

# La comisión por omisión en el derecho penal español\* \*\*

Luis Gracia Martín

Dedicado a mi querido y entrañable amigo  
Agustín Coronil.

## I. CONCEPTO DE COMISIÓN POR OMISIÓN DEL QUE SE PARTE

Como es bien sabido los llamados delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión<sup>1</sup> plantean desde el principio agudos problemas de compatibilidad con el principio de legalidad y, por consiguiente, con uno de los postulados fundamentales del Estado de dere-

\* Publicado originalmente en *La comisión por omisión*, obra de la serie *Cuadernos de Derecho Judicial*, coordinada por E. GIMBERNAT, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

\*\* *Abreviaturas utilizadas*: A = Aranzadi; *ADPCP* = Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *AP* = Actualidad penal; *C. C.* = Código Civil; *C. P.* = Código Penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *Fest.* = Festschrift; *JZ* = Juristenzeitung; *LK-StGB* = Leipziger Kommentar, 11ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1993; *n.* = nota a pie de página; *NEJ* = Nueva Enciclopedia Jurídica Seix; *PJ* = Poder judicial; *SK-StGB* = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6ª ed., Frankfurt a. M., Alfred Metzner Verlag., 1993; *STS* = Sentencia del Tribunal Supremo; *wistra* = Zeitschrift für Steuer-Wirtschafts-und Strafrecht. Los tratados, manuales, comentarios y monografías, se citan la primera vez con su referencia bibliográfica completa, y a partir de la segunda, mediante la abreviatura indicada en la primera cita y remisión, entre paréntesis, a la nota a pie de página en que la obra se citó por primera vez.

<sup>1</sup> Con esta terminología se alude a la distinción entre esta clase de delitos y los delitos de omisión pura; véase sobre ello la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1986, págs. 314 y ss.

cho<sup>2</sup>, dado que, según la opinión mayoritaria, se trata de delitos que no están regulados legalmente o, al menos, no lo están de un modo expreso o explícito<sup>3</sup>. Estos problemas de legalidad de los llamados delitos de comisión por omisión estarían asociados, según una opinión muy extendida, a las dificultades de construcción o de elaboración dogmática del tipo de tales delitos<sup>4</sup>.

Problemática es ya la misma definición de lo que es comisión por omisión<sup>5</sup>. En el derecho penal español, como en el resto de los ordenamientos jurídico-penales, el comportamiento humano punible puede ser uno activo o puede consistir en una omisión. Según el artículo 1º de nuestro Código Penal: "Son delitos o faltas las *acciones* y *omisiones* dolosas o culposas penadas por la ley". En la ciencia del derecho penal se considera, por ello, que una primera clasificación de los delitos es la que distingue entre delitos de acción y delitos de omisión<sup>6</sup>. Esta clasificación, sin embargo, no me parece correcta si con ella se pretende abarcar a *todos* los delitos. El concepto de delito es único, mientras que la acción y la omisión son dos tipos de comportamiento distintos idóneos para realizar el delito<sup>7</sup>. En rigor, por lo tanto, solo podría ser válida la expresión "delitos de acción" para designar a aquellos que única y exclusivamente pueden ser realizados mediante una conducta positiva, es decir: por una acción y, por lo mismo, de delitos de omisión únicamente cabría hablar en relación con aquellos que única y exclusivamente pueden realizarse mediante una omisión. Hay delitos, sin embargo, que pueden realizarse tanto mediante una acción como por una omisión y por ello no puede decirse que sean ni delitos de acción ni delitos de omisión en sentido estricto. Es en estos delitos donde, a mi juicio, se inscribe la llamada comisión por omisión. No obstante, aún es preciso realizar aquí una ulterior distinción en la misma comisión por omisión. Pues en algunos casos el mismo legislador ha descrito con precisión en el precepto legal la omisión típica junto a la modalidad activa de realización del delito. En la mayor parte de los casos, sin embargo, no lo ha hecho así, y entonces es tarea de la doctrina y de la jurisprudencia la de interpretar los tipos delictivos a fin de determinar si, igualmente que la conducta activa, la omisión es una modalidad de comportamiento idónea para realizar el tipo. El concepto de comisión por omisión en sen-

tido estricto debe reservarse, a mi juicio, para estos últimos casos<sup>8</sup>, y este es el sentido en que emplearé el concepto en la exposición que voy a desarrollar.

## 2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA DOCTRINA MAYORITARIA

1. La doctrina mayoritaria requiere la posición de garante como elemento fundamental de la comisión por omisión.

A) La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico<sup>9</sup>. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un *deber jurídico específico de evitación del resultado*<sup>10</sup>. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa<sup>11</sup>. La mayor parte de los autores fundamentan la posición de garante en la *teoría formal del deber jurídico*. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales<sup>12</sup>, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 348 y s.

<sup>9</sup> De entre las muchas caracterizaciones de la posición de garante selecciono aquí como representativa de la doctrina española la que sugieren COBO, DEL ROSAL BLASCO, *Código Penal comentado*, Madrid, Ed. Akal, 1990 (cit. CPCOM), pág. 760: "es necesario que respecto del bien jurídico, el omitente se encuentre en una posición tal que le obligue, frente a la comunidad, a garantizar la integridad o la salvaguarda de dicho bien jurídico, es decir, es necesario que, frente al bien jurídico, el sujeto se encuentre en una posición de garante".

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. Parte general, 16ª ed., Madrid, Ed. Dykinson, 1993 (cit. PG, 16ª ed.), pág. 387; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Ed. Civitas, 1985 (cit. TJD), pág. 591; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*. Parte general II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1985 (cit. PG II, 2ª ed.), pág. 265; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Ed. Civitas, 1978 (cit. PG), págs. 310 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal*. Parte Especial I. *Delitos contra las personas*, 2ª ed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991 (cit. PE I, 2ª ed.), pág. 10; COBO, CARBONELL, en COBO, VIVES, BOIX, ORTOS, CARBONELL, *Derecho penal*. Parte especial, 3ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1990 (cit. PE, 3ª ed.), págs. 506 y s.; CARBONELL, GONZÁLEZ, CUSSAC, en VIVES, BOIX, ORTOS, CARBONELL, GONZÁLEZ, *Derecho penal*. Parte especial, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. PE), pág. 504; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*. Parte General, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. PG), pág. 227.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387.

<sup>12</sup> Véase ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Ed. Akal, 1986 (cit. PG, 2ª ed.), pág. 195; COBO, VIVES, *Derecho penal*. Parte general, 3ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1990 (cit. PG, 3ª ed.), pág. 304; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCOM (n. 9), pág. 760; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), págs. 265 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), págs. 387 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 592 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

<sup>13</sup> Véase la STS de 10 diciembre 1982 (A. 7.398): la omisión está "integrada por un específico deber de actuar, derivado de un precepto o mandato jurídico (ley, norma, contrato, etc.), o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente, que le coloca en situación de garante". SSTS 31 enero 1986 (A. 211), 23 marzo 1988 (A. 2081), 13 diciembre 1988 (A. 8505).

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, la exposición, con referencias, de MIR PUIG, *Derecho penal*. Parte general, 3ª ed., Barcelona, PPU, 1990 (cit. PG, 3ª ed.), págs. 327 y ss.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, las referencias de MIR PUIG, como n. 2.

<sup>4</sup> Como, con razón, estima ROMEO CASABONA, en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje a la memoria del prof. dr. D. Juan del Rosal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (cit. Homenaje a del Rosal), págs. 926 y ss. y en GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WÖLTER (edit.), *Omisión e 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 (cit. Homenaje a Roxin), pág. 34.

<sup>5</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 319 y ss.

<sup>6</sup> Así, en las partes generales del derecho penal, el tipo de los delitos de acción y el tipo de los de omisión se estudian en capítulos diferentes.

<sup>7</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1990 (cit. EDP, 3ª ed.), págs. 186 y s.

a) Como posiciones de garante que tienen su fuente en la ley se reconocen sobre todo las que emanan de la estrecha relación familiar. De preceptos como los artículos 68, 154.1 y 155 del Código Civil<sup>14</sup> deduce la opinión dominante la existencia de una posición y deber de garante para los padres, hijos y cónyuges en relación con la vida de sus correspectivos y, por tanto, el deber de impedir la muerte o lesiones corporales del familiar<sup>15</sup>. Esta opinión se refuerza, además, con el argumento de la existencia del tipo agravado del parricidio y del carácter agravante de la circunstancia de parentesco del artículo 11 en los delitos contra las personas, cuyo fundamento radicaría en que el atentado de un pariente a otro supondría, además de la lesión del bien jurídico, una infracción de aquellos deberes específicos determinante de una mayor gravedad de lo injusto<sup>16</sup>. Como posiciones de garante emanadas de la ley se mencionan también las que derivan de la regulación legal de determinadas profesiones, como la del médico con respecto a la vida de sus pacientes<sup>17</sup>, o la del funcionario, con especial referencia a la del funcionario de prisiones con respecto a la vida de los reclusos<sup>18</sup>.

b) La aceptación voluntaria y contractual de un deber de actuar determina también para la doctrina dominante el surgimiento de una posición de garante<sup>19</sup>. En la jurisprudencia<sup>20</sup> se atribuye esta categoría de posición de garante, por ejemplo, al *guardabarreras*<sup>21</sup>,

<sup>14</sup> Según el art. 68 del C. C. "Los cónyuges están obligados a ... *socorrerse mutuamente*"; según el art. 154.1 del C. C. "La patria potestad ... comprende los siguientes deberes: 1º) Velar por los hijos..."; según el art. 155 del C. C. "Los hijos deben ... *respetarles (a sus padres)* siempre". El art. 143 del C. C., por su parte, establece el deber de alimentos entre cónyuges y entre ascendientes y descendientes.

<sup>15</sup> STS 30 junio 1988 (A. 5387); 28 marzo 1989 (A. 2746); BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12; GONZÁLEZ RUS, en CARMONA, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS, POLAINO, *Manual de derecho penal*. Parte especial, I, Delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil, la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993 (cit. PE I), pág. 16; RODRÍGUEZ, DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), pág. 592; MUÑOZ CONDE, PG (n. 10), pág. 228.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*. Parte general I, Introducción. Teoría jurídica del delito I, 4ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1994 (cit. PG I, 4ª ed.), pág. 359 y nota 65; *Curso de derecho penal español*. Parte general II, Teoría jurídica del delito, 2, Madrid, Ed. Tecnos, 1990 (cit. PG II), pág. 148; GUALLART DE VIALA, NEJ Seix, t. XVIII, 1986, pág. 928; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 16; implícitamente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte especial, 9ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. PE, 9ª ed.), pág. 26.

<sup>17</sup> Véase BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

<sup>18</sup> Que se fundamentaría en lo dispuesto, entre otros preceptos, por el art. 5.3 del Reglamento penitenciario: "La administración penitenciaria velará por la vida ... de los internos". Así, MUÑOZ CONDE, PE, 9ª ed. (n. 16), pág. 72. Sobre la problemática de la posición de garante del funcionario penitenciario, desde perspectivas materiales, SILVA SÁNCHEZ, CPC, núm. 38, 1989, págs. 368 y ss. y DIEZ RIPOLLÉS, CPC, núm. 30, 1986, págs. 628 y ss.

<sup>19</sup> Véase COBO, VIVES, PG, 3ª ed. (n. 12), pág. 304; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCCom (n. 9), pág. 760; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), págs. 265 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), págs. 387 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 592 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

<sup>20</sup> Véase M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 990 y ss.

<sup>21</sup> STS 13 junio 1981 (A. 2653); la compañía de ferrocarriles transfirió al procesado la custodia de un paso a nivel sin guarda, por lo que este asumió así, *contractualmente*, la posición de garante. Más información en M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 990 y ss.

al *encargado de línea eléctrica*<sup>22</sup> o a los *directores de obras*, como arquitectos y aparejadores<sup>23</sup>. En la doctrina se mencionan como ejemplos típicos de posición de garante por asunción contractual al *socorrista de la playa* o de la piscina<sup>24</sup>, al *guía alpino* que asume garantía de seguridad de los excursionistas<sup>25</sup> o al sujeto que se ha obligado contractualmente a vigilar la ejecución de unas obras<sup>26</sup>.

c) Se atribuye, por último, una posición de garante surgida de un actuar precedente (injerencia) a quien, a consecuencia de tal actuar, ha provocado una situación de peligro para la vida de otro<sup>27</sup>. Se discute intensamente, sin embargo, acerca del tipo de relación subjetiva que ha de existir entre el que creó el peligro y este para que pueda serle atribuida la posición de garante por actuar precedente. La cuestión se plantea y discute con miras, sobre todo, a la delimitación del homicidio por omisión del tipo agravado de omisión del deber de socorro del párrafo tercero del artículo 489 *ter* por haber sido el omitente del auxilio debido el causante del accidente para la víctima de la omisión de socorro<sup>28</sup>. La opinión doctrinal es prácticamente unánime en el sentido de atribuir posición de garante a quien creó el peligro *voluntariamente*<sup>29 y 30</sup>. Para algunos

<sup>22</sup> STS 17 febrero 1982 (A. 669); el procesado, que desempeñaba el cargo de jefe del Distrito de Hidroeléctrica Española S. A. asumió "una posición de garante ... que tenía su fuente en el *contrato* pactado con la compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado". Vid. además, SSTS de 5 julio y 22 diciembre 1990 (A. 6239 y 10004). Más información en M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 993 y ss.

<sup>23</sup> SSTS de 28 septiembre 1987 (A. 6646), 30 mayo 1988 (A. 4116), 15 mayo 1989 (A. 6738). Más información en M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 997 y ss.

<sup>24</sup> Véase LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, en COBOS, LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS, *Manual de derecho penal*. Parte especial I, Madrid, Ed. Akal, 1990 (cit. PE I), pág. 22.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, PG (n. 12), 2ª ed., pág. 195; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), págs. 311 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

<sup>26</sup> Véase RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 195; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 388; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), pág. 266; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 593 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 312; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), págs. 12 y s.; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCCom. (n. 9), pág. 760; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), págs. 16 y ss. Y en la jurisprudencia véanse las SSTS de 31 enero 1986 (A. 211), 23 marzo 1988 (A. 2081), 25 abril 1988 (A. 2922), 13 diciembre 1988 (A. 9505) y 28 marzo 1989 (A. 2746).

<sup>28</sup> Art. 489 *ter*: "Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido; la pena será de prisión menor".

<sup>29</sup> No me parece acertado hablar aquí, como hacen sin embargo la mayor parte de los autores, de creación *dolosa* del peligro, pues el dolo es conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Por ello me parece más adecuado hablar de creación *voluntaria o intencionada* del peligro, lo que como se verá luego tiene un valor más que terminológico.

<sup>30</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 341; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCCom. (n. 9), pág. 761; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), págs. 18 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), págs. 12 y s.; COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 765. STS 26 junio 1990 (A. 5679). BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*. Parte especial, 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1991 (cit. PE, 2ª ed.), págs. 86 y s., parece rechazar que surja posición de garante incluso cuando la creación del peligro (= producción del accidente en el art. 489 *ter*) sea intencionada. Cfr. luego *infra*.

autores también la creación *imprudente* del peligro hace surgir en todo caso la posición de garante<sup>31</sup>. La doctrina mayoritaria, en cambio, entiende que de la creación imprudente del peligro no surge nunca o no surge siempre la posición de garante, sino que da lugar únicamente a la agravación prevista por el tipo del párrafo tercero del artículo 489 *ter* de omisión de socorro a la víctima de accidente causado por el propio omitente<sup>32</sup>.

B) En un sentido dogmático la posición de garante tiene la naturaleza de una *característica objetiva de la autoría* del tipo de los delitos de comisión por omisión en general, y se considera por ello que estos tienen la naturaleza de delitos especiales<sup>33</sup>.

2. Ahora bien, como sucede en todo delito especial, la cualidad de la autoría —en nuestro caso la posición de garante— concurre en el sujeto con independencia de que actúe o no y de que, en caso de que actúe, la acción realizada sea típica. La posición de garante no cumple otra función que la de seleccionar a la clase de sujetos cuyas omisiones pueden realizar el tipo de comisión por omisión. Para la realización de este, por tanto, es precisa la concurrencia de ulteriores requisitos:

A) Al tipo del delito de comisión por omisión pertenece en primer lugar la llamada situación típica, que estará constituida por el *peligro* para el bien jurídico<sup>34</sup>. En segundo lugar se precisa la no realización de la acción de impedir el resultado<sup>35</sup>. Es necesario, en tercer lugar, que el sujeto tuviera la posibilidad de realizar la acción<sup>36</sup>. Y, por último, se precisa, como en el tipo de acción, la producción del resultado del delito.

<sup>31</sup> Así HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987 (cit. Problemas), págs. 178, 267 y ss.; COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 765; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 18; POLAINO NAVARRETE, PE I (n. 15), págs. 522 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 593 y ss.; también con matices QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal IV*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1967, págs. 429 y s. Esta tesis es acogida por la STS 25 abril 1988 (2922).

<sup>32</sup> Véase, ALAMILLO CANILLAS, *La solidaridad humana en la ley penal*, 1962, pág. 106; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1967, págs. 583 y s. (antes de la introducción del párrafo tercero del art. 489 *bs* anterior en el C. P.); RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, 1973, pág. 511; MUÑOZ CONDE, PE, 9ª ed. (n. 16), pág. 192; BUSTOS RAMÍREZ, PE, 2ª ed. (n. 30), pág. 86; QUERALT, *Derecho penal español*. Parte especial, 2ª ed., Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992 (cit. PE, 2ª ed.), pág. 162; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCOM (n. 9), pág. 761; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), págs. 12 y s.; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 342 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, núm. 24, 1984, pág. 578; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1988, págs. 571 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1970, pág. 726, pero desde una perspectiva que niega que la posición de garante sea elemento fundamentador del tipo de lo injusto de la comisión por omisión. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990 (cit. DPcir., 2ª ed.), págs. 174 y ss., niega que la posición de garante fundamente la responsabilidad por omisión, pero considera que en ciertos casos la creación *no dolosa* del peligro —“si el peligro estaba perfectamente controlado precisamente hasta que comienza la omisión” (loc. cit., pág. 175)— dará lugar a comisión por omisión: terrorista que deja olvidada en una oficina de correos una bomba que pensaba colocar en un banco y cuando se acuerda de ello no vuelve a recogerla.

<sup>33</sup> Así la doctrina dominante, véase, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, PE, 2ª ed. (n. 30), pág. 20; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), pág. 591; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 309; ROMEO CASABONA, *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 929, 935 y s.; *Homenaje a Roxin* (n. 4), págs. 37 y s., 44 y s.; MUÑOZ CONDE, PG (n. 10), pág. 227.

<sup>34</sup> Véase BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*. Parte general, 2ª ed., Madrid, Ed. Akal, 1990 (cit. PG, 2ª ed.), pág. 259.

<sup>35</sup> Véase BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), págs. 259 y s.; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 333, 345.

<sup>36</sup> Véase BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), pág. 260; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 334, 345.

Ahora bien, del mismo modo que en el delito de acción se exige una determinada relación interna entre acción y resultado<sup>37</sup>, en el tipo de comisión por omisión debe comprobarse también una determinada relación entre la producción del resultado y la omisión de la acción debida. Esta relación se establece mediante la exigencia de determinadas características a la acción omitida.

B) Entre omisión y resultado no puede existir ninguna relación de causalidad, entendida esta en el único sentido posible como causalidad material<sup>38</sup>. La opinión dominante y la jurisprudencia españolas, sin embargo, requieren una *causalidad hipotética* entre el resultado y la omisión. Para la comprobación de esta hipotética causalidad de la omisión se recurre a una fórmula mediante la que, emulando a la teoría de la equivalencia de las condiciones, se afirma que la omisión ha sido causa del resultado si *colocada mentalmente la acción esperada y no realizada por el omitente el resultado desaparece*<sup>39</sup>, lo que se comprueba mediante el juicio de que la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado *con una probabilidad rayana en la certidumbre*<sup>40</sup> o incluso con certeza absoluta<sup>41</sup>. Dado que estos juicios acerca del grado de probabilidad o de certeza, sin embargo, presentan a veces serias dificultades de prueba, la doctrina española más moderna, siguiendo a la alemana, exige para la *imputación*

<sup>37</sup> Entre acción y resultado tiene que existir, al menos, una relación de causalidad que, sin embargo, es insuficiente para dar lugar a la constitución del tipo. En la doctrina moderna la relevancia típica de la relación de causalidad se determina, por unos, mediante los criterios de la imputación objetiva del resultado y, por otros, mediante la exigencia de que la relación de causalidad esté comprendida por el dolo. Sobre ello cfr. la exposición de CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), págs. 307, 345 y ss., 375 y ss.

<sup>38</sup> Como bien dice HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), pág. 45: “la causalidad o es óntico-materialmente construida o *no es*; y está claro que en la omisión no se da causalidad en este sentido” (subrayados de la autora).

<sup>39</sup> SSTS 10 diciembre 1982 (A. 7398): “la omisión ... debe ser causal, interviniendo como *conditio sine qua non* del resultado típico”; 22 diciembre 1984 (A. 6635), 30 diciembre 1985 (A. 6469), 31 enero 1986 (A. 211), 28 febrero 1986 (A. 928), 28 septiembre 1987 (A. 4481), 7 junio 1988 (A. 6646), STS 38 marzo 1989 (A. 2746), 8 julio 1991 (A. 5702). Véase en este sentido ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 195; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 11; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 345 y s.; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 20; MUÑOZ CONDE, PG (n. 10), págs. 226 y s. Un sector de la doctrina considera que entre omisión y resultado existe una relación de causalidad negativa en el sentido de que aquella es una “condición negativa” del resultado, pues mediante la fórmula hipotética “puede llegarse a la conclusión de que la omisión *realmente* no impidió el resultado”, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1966 (cit. *La omisión*), págs. 64 y ss.; PG (n. 10), pág. 310; DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español*. Parte especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1962 (cit. PE), pág. 139; CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, Ed. Ariel, 1972 (cit. ComCPI), pág. 9; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), págs. 264 y s.; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, pág. 700.

<sup>40</sup> Véase MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989 (cit. TGD, 2ª ed.), pág. 43; PG (n. 10), pág. 226; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 346 y s.; COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 506; CARBONELL, GONZÁLEZ CUSSAC, PE (n. 10), pág. 503.

<sup>41</sup> Así TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, págs. 699 y ss., exige “certeza” y no solo probabilidad.

objetiva del resultado a la omisión de la prueba de que la acción no realizada hubiera sido apropiada para disminuir el peligro del bien jurídico<sup>42</sup>.

3. De acuerdo con lo expuesto, la doctrina dominante afirma la comisión por omisión siempre que un garante, es decir: un sujeto que tenía el deber jurídico de evitar el resultado, no ha realizado una acción que con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre hubiera disminuido el peligro de o evitado la producción del resultado. Es decir: la doctrina española parece conformarse con la existencia de la posición de garante, mitigada con las exigencias adicionales de imputación objetiva expuestas, para fundamentar ya la autoría por omisión del omitente<sup>43</sup>. Se considera de este modo, y por ejemplo, que cometen homicidio (en su caso: parricidio o infanticidio) por omisión —lo que es tanto como decir: *matan*— la madre que no suministra alimento al hijo recién nacido y así le deja morir de inanición<sup>44</sup>, la madre que deja morir al hijo recién nacido omitiendo atarle el cordón umbilical<sup>45</sup>, el cónyuge que ante una repentina enfermedad o accidente de su esposo no avisa a los servicios médicos de urgencia y deja así que aquel muera<sup>46</sup>, el socorrista de la playa o de la piscina que permanece inactivo contemplando cómo se ahoga un bañista<sup>47</sup>, el profesor de natación que el primer día de clase deja que se ahogue el niño que le ha sido confiado<sup>48</sup>, el guía alpino o los participantes en la escalada que ante la situación de peligro para la vida de uno de los excursionistas no hace nada que impida la muerte de este<sup>49</sup>, el encargado de cuidar a un

<sup>42</sup> Véase BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), pág. 262; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 602 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 11; probablemente MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), pág. 43; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, pág. 701; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 20. Opinión discrepante representan COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 506 y CARBONELL, GONZÁLEZ CUSSAC, PE (n. 10), pág. 503, al estimar que lo que da lugar a la comisión por omisión es la probabilidad rayana en la certidumbre de que la acción no realizada hubiera evitado el resultado, mientras que si únicamente hubiera supuesto una disminución del riesgo estaremos ante una omisión pura.

<sup>43</sup> Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*. Parte general, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994 (cit. PG, 4ª ed.), págs. 382 y ss., 451 y s.; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), págs. 43 y ss.; BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), págs. 268 y s.; COBO, VIVES, PG, 3ª ed. (n. 12), 1990, pág. 302: "esta posición de garante es la que permite que el resultado acaecido pueda imputarse a una omisión, y en ella radica la esencia de la comisión por omisión"; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), págs. 387 y s.

<sup>44</sup> Así FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, IV, Madrid, 1956 (cit. ComCP IV), pág. 230; ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 196; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), pág. 265; LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, PE I (n. 24), pág. 22; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 336; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), págs. 44 y s. y en la jurisprudencia STS de 11 diciembre 1984 (A. 6265): madre que deja abandonada a su hija recién nacida en un cubo que ha dejado en el tejado de un vecino; STS de 30 junio 1988 (A. 5387): madre que dejaba solos a los niños —de 4 y 7 años— en su domicilio durante largos periodos sin alimentos, muriendo uno de inanición.

<sup>45</sup> Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 308; STS de 28 marzo 1989 (A. 2746).

<sup>46</sup> Véase LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, Barcelona, PPU, 1991 (cit. EP), pág. 237, quien niega, con razón, como veremos, que en estos casos haya comisión por omisión.

<sup>47</sup> Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 311; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 10; LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, PE I (n. 24), pág. 22; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), pág. 45.

<sup>48</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 335.

<sup>49</sup> Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), págs. 311 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 10; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 337 y s.; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed., pág. 45.

ciego que no le impide a este avanzar hacia el precipicio<sup>50</sup>, el conductor que imprudentemente provoca un atropello y no auxilia a la víctima<sup>51</sup>, el que deja morir de hambre al secuestrado<sup>52</sup>, el que, habiendo tirado un colchón en llamas por un balcón, que cae encima de un vagabundo a quien previamente había arrojado desde el primer piso, no hace nada tendente a impedir que este muera a consecuencia de las quemaduras<sup>53</sup>, el guardaaguas que no realiza el cambio de vías cuando viene otro tren por la misma vía produciéndose una catástrofe<sup>54</sup>.

4. Con los planteamientos de la doctrina dominante que acaba de exponerse, lo que realmente debiera causar sorpresa y extrañeza sería que la comisión por omisión, mejor: esa concepción de la comisión por omisión, estuviera libre de reparos desde el punto de vista del principio de legalidad. Sencillamente porque en la gran mayoría de casos que la doctrina mayoritaria quiere penar como comisión por omisión por el tipo de la parte especial, y por ello con la pena de este, no aparece por ningún lado —porque ello es imposible— lo injusto *específico* constitutivo del tipo correspondiente; de ahí que, hablando con propiedad, no sea cierto que la construcción de la comisión por omisión de la doctrina dominante plantee problemas de legalidad; lo cierto es, más bien y simplemente: que es incompatible con el principio de legalidad<sup>55</sup>. Las objeciones de legalidad que alcanzan a la doctrina dominante solo podrían ser superadas mediante la intervención del legislador, es decir: mediante la introducción de una disposición legal específica que —como sucede por ejemplo en el Código Penal Alemán, pretende un importante sector de la doctrina española<sup>56</sup> y quiere al parecer también nuestro prelegislador<sup>57</sup>— estableciese una equiparación legal de la omisión de impedir la producción de un resultado a su realización mediante un comportamiento activo.

<sup>50</sup> Véase FERRER SAMA, ComCP IV (n. 44), pág. 230.

<sup>51</sup> Véase GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 18.

<sup>52</sup> Véase CUELLO CALÓN, CAMARGO, *Derecho penal*, II, Parte especial, 14ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1985 (cit. PE II, 14ª ed.), pág. 480.

<sup>53</sup> STS de 25 abril 1988 (A. 2922). En STS de 26 junio 1990 (A. 5679) se condena por homicidio en comisión por omisión al que, junto con otros dos, había conducido a otro a su domicilio y contemplando cómo los otros dos le rociaban gasolina no hizo nada por impedirlo, muriendo la víctima a consecuencia de las quemaduras. En la STS de 8 julio 1991 (A. 5702) se condena por homicidio por omisión a quien habiéndose hecho pasar por médico y habiendo asumido de hecho el tratamiento de una enferma no decide el tratamiento adecuado y la mantiene en el estado inicial, muriendo aquella poco después.

<sup>54</sup> Véase ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 196; STS de 13 junio 1981 (A. 2653).

<sup>55</sup> Así, con razón, véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 242; DÍAZ Y GRACIA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, pág. 208; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, págs. 697 y ss.

<sup>56</sup> Así MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 329; con recelos COBO, VIVES, PG, 3ª ed. (n. 12), pág. 304; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, pág. 707; ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, núm. 24, 1984, pág. 572; CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1982 (cit., Problemas), pág. 349; *el mismo*, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Ed. Tecnos, 1993 (cit. Estudios), págs. 14, 148, 201; ROMEO CASABONA, "El anteproyecto de Código Penal de 1992", en *Propuestas para la reforma penal*, Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos, 1, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1992, págs. 16 y s. *el mismo*, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 936 y ss.; *el mismo*, Homenaje a Roxin (n. 4), págs. 48 y ss.

<sup>57</sup> El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1992, incorporado a su art. 10 la siguiente cláusula: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto

A) La solución de la regulación legal expresa de la comisión por omisión, a la que también podría llegarse mediante la introducción de tipos específicos de omisión de la acción de impedir un resultado en la parte especial, permitiría superar en gran medida las objeciones de legalidad pero, dejando ahora al margen que aún así podría ser objetable desde el punto de vista del principio de determinación del tipo<sup>58</sup>, tiene que hacer frente a objeciones de carácter dogmático y político-criminal. Pues lo que debe precisamente ser cuestionado es que los casos comprendidos en una disposición legal de la comisión por omisión consistan realmente en hechos que realicen el tipo de la parte especial. Dicha disposición tendría más bien un carácter *constitutivo*, es decir: se trataría de una disposición de ampliación o de extensión de la punibilidad de los tipos de la parte especial a supuestos no comprendidos en ellos y que, por ello mismo, no podrían ser sancionados por tales tipos en el caso de que no existiera en el Código dicha disposición constitutiva. Por el contrario, si dicha disposición comprendiera única y exclusivamente supuestos de omisión real y, por tanto, directamente subsumibles en los tipos de la parte especial, entonces no tendría más que un valor meramente *declarativo* y sería supérflua.

B) En mi opinión, a la doctrina dominante cabe objetarle lo primero, es decir: que cuando está respaldada por una disposición legal, a lo que realmente da lugar es a una ampliación de la punibilidad de los tipos de la parte especial a supuestos que realmente carecen del *desvalor* típico y que, por ello, no deben merecer la misma pena<sup>59</sup>. Pensemos en algunos ejemplos. Si un padre está conversando con un amigo y ninguno de los dos —ambos expertos nadadores— se lanza al agua para salvar al hijo del primero que está a punto de ahogarse, como así sucede, la doctrina dominante condenaría al padre por homicidio (parricidio) por omisión con la pena de reclusión mayor, mientras que al amigo le haría responsable de un delito de omisión del deber de socorro al artículo 489 ter y le podrá imponer únicamente la pena de arresto mayor o una multa de 100.000 a 200.000 pesetas<sup>60</sup>. También habría que condenar por homicidio (parricidio) por omisión a la esposa que ante la repentina complicación cardíaca de su marido no

da aviso a los servicios médicos, imposibilitando así la realización de una intervención que con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre hubiera impedido la muerte de aquel. En cambio, solo podrá condenarse por una omisión del deber de socorro al amigo que se encuentra de visita y en la misma situación y con los mismos resultados tampoco avisa al servicio médico<sup>61</sup>. Estos ejemplos y otros muchos que podrían imaginarse deben suscitar, cuando menos, dos interrogantes. En primer lugar no parece fácilmente aceptable que dos personas que en idéntica situación omitieron también idéntica acción y pudieron impedir de igual manera el resultado de muerte sean tratadas con semejante diferencia punitiva; esto solo podría explicarse si se fundamentara a la vez que entre el *desvalor* de la omisión del uno y el de la del otro existe esa misma diferencia, lo que me parece aun menos explicable. Pero en segundo lugar y aun suponiendo que pudiera fundamentarse para los amigos (no garante) de los ejemplos una posición de garante, de modo que pudieran también ser condenados, como el padre o la esposa, por homicidio por omisión, aún menos aceptable —y acaso disparatado— me parece que esos comportamientos sean calificados y penados *igual* que los de quien hubiera matado al niño del ejemplo sumergiendo con sus propias manos su cabeza en el agua hasta su ahogamiento o el de quien con sus propias manos hubiera matado a la víctima de una puñalada o de un disparo en el corazón. Lo que sucede es que no puede estimarse realizado el tipo, como ha señalado acertadamente LUZÓN PEÑA, “por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca... (pues) el no evitar que se produzca un resultado ... por mucho que se tenga un deber específico de protección del bien jurídico y de evitación de ese resultado no es tan grave ni es lo mismo que crear con la conducta el riesgo de producción del resultado”<sup>62</sup>. Con base en estos planteamientos una doctrina minoritaria, que comparto en sus resultados, niega la comisión por omisión en muchos de los casos en que, como antes se ha visto, la afirma la doctrina dominante. Y así *no cometen* homicidio por omisión —sino a lo sumo omisión del deber de socorro— el padre o el socorrista que no han salvado a su hijo o al bañista de perecer ahogados<sup>63</sup>, el cónyuge o conviviente que no

por acción como por omisión pero, en este último caso, solo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”, véase sobre dicha cláusula RODRÍGUEZ MOURULLO, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 915 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 1069 y ss. En la misma línea el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1994, establece en su art. 11 que: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado no podrán entenderse realizados por omisión solo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”.

<sup>58</sup> Así, expresamente RODRÍGUEZ MOURULLO, Homenaje a del Rosal (n. 4), pág. 914; “semejantes cláusulas no satisfacen el *mandato de determinación* que emana del principio de legalidad” (subrayados del autor).

<sup>59</sup> Por esa misma razón, pues, y como ya antes se ha dicho, la doctrina dominante es contraria al principio de legalidad cuando, sin haber en el Código disposición legal alguna, pretende penar por los tipos de la parte especial la totalidad de los casos que encajan irremediabilmente en la estructura de la comisión por omisión diseñada por aquella doctrina.

<sup>60</sup> Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 311, quien afirma dicha solución para la variante en que compara al socorrista (garante) con los demás bañistas obligados solo por un deber genérico de solidaridad.

<sup>61</sup> Un caso similar, salvando la cuestiones de que la situación de la víctima pueda ser calificada de suicidio y de que el omitente solo convivía con ella en situación de hecho, es el de la STS de 8 de julio de 1985, comentada por SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, págs. 45 y ss. La víctima había ingerido una gran cantidad de un herbicida en el domicilio de su compañero y este, pese a la evidente situación de peligro para la vida de su compañera, no recabó ninguna ayuda a terceros, especialmente a médicos. El TS condenó al omitente por un delito de imprudencia con resultado de muerte, lo que dogmáticamente, como señala SILVA SÁNCHEZ (loc. cit., pág. 477), remite a un homicidio imprudente en “comisión por omisión”.

<sup>62</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 235; En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 340 y ss., 344 nota 279 bis; *el mismo*, *La Ley*, núm. 1632, 23 enero de 1987, pág. 3.

<sup>63</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, pág. 552; LUZÓN PEÑA, DPeir, 2ª ed. (n. 32), nota de pág. 176; *el mismo*, EP (n. 46), pág. 237; con toda probabilidad SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 370; probablemente también MIR PUIG, PG 3ª ed. (n. 2), págs. 335 y 337, pues el ejemplo que maneja —el profesor de natación que deja dolosamente que el primer día de clase se ahogue el niño que le ha sido confiado— en uno que, como debe resultar de la construcción que realizaré del tipo de comisión por omisión, difiere sustancialmente del caso del socorrista.

socorren al esposo o compañero que se han puesto gravemente enfermos<sup>64</sup>, el médico de guardia que no atiende a un paciente que luego fallece<sup>65</sup>, el médico u otro funcionario de prisiones que no auxilia al recluso que se encuentra en situación de peligro para su vida a consecuencia de autolesión, por haberse colocado en huelga de hambre o por cualquier otra causa, como por ejemplo un accidente, y luego fallece<sup>66</sup>, o el conductor que tras atropellar a la víctima se da a la fuga sin socorrerla<sup>67</sup>. Por el contrario se afirma la comisión por omisión en los casos de la madre que no alimenta al niño y le deja morir de inanición<sup>68</sup>, el médico que ha dado comienzo a un tratamiento u operación quirúrgica y omite continuarlos muriendo entonces el enfermo<sup>69</sup>, el funcionario de prisiones que no impide la muerte *dolosa* de un interno por un tercero<sup>70</sup>, o el guardaaguas que no cambia de vía cuando se aproximan dos trenes por la misma, produciéndose el choque de ambos<sup>71</sup>. La cuestión que se nos plantea es la de explicar por qué en estos casos sí, y en aquillos en que la doctrina dominante la afirma, por el contrario, no cabe afirmar la realización del tipo (de la parte especial) por omisión.

C) La respuesta a dicho interrogante y con ella la demostración de que la doctrina dominante es errónea debe obtenerse, a mi juicio, a partir de un desarrollo consecuente de los fundamentos y de los límites reconocidos por la Ciencia a la misma función de protección de bienes jurídicos que incumbe al Derecho Penal. El Derecho no puede prohibir la causación de resultados, sino solo acciones dominadas por *la voluntad* humana en dirección a la producción de resultados de lesión o de peligro de los bienes jurídicos<sup>72</sup>. Por ello, y como destaca CEREZO MIR, “*el desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la ac-*

<sup>64</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 237; dudoso SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, pág. 476, pues de su exposición parece deducirse que si el conviviente omitente hubiera asumido el compromiso específico de constituir una barrera de contención para esos riesgos entonces cabría hacerle responsable por el delito de comisión por omisión. Probablemente también MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 336 y s.

<sup>65</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, núm. 1632, de 23 de enero de 1987 págs. 1 y ss., que la niega para el médico que se encuentra en “posición de monopolio de ayuda” y para el médico de guardia o de urgencias.

<sup>66</sup> Y ellos incluso aunque el propio recluso reclamara y consintiera en el auxilio, véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 176 y s., 191; SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, págs. 380 y ss., 403.

<sup>67</sup> Véase LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), págs. 174 y s.

<sup>68</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, pág. 552; LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), nota de pág. 176; EP (n. 46), págs. 238, 241; MIR, PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 336 y ya antes en sus Adiciones de Derecho Penal español a su traducción, junto con MUÑOZ CONDE, del Tratado de Derecho Penal, Parte General, II, de JESCHECK, Ed. Bosch, Barcelona, 1981 (cit. Adiciones II), pág. 874.

<sup>69</sup> Véase LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), págs. 174 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *La ley*, núm. 1632, 23 enero 1987, pág. 2.

<sup>70</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 33, 1989, págs. 378 y ss.

<sup>71</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 238, 241.

<sup>72</sup> Idea que hoy puede considerarse generalmente aceptada; véase, por ejemplo, CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), págs. 18 y s., 338, 368 y s. 394, 457.

ción<sup>73</sup>. Ahora bien, la acción prohibida por la norma subyacente al tipo del homicidio del artículo 407 es una *acción finalista* de matar, es decir: lo que se pena por el artículo 407 es el ejercicio de toda actividad que consista en la dirección consciente y voluntaria de un curso causal a la producción de la muerte de otro y la efectiva realización de la voluntad en este resultado. La situación de peligro para el bien jurídico en que consiste la situación típica de la omisión, tiene *siempre* su origen, por el contrario, en una fuente causal que no está dominada por la voluntad del autor en dirección a la producción del resultado<sup>74</sup>.

Se trata siempre, por ello, y *sin excepción*, de una situación de peligro *atípica*, porque en su origen no es atribuible a la acción prohibida por la norma. La realización de ese peligro en el resultado no podría dar lugar al *desvalor* del resultado del homicidio, pues este, como se ha dicho, no puede fundamentarse con independencia del desvalor de la acción. En principio, y por ello, *todo* aquel que se encuentra con esa situación puede optar por realizar una acción dirigida en mayor o menor medida<sup>75</sup> a la desviación o contención del curso causal peligroso *atípico* o por dejar que el peligro siga su propio curso. Si esto último es lo que sucede y el peligro se realiza en el resultado de lesión del bien jurídico, no podrá afirmarse, sin embargo, que se haya producido el *desvalor* del resultado en todo caso, pues no puede decirse que este aparezca como realización de la acción prohibida por la norma. De ahí que a subsunción en el tipo del homicidio, sin más, de la omisión de impedir la producción del resultado de muerte, aunque el omitente hubiera podido impedirlo con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre, supondría una vulneración del principio de legalidad. Y ello sería así sea cual fuere la posición del sujeto frente al y en relación con el bien jurídico<sup>76</sup>. Este se habría limitado a dejar seguir su curso a un peligro atípico. De todo ello se sigue que si el no impedir el resultado de muerte es un hecho que está fuera del marco de lo injusto típico del homicidio, la subsunción de tales casos en el tipo del artículo 407 supondrá una clara vulneración del principio de legalidad en un código en que, como sucede en el español, no existe ninguna cláusula de equiparación entre el no impedir la muerte de otro, es decir: la omisión, y matarle. Mas aún, cuando existiera una cláusula semejante, creo que tales supuestos tampoco serían subsumibles en el tipo del homicidio. Lo que se aplicaría a estos casos sería un tipo distinto al del homicidio.

Concretamente se aplicaría un tipo *modificado* que, siguiendo a MARXEN, podríamos denominar “tipo asociado” al tipo original —en este caso al tipo original del art. 407—

<sup>73</sup> Véase CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), pág. 457. Del mismo modo que el desvalor de la acción no puede fundamentarse tampoco sin referencia al desvalor del resultado, véase CEREZO MIR, notas a su traducción de El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, de WELZEL, edit. Ariel, Barcelona, 1964, págs. 44 y s. nota 10.

<sup>74</sup> Pues si así fuera estaríamos ya en el ámbito del tipo de acción.

<sup>75</sup> Todo dependerá de su concreta capacidad de acción.

<sup>76</sup> Salvo en el caso a que enseguida haremos referencia, que es el único en que a mi juicio cabe fundamentar la *tipicidad* del peligro y la constitución, por ello, del tipo de comisión por omisión.

cuyo contenido no sería en ningún caso coincidente con el del tipo original<sup>77</sup>. Dicho tipo resultaría de la conexión del tipo original del homicidio a la cláusula de imputación a la omisión. Ahora bien, se trataría de un tipo del que, precisamente en virtud de la cláusula de imputación a la omisión, se habría sustraído el elemento de la situación *típica* en el sentido expuesto y, por añadidura, el desvalor *típico* del homicidio. Que el contenido de lo injusto de la acción de matar y la omisión de la acción de impedir un resultado de muerte no pueden ser idénticos me parece que, por todo ello, debe estar fuera de duda<sup>78</sup>. De ahí resulta que para poder penar estas omisiones del deber de impedir un resultado es imprescindible que se introduzca en el Código Penal una disposición legal expresa, bien sea mediante la técnica de una cláusula general o bien mediante la previsión de disposiciones específicas en relación con determinados delitos. Estas cláusulas tendrán, por cierto, un *carácter constitutivo*. Fundamentarían la punibilidad de omisiones que no son subsumibles en los tipos de la parte especial. Pero precisamente por ello, porque no son portadoras de lo injusto típico, su equiparación en la punibilidad sería entonces contraria al principio de proporcionalidad<sup>79</sup>.

3. LA DOCTRINA MINORITARIA —Y ADEMÁS CORRECTA— DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN:  
LA OMISIÓN COMO COMPORTAMIENTO DIRECTAMENTE SUBSUMIBLE EN EL TIPO  
DE LA PARTE ESPECIAL

1. Frente a la doctrina dominante considero que de comisión por omisión en sentido estricto únicamente puede hablarse en relación con aquellas omisiones que, porque *realizan* por sí mismas el tipo de la parte especial, constituyen una constelación de casos que, junto con otras constelaciones configuradas por comportamientos activos que realizan asimismo el tipo de la parte especial, sean ya directamente y sin más subsumibles en este. La comisión por omisión es ante todo un problema de *tipicidad*. Es preciso tener en cuenta que, como observa CEREZO MIR, “los tipos se forman en virtud de un proceso de abstracción a partir de las acciones (los comportamientos) de la vida real” y que estos comportamientos —prosigue CEREZO— presentan una enorme variedad en cuanto a su circunstancias de tiempo, lugar, medios utilizados, etc.”<sup>80</sup>. De

<sup>77</sup> Sobre el concepto de “tipo asociado” véase MARKEN, JZ, 1988, págs. 287 y s.; págs. 287 y s.; Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Luchterhand, 1990 (cit. AK-StGB), § 14, págs. 437 y s. núms. 6 y s.; GRACIA MARTÍN, AP, núm. 16, 1993, págs. 227 y s. y AP, núm. 32, 1993, pág. y nota 84.

<sup>78</sup> En este sentido, por tanto, puede aceptarse la afirmación de HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), págs. 161 y s. Véase, además, reconociendo que el no impedir no es igual a realizar el resultado mediante una acción positiva GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 589 y s., 604.

<sup>79</sup> Lo que solo podrá salvarse mediante la previsión de una atenuación de la pena, que encontraría su fundamento, precisamente, en el reconocimiento de que las omisiones penadas no son idénticas en desvalor a las acciones típicas, como reconoce abiertamente ROMEO CASABONA, *El anteproyecto* (n. 56), pág. 17, al sugerir que hay que “prever la atenuación facultativa de la pena, también en la parte general, dada la «equivalencia» relativa de estos delitos con su realización activa desde el punto de vista de lo injusto” (subrayados añadidos); véase también ROMEO CASABONA, en *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 937 y s. y en *Homenaje a Roxin* (n. 4), pág. 49.

<sup>80</sup> Véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), pág. 351.

ahí que el legislador formule los tipos extrayendo de los comportamientos de la vida real “unas pocas notas o caracteres comunes”; así por ejemplo “todos los homicidios son diferentes en sus circunstancias concretas, pero en todos ellos aparece, como nota común, que un ser humano mata a otro”, y por ello “*el que matare a otro*” es la expresión mediante la que el legislador ha definido el homicidio doloso en el artículo 407 del Código Penal<sup>81</sup>. Si se tiene en cuenta esto, la cuestión de si el tipo de la parte especial puede realizarse por omisión no debe plantear problemas distintos a los que pudieran plantearse en el mismo sentido respecto a otras constelaciones de casos. En relación con el delito de homicidio, por ejemplo y como es sabido, se discute acerca de si puede realizarse por medios morales<sup>82</sup>; en los delitos contra la libertad sexual se discute acerca de si las acciones consistentes en obligar a la víctima a realizar actos sexuales sobre sí misma realizan o no el tipo<sup>83</sup>; en el delito de coacciones se discute acerca de si el tipo es susceptible de realización mediante la denominada *vis in rebus*<sup>84</sup>, y en fin, en todo análisis de un tipo delictivo surge siempre la cuestión de si uno o varios grupos o clases de acciones lo realizan o si, por el contrario, quedan fuera de él. La respuesta positiva o afirmativa a estos interrogantes se alcanza mediante un proceso de razonamiento analógico, que consiste básicamente en comparar las constelaciones problemáticas con aquellas otras respecto a las que ya se tiene la certeza de que verifican la definición típica abstracta<sup>85</sup>. Si resulta que en la constelación problemática se identifican aquellos elementos determinantes de que aquellas otras constelaciones verifiquen la definición típica, entonces cabrá afirmar también la tipicidad de aquella. De este modo cabe afirmar que varias constelaciones de casos que sean distintas en sus elementos naturalísticos serán, sin embargo, *idénticas en valor* si todas ellas tienen de común, al menos, los elementos esenciales sobre los que recae una y la misma valoración, es decir: el juicio de específica relevancia penal, que se expresa en la tipicidad. El problema de la comisión por omisión se plantea de modo idéntico al descrito. Consiste en resolver sobre si la constelación constituida por omisiones es una *idéntica* —y no solo equivalente— a la constelación de comportamientos positivos portadores del contenido de lo injusto específico acotado por el tipo. De comisión por omisión en sentido estricto, por ello, solo cabe hablar respecto a aquellas omisiones que, porque

<sup>81</sup> Véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), pág. 351.

<sup>82</sup> Véase, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés, GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. *Delitos*), págs. 40 y s.

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo, Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Edit. Bosch, 1985, págs. 119 y ss.

<sup>84</sup> Véase, por ejemplo, HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, 2ª ed. Barcelona, Edit. Bosch, 1983, págs. 109 y ss.

<sup>85</sup> Sobre estas cuestiones véase ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed. R. V. Decker-C. F. Müller, Heidelberg, 1982, págs. 50 y ss., particularmente para nuestro problema, págs. 53 y s.; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español*. Curso de iniciación, parte general, Madrid, Edit. Civitas, 1994, págs. 185 y s.



son portadoras de un contenido de injusto *idéntico* al de la acción típica, realizan y por ello son directamente y sin más subsumibles en el tipo de la parte especial<sup>86</sup>.

2. Cuestión decisiva de la dogmática de la comisión por omisión es, por tanto y de acuerdo con lo dicho, la determinación del criterio de identidad entre acción y omisión, lo que requiere a su vez determinar los elementos de hecho a partir de los cuales es posible deducir dicho juicio de identidad. Este juicio de identidad solo puede establecerse en la esfera normativa del tipo de lo injusto, pues entre acción y omisión no puede establecerse en la esfera ontológica ninguna relación de identidad. Acción y omisión, en la esfera ontológica, son estructuras contrarias e irreductibles<sup>87</sup>. La cuestión decisiva, desde este planteamiento, es la de determinación de los elementos ontológicos de la omisión con respecto a los cuales es posible deducir en la esfera normativa el juicio de identidad de lo injusto típico, es decir, el de determinar cuáles son las omisiones *típicas*.

3. Desde hace algunos años un minoritario, pero altamente cualificado y autorizado sector de la doctrina penal española, al que recientemente me he sumado, ha dado un nuevo rumbo a la dogmática de la comisión por omisión y busca una verdadera *identidad* entre acción y omisión en el marco del tipo de lo injusto.

A) Una parte de este sector de la opinión minoritaria, representada por GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considera que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando esta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico<sup>88</sup>. Es muy posible que, para estos autores, la posición de garante no desempeñe papel alguno en la fundamentación del juicio de iden-

<sup>86</sup> Véase LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), págs. 175 y ss., 185; EP (n. 46), págs. 235 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, págs. 208 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 369 y ss.; ADPCP, 1987, pág. 476; La ley, núm. 1632, 23 enero 1987, pág. 2; ADPCP, 1988, pág. 573; C. de P. C., núm. 38, 1989, págs. 374 y s. 376 y ss., 389 y s. *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 1077 y ss.; asumiendo criterios de SILVA, recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 913 y ss.; GRACIA MARTÍN, AP, núm. 18, 1994, págs. 361, 364; *Delitos* (n. 82), pág. 78; muy similar, y en muchos aspectos decisiva, es la construcción de MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 334 y ss. También en esta dirección, implícitamente, GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1970, pág. 726; ADPCP, 1964, pág. 552.

<sup>87</sup> Véase, en este sentido, CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), págs. 282 y s. 290 y s. 293.

<sup>88</sup> Véase GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1964, pág. 552; *el mismo*, ADPCP, 1970, pág. 725; *el mismo*, EDP, 3ª ed. (n. 7), pág. 194, nota 40; LUZÓN PEÑA, DPeir, 2ª ed. (n. 32), págs. 175 y ss., 185; *el mismo*, EP (n. 46), págs. 235 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, págs. 209 y ss. Excepcionalmente en este sentido, véase la STS de 15 de noviembre de 1977. GONZÁLEZ RUS, PEI (n. 15), pág. 20, parece aceptar este planteamiento, pues considera que es necesario constatar que "la omisión supuso un *incremento de riesgo* para el bien jurídico, de tal manera que el resultado sea la realización del *riesgo creado* con la omisión", criterio que luego concreta en la comprobación de la certeza de que la acción omitida "hubiera *disminuido el riesgo* de producción del resultado". Con esta complementación de criterios, sin embargo, la posición de GONZÁLEZ RUS no puede ser calificada de restrictiva sino que está próxima a la de la doctrina dominante. Si la omisión crea o aumenta el riesgo cuando la acción omitida hubiera disminuido el mismo, entonces no será posible distinguir entre comisión por omisión y omisión pura pues *toda* acción tendente a producir efectos positivos sobre la situación del bien jurídico —salvo las acciones inidóneas— supone una disminución del riesgo y entonces y correlativamente habrá que afirmar que su omisión ha creado o aumentado el riesgo.

tividad<sup>89</sup>. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrfa lugar, según LUZÓN PEÑA, en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola *con su omisión* el peligro que hasta entonces estaba conjurado o era inexistente, es decir: *lo crea*, o si ya existía un peligro, pero controlado, *la propia omisión*, al descontrolarlo, *aumenta el peligro de modo determinante* de la lesión<sup>90</sup>. "En los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión, aunque el omitente sea garante"<sup>91</sup>. La madre que no alimenta al niño, el guardaagujas que no cambia las vías o el médico de la UVI que deja de administrar la medicación cometen homicidio por omisión, porque es justamente la *omisión* de las acciones de alimentar, de cambiar las vías o de administrar la medicación, respectivamente, la que crea o aumenta un peligro que mientras los sujetos actuaban se encontraba conjurado, era inexistente o estaba perfectamente controlado<sup>92</sup>. El médico de prisiones que omite la acción de salvamento del recluso en huelga de hambre o que se ha autolesionado, la esposa que no socorre a su cónyuge ante la repentina complicación cardíaca de este o el que no socorre a la víctima del accidente imprudente que ha provocado, en cambio, no cometen homicidio por omisión porque al omitir se limitan a dejar seguir su curso a un peligro *ya existente*, es decir, a un peligro diverso cronológicamente y en origen con respecto a la omisión: el peligro que desencadenó el huelguista con su propia conducta<sup>93</sup>, el desencadenado por la enfermedad<sup>94</sup>, o el desencadenado por el accidente previo<sup>95</sup>.

B) Muy próxima a la tesis defendida por LUZÓN Y asumida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>96</sup> es la construcción de SILVA SÁNCHEZ. Esta se resume en que la omisión será estructuralmente idéntica a la comisión activa y dará lugar por ello a comisión por

<sup>89</sup> Así lo ha sostenido expresamente GIMBERNAT ORDEIG en su intervención en el curso de doctorado impartido por el profesor CEREZO MIR durante el curso 1991-1992 en la facultad de derecho de Zaragoza sobre "Los delitos de omisión en el Código Penal español". La cuestión la sugiere también LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 241 n. 27: "no entro aquí" —dice LUZÓN— "en si además puede darse en otros casos comisión por omisión sin posición de garante, porque de todas maneras la omisión misma creará o aumentará el riesgo, como por ejemplo podría plantearse en los casos en que la propia omisión obstaculizara un curso causal salvador ajeno. Si se puede anticipar, sin embargo, que en las formas de participación cabe perfectamente cooperación en comisión por omisión sin posición de garante alguna".

<sup>90</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 240.

<sup>91</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 241.

<sup>92</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 241.

<sup>93</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 177.

<sup>94</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 237.

<sup>95</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 237 y DPeir, 2ª ed. (n. 32), pág. 175.

<sup>96</sup> Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, págs. 209 y ss.

omisión cuando el sujeto ha asumido material y efectivamente un *compromiso específico*, es decir: una posición de garante, que se concreta en que el sujeto actúa a modo de “barrera de contención” de un riesgo específico. De tal modo que “el retirarla, esto es, el no contener el riesgo cuando este amenaza con realizarse en el bien que hay que proteger, muestra una auténtica identidad estructural, en el plano normativo, con el hecho comisivo”, siendo “indiferente que el riesgo se genere por vía causal por el sujeto, o que este, teniéndolo normativamente controlado, esto es, “en sus manos”, le deje producir sus resultados lesivos”; por ello, afirma SILVA, “cabe hablar de la realización de un riesgo controlado por el sujeto”<sup>97</sup>. No realizan homicidio por omisión, por tanto, el médico rural, aunque tenga posición de monopolio de ayuda, ni el médico de guardia o de urgencias, porque su compromiso es uno genérico e indiferenciado y no uno que tenga por objeto la creación de una barrera de contención del riesgo *específico* que amenaza al bien jurídico<sup>98</sup>. Este compromiso específico, idóneo para dar lugar a la comisión por omisión, solo tiene lugar si el médico procede a una *asunción efectiva* del tratamiento que, por la confianza que despierta en el paciente o en terceros, provoca el abandono o la renuncia a adoptar otras medidas de protección, lo que da lugar a un peligro que convierte al médico en dueño absoluto del proceso que ha de llevar al resultado<sup>99</sup>. El compromiso del funcionario de prisiones no va más allá de la contención del riesgo específico de las agresiones *dolosas* de terceros a la vida del interno, lo que daría lugar homicidio por omisión<sup>100</sup>.

C) Una construcción restrictiva, también próxima a las anteriores, pero muy matizada, es la desarrollada por MIR PUIG. El contenido de la tipicidad de la comisión por omisión queda reducido para él prácticamente a la posición de garante<sup>101</sup>. Ahora bien, a diferencia de la doctrina dominante no concibe la posición de garante como un mero *status* personal, sino que, tomando como referencia la teoría de las funciones<sup>102</sup>, confi-

<sup>97</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 369 y ss., correspondiendo el entrecomillado a pág. 371; *el mismo*, ADPCP, 1987, pág. 476; *el mismo*, La Ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, págs. 2, 3; *el mismo*, ADPCP, 1988, pág. 573; *el mismo*, CPC, núm. 38, 1989, págs. 371, 372 s., n. 23, 374 s., 376 y ss., 389 s.; *el mismo*, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 1076 y s.

<sup>98</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, La Ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, págs. 2, 3.

<sup>99</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, La Ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, pág. 2.

<sup>100</sup> Pues en la prisión, en virtud del control que se realiza sobre la vida del interno, se disminuye muy considerablemente las posibilidades de autoprotección de este, por lo que el funcionario asume el compromiso de contener el riesgo específico de agresión dolosa de los internos y, por ello, de protección de la vida de los otros frente a tales agresiones, véase SILVA SÁNCHEZ, CPC, núm. 38, 1989, págs. 378 y ss. Con respecto a situaciones derivadas de accidentes y agresiones imprudentes para el interno, como la situación de este es la misma que la de la persona en libertad, no puede decirse que el funcionario haya asumido un compromiso específico de protección de la vida del interno frente a esos riesgos genéricos o indiferenciados, por lo que en estos casos no cometerá homicidio por omisión sino omisión de socorro, véase SILVA SÁNCHEZ, loc. cit., págs. 382 y ss.

<sup>101</sup> Véase MIR PUIG, Adiciones II (n. 68), págs. 874 y s. y PG, 3ª ed., págs. 334 y ss. Naturalmente exige también MIR PUIG la ausencia de una acción determinada, la producción de un resultado y la capacidad de evitar dicho resultado, véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 333, 345 y ss.

<sup>102</sup> Que desarrolla y matiza de un modo verdaderamente plausible, véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 336 y ss.

gura las distintas categorías de posición de garante mediante una referencia *absolutamente concreta* de la posición del sujeto a la *situación determinada*<sup>103</sup>. Para MIR PUIG únicamente cabe afirmar una posición de garante si se cumplen estas dos condiciones: “a) la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine una *situación de dependencia personal* del bien jurídico respecto de su causante”<sup>104</sup>. Mediante el primer requisito es necesario que el peligro no sea ajeno al omitente, sino que este ha de ser *responsable de dicho peligro*<sup>105</sup>, lo que faltará cuando, por ejemplo, el peligro sea atribuible a la propia víctima<sup>106</sup>. Lo segundo implica que “la existencia o indemnidad del bien jurídico... quede efectivamente en manos del omitente: bajo su *control personal* —para lo que no basta la genérica «posibilidad de salvación», condición también de la omisión pura”<sup>107</sup>, lo que faltará por ejemplo “cuando el sujeto en peligro no quede desamparado y pueda ser socorrido por terceras personas”<sup>108</sup>. Dada la referencia *absolutamente concreta* de la posición de garante a la *situación determinada*, los ejemplos de comisión por omisión que propone MIR PUIG no son generales sino circunstanciados, y así *solo si se dan los requisitos estudiados* —pero no en otro caso— serán responsables en comisión por omisión la madre que deja morir a su hijo por falta de cuidados<sup>109</sup>, los cónyuges y hermanos entre sí y los hijos con respecto a padres ancianos y desvalidos e incluso en supuestos de comunidad de vida como los de convivencia cuasi-matrimonial, entre homosexuales, etc.<sup>110</sup>, los que —como por ejemplo los compañeros de escalada— participan en una comunidad de peligro<sup>111</sup>, el que tiene un león en su jardín y omite cerrar la puerta de la jaula si el león da muerte a un visitante<sup>112</sup>, o el que está encargado de la vigilancia de menores irresponsables, enfermos mentales o delincuentes peligrosos<sup>113</sup>.

D) Estas construcciones, que acaban de ser expuestas en apretada síntesis, están a mi juicio en el camino correcto. Las concepciones *globales* de estos autores me parecen asumibles. No me es posible aceptar únicamente alguna de las fundamenta-

<sup>103</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 334 y s., especialmente nota 33.

<sup>104</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334 y ya antes en Adiciones II (n. 68), pág. 874.

<sup>105</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334.

<sup>106</sup> Véase MIR PUIG, Adiciones II (n. 68), pág. 874.

<sup>107</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334.

<sup>108</sup> Véase MIR PUIG, PG, Adiciones II (n. 68), pág. 874.

<sup>109</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 337; no cometerá parricidio por omisión la madre que desatiende a su hijo recién nacido si este queda a cargo de personal facultativo aunque se demuestre que hubiera podido evitar el resultado.

<sup>110</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 337 y n. 37.

<sup>111</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 338 y s. y Adiciones II (n. 68), pág. 874; excluye de la comisión por omisión, por falta de posición de garante, cuando se trate de riesgos de los que expresa o tácitamente no se hace responsable el sujeto, véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 338.

<sup>112</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 343.

<sup>113</sup> Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334, matizando que en estos casos únicamente se dará la comisión por omisión respecto de tal peligro específico y además (loc. cit., págs. 344 y s.) solo como participe (cooperador necesario) porque el dominio del hecho lo tiene el sometido a vigilancia.

ciones concretas que sugieren por razones de incompatibilidad con mis concepciones dogmáticas más generales y, por otro lado, creo que en los criterios decisivos de dichos autores que me es posible asumir y que, por ello, asumo y comparto, es preciso introducir, no obstante, algunos elementos nuevos de concreción que precisará al exponer mi propia construcción dogmática de la comisión por omisión. A mi juicio el criterio de identidad no puede ser el de la creación o aumento del riesgo por la omisión misma, como pretenden GIMBERNAT, LUZÓN y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO<sup>114</sup>. Como ha señalado con razón MIR PUIG "naturalísticamente ninguna omisión puede crear nada positivo ni, por tanto, tampoco puede originar peligro alguno"<sup>115</sup>. Es cierto que LUZÓN considera salvada esta dificultad si en el caso de la omisión se atribuye a la creación o aumento del riesgo un sentido normativo-social y no naturalístico<sup>116</sup>. Pero así tampoco puede fundamentarse, a mi juicio, la identidad normativa (típica) entre acción y omisión. El concepto mismo de *riesgo* tiene una naturaleza esencialmente normativa<sup>117</sup>. En el delito de acción, por ello, tampoco puede entenderse la creación o aumento del riesgo en un sentido naturalístico sino precisamente en un sentido normativo-social. Lo que sucede en el delito de acción es que *el juicio normativo de creación o de aumento del riesgo* tiene un sustrato *naturalístico*, y este no es otro que *la causalidad de la acción*, como reconoce LUZÓN<sup>118</sup>. Esto no quiere decir aún, de todos modos, que no sea posible deducir con respecto a la omisión un juicio normativo de creación o de aumento del riesgo que sea en su contenido *idéntica* al de la acción. Ahora bien, dado que en la esfera ontológica acción y omisión son estructuras diversas, de ahí tiene que resultar que el *sustrato* del juicio tiene que ser para la omisión uno diferente al de la acción. La posibilidad de fundamentar un juicio de creación o aumento del riesgo idéntico para la omisión está condicionada por las posibilidades de valoración que ofrezcan los elementos estructurales, es decir: lógico-objetivos, del sustrato correspondiente a la omisión. Ahora bien, si a la omisión le falta la causalidad, y únicamente un desarrollo causal puede crear o incrementar un riesgo, pues solo la *adición* de algo nuevo a una si-

<sup>114</sup> Véase también en contra de dicho criterio, con razón a mi juicio, CEREZO MIR, *Estudios* (n. 56), pág. 201; ROMEO CASARONA, Homenaje a Roxin (n. 4), págs. 45 y s.

<sup>115</sup> Véase MIR PUIG, *Adiciones II* (n. 68), pág. 874; HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), pág. 272; ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, núm. 24, 1984, pág. 586 n. 46.

<sup>116</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 239 y s.

<sup>117</sup> Véase CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), pág. 333; "el concepto de peligro es también un elemento normativo".

<sup>118</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 236: "cuando se realiza —como autor— un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que *con su hacer* interviniendo en el curso natural de las cosas, *el sujeto causal...* al intervenir *modificado el curso causal o provocando uno nuevo*", con lo que "incrementa de modo decisivo y determinante el riesgo, que se convierte en peligro concreto y se transforma en lesión" (subrayados añadidos). Por lo demás, en la tentativa y en la frustración, al faltar el resultado no cabe hablar de relación de causalidad entre acción y resultado, pero la acción realizada por el autor habrá provocado la configuración de uno o varios factores causales hasta el momento inexistentes o la modificación de la disposición de los existentes. En cualquier caso, creo que lleva razón y convengo con Romeo Casabona, Homenaje a Roxin (n. 4), pág. 46, al advertir que "la idea de peligro —de su creación o aumento— tiene distinto significado en la acción y en la omisión".

tuación dada es susceptible de modificarla en el sentido de hacer aparecer *ex novo* o incrementar la probabilidad de que se produzca el resultado, entonces no alcanzo a vislumbrar en la omisión misma ningún sustrato respecto al que pudiera fundamentarse un juicio de peligro. MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ, consideran en general que los tipos de omisión tienen como presupuesto previo al tipo un comportamiento positivo que si bien no tiene relevancia para determinar el sentido positivo específico de la omisión, sí la tiene en cuanto que aquel se realiza en lugar de la acción debida. De modo que para los tipos de omisión existen tantos comportamientos típicos (positivos) cuantas posibles conductas activas distintas e incompatibles con la acción esperada<sup>119</sup>. Este planteamiento, sin embargo, no me parece convincente. A partir de la acción que efectivamente haya realizado el sujeto en lugar de la acción debida no puede deducirse en absoluto *cuál es la concreta acción debida*<sup>120</sup> y si la concreta acción no realizada por el omitente era precisamente la que podía dotar a la omisión del atributo de la tipicidad.

#### IV. TESIS QUE SE PROPONE: EL DOMINIO SOCIAL Y SOBRE LA CAUSA FUNDAMENTAL DEL RESULTADO COMO CRITERIO FUNDAMENTADOR DE LO INJUSTO Y DE IDENTIDAD ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

1. Un número muy reducido de omisiones son directamente subsumibles en el tipo de la parte especial porque su contenido de injusto es idéntico al de la realización del tipo mediante una acción. En mi opinión el problema de la identidad radica en primer término en la "situación típica" y, más concretamente, en la posición en que se encuentre el sujeto con respecto a ella. Solo si dicha posición es idéntica a la que adopta el sujeto cuando realiza la acción típica cabrá afirmar que el resultado que se produzca satisface el contenido del desvalor *específico* del resultado. Una fijación de criterios determinantes de la identidad con pretensiones de validez desde el punto de vista del principio de legalidad y del contenido de lo injusto y, por ello, de la posibilidad de subsunción directa de la omisión en el tipo solo puede alcanzarse si no se violentan las siguientes premisas metodológicas. La primera es que no se trata de buscar una identidad entre acción y omisión, es decir: una identidad en la esfera ontológica, porque las dos formas de comportamiento son ontológicamente diversas. De lo que se trata es de fijar una identidad entre acción y omisión *típicas*, es decir: una identidad valorativa, normativa, que ha de ser fijada en la esfera del *tipo de lo injusto*. Ahora bien, y esta es la segunda premisa, como las posibilidades de valoración de un objeto están condicionadas y predeterminadas por sus propiedades ónticas, una identidad normativa entre acción y omisión solo podrá establecerse a partir de la determinación del sustrato *on-*

<sup>119</sup> Véase MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1982 (cit. *Función*, 2ª ed.), págs. 52 y ss.; *el mismo*, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 177 y ss., 320 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 134 y ss., 146 y ss., 158 y ss.; probablemente muy próximo a estas concepciones también BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970, págs. 70 y ss.; *el mismo*, PG, 2ª ed. (n. 34), pág. 255.

<sup>120</sup> Véase en este sentido CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), pág. 283 nota 52.

tológico de la omisión con respecto al que sea posible deducir, en la esfera normativa, la *típicidad* de la omisión. *Ontológicamente* la omisión es la no realización de una acción *finalista* determinada por quien tenía capacidad de realizarla en la situación concreta<sup>121</sup>. Si el sustrato ontológico de la omisión radica en la acción finalista no realizada, entonces el único punto de referencia que es posible tomar en consideración para deducir el contenido de lo injusto típico de la omisión es la acción finalista no realizada. Se trata en definitiva de determinar cuáles son las propiedades específicas de la *acción* que puede ser objeto del mandato y cuya omisión es capaz de realizar lo injusto típico.

2. A mi juicio, el criterio decisivo de identidad es el de la relación de dominio social, que he formulado y desarrollado ampliamente en otro lugar. Por dominio social entiendo 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>122</sup>.

A) El dominio social es una característica objetiva del tipo de lo injusto de un gran grupo de delitos especiales, y cumple la función de concreción de las posibilidades de actualización del dominio del hecho típico. En los delitos comunes, como sucede con el homicidio por acción, cualquiera puede establecer por sí mismo una relación de dominio del bien jurídico. Ahora bien, dado que los bienes jurídicos se encuentran en principio libres de influencias ajenas, quien quiera situarse en condiciones de lesionar o poner en peligro a un bien jurídico deberá realizar antes determinados actos *preparatorios* cuya finalidad es organizar la situación a partir de la que le será posible actualizar su capacidad de acción, es decir: su dominio actual sobre el bien jurídico. Y así, todo el que quiera matar a otro mediante una acción, tiene que realizar antes una serie de actos, como procurarse los medios de ejecución y colocarse en la situación concreta, no existente en el momento en que ha planeado la muerte, en que sus actos —por ejemplo el disparo— puedan provocar efectos en la esfera personal de la víctima, es decir: tiene que hacer entrar a esta, que hasta entonces se encontraba libre de su esfera de influencia, en su ámbito de dominio personal. En algunos delitos, dada la configuración del tipo, la realización de actos concretos de influencia o de dominio *típicos* sobre el bien jurídico no es posible decidirla por cualquiera. En primer lugar porque los medios de que él dispone personalmente no le permiten organizar una actividad de influencia sobre el bien jurídico en el sentido del tipo de lo injusto. Solo mediante la realización de determinados actos podría el sujeto colocarse en la situación de accesibilidad *típica* al bien jurídico. Así el que quiera lesionar la “rectitud en la admi-

nistración de la justicia, en el sentido típico del delito de prevaricación judicial de los artículos 351 y siguientes del Código Penal, tendrá que licenciarse en derecho, prepararse luego unas oposiciones a la carrera judicial, aprobarlas, superar el período de prácticas, tomar posesión de su cargo, de derecho o al menos de hecho, y que un concreto asunto entre, para su resolución, en su esfera concreta de competencias. Estas condiciones son las que constituirán al sujeto en la relación de dominio social típica del delito de prevaricación. El dominio social, por tanto, y como podrá fácilmente comprobarse, cumple en estos tipos —a los que denomino tipos de dominio social— la misma función que en los delitos comunes cumplen los actos preparatorios, es decir: los actos que el autor tiene necesariamente que realizar para crear la situación en la que le será posible ejercitar una acción de dominio concreto (típico) sobre el bien jurídico. El dominio social es, pues, el conjunto de condiciones que permiten al sujeto que se encuentra en esa relación concreta, y solo a él, tomar la *decisión*, y posteriormente actualizarla mediante un acto concreto de dominio, de realizar la lesión del bien jurídico en una forma típica, que es, por cierto, el acto supremo de dominio personal sobre un bien jurídico. Lo que me importa destacar especialmente en relación con este razonamiento es lo siguiente. *Que en todo delito*, la toma de la decisión de realizarlo y su posterior ejecución requiere la *organización* de una situación *previa* a partir de la cual sea posible actualizar la capacidad de acción. En los delitos comunes, por regla general, es el propio autor el que organiza la situación personalmente<sup>123</sup>, pero no es preciso que la organice personalmente de un modo completo y además es también posible que le venga ya previamente dada y completamente constituida, en cuyo caso no tendrá más que *aprovecharla y utilizarla*. Aun así, en estos casos siempre deberá realizar un acto *personal*: deberá *hacer* suya la situación mediante un acto personal de incorporación de dicha situación a su esfera de dominio personal. En los delitos especiales sucede exactamente esto último. La situación *típica* está ya previamente *organizada* —y por ello descrita y acotada por el tipo— y el autor tiene que realizar un acto personal de incorporación de esa situación organizada —situación objetiva de dominio social— a su esfera de dominio personal. Únicamente en esas condiciones le será posible tomar la decisión de lesionar *típicamente* el bien jurídico y de ejecutar a continuación mediante la actualización del dominio del hecho. La relación de dominio social presupone, por lo tanto, que el bien jurídico está ya involucrado en el ejercicio de una determinada función que desempeña el autor<sup>124</sup>, que tanto la situación como el conjunto de factores causales favorables a la producción de la lesión del bien jurídico están ya previamente dados y a disposición del autor *antes de* que este se decida por la lesión del bien jurídico. Únicamente *en el ejercicio de dicha función* es posible realizar, por ello, acciones de lesión o de peligro típicos para el bien jurídico<sup>125</sup>. De esto se sigue que la actua-

<sup>121</sup> Véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), págs. 281 y s., 293. Asumo, sin reservas, el concepto de omisión. Sobre él, fundamentalmente sobre el formulado por ARMIN KAUFMANN, véase la excelente síntesis de SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 35 y s.

<sup>122</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, I. Teoría general. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985 (cit. *El actuar*), págs. 350 y s., 354 y s., 359-361, 365 y ss.; *el mismo*, *Delitos* (n. 82), págs. 78 y ss.

<sup>123</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I.* (n. 122), págs. 350 y ss.

<sup>124</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I.* (n. 122), págs. 365 y ss.

<sup>125</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I.* (n. 122), págs. 368 y ss. Se trata de acciones de dominio social porque solo la previa existencia de la relación de dominio social posibilita la actualización de este mediante el ejercicio del dominio finalista del hecho.

lización mediante un acto concreto del dominio personal y previamente asumido sobre la constelación causal dispuesta y organizada en dirección a la producción del resultado es el *momento constitutivo de lo injusto típico*.

B) Todo lo anterior es, justamente, lo que exacta e idénticamente sucede o debe suceder en la omisión para que esta, por realizar plenamente el contenido de lo injusto típico, sea directamente subsumible en el precepto de la parte especial. Conectando con lo antes dicho, en los casos de omisión la situación de peligro es en su origen *atípica*, pues no aparece como realización de la acción prohibida por la norma. Ahora bien, lo que sucede es que dicha situación, cuando entre en la esfera de posible influencia del sujeto está ya plenamente *organizada* de un modo adecuado en dirección a la lesión del bien jurídico<sup>126</sup>. Pero para que el sujeto pueda tomar una *decisión* sobre la lesión *típica* del bien jurídico, será absolutamente necesario que realice un *acto personal* de asunción del dominio sobre esa situación, es decir: que la incorpore a su esfera personal de dominio, o dicho de otro modo: que mediante un acto voluntario establezca la relación de dominio social sobre el bien jurídico. A este acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico le llamo posición de garante específica. Ese acto representa, a mi juicio, el momento constitutivo de la situación *típica* para la omisión. Es el acto que hace entrar a un peligro *atípico* en la situación de lo injusto *típico*, y como se ve es el acto que en los delitos de comisión por omisión sustituye a la necesidad existente en los delitos de acción de que el autor realice los actos preparatorios, es decir: los actos de organización de la situación típica. De todo ello se sigue: que el sujeto que ha asumido el dominio de los factores causales *en la dirección* a la lesión del bien jurídico se encuentra ya en una situación en 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 este siga su curso. La omisión, aquí será idéntica a la acción en su contenido de injusto porque en ella concurre el momento constitutivo de lo injusto típico. La realización del curso causal plenamente dominado por el sujeto en el resultado, permitirá constituir el desvalor *típico* del resultado y en referencia a él, el desvalor típico de la omisión.

C) Si la posición de garante encuentra su fundamento en el dominio social, es decir, en el poder de decisión que el sujeto tiene acerca de la situación del bien jurídico

<sup>126</sup> Véase recientemente en este sentido SHÜNEMANN, Homenaje a Roxin (n. 4), pág. 22, quien señala que mientras en la comisión activa el dominio del hecho lo transmite un acto positivo, en la omisión el dominio está ya preestablecido; véase SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971, págs. 231 y ss.; en la misma dirección apunta la idea de ARTHUR KAUFMANN, en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, Duncker/Humboldt, Berlín, 1966, pág. 105; "en el hacer activo el agente se sirve de la causalidad del propio cuerpo (utilización de la causalidad propia); en el omitir el agente se sirve de un proceso causal ajeno que se encuentra fuera de aquel (utilización de la causalidad ajena)"; véase asimismo en la misma línea GIMBERNAT ORDEIG, EDP, 3<sup>o</sup> ed. (n. 17), págs. 189 y s.; el concepto de comportamiento —dice GIMBERNAT— "podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior *manejando procesos causales* (esto es incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que estos sigan su curso que no se inicien)" (subrayados míos).

co, creo que en los delitos de comisión por omisión no es posible fundamentar aquella en un momento anterior al de la producción de la situación de peligro para el bien jurídico<sup>127</sup>. La mera asunción de una función de protección del bien jurídico *antes* de que se haya producido la situación de peligro no puede determinar una dependencia del bien jurídico con respecto a una decisión del sujeto de no realizar la acción. Y así, por ejemplo, el socorrista de la playa que ha asumido el compromiso de proteger a los bañistas que puedan colocarse en situación de peligro de perecer ahogados no puede decidir a su antojo y arbitrariamente la muerte de un bañista a consecuencia de la omisión de realizar la acción de salvamento: en ese momento no están aún *organizados* los factores causales en dirección a la lesión del bien jurídico. Si el socorrista quisiera realizar el resultado tendrá que organizarlos él mismo de un modo positivo; en otro caso tendrá que confiar al azar la organización de dichos factores en esa dirección. Mas aún cuando esto sucediera, únicamente con la realización de un acto personal de incorporación de esa situación a su esfera de dominio e influencia personales quedaría constituida la situación típica<sup>128</sup>. La asunción de la función de protección de bienes jurídicos ante peligros futuros no determina, por consiguiente, el dominio del sujeto sobre el bien jurídico ni la constitución de la posición de garante *específica* del tipo de comisión por omisión. Si la situación de peligro no tiene su origen en una acción realizada consciente y voluntariamente por un sujeto *precisamente* en dirección a la producción del resultado de lesión del bien jurídico, entonces no puede afirmarse que el bien jurídico esté en una situación de dependencia de ese sujeto por la sencilla razón de que el curso causal no está controlado o dominado por el sujeto en esa *dirección*. El sujeto podrá tener controlado el curso causal en otra dirección, pero si lo que no está sometido a su control es justamente *la dirección de aquel a la lesión del bien jurídico*, entonces no puede afirmarse que este se haya situado bajo la dependencia de dicho sujeto. La omisión de una acción consistente en detener ese curso causal e impedir así la producción del resultado no puede ser idéntica a la acción porque lo que en tal caso sucedería es que el sujeto deja seguir un curso causal que, *porque no está sometido a su dominio personal*, no está comprendido en el tipo de lo injusto de la parte especial. Solo un acto voluntario de asunción del dominio de la situación, es decir: de la posición de garante *específica*, podrá dar lugar a la constitución de la situación típica.

<sup>127</sup> Probablemente en este sentido o muy próximo a él, si bien dentro de una concepción dogmática distinta de la aquí se asume, COBO, CARBONELL, PE, 3<sup>o</sup> ed. (n. 10), pág. 507, cuando estiman que "generalmente se hace depender la posición de garante de la comprobación del deber específico, cuando debe operarse con el módulo contrario. El deber surgirá de la posición".

<sup>128</sup> Se trata, como he expuesto en otro lugar (cfr. GRACIA MARTÍN, AP, núm. 18, 1994, pág. 361) de precisar el momento en que acción y omisión sean comportamientos *fungibles*, de modo que el autor disponga de la posibilidad de *elegir* entre una u otra forma de conducta para la realización del tipo en el sentido sugerido por AUDROUTAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München-Berlín, 1963, págs. 158 y ss. Se trata, además, de que la omisión aparezca, junto con la acción positiva, como una posibilidad de realización de la "decisión *determinante*" de la producción del resultado en el sentido del criterio de equivalencia formulado por RUDOLPH, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1966, págs. 97 y ss.; *el mismo*, SK StGB, 6<sup>o</sup> ed., § 13, núm. 21.

D) Mi concepción de una posición de garante *específica* para el tipo de la comisión por omisión supone también, como la desarrollada por MIR PUIG<sup>129</sup>, una referencia *absolutamente concreta* de aquella a una situación determinada y, además, que, como certeramente ha destacado SILVA SÁNCHEZ, las posiciones de garante se ordenan en una escala gradual, de modo que *no todas* pueden fundamentar una comisión por omisión<sup>130</sup>, sino solo aquellas en las que concurren “determinadas propiedades específicas”<sup>131</sup>. Esta concepción diferenciadora de una posición de garante específica para el tipo de comisión por omisión, cuyo fundamento radica en la efectiva asunción del dominio personal sobre una situación de peligro *preexistente* y, por lo tanto, *absolutamente determinada*, supone ya la exclusión del tipo de comisión por omisión de todos los supuestos en que la garantía que haya asumido el sujeto se extiende a la protección de bienes jurídicos —incluso a la evitación del resultado de lesión— frente a situaciones de peligro de posible producción en el futuro<sup>132</sup>, es decir: no existentes de un modo real en el momento en que el sujeto asume esa posición de garantía<sup>133</sup>. Esas posiciones de garantía se fundamentan también en un posicionamiento o en la asunción de un compromiso personales de un sujeto ante situaciones en que es, desde luego posible, que surja un peligro para bienes jurídicos y el compromiso del sujeto puede extenderse

<sup>129</sup> Cfr. *supra*.

<sup>130</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 334 y s. y especialmente págs. 340 y s., 344 y ss., 369 y ss.; La ley, núm. 1632 de 23 de enero 1987, pág. 3; ADPCP, 1987, págs. 476 y s.; ADPCP, 1988, págs. 573 s.; C. de P. C., núm. 38 1989, págs. 371 y ss., 375 y ss.

<sup>131</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 350.

<sup>132</sup> Pues, como dice SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., 1989, pág. 377 y ya antes en *El delito* (n. 1), pág. 370: “no se trata de proteger a un bien jurídico de todos los peligros que le vayan a afectar”.

<sup>133</sup> En sentido similar SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 370 y s.: “el compromiso no debe pues, vincularse «desde fuera» a la aceptación de roles cuyo ámbito y las obligaciones de ellos derivadas resultan extraordinariamente difusos”, como sucede en “los casos de función de protección de determinados bienes jurídicos: los ejemplos de niñeras, alpinistas, etc. están en la mente de todos”, es decir: que es preciso “no «atribuir» al sujeto compromisos que este en ningún momento ha pensado adquirir; ello, aun en el caso de que vayan «usualmente» unidos a la investidura de determinado papel social»; véase, además, SILVA SÁNCHEZ, La ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, págs. 2, 3, donde tras reconocer, acertadamente, que el médico de urgencias o el médico rural con posición de monopolio de ayuda tienen posición de garante, concluye que dicha posición de garante, sin embargo, no es la específica del tipo de la comisión por omisión, porque “el compromiso genérico e indiferenciado en que consiste la asunción del servicio de guardia no es fundamento suficiente de una identidad estructural con la comisión”; SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, págs. 380 y ss., donde reconoce la posición de garante del funcionario de prisiones, fundamentada en un compromiso de asistencia al recluso, frente a los peligros que se deriven para la vida de este por agresiones imprudentes de otros o frente a accidentes, pero no que esa sea la posición de garante *específica* del tipo de la comisión por omisión; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, pág. 476, donde reconoce una posición de garante en un supuesto de comunidad de vida que, sin embargo, no es la específica de la comisión por omisión; y SILVA SÁNCHEZ, ADPC, 1988, págs. 573 y s.: posición de garante fundamentada en hacer precedente que no da lugar, sin embargo, a comisión por omisión. También en esta línea MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 337, pues considera acertadamente que: “no basta la concurrencia de las expresadas relaciones familiares” sino que es preciso que “la situación de absoluta dependencia personal que caracteriza a la posición de garante se produzca en el caso concreto”, y concluye con que: “más decisivo, pues, que el tipo de relación familiar existente es que concurra una efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra y que ello determine la asunción del riesgo”.

incluso a la evitación del resultado para el caso de que sobrevenga efectivamente el peligro. Sin embargo, el hecho de que la situación de peligro no exista ya en el momento en que el sujeto asume la posición de garantía, impide afirmar su dominio social sobre el bien jurídico y la correlativa dependencia de este con respecto a él, es decir: impide la constitución del dominio social *típico*, específico del tipo de comisión por omisión y, por tanto, que el sujeto pueda *decidir* sobre la producción del resultado. Estas *situaciones genéricas* de garantía, por ello, no pueden fundamentar la comisión por omisión<sup>134</sup>. Esto no quiere decir, desde luego, que el sujeto que ocupa una posición de garante solo genérica no pueda ser autor del tipo de comisión por omisión. No podrá serlo mientras permanezca solo en esa posición de garantía genérica, pero ello no impide que cuando sobrevenga realmente el peligro realice el acto de asunción personal del dominio de la situación de peligro y asuma entonces la posición de garantía *específica* del tipo de comisión por omisión, lo que se explica porque, como ya dije siguiendo a MIR PUIG, aquella se establece en referencia absolutamente concreta a la situación determinada. Por ello mismo, creo que no es posible elaborar una lista de casos concretos o de ejemplos clasificados *a priori* dentro o fuera de la comisión por omisión y que, como acertadamente hace MIR PUIG<sup>135</sup>, es siempre preciso relativizarlos. Y así:

a) Al no existir la específica situación de peligro en el momento en que el sujeto asume su posición de garantía, esta será una genérica que, por no ser determinante de una dependencia del bien jurídico con respecto al garante, no dará lugar a comisión por omisión en los casos del socorrista que no hace nada para impedir que se ahogue un bañista que espontáneamente ha sufrido un corte de digestión, del cónyuge que ante una repentina complicación cardíaca del otro no avisa a los servicios médicos de urgencia a fin de que puedan atenderle y salvarle la vida, el funcionario de prisiones que no hace nada para impedir la muerte del recluso que está en situación crítica a consecuencia de haberse colocado en situación de huelga de hambre o por haber sufrido un grave accidente, el médico de guardia o el único médico rural de la zona que no atiende a un enfermo grave, el alpinista que deja abandonado al compañero de excursión

<sup>134</sup> Considero, sin embargo, que en tales casos la responsabilidad del omitente que se encuentra en esa posición de garante tiene que ser agravada con respecto a la del omitente que no se encontraba en esa situación previa. En principio, un tratamiento diferenciado de estas omisiones de garante que no dan lugar a comisión por omisión, pero que son más graves que las omisiones de no garantizar, exigiría, en la línea sugerida por SILVA SÁNCHEZ, la introducción generalizada de tipos agravados de omisión *pura de garante* como el del párr. 3º del art. 489º del Código Penal que como es sabido, contiene una omisión de socorro agravada por la previa causación del accidente por el omitente, véase especialmente SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 334, 340 y s., y especialmente 344 y ss.; La ley, núm. 1632 23 enero 1987, pag. 3; ADPCP, 1987, págs. 476 y s.; ADPCP, 1988, págs. 573 y s.; C. de P. C. núm. 38, 1989, págs. 383 y n. 77, 384 y s., 398-9 n. 142; en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 241 y s., quien propone *de lege lata* que, entretanto no se incluyan dichos tipos de omisión pura de garante, se apliquen al tipo de omisión pura las circunstancias agravantes que correspondan, como por ejemplo el abuso de confianza o el parentesco. MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 343, reconoce también la existencia de omisiones de gravedad intermedia sin pronunciarse expresamente acerca de si la agravación se fundamenta o no en una posición de garante. Recientemente, y asumiendo la tesis de SILVA SÁNCHEZ, parece acoger este planteamiento también RODRÍGUEZ MOURULLO, Homenaje a del Rosal (n. 4), pág. 914. Sobre si cabe aun una ulterior diferenciación dentro de las omisiones de garante no constitutivas de comisión por omisión, véase luego.

<sup>135</sup> Cfr. *supra*.

que sufrió un grave accidente o, finalmente, el conductor que con *dolo de lesiones* arrolló a su enemigo y aun percatándose del peligro que de su hecho se ha derivado para la vida de la víctima no le transporta a un hospital para que pueda ser atendido y salvado<sup>136</sup>.

b) En cambio, se situarían en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión el socorrista que se hubiera lanzado al agua creando así una expectativa seria de salvamento<sup>137</sup> y una vez que se encuentra con el bañista decide no hacer nada y deja que se ahogue, el cónyuge que habiendo sido instruido por el médico, ha asumido la responsabilidad de administrar en su domicilio el medicamento que es necesario para impedir que se desencadene el proceso de muerte del otro cónyuge, que no puede valerse por sí mismo<sup>138</sup>, y en un momento determinado decide no administrarlo, desencadenándose así el proceso de muerte que tiene su origen en la enfermedad que estaba controlada mediante la administración del medicamento, el médico de prisiones, el de urgencias o el rural, que han asumido de un modo efectivo ya el tratamiento de contención de la inanición del recluso huelguista de hambre<sup>139</sup> o de la enfermedad del paciente, el alpinista que ya se ha hecho cargo de alimentar a su compañero herido, que no puede valerse por sí mismo<sup>140</sup>, y decide dejar de proporcionarle alimento para que muera de inanición. En todos estos casos<sup>141</sup> se fundamentaría la posición de garante específica de la comisión por omisión porque el omitente con posterioridad a la producción de la situación específica de peligro, ha realizado un acto de asunción personal del dominio de la situación y, entonces, puede decidir acerca de la producción del resultado<sup>142</sup>.

<sup>136</sup> Caso enjuiciado en la STS de 21 diciembre 1977 (A. 497 I).

<sup>137</sup> Pues, como sostiene nuestra mejor doctrina, la asunción efectiva, de modo expreso o concluyente, del ejercicio de una actividad de salvamento genera una confianza en el necesitado y/o en terceros y ello provoca que no se pongan en práctica otras medidas de protección, por lo que en tal caso el sujeto asume realmente el dominio personal de la situación de peligro y, con ello, la posición de garante específica del tipo de la comisión por omisión: véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 222 y s. y n. 319, La ley, núm. 1632, de 23 enero 1987 pág. 2; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334.

<sup>138</sup> Como destaca SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, pág. 383, acogiendo matizadamente la tesis de *Schünemann*, el dominio sobre la indefensión de la víctima puede fundamentar la posición de garante específica de la comisión por omisión si dicho dominio está expresado en el compromiso.

<sup>139</sup> Cuando este ha manifestado su voluntad expresa de que sea salvado y *además* el médico ha aceptado y asumido *efectivamente* el dominio o control del proceso de inanición. Si faltara alguno de estos requisitos —situaciones de inconsciencia, no asunción del tratamiento efectivo por el médico— entonces cabría plantear, a lo sumo, una omisión pura de garante, véase, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, pág. 403, quien parece no admitir comisión por omisión en ningún caso; LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 176 y s., que admite comisión por omisión si se impide un auxilio externo; de otra opinión Díez RIPOLLÉS, C. de P. C., núm. 30, 1986, pág. 640, quien parece admitir comisión por omisión en *todas* las situaciones de irracionalidad.

<sup>140</sup> Cfr. *supra*.

<sup>141</sup> Sobre otros casos en los que, a mi juicio, también concurriría comisión por omisión, cfr. los enumerados por LUZÓN PEÑA, SILVA SÁNCHEZ y MIR PUIG *supra*.

<sup>142</sup> Naturalmente, si el resultado no se produce, no podrá aplicarse el tipo de comisión por omisión consumado, sino en grado de tentativa, porque en virtud de la asunción de la posición de garante específica y de

c) En los casos de asunción del dominio de una fuente de peligro<sup>143</sup> el sujeto se coloca, en principio, en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión porque la situación de peligro radica en la misma fuente de peligro con anterioridad al acto de asunción de la función de su control. Como dice SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, en estos casos hay que adoptar también una posición restrictiva, de modo que ha de quedar clara desde el principio “la relación del garante con el peligro y su hipotética realización lesiva en determinados bienes”<sup>144</sup>. Creo, por ello, que en tales casos solo cabe admitir la posición de garante específica con respecto a los resultados *típicos* de la concreta fuente de peligro, es decir: los resultados objetivamente previsibles cuya producción, además, tenga lugar fuera del riesgo permitido<sup>145</sup>. Con respecto a la posibilidad de producción de resultados *atípicos*, es decir: resultados con respecto a los que cabe suponer que no se producirán mientras el sujeto mantenga a la fuente de peligro dentro del riesgo permitido, no cabe afirmar una posición de garante específica<sup>146</sup> del sujeto que asumió el control de la fuente de peligro porque la situación de peligro —precisamente por su atipicidad—, surge en estos casos *posteriormente*. No obstante, podrá fundamentarse en estos casos también una posición de garante específica si en la situación concreta la contención del peligro atípico ya sobrevenido depende de una actuación sobre la misma fuente de peligro no sea objetivamente previsible, pero sea previsible para el sujeto en virtud de sus capacidades excepcionales o sobresalientes, creo que debe fundamentarse la posición de garante específica del tipo de comisión por omisión<sup>147</sup>.

La posterior omisión de la acción, habrá quedado constituido el desvalor específico de la omisión. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que no es preciso que el sujeto que decide omitir la acción indicada considere segura la producción del resultado por la ausencia de su acción de dominio del peligro, sino que bastará con que considere que dicha producción del resultado sea posible, como sucede igualmente en el delito de acción, véase CEREZO MIR, PG 1, 4ª ed. (n. 16), págs. 386 y s.

<sup>143</sup> Es decir, en los casos de asunción del control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio y de control de personas peligrosas; véase sobre ello MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 343 y ss.

<sup>144</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 371.

<sup>145</sup> Pues en general el contenido del deber de control de la fuente de peligro consistirá, a mi juicio, en mantener la fuente de peligro dentro de los límites del riesgo permitido; véase en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 207 y s.; sobre la relación entre el deber objetivo de cuidado y el deber de garante, véase, además, la exposición de CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989, págs. 187 y ss.

<sup>146</sup> En el delito imprudente, en cambio, las situaciones atípicas son idóneas para fundamentar un deber objetivo de cuidado de contenido diverso al habitual que se determinaría de acuerdo con “el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social” y cuya infracción daría lugar a la realización del tipo si se cumplen además los restantes requisitos de la imputación objetiva; véase sobre ello, CEREZO MIR; PG, 1, 4ª ed. (n. 16), pág. 423, a quien corresponde la cita.

<sup>147</sup> Véase en este sentido, CEREZO MIR; PG, 1, 4ª ed. (n. 16), págs. 417 y s., quien rechaza con razón la inclusión del deber subjetivo de cuidado en el tipo de lo injusto del delito imprudente. También SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 215, quien admite, sin embargo, que el deber subjetivo de cuidado pertenece al tipo del delito imprudente.

d) De acuerdo con la concepción de la posición de garante específica que aquí se defiende, creo que debe rechazarse que esta pueda fundamentarse en el actuar precedente *mismo* (injerencia)<sup>148</sup>. La posición de garante específica podrá fundamentarse solo si el sujeto *después* de su actuar precedente realiza un acto de asunción del dominio de la situación peligrosa, pero no en el mismo actuar precedente. Ahora bien, a este respecto, será indiferente, por ello, que, con respecto a la situación de peligro, el actuar precedente haya sido voluntario, imprudente o fortuito<sup>149</sup>. Pues dicho actuar precedente solo podrá fundamentar una posición de garante genérica capaz de dar lugar a una omisión pura de garante<sup>150</sup>, mientras que la posición de garante específica se fundamentará en el acto *posterior* de asunción del dominio de la situación peligrosa<sup>151</sup> y la validez de dicho acto no puede hacerse depender de la naturaleza que tenga en origen la provocación del peligro. De ahí se deduce que la posición de garante específica que pueda fundamentarse *a consecuencia* del hacer precedente es una que se clasifica en otros grupos de la posición de garante<sup>152</sup>.

3. El criterio, expuesto hasta ahora, de la asunción del dominio personal de la situación de peligro no es suficiente, sin embargo, para explicar definitivamente el fundamento de la posición de garante específica de la comisión por omisión, pues, a mi juicio, está necesitado aun de ulterior concreción. De cuanto se lleva dicho hasta ahora, cabría deducir que la asunción personal de la realización de *cualquier* actividad de control sobre la situación de peligro específica que ya viene previamente dada —es decir: la realización de cualquier actividad que, en mayor o menor medida, sea idónea para impedir la producción del resultado— da lugar a la constitución de la posición de garante *específica* del tipo de comisión por omisión, deducción que no sería exacta ni, por ello, acertada. El criterio del *dominio social*, que sirve de fundamento a la posición de garante específica, no puede ser determinado independientemente del sentido y contenido de la *conducta típica*. Pues dominio social es, exactamente, *posibilidad de realizar el tipo de lo injusto*<sup>153</sup>. Y, en mi opinión, no todo el que asume cualquier función de control de la situación de peligro está en condiciones, por eso solo, de realizar el tipo de lo injusto de la comisión por omisión. La omisión de una acción que hubiera

<sup>148</sup> Así también: GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1970, pág. 726; SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 344 y ss.; ADPCP, 1988, págs. 571 y ss.; LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 237 y s. DP cir, 2ª ed. (n.32), págs. 174 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, PG. 4ª ed. (n. 43), págs. 384 y ss., quien no incluye a la injerencia en el catálogo de posiciones de garante. Véase en este sentido, también MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*. Edit. Trotta, Madrid, 1992, págs. 134 y ss.

<sup>149</sup> Así SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1988, pág. 574, en relación con la fundamentación de una omisión pura de garante en el hacer precedente. En el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ, PE. 2ª ed. (n. 30), pág. 86.

<sup>150</sup> Véase nota anterior.

<sup>151</sup> Véase, en este sentido. BUSTOS RAMÍREZ, PE, 2ª ed. (n. 30), pág. 86: "lo cual parecería adecuado dada la amplitud del pensamiento de la injerencia, con lo cual se la podría limitar como fuente de la posición solo a aquellos casos en que ha habido una *asunción efectiva de la protección* del bien jurídico por parte del sujeto".

<sup>152</sup> Así, por ejemplo en el grupo de las posiciones de garante con fundamento en el deber de control de una fuente de peligro si el peligro provocado es uno que tiene su origen en un descontrol de la fuente de peligro originado por el sujeto y dicho peligro es típico en relación con la fuente de peligro.

<sup>153</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 122), págs. 354 y s. 357, 361, 365, 367 y especialmente 368 y ss.

impedido la producción del resultado, como ya vimos<sup>154</sup>, no es sin más idéntica a la producción activa del mismo desde el punto de vista del contenido de lo injusto. De ahí resulta que la evitación del resultado es posible a partir de la realización de una pluralidad de acciones que son susceptibles de producir efectos salvadores en diversos estadios del curso causal peligroso. La omisión de *una cualquiera* de ellas, sin embargo, no da lugar a comisión por omisión<sup>155</sup>. Esto se ve claramente ya a partir del tipo de la omisión del deber de impedir determinados delitos del artículo 338 bis Código Penal. La acción mandada, cuya omisión da lugar a la realización del tipo, es aquí una acción de impedir la realización de un delito y, por ello, de impedir el resultado del delito<sup>156</sup>. lo que pone claramente de manifiesto que no da lugar a comisión por omisión la no realización de cualquier acción que hubiera podido impedir el resultado y que la posibilidad de impedir el resultado no puede ser por sí sola determinante para la concreción del contenido de lo injusto en la comisión por omisión<sup>157</sup>. Ello es una exigencia, en

<sup>154</sup> Cfr. *supra*.

<sup>155</sup> Véase CEREZO MIR, PG. I, 4ª ed. (n. 16), pág. 337, quien reconoce que "en los delitos de comisión por omisión no puede ser sujeto activo todo aquel que pudiendo hacerlo no evita la producción del resultado delictivo".

<sup>156</sup> Pues si bien es cierto que para el cumplimiento del mandato basta con que el sujeto haya realizado un intento serio de impedir la realización del delito, aunque no lo haya conseguido, la acción que es objeto del mandato no podrá estimarse realizada mientras lo que sea posible al sujeto sea precisamente la evitación del delito; véase BUSTOS RAMÍREZ, PE. 2ª ed. (n. 30), pág. 259; MUÑOZ CONDE, PE. 9ª ed. (n. 16), pág. 752; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*. Parte Especial, 16ª ed., Madrid, Edit. Dykinson, 1993, pág. 1041. Debe llamarse la atención, por otro lado, sobre que la posición de garante no tiene nada que ver con la posibilidad de impedir el resultado, pues la realización de una acción capaz de impedir el resultado puede estar también en el ámbito de posibilidades de un no garante y entonces esa será la acción concreta que será el objeto del mandato en la situación concreta. Ahora bien, en este caso, el no garante responderá por el tipo de omisión pura y no por el de comisión por omisión. Si el que no realiza *esa misma* acción capaz de impedir el resultado es un garante, la doctrina dominante considera que entonces se le debe responsabilizar por comisión por omisión, sea como autor, sea como partícipe en el delito no impedido; véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión* (n. 39), págs. 379 y s.; ComCP I (n. 39), págs. 892 y ss.; HUERTA TÓCILDO, *Problemas* (n. 31), pág. 249; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 607 y s.; y las SSTs de 10 de diciembre de 1982 (A. 7398), 28 octubre 1983 (A. 4808), 31 de enero de 1986 (A. 211), 25 febrero 1986 (A. 911) y 8 de octubre de 1991 (A. 7033). Es, sin embargo, imposible e incomprensible que a un sujeto que pudo realizar exactamente *la misma acción* de impedir el resultado que la que pudo realizar otro, se le otorgue el privilegio tan desmesurado de condenarle solo como autor del delito de omisión pura del art. 338 bis (arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pts.) por el mero hecho de que no estaba en posición de garantía o que al otro se le imponga la desmesurada carga de una responsabilidad por el homicidio no impedido a título de comisión por omisión (reclusión menor) por el simple hecho de que tenía posición de garantía. Y como aun es más inexplicable que a este último se le trate igual que al que con sus propias manos ha matado, por mucho que aquel hubiera podido impedirlo, de ahí que me incline por la tesis defendida por la que considero mejor doctrina y que considere que el no impedir la producción de un resultado, por sí mismo, no puede fundamentar automáticamente una comisión por omisión por el mero hecho de que el omitente sea garante (véase, en este sentido, LUZÓN PEÑA, EP. (n. 46), págs. 243 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, CPC. núm. 38, 1989, págs. 387 y ss. 391 y ss.; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ. núm. 24, 1991, págs. 209 y ss.) sino que para ello será preciso que la acción no realizada sea una que posea *determinadas propiedades y características*. Ahora bien, si esto se acepta, de ahí tiene que resultar que lo que fundamenta la comisión por omisión no es la omisión de *cualquier* acción que hubiera podido impedir el resultado, sino la omisión de una acción *determinada* de entre todas las que son capaces de impedirlo.

<sup>157</sup> Lo que viene definitivamente confirmado porque, como ha destacado especialmente SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 347 y s., el Código Penal ha tipificado expresamente *omisiones referidas a resultado sin*



primer lugar del principio de determinación del tipo. En los tipos de acción la determinación de la acción típica no es excesivamente problemática, pues dicha acción aparece por lo general perfectamente individualizada en la descripción del precepto legal. En los tipos de comisión por omisión, sin embargo, la tarea de individualización de la acción cuya omisión es susceptible de realizar lo injusto típico ha de confiarla el legislador a la interpretación de la doctrina científica y de la jurisprudencia<sup>158</sup>. Ahora bien, esto no significa en modo alguno que el tipo de comisión por omisión sea uno indeterminado. El tipo descrito por el legislador en la parte especial contiene ya elementos de determinación de lo injusto que son suficientes para deducir de ellos cuál es la concreta omisión que es portadora del contenido de lo injusto típico. Lo que sucede es que a la hora de enfrentarse a esa tarea doctrina y jurisprudencia se encuentran con que existe una multiplicidad de acciones susceptibles de evitar el resultado, pero a la vez con que no todas ellas pueden ser portadoras de lo injusto típico. La tarea de la elaboración doctrinal consiste aquí en *individualizar* a la acción cuya omisión será portadora de lo injusto típico, lo que es, por lo demás, una exigencia del carácter fragmentario del derecho penal. Por ello, las bases del juicio definitivo acerca de si el sujeto ha asumido realmente la posición de garante específica tienen que establecerse a partir de la determinación de las *características y propiedades específicas de la concreta acción omitida* por el sujeto que había asumido el control de la situación de peligro.

A) Si de la omisión de toda y cualquier acción que hubiera impedido el resultado no puede decirse que realiza el tipo de lo injusto, entonces los criterios de la causalidad hipotética y de la idoneidad de la acción para disminuir el peligro<sup>159</sup> deben ser considerados inadecuados para individualizar las características específicas de la acción omitida relevante para el tipo de comisión por omisión, pues esas comprobaciones no permiten llegar a otra conclusión que a la de que esa acción podía haber evitado el resultado, con lo que se vuelve de nuevo al origen del problema<sup>160</sup>.

B) Acción y omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica. Las valoraciones del derecho sin embargo y a mi juicio, deben estar condicionadas y encontrar su límite en las estructuras lógico objetivas, es decir en las propiedades ontológicas del sustrato que es sometido a regulación jurídica.

*equivalencia comisiva*, es decir: omisiones a las que les es imputable un resultado trascendente a la no realización de la acción mandada y que, sin embargo, no realizan el tipo al que pertenece la realización de dicho resultado mediante una acción. Como ejemplo de estos tipos sugiere SILVA el del art. 371, II CP.

<sup>158</sup> Véase CEREZO MIR, PG. I, 4ª ed. (n. 16), págs. 179, 337.

<sup>159</sup> Cfr. *supra*.

<sup>160</sup> En este sentido puede entenderse la crítica de MIR PUIG a la tesis de la creación o aumento del peligro por la omisión en un sentido normativo y social de LUZÓN PEÑA. Como dice MIR PUIG, *Adiciones II* (n. 68), pág. 874, a mi juicio acertadamente, "de toda omisión sin la cual el resultado se hubiera evitado podría decirse (en un sentido social) que ha creado o aumentado el peligro (esto es, las posibilidades de que se produzca el resultado) al no impedir la lesión, lo que impediría distinguir entre omisión pura y comisión por omisión". La réplica posterior de LUZÓN (EP. págs. 239 y ss.) a la objeción de MIR, por lo que expuse más arriba (cfr. *supra*), no me parece convincente.

Una valoración jurídica de la omisión solo puede ser válida si a la omisión no se le añade ninguna propiedad ontológica que le sea extraña. Una valoración de la omisión que tuviera como base elementos ontológicos ajenos a la omisión será una valoración necesariamente errónea. La omisión es, en la esfera ontológica, la no realización de una acción finalista *determinada* por quien tiene capacidad de realizarla en la situación concreta<sup>161</sup>. La valoración jurídica de la omisión, por lo tanto, solo puede tener un objeto: la acción no realizada. La identidad normativa, valorativa de la omisión con respecto a la acción, por ello, solo puede establecerse en referencia a determinadas propiedades de la acción omitida. Si, como ya se ha demostrado, la omisión de *cualquier* acción que hubiera podido impedir el resultado no puede ser, por eso solo, idéntica a la acción típica en contenido de injusto, es preciso establecer un criterio mediante el que, por imperativo del principio de determinación del tipo; pueda identificarse, ahora en el plano abstracto, a la *clase de acciones* cuya omisión es susceptible de realizar el tipo de lo injusto exactamente igual que como lo realizaría una acción positiva. En principio, además, este es un criterio también de concreción de la posición de garante específica del tipo de comisión por omisión. Pues nadie puede asumir la función o el compromiso, en la terminología de SILVA SANCHEZ, de garantizar la realización de una acción que esté fuera de sus capacidades personales de acción. En el caso concreto solo realizará el tipo la omisión de una acción concreta que se adecúe a las características abstractas de la acción mandada por la norma en el sentido que a continuación voy a definir.

a) Un primer criterio de aproximación es el de la certeza o seguridad total de que la acción no realizada hubiera evitado el resultado. Como exige con razón TORIO LÓPEZ, pues no cabría fundamentar la identidad entre acción y omisión si para aquella se trabaja con juicios de *necesidad* causal y con respecto a esta con juicios de *probabilidad*<sup>162</sup>. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no tratamos aquí de la certeza *en el caso concreto*, sino de las características abstractas que deben concurrir en una acción para poder afirmar que *de esa clase* de acciones cabe esperar *en general* que su realización evita con certeza la producción del resultado. Pues si nos situamos en el plano del caso concreto, la concreta acción omitida por el sujeto podría ser una con respecto a la que en *esas circunstancias* concretas cupieran un margen de duda acerca de si hubiera o no evitado el resultado, a pesar de que, sin embargo, se trata de una acción que pertenece a la clase de las que *en general* evitan la producción del resultado. Por el contrario, cabría decir de una acción concreta que no pertenece a aquella clase, que, a la vista de las circunstancias del caso concreto, hubiera evitado el resultado con seguridad o certeza. Como de lo que aquí tratamos es de fijar y dar un contenido preciso al mandato de determinación del tipo, es evidente que no podemos situarnos en el plano del caso concreto sino en el abstracto del tipo legal, único modo de determinar *a priori* cuáles son las acciones *típicas* para la omisión. Así, si la acción del caso concreto hubiera evitado el resultado con certeza, pero no pertenece a la clase de acciones que en

<sup>161</sup> Véase CEREZO MIR, PG. I, 4ª ed. (n. 16), págs. 283 y s., 293. Véase una excelente exposición del concepto finalista de omisión, que asumo sin la mínima reserva, en SILVA SANCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 35 y s.

<sup>162</sup> Véase TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, págs. 699 y s.

general son apropiadas para evitarlo y que, por ello, han sido acotadas por el mandato, entonces no cabrá afirmar en tal caso el delito de comisión por omisión en razón de la atipicidad de la omisión. Si, por el contrario, la acción del caso concreto es una que pertenece a la clase de las que en general son apropiadas para evitar el resultado con certeza, pero en las circunstancias concretas en que se omite no puede asegurarse que lo hubiera evitado, entonces y a pesar de esto, no podrá negarse la tipicidad de la omisión para el delito de comisión por omisión y habrá que estimar tentativa de comisión por omisión<sup>163</sup>.

b) El criterio sugerido por SILVA SÁNCHEZ del “actuar a modo de barrera de contención del riesgo específico” me parece, en principio válido, pero insuficiente por sí solo o con esa formulación para individualizar la clase de acciones que pueden ser objeto de una omisión idéntica a la acción. Pues es definitivamente cierto que la acción específica tiene que ser una que, en efecto, determine una contención del riesgo. A mi juicio, sin embargo, es preciso aun concretar qué tipo de contención del riesgo es el que debe producir dicha acción. Pues en la medida en que el riesgo pueda ser contenido con una diversidad de acciones que pueden situar las barreras de contención a muy diferentes distancias de la producción del resultado, creo que la omisión de cualquier acción idónea para contener el riesgo específico no puede ser por eso solo determinante de la realización de lo injusto típico. Y así, por ejemplo, no creo que pueda negarse que la acción de *vigilancia de un enfermo grave*, que se ha encomendado a una enfermera que ha asumido el compromiso de realizarla, para que en el caso de producirse una situación crítica, reclame urgentemente la presencia del cirujano responsable de ese enfermo a fin de que este realice la intervención quirúrgica salvadora, es una acción que produce efectos de contención de ese riesgo específico. Pero sí habría que negar, a mi juicio, que la omisión de la enfermera diera lugar a homicidio en comisión por omisión. Diferente conclusión, es decir: calificación del hecho como homicidio por omisión, habría que extraer, en cambio, en la variante del caso, propuesta por LUZÓN PEÑA, en que la acción de contención del riesgo que debe realizar la enfermera consiste en administrar al enfermo la medicación que real y precisamente está conteniendo del hecho el avance del curso mortal de la enfermedad<sup>164</sup>. De la realización de la acción omitida por la enfermera del primer caso no puede afirmarse que hubiera evitado *con certeza* la producción del resultado<sup>165</sup>. De la segunda, por el contrario, sí. La diferencia entre uno y otro caso radica en el diverso alcance y trascendencia que tie-

<sup>163</sup> Así TORIO LÓPEZ, ADPCP, pág. 700, quien comparando con el delito de acción dice que “evidentemente, nunca se concedería algo correlativo en el delito de acción, en el que tal posibilidad centesimal, etc., de que el autor no hubiese causado el resultado, como posibilidad puramente probatoria, conduciría únicamente a la estimación de tentativa de delito”. TORIO, sin embargo, parece situarse aquí en el plano del caso concreto, según lo que deduzco de la atenta lectura de su discurso argumentativo, y, por ello, no aclara *qué clase de acciones de las que para afirmar con certeza que hubieran evitado el resultado son contenido del mandato del tipo de comisión por omisión*.

<sup>164</sup> Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 238, 241.

<sup>165</sup> Cabe imaginar todo tipo de factores negativos: que el cirujano no llegue a tiempo, que este se niegue a practicar la intervención, etc.

ne la contención del riesgo mediante una acción de vigilar y mediante una acción de administrar el medicamento eficaz. En el primer caso la contención del peligro es eventual e incierta, mientras que en el segundo caso es definitiva. Que la omisión de una y otra acción de contención del riesgo no pueden tener el mismo significado desvalorativo me parece que debe estar fuera de duda.

c) En mi opinión solo 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 ulteriores acciones 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*. Para la concreción de dicha acción, no es posible prescindir, a mi juicio, de referirla al factor causal de la situación de riesgo que es determinante el de la producción definitiva del resultado. A este factor se le puede denominar “la causa fundamental o determinante del resultado”<sup>166</sup>. De entre todas las acciones idóneas para producir un efecto de control de la situación de peligro, disminuyendo o contrarrestando las posibilidades de producción del resultado, únicamente será apropiada para que su omisión de lugar a la constitución de lo injusto típico aquella acción capaz de producir un efecto de eliminación del potencial lesivo de la causa fundamental o determinante del resultado. El resultado positivo de dicha acción consiste en la producción en el mundo exterior de una contrafuerza causal que impida a la causa fundamental del resultado que se desarrolle en dirección a la lesión del bien jurídico. Se trata, por tanto, de una acción de *intervención material* y directa sobre la causa fundamental del resultado. De ahí se sigue que el dominio personal de la situación de peligro, que antes he formulado como fundamento de la constitución de la posición de garante *específica* del tipo de comisión por omisión, se concreta necesariamente en el dominio de la causa fundamental del resultado. Ahora bien, este dominio solo puede alcanzarlo el que tenga la capacidad de acción finalista de producción de la contrafuerza causal idónea para contener o desviar el potencial lesivo de la causa fundamental del resultado. Únicamente el que tiene esta capacidad de acción está en condiciones de realizar el acto de asunción del dominio personal de la situación de peligro y, por ello, de asumir la posición de garantía específica del tipo de la comisión por omisión. Quien teniendo esa capacidad asuma efectivamente la función de control de la causa fundamental del resultado se sitúa plenamente en condiciones de

<sup>166</sup> Me alíneo así en la doctrina —minoritaria— que, prescindiendo ahora de matices, adopta la idea del *dominio* como criterio básico y rector de la imputación a la omisión y de identidad de esta con la comisión activa; véase en este sentido SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen (n. 126), págs. 231 y ss.; Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin/Bonn, München, 1979, págs. 84 y ss. 138 y ss. LK-StGB, 11ª ed., 1993, §14 n.º 17; *Homenaje a Roxin* (n. 4), págs. 21 y ss. BOTTKE, wistra, 1991, págs. 82 y ss.; Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, págs. 60 y ss., 88 y ss. 98 y ss. 139 y ss. SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1989, págs. 367 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 122), págs. 350 y s., 354 y s., 356 y s. 359-361, 365 y ss.; *Delitos* (n. 82), págs. 78 y ss.; AP. núm. 16, 1993, págs. 226 y ss.; AP. núm. 18, 1994, págs. 363 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención* (n. 148), págs. 133 y s. y n. 109.

*decidir* sobre la lesión del bien jurídico. Para ello le bastará con adoptar la resolución de dejar de producir la contrafuerza causal neutralizadora del potencial lesivo de la causa fundamental del resultado y dejar que esta se desarrolle en su dirección a la lesión del bien jurídico.

4. En definitiva y resumiendo: Solo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, *además*, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva. La falta de la capacidad de acción impide ya de un modo absoluto toda posibilidad de constitución de la posición de garantía específica, pues aquella es un presupuesto lógico-objetivo, y por ello necesario e imprescindible de esta. Para que esta se constituya realmente, sin embargo, no basta con la capacidad específica de acción sino que es imprescindible que, además, el sujeto haya realizado un acto personal de asunción del dominio efectivo de la causa fundamental del resultado, es decir: un compromiso efectivo de poner en práctica su capacidad específica de acción. Si falta cualquiera de estos dos requisitos la omisión del sujeto no será idéntica a la acción y no podrá subsumirse directamente en el tipo de la parte especial. La concurrencia de ambos requisitos a la vez determina, por el contrario, la constitución de la situación típica del tipo de comisión por omisión en sentido estricto. Si la omisión es en estos casos idéntica a la acción es porque en tal caso aquella es *plenamente* portadora, exactamente igual que esta, del contenido de lo injusto típico. Por ello mismo, la pena prevista para el tipo de comisión por omisión en sentido estricto tiene que ser la misma que la prevista para el tipo de acción. La introducción de una disposición específica para la comisión por omisión, por todo ello, es innecesaria, únicamente podría tener un valor declarativo y sería, cuando menos, perturbadora.

##### 5. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA OMISIÓN PUNIBLE

Con base en lo expuesto sobre mi concepción básica de lo injusto de la omisión, creo que con respecto a esta deben distinguirse cuatro grados de injusto *específico*, de modo que, si se concibe al tipo de lo injusto como el conjunto de los elementos que fundamentan lo injusto *específico* de la figura de delito, el derecho positivo debería reconocer cuatro tipos específicos de omisión, que resultan de la distinta gravedad que puede adquirir la omisión en función de las posibles combinaciones que pueden formar los distintos grados de la posición de garante con la concreta capacidad de acción del sujeto referida a la situación de peligro.

1. El primer tipo de lo injusto de la omisión es el que corresponde a la comisión por omisión en sentido estricto. Estos tipos están constituidos por las omisiones de un garante que son idénticas a la acción en contenido de injusto, es decir, por la omisión de una acción idónea para eliminar o contrarrestar el potencial lesivo de la causa fundamental del resultado. Estas omisiones constituyen los genuinos delitos de comisión por omisión, deben ser penadas directamente por los tipos legales de la parte especial

y, además, con la misma pena que la acción. Para estas omisiones considero que no debe establecerse ninguna regulación legal expresa, dado que solo tendría un valor meramente declarativo<sup>167</sup>. Ahora bien, dado que entre las diversas omisiones no subsumibles en el tipo de comisión por omisión existen, sin duda nítidas diferencias de gravedad, creo que no sería conforme con el principio de proporcionalidad relegar a todas ellas al campo unitario de la omisión pura. Distingo así de los delitos de comisión por omisión tres clases más de omisiones que se diferencian en el contenido de lo injusto.

2. Cuando entre el omitente y el bien jurídico no existe relación personal alguna de la que quepa deducir para él un deber específico de *auxilio* o *salvaguardia* con respecto al bien jurídico estaremos ante supuestos de omisión pura fundamentados solo en deberes generales de solidaridad para cuya punibilidad es preciso establecer en la parte especial tipos específicos de omisión pura. Las omisiones puras son, sin duda, las menos graves en contenido de injusto.

3. Cuando de la relación existente entre omitente y bien jurídico queda deducir una posición de garantía de las que más arriba he denominado *genéricas*<sup>168</sup>, en estos casos es preciso establecer, a mi juicio, una diferenciación en lo injusto de la omisión en función de la concreta capacidad de acción del sujeto. Si el garante genérico carece de la capacidad específica de acción de dominio de la causa fundamental del resultado, entonces lo injusto de su omisión permanece en el campo de la omisión pura, pero es un injusto agravado por la defraudación del deber de garantía genérico que le incumbe. Estos casos configuran el campo de las llamadas, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, *omisiones puras de garante*, y para ellos deben establecerse tipos de omisión pura agravados<sup>169</sup>.

4. Ahora bien, si el que ocupa una posición de garante genérica es un sujeto que posee la capacidad de acción específica de dominio de la causa fundamental del resultado, de modo que podría evitarlo realizando la acción idónea de contención del potencial lesivo de aquella, entonces creo que la gravedad de lo injusto de estas omisiones, a las que cabe atribuir el resultado, es superior al de la omisión pura de garante. Y puesto que a estas omisiones cabe atribuirles el resultado, están más próximas al delito de comisión por omisión en sentido estricto que al delito de omisión pura. Se trataría aquí de omisiones de garante genérico *referidas al resultado* que, por falta de una asunción efectiva del dominio personal sobre la situación de peligro, no pueden realizar directamente el tipo de la parte especial y que, por ello mismo, no pueden ser subsumidas en él. La falta de dominio social del sujeto impide que el bien jurídico sea dependiente de él

<sup>167</sup> Así ya SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 369; C. de P. C., núm. 38, 1989, pág. 375; *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 1077 y ss.; en contra también de la introducción de una disposición legal reguladora de la comisión por omisión LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 235, 242; BUSTOS RAMÍREZ, PG. 4ª ed. (n. 43), pág. 383; COBO, DEL ROSAL BLASCO, *Homenaje a del Rosal* (n. 4) págs. 914, 918; GRACIA MARTÍN, *Delitos* (n. 82), págs. 72 84; AP núm. 18, 1994, págs. 361, 364.

<sup>168</sup> Lo que sucederá cuando al sujeto le falte la capacidad específica de la acción de dominio sobre la causa fundamental del resultado o cuando aun teniendo esta capacidad no haya realizado el acto de asunción personal efectiva del dominio.

<sup>169</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 369; C. de P. C. núm. 38, 1989, p. b. 375.

y que no pueda decidir sobre su lesión desde una posición previa, lo que, sin duda, resta gravedad a lo injusto de su omisión con respecto a la del garante específico. Para la adecuada punición diferenciada de estas omisiones referidas al resultado sin identidad con la acción en contenido de injusto deberían establecerse tipos expresos en la parte especial en relación con la protección de los bienes jurídicos más importantes, como la vida, pero con una pena atenuada con respecto a la del delito de acción y de comisión por omisión<sup>170</sup>. Debe tenerse en cuenta que estos tipos deben estar nucleados en torno a la capacidad de evitar el resultado, que es lo que fundamenta lo injusto *específico* de esta clase de omisiones. Y dado que esta capacidad pueden poseerla tanto sujetos que ocupan una posición de garantía genérica como sujetos que solo están en una posición previa general de solidaridad con respecto al bien jurídico, la posición de garante genérica no deber ser elemento constitutivo de tales tipos de omisión referida al resultado. La diferente gravedad que quepa apreciar en estas omisiones en función de que el sujeto ocupe o no una posición de garante genérica deberá captarse mediante la aplicación de las circunstancias agravantes que puedan comprender la posición de garantía, como por ejemplo el parentesco, abuso de confianza, etc. y en la medición judicial de la pena.

#### ADDENDA

El Código Penal español de 1995 ha incorporado en su artículo 11 una regulación expresa de la comisión por omisión en el derecho español, y dado que aquella no

<sup>170</sup> Sobre las omisiones referidas a resultado sin identidad normativa con la acción, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 347 y ss. La solución de configurar tipos expresos de omisión referida a resultado, con previsión de una pena atenuada con respecto al tipo de acción y la de omisión idéntica, parece estar también presente en la concepción de MIR PUIG sobre la comisión por omisión. Considera MIR PUIG (PG, 3ª ed. «n. 2», págs. 343 y ss.), que en los casos de causación imprudente de un peligro, “la omisión subsiguiente de evitar que el resultado se convierta en lesión, es más grave que la de quien se ha encontrado el peligro, pero no tanto como la de quien ha creado voluntariamente el peligro”. Por ello, según MIR PUIG, “parece razonable que proceda una pena de gravedad intermedia —no tan grave como la del delito de acción y más grave que el de la omisión pura”. Ahora bien, si bien esa pena intermedia puede obtenerse ya mediante la subsunción de estos casos en el tipo agravado de la omisión del deber de socorro del párrafo 3º del art. 489º MIR PUIG advierte con acierto que esta pena no parece adecuada como pena intermedia, pues el tipo de la omisión de socorro, aún el agravado, no requiere resultado porque es una omisión pura. En cambio en los casos que ahora son objeto de nuestra atención se trata de que el sujeto podía y tenía de deber de evitar el resultado, lo que excede en gravedad a los casos de omisión pura agravada. Por ello, considera con razón MIR PUIG que “sería útil prever la posibilidad de rebajar la pena típica de los delitos dolosos de resultado correspondientes en casos como estos de omisión —si es que admite que en ellos el resultado puede imputarse a la omisión en forma de comisión por omisión”. La propuesta de HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), págs. 163 y ss. de regular la comisión por omisión en la parte especial mediante la creación de tipos expresos no puede captar la comisión por omisión en sentido estricto, pues esta es ya directamente subsumible en el tipo correspondiente de la parte especial. Los concretos tipos propuestos por HUERTA TOCILDO (loc. cit., págs. 179 y ss.) no son en realidad tipos de comisión en sentido estricto, porque su contenido estructural es una omisión referida a resultado que, como la misma autora parece reconocer (loc. cit., pág. 161), no comparte el mismo tipo de acción. Se tratará de tipos “asociados” al tipo originario que se formarán mediante la conexión del tipo original a la disposición específica del tipo asociado.

puede tenerla en cuenta en el artículo original precedente, pues se publicó en España antes de conocerse incluso que en aquel Código se iba a regular la comisión por omisión de un modo expreso —pues dicho artículo fue introducido sorpresivamente en las últimas fases de la tramitación parlamentaria del Código añadido a dicho artículo ahora, para su publicación en Colombia, la nota crítica que incluí en el prólogo a mi edición del Código Penal en 1996.

La regulación de la comisión por omisión en el artículo 11 del nuevo Código Penal español de 1995 es especialmente infortunada. Según este precepto, “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. El legislador español ha prescindido aquí groseramente del esforzado proceso de racionalización de las estructuras básicas de la comisión por omisión, iniciado desde hace aproximadamente dos décadas, y proseguido hasta el presente con fructíferos resultados, por la mejor y más cualificada doctrina alemana y española. Cuestión diferente es que con la fórmula de ese texto legal se haya conseguido orillar realmente a la doctrina mencionada, lo que afortunadamente no sucede, dado que aquella, en razón precisamente de su solidez, está en condiciones de rectificar el tenor literal del precepto y limitar la comisión por omisión a solo los supuestos —por cierto, muy escasos— de los que puede afirmarse que realizan por omisión lo injusto *material específico* del tipo correspondiente.

1. Al decir en el artículo 11 del Código que, bajo ciertos presupuestos, la no evitación de un resultado da lugar a que el tipo delictivo al que pertenece dicho resultado se entienda cometido por omisión, el legislador está afirmando que, en tal caso, la omisión debe ser subsumida en el tipo de la Parte especial al que corresponde el resultado no evitado, y sancionada, por ello, dentro del marco penal previsto para aquel; o, expresado mediante un ejemplo: que, si se dan determinadas condiciones, el que no evita la muerte de otro realiza estrictamente el tipo del homicidio del artículo 138 del Código Penal y debe ser castigado, por lo tanto, con una pena de prisión de diez a quince años. Esta premisa —que, si se dan determinadas condiciones, la omisión realiza el tipo de la parte especial y debe ser penada dentro del marco penal previsto para aquel— es, sin duda, correcta. Pero así expresada no es otra cosa que una tautología: se pena como autor de, por ejemplo, un homicidio a quien —por omisión— no ha realizado nada distinto a un homicidio. La verificación de que el omitente ha realizado con su omisión precisamente un homicidio —y no algo diferente— es una cuestión que ha de resolverse, sin embargo, en el ámbito de la interpretación del tipo de la parte especial. Ahora bien, si de esta interpretación resulta que, igualmente que la producción de la muerte mediante un disparo con arma de fuego, mediante golpes con instrumentos sólidos y contundentes, mediante estrangulamiento o, finalmente, mediante la produc-

ción en la víctima de una viva impresión de terror, de angustia o de dolor, *determinadas* omisiones de evitar la producción de un resultado de muerte *también* realizan *por sí misma* el tipo del homicidio, de ahí no se deduce entonces nada distinto a que la disposición de la comisión por omisión de la parte general desemboca en una tautología y debe considerarse tan superflua como una hipotética cláusula que declarase expresamente que comete también homicidio el que mata a otro mediante el disparo de *determinadas especies* de arma de fuego.

2. Si para la punición de algunas omisiones de evitar un resultado perteneciente a un tipo de lo injusto determinado no basta, sin embargo, con el precepto de la parte especial, y es preciso recurrir para ello al auxilio de una disposición legal complementaria, cuya ubicación sistemática en la parte general o en la parte especial es a estos efectos irrelevante, este proceder, entonces, solo puede tener una explicación lógica si se reconoce que las omisiones que de ese modo quieren pensarse no realizan *por sí mismas* el tipo de la parte especial, es decir: que tales omisiones, simplemente, no son portadoras del contenido de lo injusto *específico* del tipo por el que quieran ser penadas. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con respecto a los actos de complicidad; como con ellos no se realiza el tipo de la parte especial, su punibilidad solo puede fundamentarse en la previsión de una disposición legal expresa de carácter extensivo y constitutivo de aquella. Pero, precisamente porque tales actos no son portadores de lo injusto específico del tipo correspondiente, entonces, si se opta no obstante por penarlos, tampoco pueden ser sometidos a su marco penal típico; pues, de lo contrario, se violentarían los principios de igualdad y de proporcionalidad. En la medida que esta clase de disposiciones, extensivas y constitutivas de la punibilidad, como las relativas a las formas de participación o a los actos preparatorios o ejecutivos no consumativos punibles, operan siempre en conexión con los tipos *originarios* de la parte especial, pueden calificarse como “tipos asociados” a aquellos. Estos tipos asociados deben ser formulados siempre positivamente por el legislador, pues fundamentan y, desde el punto de vista del principio de legalidad, legitiman la punibilidad de hechos que debieran quedar impunes en el caso de no existir tales disposiciones legales. Pero debe insistirse en que, puesto que los hechos subsumibles en tales tipos asociados no realizan lo injusto específico del tipo originario al que se asocian, tampoco pueden ser penados con el marco penal estricto de estos, que deberá ser atemperado mediante una cláusula de atenuación, al menos, de carácter facultativo.

3. El tenor literal del artículo 11 del Código Penal sugiere, en principio, que la cláusula de la comisión por omisión configura un tipo asociado a los de la parte especial, y, por lo tanto, tiene una eficacia constitutiva y extensiva de la punibilidad, en el sentido explicado de que determinadas omisiones de impedir la producción de un resultado, puesto que no realizan por sí mismas lo injusto específico, solo podrán ser penadas con el marco penal del tipo correspondiente de la parte especial en virtud de una conexión e integración de este con los presupuestos típicos de aquel precepto de la parte general. Por sí mismas, dichas omisiones no podrían ser penadas por el tipo de la

parte especial al que pertenezca el resultado no evitado, sino a lo sumo por el tipo de la omisión pura correspondiente. El artículo 11 del Código Penal parece establecer en su párrafo primero dos requisitos distintos para la punibilidad de la comisión por omisión. De acuerdo con el primero, el omitente debe infringir un deber especial de evitación del resultado; y, de acuerdo con el segundo, la no evitación del resultado debe equivaler, según el sentido del texto de la ley, a su causación mediante una acción. Pero su redacción es extraordinariamente confusa, pues no es seguro que la ley requiera realmente ese doble requisito, ya que también puede entenderse que todo queda reducido al único de la infracción del deber especial. En el primer párrafo del artículo 11 del Código Penal se puede entender que la equivalencia de la omisión se produce automáticamente, por virtud de la ley, “al infringir un especial deber jurídico del autor”. Interpretación que se vería reforzada por lo dispuesto en los apartados a) y b), pues al decirse que “a tal efecto *se equiparará* la omisión a la acción” *cuando* exista un deber legal o contractual de actuar o el omitente haya creado un riesgo por un actuar precedente, cabe entender que aunque la infracción de un deber especial no implica en general por sí misma una equiparación, esta se produce en tales casos, no obstante y como excepción al criterio general, tan solo con la mera infracción del deber especial legal o contractual o el surgido del actuar precedente.

4. De acuerdo, pues, con el tenor literal del artículo 11 del Código Penal, parece que es posible estimar que realiza en concepto de *autor*, por ejemplo un homicidio por omisión del artículo 138, y que, por lo tanto, deberá ser penado con prisión de diez a quince años, el cónyuge que ante un repentino infarto del otro cónyuge omite recabar los servicios médicos de urgencia que, con su intervención, hubieran podido evitar la muerte de este, que finalmente se ha producido. Para justificarlo se dirá que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 11 del Código Penal, por un lado, el cónyuge tenía —a diferencia de otras personas— un deber *especial* de actuar orientado a impedir el resultado de muerte que finalmente se ha producido— y que, por otro lado, si hubiera recabado el auxilio médico necesario, entonces el resultado de muerte no se hubiera producido. Ahora bien, que el cónyuge omitente no ha podido realizar con su omisión lo injusto específico del homicidio es algo que debiera estar fuera de toda y la mínima duda, y ello tanto desde el punto de vista del significado estructural de la conducta como desde la perspectiva axiológica.

5. La estructura típica de la comisión por omisión gira en torno a la evitación del resultado. Ahora bien, parece evidente que igual que, con respecto a la realización activa del tipo, no es típica cualquier acción que haya condicionado (causado) el resultado típico —no lo son por ejemplo las acciones de mero favorecimiento, colaboración o complicidad—, por la misma razón tampoco puede ser típica, para el caso de la realización omisiva del tipo, la omisión de *cualquier* acción que represente alguna posibilidad —o incluso una probabilidad menor o mayor— de evitación del resultado, sino solo la omisión de una acción de características o propiedades determinadas. Para la realización de un tipo por omisión parece razonable exigir que la acción omitida sea una de características tales que, en el caso de haberla realizado el omitente, permitan

imputarle, objetivamente, el resultado de evitación del resultado penalmente relevante; es decir, una acción a la que, porque produce un resultado de *salvamento*, pueda serle atribuido el sentido social de una acción *salvadora* y ser calificada como tal. La acción omitida, en el caso de los cónyuges, no es, sin embargo, una acción salvadora, pues su resultado inmediato no podría ser uno de salvamento de la vida del otro cónyuge; el resultado de la acción omitida —recabar urgentemente los servicios médicos— no puede ser otro que la colocación de una condición que haga posible a otros —los médicos competentes— la realización, por estos sí, de la acción salvadora; la acción omitida por el cónyuge no puede tener otro sentido social que el de favorecer, auxiliar o colaborar con otros a la realización de la acción salvadora. En el curso y contexto de la acción de salvamento, y con respecto a esta, la acción de recabar auxilio médico no puede identificarse con esta; dicha acción no puede trascender el plano del mero auxilio, favorecimiento o colaboración; ella misma *no es* una acción de *salvamento*. En términos de la teoría de la participación, la acción omitida por el cónyuge no podría ser calificada, por lo tanto, como un acto de *autoría* del proceso de salvamento, sino solo como un acto de cooperación o de complicidad en la realización de dicho proceso por quienes serán realmente sus autores. Cómo podría fundamentarse que la omisión de una acción de mero auxilio o complicidad en un proceso salvador sea equivalente a la realización del tipo mediante una acción y, con ello, la atribución al omitente de la condición nada menos que *de autor* —por omisión— del tipo al que corresponde el resultado producido, plantea un interrogante que, para mí permanece, y probablemente permanezca siempre, en el terreno de los más inescrutables misterios.

6. Desde una perspectiva estrictamente axiológica, por otro lado, la calificación del hecho del ejemplo como homicidio por omisión resulta, cuando menos, subversiva y, emocionalmente, repugnante. Si el autor de la omisión fuera el hermano del fallecido, que visitaba a este en el momento de sufrir el infarto repentino, aquel no podría ser condenado por homicidio, pues sobre él no pesaba ningún deber *especial* de actuar, sino uno genérico que tan solo podría fundamentar una responsabilidad por omisión pura del deber de socorro. Pero esto nos lleva de nuevo al mundo de los misterios. Pues no se ve ni de lejos cómo podría justificarse seriamente el abismo existente entre el tratamiento penal que se daría a dos personas que han omitido una acción idéntica —recabar auxilio médico—, que podría haber conducido al mismo resultado de favorecimiento o de creación de la ocasión de que otro realice la acción salvadora; mientras que al cónyuge se le penaría con prisión de diez a quince años —art. 138 del C. P.—, al hermano —art. 195.1 del C. P.— tan solo se le impondría una multa de tres a doce meses.

7. Los argumentos desarrollados deben poner de manifiesto que la punibilidad de omisiones como las descritas, por el tipo de la parte especial, no puede fundamentarse en el dato —inexistente— de que aquellas satisfagan el contenido de lo injusto específico de este. No puede fundamentarse, por ello, que tales omisiones sean *por sí mismas* subsumibles en el tipo de la parte especial. Ahora bien, si por todo ello, la punibilidad conforme a este no puede basarse en las características mismas de la omisión —pues

una misma e idéntica omisión de quien no tiene un deber especial, no se pena por el tipo de la parte especial al que pertenece el resultado no evitado—, y a pesar de ello se quiere penar de ese modo, la razón no podrá ser otra que la de que el autor infringió un deber *especial* de actuar. Pero si, por un lado, el deber *especial* no es elemento constitutivo de lo injusto específico del tipo, y, por otro lado, lo que sea constitutivo para este no concurre en la omisión, entonces la única explicación posible de la punibilidad de aquella por el tipo de la parte especial no puede ser otra que la que brinda la teoría —antes expuesta— del tipo asociado. Esta teoría, sin embargo, como ya se ha explicado antes, solo puede legitimarse si se establece la posibilidad de atemperar el marco penal del tipo originario —en sentido atenuatorio— a la diferencia de injusto del tipo asociado, que es, en definitiva, un tipo *distinto*. En la regulación de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal no se ha previsto para esta, sin embargo, ninguna cláusula de atenuación de la pena y deberá aplicarse, por tanto, el marco penal del tipo originario a hechos que, por todo lo expuesto, no son portadores de lo injusto específico de aquel. Es evidente, por lo tanto, que una aplicación de la cláusula del artículo 11 del Código Penal conforme a la tesis expuesta tiene que pugnar de un modo visible con los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad. Cabe sugerir, incluso, que una aplicación de la disposición legal conforme a la tesis expuesta del tipo asociado podría ser contraria al mismo principio de legalidad. Pues, en definitiva, lo que al final resulta es que se aplica el tipo del homicidio, de las lesiones, de los daños, etc., y el marco penal correspondiente, a quienes, en rigor, *no han realizado el hecho penado por la ley que se aplica*. Una aplicación de la disposición de la comisión por omisión conforme a la tesis expuesta, por todo ello, violaría principios fundamentales del derecho penal, y en la medida que con ello se verían afectados derechos fundamentales, como el de igualdad o incluso el de legalidad, debe incitarse a su impugnación en vía constitucional.

8. La disposición legal de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal solo es admisible si su contenido se interpreta de modo que quede reducida a una tautología. Comisión por omisión punible, de acuerdo con la doctrina minoritaria que el legislador ha querido al parecer marginar, solo existe si la omisión *por sí misma*, es decir, directamente y sin más, es subsumible en el tipo correspondiente de la parte especial. Solo cuando esto sucede es posible afirmar que la no evitación del resultado equivale, *según el sentido del texto de la ley*, a su causación, pues por sentido del texto de la ley no cabe entender otra cosa que el sentido o contenido específico del tipo de la parte especial. De acuerdo con ello, el omitente puede infligir todos los deberes especiales que quiera, pero si en su omisión no concurren los requisitos constitutivos del tipo de la parte especial, no podrá estimarse que lo haya realizado en comisión por omisión y no puede ni debe ser penado por él. Esta interpretación de la disposición del artículo 11 del Código Penal, puede tropezar con el inconveniente de que haya casos en que, siendo la omisión directamente subsumible en el tipo de la parte especial, el omitente no haya infringido ningún deber jurídico especial, lo que determinaría una laguna de punibilidad. El inconveniente, sin embargo, puede salvarse si también el

concepto de deber especial del artículo 11 del Código Penal se reduce a una tautología. En mi opinión, cabe entender que con el concepto de deber especial no se hace referencia a deberes *extrapenales* específicos, en el sentido de la discutible teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, formulada por ROXIN. El concepto de deber especial puede quedar reducido a una tautología si se entiende por tal al *deber personalísimo de acción*, en el sentido de BINDING, es decir, en cuanto deber personalísimo de sumisión a la norma. Este deber no está preestablecido en la ley, ni en el contrato, ni surge tampoco del actuar precedente. El deber personalísimo de sumisión a la norma, y con él el deber personalísimo de acción o de omisión, surge exclusivamente de la relación concreta que, en un momento y circunstancias determinadas, se establezca entre el sujeto y la situación típica. Esta debe ser, por lo tanto, la relación en que, por ser constitutiva para el tipo, deben hallarse los elementos que fundamenten la subsunción directa, y sin más, de la omisión, en el tipo de la parte especial. Solo cuando entre el omitente y el bien jurídico exista la relación de dominio en el sentido que he definido y concretado en el trabajo precedente, podrá afirmarse una identidad de la acción y de la omisión y esta realizará el tipo de lo injusto de la parte especial. En otro caso el omitente debe ser absuelto del delito de comisión por omisión por no haber realizado los elementos del tipo y su responsabilidad deberá reconducirse al ámbito de la omisión pura.