplio de la norma de conducta dirigida a impedir que con la propia actuación se superen determinados niveles de riesgo.

Por lo que se refiere a los delitos de comisión por omisión, el deber de realizar la acción indicada (deber positivo derivado de la norma de conducta), cuya infracción es lo que convierte al comportamiento pasivo en omisión, persigue impedir –al igual que en los delitos comisivos- que el riesgo creado –en el caso de la omisión “normativamente creado”- no supere determinados límites: que no exista peligro alguno de producción de un resultado disvalioso o que, si existe, esté bajo control<sup>98</sup>. Si el riesgo que causa el resultado no es uno de los que, en el caso concreto, se querían evitar con el establecimiento del deber positivo (derivado de la norma de conducta) de realizar la acción indicada, habrá que negar la existencia de una relación de riesgo; y en consecuencia la posibilidad de imputar el resultado finalmente acaecido a la conducta omisiva peligrosa (desvalor de omisión).

La utilización del criterio del fin de protección de la norma para la constatación de la realización del riesgo en el resultado, permite negar la imputación del resultado en supuestos en los que las teorías de la evitabilidad o del incremento del riesgo habrían afirmado la realización del riesgo en el resultado. Veámoslos con un ejemplo:

El encargado de la seguridad de una central nuclear que, en contra del compromiso asumido, no desconecta los reactores. Como consecuencia de la omisión se produce una avería en el reactor principal creándose un importante riesgo de emisión de partículas nocivas para la salud de las personas. El reactor es reparado por el equipo de mantenimiento de la central sin que llegue a producirse la temida emisión, pero durante las tareas de reparación mueren dos obreros al desprenderse de sus anclajes la plataforma en la que se encontraban trabajando.

Se trata éste de un típico caso de riesgos concurrentes no independientes entre sí, pues es obvio que si el encargado de seguridad hubiera

<sup>97</sup> Véase PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., pp. 147-150.

<sup>98</sup> Véase al respecto PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, cit., p. 238.

desconectado los reactores, es seguro que el accidente laboral no se habría producido. Desde esta perspectiva tanto los partidarios de la teoría de la evitabilidad como los seguidores de la tesis del incremento del riesgo afirmarían la existencia de una relación de riesgo<sup>99</sup>. Frente a ello, hay que sostener, sin embargo, que en el ejemplo propuesto falta la relación entre el riesgo creado a través de la conducta omisiva y el resultado. En este caso, el resultado -en la forma concreta en que se ha producido- no es la realización o concreción del riesgo que se pretendía evitar mediante la realización de la indicada: la obligación de desconectar los reactores (acción indicada) forma parte -o se deriva- de la obligación más amplia de procurar el correcto funcionamiento de la instalación -mediante el mantenimiento o instauración de las pertinentes condiciones de seguridad- a fin de evitar que puedan producirse escapes radiactivos nocivos para la salud y la vida de las personas (norma de cuidado). La muerte de los obreros durante la reparación de la avería no es uno de los concretos resultados que la norma de cuidado (de la que forma parte la acción indicada) pretendía evitar y por eso tal resultado no se le puede imputar a la omisión como obra de su peligrosidad, sino que su producción se debe al azar o a la aparición de otros procesos peligrosos.

Al igual que en el caso del ejemplo, también en otros supuestos problemáticos, el criterio del fin de protección de la norma nos va a permitir determinar la relación de riesgo en los supuestos de conducta alternativa a Derecho y cursos causales anómalos sin necesidad de acudir a otros criterios cuya aplicabilidad es bastante dudosa cuando se trata de imputar el resultado a una omisión: concretamente me estoy refiriendo al juicio de causalidad hipotética y al criterio de la reducción del riesgo.

En cualquier caso muchos de los problemas que plantean los supuestos de concurrencia de riesgos no son tanto un problema de imputación objetiva como de autoría y participación<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Para los partidarios de la teoría de la evitabilidad esto es suficiente para afirmar la relación de riesgo y, en consecuencia, para imputar el resultado a la conducta omisiva del encargado de seguridad. Aún más clara sería la imputación para los seguidores de la tesis del incremento del riesgo, pues es obvio que la omisión ha incrementado el riesgo de accidente laboral.

<sup>100</sup> Sobre autoría y participación en comisión por omisión véase ampliamente RODRÍGUEZ MESA, M.J.: "Autoría y participación en comisión por omisión", en Donna (dir.), *Revista de Derecho Penal*, nº 1, Buenos Aires, 2006, pp. 179 y ss.; de la misma, *La atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión*, cit, capítulo quinto.

## Seguridad ciudadana y seguridad jurídica\*

Juan Bustos Ramírez\*\*

### RESUMEN

*El concepto de seguridad ciudadana en un Estado de Derecho, debe tener como referente al ciudadano y sus libertades. Sin embargo, el panorama actual revela que dicho concepto ha perdido amplitud y ha pasado a identificarse con un aspecto de la política criminal: el relacionado con la llamada "violencia de la calle". En esta medida el Estado ha sustituido las políticas sociales, económicas y culturales, por la política criminal, lo que ha generado, entre otras consecuencias, el auge de los planteamientos del Derecho penal del enemigo. Así, el Derecho penal se convierte en instrumento de pura coacción y violencia, y los conceptos de "seguridad ciudadana" y de "seguridad jurídica" entran en contradicción. Frente a este diagnóstico el autor propone que el Estado dé respuestas a los excluidos, desarrolle políticas sociales, económicas y culturales, y propicie formas de mediación comunitaria para la resolución de los conflictos.*

\* Conferencia pronunciada en la Universidad Eafit, en el marco de las II Jornadas de Derecho Penal. Medellín, septiembre de 2004.

\*\* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Chile.