

Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado*

Hans-Heinrich Jescheck**

1. EL CONCEPTO DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL EN GENERAL

A) *El concepto del delito impropio de omisión*

El delito impropio de omisión es un delito de resultado cuya particularidad radica en que el resultado típico no se produce por una acción, sino que deja de evitarse por la omisión de una acción posible para el autor. Hay delitos impropios de omisión en la ley y fuera de la ley. En el derecho alemán es, por ejemplo, un delito impropio de omisión de daño que por negligencia en el deber de cuidado se causa a las personas encomendadas a la protección del autor [§ 223 b), tercera modalidad], y es un delito impropio de omisión en el Código Penal español *el no restablecimiento de la seguridad de una vía de la circulación por quien se halla obligado a preocuparse de ello [art. 340 bis b), núm. 2]*. El resultado típico es en el § 223 b) del StGB alemán el daño a la salud de la persona confiada al cuidado, y en el artículo 340 bis b), número 2, del Código Penal español la persistente inseguridad de la vía. También se admiten en ambos países los delitos impropios de omisión fuera de la ley. Así, según el derecho alemán, los padres están obligados a proteger contra peligros para la vida y la integridad física a los hijos que conviven en la comunidad doméstica, de modo que el marido no puede, en

* Traducido por el profesor Dr. JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial.

** Frigurbo de Brisgovia.

un matrimonio roto, abandonar a la esposa sin asistencia para el hijo, si existe el riesgo de que aquella no solo se suicide sino que, por desesperación, mate además al niño. El autor fue condenado por homicidio imprudente del niño mediante omisión (§ 222 del StGB alemán), ya que no impidió la muerte del hijo como consecuencia del abandono de la esposa, pese a que pudo preverlo (BGHSt, 7, 268, 272). De igual forma se castiga en el derecho español por muerte dolosa de un descendiente (C. P., art. 405) a la madre que deja sin alimento a su hijo de pocos días, lo que lleva a su fallecimiento (Tribunal Supremo, 12 de febrero de 1892, Jurisprudencia Criminal, t. 48, 1893, núm. 85, y Tribunal Supremo, 15 de noviembre de 1977, *Aranzadi*, Repertorio de Jurisprudencia 1978, núm. 4336). A continuación se exponrán, desde la perspectiva del derecho comparado, los problemas de estos delitos impropios de omisión no regulados en la ley.

B) Tres modelos

Pueden apreciarse en el derecho comparado tres modelos fundamentales distintos para el tratamiento de los delitos impropios de omisión no regulados en la ley¹.

En Francia, teniendo en cuenta el estricto principio de legalidad del artículo 4º del Code Pénal, la omisión solo se castiga, por principio, en los casos regulados legalmente². Las lagunas de punibilidad que ello comporta se llenan mediante la reinterpretación de los delitos dolosos de omisión como delitos imprudentes de comisión y a través de unos tipos propios de omisión redactados con gran amplitud (v.g. C. P., arts. 62 y 63). Tampoco el "Projet de loi portant réforme de Code Pénal" de 1986 contiene regulación general alguna del problema de los delitos impropios de omisión situados al margen de la ley, antes bien, se contrae, como el derecho vigente, a casos de omisión punible recogidos en la parte especial.

Un segundo modelo consiste en que la responsabilidad jurídico-penal por la omisión en la evitación de un resultado típico se admite también fuera de la ley, por la jurisprudencia y la doctrina, cuando existe un deber jurídico de actuar, sin que esta extensión general de los tipos jurídico-penales de resultado se halle dispuesta en la propia ley. En este grupo se incluye el vigente derecho penal de Suiza³, mientras que el Anteproyecto suizo prevé expresamente en su artículo 10 la punibilidad del delito impropio de omisión fuera del Código Penal⁴. El Draft

Criminal Code inglés para Inglaterra y Gales, que en su primitiva redacción del año 1985 había previsto todavía una regulación del delito impropio de omisión para un número muy limitado de los delitos más graves de resultado (sect. 20), renunció de nuevo a dicho intento en la redacción definitiva de 1989 con el siguiente argumento cargado de resignación: "This must remain a matter of construction and, so far as duties to act are concerned, of common law"⁵.

El tercer modelo se configura en el sentido de que la ampliación de los delitos de resultado en cuanto a la comisión por omisión se regula en la parte general del Código Penal (o sea, no solo en relación con algunos delitos concretos en la parte especial), y de que al reconocimiento general, de los delitos impropios de resultado no recogidos en la ley se suma la descripción más o menos pormenorizada de la posición de garante. También la parte general regula en este lugar la cuestión de si, amén de los delitos de resultado, cabe cometer por omisión delitos de pura actividad. El Código Penal alemán restringe la punibilidad por omisión impropia a los delitos de resultado, pero la extiende a la complicidad por omisión, que puede darse igualmente en delitos de pura actividad, puesto que cabe considerar el hecho principal como resultado típico de la complicidad. En cambio, las posiciones de garante no se describen de forma concreta, sino solo con carácter general conforme a la fórmula de que el autor por omisión debe responder *jurídicamente* de que el resultado no se reproduzca (§ 13 del Código Penal alemán)⁶. En el Código Penal austríaco de 1974 (§ 2)⁷ y en el Código Penal portugués de 1984 (art. 10 párrafo 2) se encuentran soluciones similares. El Anteproyecto suizo, va más lejos en dos direcciones. De un lado, los tipos de los delitos de actividad se incluyen en la cláusula ampliatoria en beneficio de los delitos de omisión, y de otro, las razones que fundamentan los deberes de garante se determinan de modo concreto y cerrado según la doctrina clásica de los deberes (ley, asunción voluntaria y actuación peligrosa precedente)⁸. El Anteproyecto suizo se atiene en la descripción de la posición de garante a la propuesta del Proyecto Alternativo alemán (1966) en su párrafo 12.

C) La postura del Código Penal español

El derecho penal español se encuentra en la encrucijada acerca de si desea ocuparse de los delitos impropios de omisión no regulados en el Código Penal, y en caso afirmativo, en qué medida y de qué modo, como formas de omisión punible de los tipos recogidos en la ley. La doctrina presenta parecidos grados de evolución que en Alemania. La teoría más antigua, según fue defendida por ANTÓN ONECA⁹, se preguntaba por la causalidad de la omisión, se adhería a la doc-

⁵ The Law Commission. Criminal Law, *A Criminal Code for England and Wales*, t. 2, 1989, pág. 187.

⁶ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 4ª ed., 1988, págs. 549 y ss.

⁷ NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar* (1982), anotación preliminar al § 2, núms. 2 a 4.

⁸ SCHULTZ (nota 4).

⁹ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. I, parte general, 1949, págs. 170 y ss.

¹ JESCHECK/GOLDMANN, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, ZStW 77 (1965), págs. 127 y ss.

² Así la Cour de Poitiers, el 20 de noviembre de 1901, DP 1902, II, 81, en el famoso "asunto de la secuestrada de Poitiers" (absolución de una mujer, que dejó extenuarse sin asistencia a su hija, enferma mental, frente a la acusación por lesiones corporales); MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 6ª ed., 1984, págs. 583 y ss.; y STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, 14ª ed., 1992, págs. 172 y ss. Sobre el derecho francés, con más detalle, JESCHECK/GOLDMANN (nota 1), págs. 144 y ss.

³ Así Schweiz, BGE 74 (1948) IV 166, E 1; y 96 (1970) IV 174, E II 2ª; SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. I, 4ª ed., 1982, págs. 140 y ss.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, t. I, 1982, págs. 373 y ss.; y NOLL/TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrechts, Allg. Teil*, 3ª ed., 1990, págs. 194 y ss.

⁴ SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1987, págs. 25 y ss. y 282.

trina formal del garante en Alemania, que contemplaba la posición de garante como un elemento constitutivo de la antijuridicidad de la omisión, y desembocaba, finalmente, en la reflexión de que la equiparación entre la omisión de la evitación de un resultado y la causación del resultado mediante un hacer positivo habría de obtenerse a través de la racional interpretación de los tipos de la parte especial ("común sentir"). La doctrina clásica del garante (ley, asunción voluntaria y actuación precedente) sigue teniendo defensores en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN¹⁰ y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ¹¹, quienes entienden, por lo demás, que la admisión de delitos impropios de omisión constituye un problema exegetico. La moderna doctrina de las funciones para las posiciones de garante se recoge en el Tratado de MIR PUIG¹². La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido muy raramente en los tipos dolosos el delito impropio de omisión, pero lo ha hecho con mayor frecuencia en la complicidad y, aún más, en los casos de muerte y lesiones imprudentes¹³. Sin embargo, la jurisprudencia no ha llegado a desarrollar una doctrina sistemática del garante. Un nuevo acento aparece en la discusión sobre el delito impropio de omisión en el derecho penal español gracias al artículo 10 del "Anteproyecto del Código Penal, parte general", de 1990, que, a diferencia del Proyecto de 1983¹⁴, contiene, como ya he dicho, una regulación para el delito impropio de omisión situado fuera del Código Penal. El precepto reza así:

"Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, solo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación"¹⁵.

Vista la inseguridad sobre el rumbo que seguirá en el futuro el derecho español respecto al tratamiento de los delitos impropios de omisión no regulados en la ley, la atención hacia los principales problemas de esta categoría de delitos y a sus soluciones en los derechos extranjeros será, ciertamente, de interés actual para los juristas españoles.

2. PROBLEMAS PRINCIPALES DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

A) La distinción entre delitos propios e impropios de omisión

En esta conferencia solo se tratará, según se anunció más arriba, de los problemas relativos a los delitos impropios de omisión no regulados en la ley. No obstante,

¹⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., 1990, págs. 303 y ss.

¹¹ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, parte general, 14ª ed., 1991, págs. 385 y ss.

¹² MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., 1985, págs. 262 y ss. Asimismo BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1983, págs. 143 y ss.

¹³ Resumen general en GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, págs. 138 y ss.

¹⁴ Ahí se encuentra, más bien, en el art. 15, el rígido sometimiento del juez al principio de legalidad.

¹⁵ El texto responde en lo esencial al art. 5º del proyecto del Grupo parlamentario comunista para un nuevo Código Penal de 1982; sobre ello, MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, "Propuesta alternativa de la parte general del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, núm. 18, pág. 612.

la exposición científica exige partir de la diferenciación entre delitos propios de omisión (*delicta omissiva*) y delitos impropios de omisión (*delicta commissiva per omissionem*). Procede, pues, ocuparse primeramente de tal distingo.

En los delitos propios de omisión el injusto típico se agota con la no realización de la acción requerida por la ley (BGHSt 14, 280 y 281). Verdad es que con su realización se pretende, en definitiva, impedir un resultado valorado negativamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no hace de la evitación del resultado un deber para el omitente ni tampoco, por ello, convierte en elemento del tipo la producción de un peligro o de un daño para el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos impropios de omisión se le impone al "garante" un deber de evitación del resultado. El resultado pertenece al tipo, y sobre el garante que infringe su deber de impedir el resultado se hace recaer la responsabilidad jurídico-penal por ese resultado no impedido. El delito solo se consume con la producción del resultado¹⁶. Sin embargo, una opinión contraria, bastante defendida en el derecho alemán, se atiene a otro elemento diferenciador de naturaleza puramente formal: a su tenor, serían delitos propios de omisión todos los tipos omisivos que se hallan regulados en la ley, y delitos impropios de omisión, en cambio, los delitos omisivos creados por la jurisprudencia y la doctrina al margen de la ley¹⁷. La concepción material de la distinción, citada en primer lugar, cuenta también con notable apoyo en el extranjero¹⁸. Esta merece la preferencia, puesto que entre delitos de omisión propios e impropios existe una diferencia estructural que se desprende claramente de los tipos regulados en la ley y no puede salvarse acudiendo a la teoría. Así, en el derecho alemán son delitos propios de omisión el no alejarse en el allanamiento de morada (§ 123, segunda modalidad de acción, del StGB alemán) y la omisión del deber de socorro (§ 323 c) del StGB alemán], mientras que constituyen delitos impropios de omisión, pese a estar regulados en el StGB, los daños a la salud de las personas cuya protección se tiene confiada al autor, por negligencia en el deber de cuidado (§ 223 b), tercera modalidad de acción, del StGB alemán] y la puesta en peligro del tráfico viario por no señalizar los vehículos averiados (§ 315 c), párrafo primero, núm. 2 g)].

La doctrina española sostiene mayoritariamente el criterio material para distinguir entre delitos propios e impropios de omisión¹⁹. Esto es acertado, porque tam-

¹⁶ JESCHECK (nota 6), pág. 547, con citas en la nota 38.

¹⁷ Así, sobre todo, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 200 y ss., y 275 y ss. Otras citas en JESCHECK (nota 6), pág. 548, nota 46. Además JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, pág. 779.

¹⁸ Así la opinión unánime en Austria; sobre ello, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985, pág. 326, con citas. En Suiza, por el contrario, la diferenciación formal ocupa el primer plano; sobre ello, STRATENWERTH (nota 3), pág. 375, con citas, quien, no muy afortunadamente, considera la cuestión como un "problema de pura oportunidad". En Italia predomina la distinción material; sobre ello, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 2ª ed., 1989, pág. 431. Además, detalladamente en el sentido de la diferenciación material, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, t. I, 1988, págs. 104 y ss.

¹⁹ A favor de la distinción material, ANTÓN ONECA (nota 9), pág. 170; GIMBERNAT ORDEIG (nota 13), pág. 136; MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, págs. 72 y ss.; MIR PUIG (nota 12), pág. 255, y BACIGALUPO (nota 12).

PROBLEMAS DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN

bién en el Código Penal aparece nítidamente la diferencia estructural entre unos y otros delitos de omisión. Así, la omisión del deber de socorro (art. 489 ter del Código Penal español) es un delito propio de omisión, mientras que la infracción del deber oficial de un funcionario con graves consecuencias para el interés público o de un tercero (Código Penal español, art. 371, párrafo segundo) constituye un delito impropio de omisión. La estructura de los delitos impropios de omisión regulados en la ley ofrece interés como modelo para la estructura de los delitos impropios de omisión creados por la jurisprudencia y la doctrina.

B) *Los delitos impropios de omisión como delitos de resultado y no, también, como delitos de actividad*

En la delimitación de los delitos impropios de omisión que quedan fuera de la ley se plantea la importante cuestión de si estos solo pueden ser tomados en consideración en el caso de la no evitación de un resultado típico, de modo que para la consumación se precise la producción de dicho resultado o, en caso de complicidad, la comisión del hecho principal. Este es el criterio del derecho alemán²⁰. Según el § 13 del StGB alemán solo puede ser autor por omisión "quien omite prevenir un resultado que pertenece al tipo de una ley penal"²¹. Debe constar, por ejemplo, el fallecimiento del lesionado en la muerte imprudente por omisión de la acción salvadora (BGHSt 11, 353 y 356) o la realización del ataque mortal por el autor principal en la complicidad del garante por la no evitación del hecho (BGHSt 19, 167). Ciertamente, se estima por algunos que también en los delitos de actividad hay un resultado, en tanto existe en ellos una proyección hacia afuera, como cuando se conduce un vehículo de motor. Sin embargo, tal parecer es rechazado, acertadamente, por la doctrina mayoritaria²². Así, por ejemplo, no cabe castigar conforme al § 13 del StGB al titular de un vehículo de motor por la conducción del mismo en estado de embriaguez (§ 316 StGB), alegando que no impidió que condujese una persona ebria. Más bien habrá que apreciar solo complicidad respecto a la embriaguez en el tráfico, si el conductor conocía su incapacidad para conducir. Si la ignoraba, el titular queda impune, puesto que no ha conducido él personalmente (el párrafo 316 es un delito de propia mano) y la omisión de la evitación de la conducción del otro en estado de embriaguez no constituye ningún delito impropio de omisión (BGHSt 18, 6). Los delitos de actividad que pueden, excepcionalmente, ser cometidos por omisión, como ocurre con las injurias (§ 185 del StGB alemán),

²⁰ JESCHECK (nota 6), pág. 558; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, pág. 683; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 20ª ed., 1990, pág. 221; y LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 19ª ed., 1991, § 13, núm. 5.

²¹ También aplican el § 13 a los delitos de actividad, contrariando su texto, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 1985, pág. 236; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 24ª ed., 1991, § 13, núm. 3; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 45ª ed., 1991, § 13, núm. 3; y SCHÖNKE, *Unterrassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, pág. 326.

²² Así JAKOBS (nota 17), pág. 785, con citas en la nota 2.

admiten, mediante la interpretación del tipo, una ampliación de la comisión por omisión²³.

También en el derecho extranjero se estima por lo general que los delitos impropios de omisión son delitos de resultado y no pueden extenderse hasta abarcar los delitos de actividad. Así se defiende en Austria la opinión de que el § 2 del Código Penal austríaco, a semejanza del párrafo 13 del Código Penal alemán, solo amplía los tipos de los delitos de resultado a la omisión en la prevención del resultado²⁴. Igualmente, según la doctrina dominante en Suiza, el delito de omisión es un delito de resultado, si bien, al igual que en Alemania, se considere asimismo como resultado el hecho principal en relación con la complicidad²⁵. El Anteproyecto suizo representa, sin embargo, una excepción que se formula en el artículo 10, en el sentido de que el deber jurídico de impedir una acción punible incluye "tanto el delito de pura actividad como el delito de resultado"²⁶. El artículo 40, párrafo segundo, del Codice Penale italiano solo se refiere también a los delitos de resultado y es interpretado asimismo por la doctrina en el sentido dicho²⁷. De igual modo, el artículo 1 § 2 del Proyecto de parte general de un nuevo Código Penal polaco de 1990 únicamente refiere la responsabilidad jurídico-criminal del autor por omisión a los preceptos penales en los que para la consumación "se requiere la producción del resultado típico".

En consonancia con estas conclusiones, se estima en España que los delitos impropios de omisión son delitos de resultado en el sentido de que la responsabilidad jurídico-penal presupone la no evitación —contraria al deber— del resultado típico²⁸. Igualmente, el artículo 10 del Anteproyecto español de 1990, solo afecta a los "delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro" y la omisión solo consiste asimismo en la "no evitación del resultado". Este criterio es el único correcto, puesto que los delitos impropios de omisión que quedan fuera de la ley solamente pueden ser razonablemente delimitados como delitos de resultado, al igual que los delitos impropios de omisión regulados en la ley solo son también, *per definitionem*, delitos de resultado.

C) *La exigencia de la regulación legal de los delitos impropios de omisión ubicados fuera de la ley*

Hay en el derecho penal alemán, además de los delitos impropios de omisión regulados legalmente en la parte especial, tipos concretos de delitos de comisión

²³ V.G., omisión del tratamiento de "señor"; RG LZ 15, 445.

²⁴ NOWAKOWSKI (nota 7), núm. 2; y TRIFFTERER (nota 18), pág. 326.

²⁵ TRECHSEL, *Schweizerisches StGB*, 1989, art. 1, núm. 27, con citas.

²⁶ SCHULTZ (nota 4), pág. 28.

²⁷ ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 1987, art. 40, núm. 24 y s.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, 1983, págs. 131 y ss., y SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, 1975, pág. 166.

²⁸ MIR PUIG (nota 12), pág. 255; BACIGALUPO (nota 12), pág. 109; GIMBERNAT ORDEIG, "Das spanische Strafrecht", en MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (Hrsg.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. VI, 1982, pág. 389; y RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (nota 11), pág. 385.

que pueden ser interpretados de forma que su aplicación quepa no solo en la causación del resultado típico mediante un hacer positivo, sino también en la no evitación del resultado por la omisión de una acción exigible al autor y posible para el mismo. Así, por ejemplo, el tipo de abuso de confianza en la infidelidad, que castiga la infracción de un deber de cuidado patrimonial con consecuencias perjudiciales para el interesado (§ 266 del StGB alemán), puede cometerse tanto por un hacer como por un omitir²⁹. Sin embargo, una tal interpretación extensiva no cabe, por lo general, en el marco del posible tenor literal del tipo correspondiente. De ahí que para los casos del delito impropio de omisión fuera de la ley, los tipos de los delitos de comisión deban ser modificados y complementados de tres maneras: En primer lugar debe partirse de que los tipos de los delitos de comisión pueden, en principio, llenarse mediante la no evitación del resultado típico, incluso si ello no aparece expresamente en la propia ley. En segundo lugar, y puesto que cualquier persona no puede ser autor de un delito impropio de omisión, procede determinar con la ayuda de elementos especiales cuál sea el círculo de garantes que ha de tomarse en consideración como autores del delito impropio de omisión. En tercer lugar debe admitirse que el elemento de la causación del resultado por un hacer positivo puede sustituirse en el delito impropio de omisión por la no evitación de la producción del resultado³⁰. Puesto que aquí se trata de una triple ampliación de los tipos de los delitos de comisión, con trasgresión de la prohibición de la analogía e infracción del mandato de determinación, el principio de legalidad exige una regulación legal del delito impropio de omisión situado fuera de la ley³¹. Como SUSANA HUERTA TOCILDO³² ha expuesto acertadamente, tal regulación puede hacerse mediante una cláusula general en la parte general o mediante la ampliación de los tipos concretos en la parte especial. Ambas soluciones presentan insuficiencias. La cláusula general habrá de configurarse de modo más o menos general en la caracterización de las posiciones de garante, y la regulación en la parte especial complicará y dará pesadez a los preceptos penales, y dejará abiertas considerables lagunas en la punibilidad.

Alemania en el § 13 StGB, Austria en el § 2 StGB, Portugal en el artículo 10, número 2, Código Penal, y Brasil en el artículo 13, párrafo 2 Código Penal de 1984, han optado por la cláusula general en la parte general³³. Con ello se logra que el correspondiente Código Penal reconozca el principio de la responsabilidad jurídico-penal del autor por omisión que, contrariando un deber jurídico, no impide el resultado perteneciente al tipo; sin olvidar aquí que la evitabilidad de la

²⁹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 266, nota 35.

³⁰ JESCHECK (nota 6), pág. 550.

³¹ Resolución del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal de 1984, celebrado en El Cairo, sobre el tema I: Delitos de omisión, ZStW 97 (1985), págs. 733 y ss. Zweiter Schriftsichrer Bericht del Comité especial para la reforma del derecho penal, BT-Drucksache V/4.095, pág. 8.

³² SUSANA HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, págs. 145 y ss. y 163 y ss.

³³ Al respecto, y sobre lo siguiente, JESCHECK, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, Festschrift für Tröndle*, 1989, págs. 795 y ss.

producción del resultado mediante el posible y obligado hacer del autor por omisión solo ha de aparecer como muy probable, no requiriéndose que sea absolutamente seguro. Lo que falta en estos preceptos —salvo en el derecho brasileño— es la regulación de la posición de garante. Esta se realiza en el Código Penal brasileño según el catálogo formal de los deberes jurídicos (ley, asunción voluntaria y previa actuación peligrosa). La misma regulación aparece en el artículo 10 del Anteproyecto suizo y en el § 12 del Proyecto Alternativo alemán. También el Proyecto polaco de 1990 recoge en su artículo 113, § 2 una referencia a la posición de garante, pero solo en la disposición general según la cual el deber jurídico de actuar puede provenir de un “precepto jurídico o de una obligación análoga”. La “Propuesta alternativa de la parte general del Código Penal”, presentada en el Parlamento por el Partido Comunista de España como Contraproyecto al Proyecto de Ley sobre la “Reforma parcial del Código Penal” de 1982, contiene igualmente en su artículo 5º una cláusula general para los delitos impropios de omisión. A su tenor, los delitos de resultado podrán ser cometidos por omisión cuando el no impedir el resultado sea equiparable a su causación (“cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación”). Igual precepto aparece, según se adelantó, en el artículo 10 del Anteproyecto español del Código Penal, parte general de 1990. Ambas regulaciones se reducen a la cláusula de equivalencia. El defecto radica aquí en que nada se dice respecto al problema central de los delitos impropios de omisión, o sea las posiciones de garante, y en que falta asimismo la determinación de que el deber de impedir el resultado solo puede consistir en un deber *jurídico* que afecte personalmente al autor por omisión (y no también en un deber moral)³⁴.

D) La regulación de las posiciones de garante

El problema principal de los delitos impropios de omisión ubicados fuera de la ley consiste en la determinación de las posiciones de garante, sea mediante una cláusula legal general, sea mediante la jurisprudencia y la doctrina, si faltare la regulación legal. En la posición de garante, y en el deber jurídico que de aquella se deriva para la protección del bien jurídico amenazado, se encuentra la razón de que alguien, excepcionalmente, haya de responder por haber omitido, interviniendo en una situación peligrosa, la evitación de un daño o peligro para un bien jurídico ajeno, pese a haberle sido posible.

La tradicional argumentación para la posición de garante en Alemania conecta con la razón formal del origen de los deberes jurídicos y los apoya en la ley, el

³⁴ A una regulación distinta para el derecho español —reconocimiento de unos pocos delitos impropios de omisión en casos de plena igualdad estructural con los delitos de comisión, y cualificación de los delitos propios de omisión con graves consecuencias— llega SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, pág. 369. A favor de una solución del problema de los delitos impropios de omisión en la parte especial, SUSANA HUERTA TOCILDO (nota 32), págs. 186 y ss. En cambio, TORIO LÓPEZ, “Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, págs. 702 y ss., postula la formulación de la posición de garante en la parte general, pero sin señalar un camino para la materialización de esta propuesta.

contrato y el precedente hacer peligroso (RGSt 58, 130, 131; y 63, 392, 394; BGHSt, 20, 22; y 11, 353, 355). Más tarde, la jurisprudencia añadió las estrechas relaciones de la vida como base de una posición de garante (RGSt 69, 321, 323; y 74, 409; BCHSt 2, 151, 153; y 19, 167, 169), un paso que inicia ya el tránsito hacia la moderna consideración material. En la ciencia jurídico-penal española se defiende también la doctrina formal del deber jurídico³⁵. Igualmente ocurre en Austria³⁶ y Suiza³⁷.

Sin embargo, la teoría formal del deber jurídico arrastra un grave defecto. Si la posición de garante se apoya en la razón jurídica formal de su origen, falta todo criterio objetivo de delimitación, porque de la razón jurídica no cabe inferir con qué amplitud ha de trazarse en cada caso el círculo de personas que cabe gravar con un deber de garante y qué deberes puedan suponerse a las mismas. De ahí que la nueva doctrina del garante, fundada por ARMIN KAUFMANN³⁸, fundamente la posición de garante en criterios materiales. Esta doctrina funcional del garante distingue dos grupos de posiciones de garante. A su tenor hay, de un lado, garantes que han de cumplir una función protectora para ciertos bienes jurídicos. Los bienes jurídicos que se encuentran al cuidado de un garante deben ser defendidos contra todas las puestas en peligro y daños jurídico-penalmente relevantes (garantes de cuidado). En las posiciones de garante que originan un deber de protección para determinados bienes jurídicos en este sentido amplio se incluye, por de pronto, la solidaridad natural en el matrimonio y la familia, que obliga sobre todo a los padres, frente a los hijos que viven en la misma casa y dependen de ellos, a la defensa contra los peligros para su integridad corporal y su vida³⁹. Un segundo subgrupo de posiciones de garante dentro de los garantes de cuidado se desprende de las estrechas relaciones de comunidad, en tanto motiven la dependencia de uno de los partícipes en las mismas respecto a otros. Son ejemplos las comunidades de riesgos en las peligrosas excursiones de montaña (Obergericht Bern SchwJZ 1945, 42, 44 y ss.) y expediciones, la familia de hecho, sin matrimonio formal de los padres, y la admisión en el hogar propio de personas necesitadas de cuidado. El tercer grupo de posiciones de protección proviene de la asunción voluntaria de

³⁵ Así CUELLO CALÓN/CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, 17ª ed., t. I, 1975, págs. 337 y ss. y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (nota 11), págs. 387 y ss. MOURULLO (nota 19), pág. 117, advierte, mostrando su acuerdo, que el Tribunal Supremo exige como fundamento de un deber de garante una norma jurídica o una aceptación especial.

³⁶ Así FOREGGER/SERINI, StGB, 5ª ed., 1991, § 2 Anm. II.

³⁷ Así SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1964, págs. 77 y ss.; y MEYER, *Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, Diss. Zürich, 1972, págs. 144 y ss.

³⁸ ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 283 y ss. De forma algo distinta, pero coincidiendo en la idea básica, JAKOBS (nota 17), pág. 801, divide los deberes de garante entre "deberes por incumbencia organizativa" y "deberes por incumbencia institucional".

³⁹ A este caso limita GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pág. 92, los deberes de garante de la relación de parentesco.

un deber de cuidado frente a la persona en peligro o frente a un tercero en provecho de aquel. Constituyen ejemplos de ello el médico respecto a su paciente (BGHSt 32, 367) o el guía de montaña frente al turista que conduce (BG Praxis, suiza, 46, 1957, págs. 302, 307).

El segundo grupo de las posiciones de garante se caracteriza atendiendo a la responsabilidad por la seguridad contra determinados peligros que proceden del propio círculo de la vida de autor por omisión (garantes de seguridad). El ámbito de los deberes de garante es en este segundo grupo distinto y más estrecho que en el primero, porque aquí el garante solo tiene que mantener bajo control la propia fuente de peligro. Por de pronto se incluye en este grupo el deber de garante que se deriva del previo hacer peligroso. Aquel descansa en la idea básica de que cada uno ha de responder de que un evidente riesgo producido por él mismo no desemboque en un resultado típico (RGSt 64, 273, 276; y BGHSt 4, 20, 22; y 26, 35, 37). Un deber de garante se desprende también de fuentes de peligro que se sitúan o nacen dentro del área de dominio privado. Aquí cuentan en primer lugar los importantes deberes relativos a la seguridad de la circulación viaria (v.g. la iluminación de los accesos de un terreno abierto al tráfico público) y el deber de vigilar la seguridad en el tráfico de los vehículos de motor. Un último subcaso del segundo grupo de las posiciones de garante proviene de que alguien tenga la responsabilidad por la actuación de terceras personas. Así, particularmente los encargados de la educación tienen que preocuparse de que los menores de edad confiados a su control no cometan ningún delito (BGH FamRZ 1958, 211).

También en España se defiende la teoría funcional del garante⁴⁰. En especial, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1945 (ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* 1945, núm. 109), que condenó a un padre como coautor por no haber impedido el robo cometido por su hija de catorce años, descausa en el pensamiento últimamente citado de la responsabilidad de garante por la actuación de terceros. La doctrina de las funciones es la que mejor sirve, según el estado actual del conocimiento científico, para resolver el problema de la posición de garante como dificultad central de los delitos impropios de omisión. El criterio material señala un camino para conectar la problemática del garante con el contenido social de los deberes que han de tomarse en consideración. Sin embargo, tampoco cabe prescindir ahí de la razón del nacimiento de los deberes de garante, porque, en otro caso, se abrirían de par en par las puertas al riesgo de ampliación, siendo así que el delito impropio de omisión solo debe admitirse cuando el hecho sea equiparable en su material contenido del injusto correspondiente delito de comisión. Por eso, el camino del futuro debe verse en una combinación de los criterios formal y material.

⁴⁰ MIR PUIG (nota 12), pág. 263; y BACIGALUPO (nota 12), págs. 143 y ss.

PROBLEMAS DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN

E) La cláusula de equivalencia

Un problema especial de los delitos improprios de omisión consiste en que junto a los puros delitos de causación, como el homicidio (§ 212 del StGB alemán) o el daño a las cosas (§ 303 del StGB alemán, existen delitos de comisión en los que la producción del resultado no es típica por sí sola, sino que precisan una producción de determinada manera⁴¹. Así en la estafa (§ 263 del StGB alemán) el perjuicio patrimonial ha de causarse mediante “engaño” y en el robo (§ 249 del StGB alemán) la sustracción lo ha de ser “con violencia contra una persona o con la utilización de amenazas con peligro actual para el cuerpo o la vida”. De modo similar el Código Penal español requiere para la estafa (C. P., art. 528) “engaño bastante para producir error en otro”, y para el robo (C. P., art. 500) “violencia e intimidación en las personas” o “fuerza en las cosas”. El injusto de la acción en estos delitos no consiste solo en la causación del resultado típico, sino también en el modo de realizar el hecho. De ahí que el complemento de los tipos de comisión con el delito impropio de omisión deba incluir igualmente la descripción de la acción del delito de comisión como un factor que debe ser considerado dentro del injusto de la acción en el tipo de omisión.

Con tal finalidad, en el derecho alemán se añadió en el § 13 StGB, junto a la posición de garante, la cláusula de equivalencia. Conforme a ella, la punibilidad por un delito impropio de omisión depende, en los delitos con medios comisivos determinados, de que, además de la posición de garante, “la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer”⁴². La cláusula de equivalencia se encuentra asimismo en el § 2 del StGB austriaco y en el artículo 10 del Anteproyecto suizo. La dificultad interpretativa radica aquí en que la cuestión de la equivalencia de la omisión con las modalidades de acción del tipo de comisión solo puede ser resuelta por separado respecto a los tipos penales individualizados, y en que únicamente cabe buscar la correspondencia en el contenido del injusto de la omisión y no en el momento de la culpabilidad⁴³.

Con todo, la cláusula de equivalencia no debe ser entendida, según suele ocurrir, en el sentido de una valoración global de la omisión, lo que serviría especialmente

⁴¹ Al respecto, con más detalle, JESCHECK (nota 6), págs. 568 y ss.

⁴² Así la opinión mayoritaria; cfr. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz.*, 1966, págs. 63 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, págs. 18 y ss.; JAKOBS (nota 17), págs. 787 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allg. Teil*, Teilband 2, 7ª ed., 1989, pág. 195; ROXIN, *Unterlassung uswim neuen StGB*, JuS 1973, pág. 199; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, págs. 371 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, págs. 66 y ss.; y STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil I*, 3ª ed., 1981, núm. 1036. Este sentido de la cláusula de equivalencia subyacía en las consideraciones para su introducción; cfr. GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Groben Strafrechtskommission*, t. XII, 1959, pág. 80. Oscuro en este punto el Proyecto de 1962, Begründung, pág. 125; y Byndestags, Drucksache V/4.095, pág. 8.

⁴³ Así, con razón, SK (RUDOLPHI), 5ª ed., 1988, § 13, núm. 18.

para, con una contemplación totalizadora, confiar la solución del caso al sentimiento jurídico⁴⁴. Así argumenta en Austria, sobre todo, NOWAKOWSKI⁴⁵, quien refiere la cláusula de equivalencia no al particular injusto de la acción de los delitos como medios comisivos determinados, sino al injusto de la acción del delito de comisión en general. Como explicación señala que el injusto de la acción puede expresarse de formas muy distintas según la importancia de la posición de garante y la peculiaridad de la situación típica en la causación de un resultado mediante un hacer positivo y en la no evitación del resultado por la omisión. La cláusula de equivalencia se convierte aquí en una especie de “válvula de seguridad” frente a pronunciamientos de culpabilidad no justificados objetivamente en el delito de omisión, lo que, sin embargo, infringiría notablemente el mandato de determinación del principio de legalidad.

El Proyecto español atiende únicamente en su artículo 10 a la cláusula de equivalencia, sin mencionar la exigencia de la posición de garante. Esto responde a la concepción que solo quisiera alcanzar los presupuestos del delito impropio de omisión desde una interpretación valorativa de los tipos de los delitos de comisión. No obstante, una regulación así abriría las puertas a la inseguridad jurídica en lugar de servir realmente al principio de legalidad.

F) Atenuación parcial facultativa de la pena para los delitos impropios de omisión

Para los delitos impropios de omisión, el derecho penal alemán contiene en el § 13, párrafo segundo, StGB un precepto de atenuación facultativa de la pena que, al igual que en el § 23, párrafo segundo, StGB respecto a la tentativa, se remite a la reducción general del marco punitivo según el § 49, párrafo primero, StGB⁴⁶. Se introdujo en el Proyecto, durante el procedimiento legislativo, por un acuerdo mayoritario del Comité especial del Parlamento para la reforma del derecho penal. Se mencionaba para ello la doctrina jurídica que había llamado la atención acerca de que “en iguales condiciones la omisión de la evitación del resultado típico es, por lo general, menos grave que la producción de este resultado mediante un hacer positivo”⁴⁷. En cambio, el proyecto 1962 había prescindido expresamente de

⁴⁴ Así ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, 1963, págs. 219 y ss.; y HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, MSchrKrim 1961, págs. 178 y ss. En actitud conciliadora, LACKNER, StGB, 19ª ed., 1991, § 13, núm. 16; y DREHER/TRÖNDLE, StGB, 45ª ed., 1991, § 13, núm. 17.

⁴⁵ Así NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar*, 1982, § 2, núms. 13 y ss. Igualmente PALLIN, *Lage und Zukunftsaussichten Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen Reform*, ZStW 84 (1972), pág. 200; MOOS, *Wiener Kommentar*, § 75, núm. 18; y TRIEFFTERER (nota 18), pág. 342. Sin embargo, como en el texto, KIENAPFEL, *Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen*, OJZ 1976, 202, LEU-KAUF/STEININGER, *Kommentar zum StGB*, 2ª ed., 1979, § 2, núm. 33; y PLATZGUMMER, *Die “Allgemeinen Bestimmungen” des STGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik*, JB1, 1971, 237.

⁴⁶ JESCHECK, (nota 6), págs. 552 y ss.

⁴⁷ Byndestags-Drucksache V/4.095, pág. 8.

tal posibilidad, porque la atenuación punitiva en los delitos dolosos de omisión no siempre sería justa, como no lo sería en la mayoría de los casos respecto a hechos imprudentes que suelen consistir en la omisión de una actuación requerida⁴⁸. El derecho penal asutriaco no prevé ninguna atenuación facultativa de la pena para los delitos improprios de omisión en el § 2 StGB, pero se menciona el delito impropio de omisión entre las circunstancias especiales atenuantes del § 34 StGB, en el número 5⁴⁹, lo que puede llevar a la extraordinaria disminución de la pena conforme al § 41 StGB. También el derecho penal portugués recoge en el artículo 10, número 3, C. P., una atenuación facultativa de la pena para los delitos improprios de omisión. Por el contrario, el artículo 13, § 2 del Código Penal brasileño, al igual que los preceptos correspondientes de los Proyectos español, suizo y polaco, no contienen ninguna posibilidad especial de atenuación punitiva para los delitos improprios de omisión.

En realidad, no resulta recomendable la atenuación penal facultativa para los delitos improprios de omisión. También el derecho alemán debería volver al proyecto de 1962, que excluía expresamente una regulación así. El § 13, párrafo segundo, del StGB ha tropezado con muy fuerte crítica en la doctrina⁵⁰, porque es dudoso en qué casos sea verdaderamente acertada una atenuación penal especial en los delitos improprios de omisión y porque las especiales causas de atenuación para la omisión no pueden aislarse de las restantes causas de atenuación del caso. Así, la jurisprudencia aplica el § 13, párrafo segundo, del StGB alemán como cláusula no específica de atenuación para todos los supuestos de omisión (BGH JR 1982, 464, con anotación crítica de BRUNS) y lo extiende incluso a los delitos de omisión regulados en la ley que tienen previsto su marco punitivo propio (BGHSt 36, 227, con anotación crítica de TIMPE, JR 1990, 428). Sin embargo, la ley no quiso, con absoluta seguridad, proporcionar ninguna asidera para privilegiar con carácter general a los autores por omisión.

3. CONCLUSIÓN

Si, partiendo de las consideraciones anteriores, se pretende proyectar una mejor regulación del delito impropio de omisión en la parte general del Código Penal, cabrá imaginarse el siguiente precepto:

“Quien omite, mediante un hacer posible para él, evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, solo es punible conforme a esta ley si, con base en una obligación jurídica que le afecta personalmente, ha de responder de que el resultado no se produzca y si, tratándose de tipos de resultado con especiales

⁴⁸ Proyecto de 1962, Begründung, pág. 126.

⁴⁹ Sobre ello, KUNST, *Wiener Kommentar*, § 34, núm. 24.

⁵⁰ Sobre ello, TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, págs. 152 y ss.; BRUNS, *Zur Auslegung des § 13 Abs 2 StGB*, *Festschrift für H. Tröndle*, 1989, págs. 125 y ss.; JAKOBS (nota 17), págs. 857 y ss.; y *Alternativkommentar —StGB—* SEELMANN, 1990, § 13, núms. 146 y ss.

elementos de la acción, la omisión es equivalente al hacer en cuanto al contenido del injusto.

“El deber jurídico de impedir el resultado puede provenir tanto de que el bien jurídico protegido se halle confiado al cuidado del autor, como a que el resultado entronque con un peligro próximo que el autor tuviera que vigilar”.

Este proyecto empieza por aclarar, en el párrafo primero, que el delito impropio de omisión solo cabe en los delitos de resultado. Después se determina que el deber de evitar el resultado ha de descansar en el ordenamiento jurídico y que por ello no bastan los deberes morales de prevenir el resultado. Además el deber jurídico ha de afectar personalmente al autor, por lo que no es suficiente el deber general de auxilio conforme al § 323 c) del StGB alemán, o del art. 489 ter del Código Penal español. La cláusula de equivalencia se contrae expresamente a los delitos con medios comisivos determinados. En el párrafo segundo se definen ambos grupos de garantes —garantes de cuidado y garantes de seguridad—. Se renuncia a la mención de los subgrupos para no hacer la regulación demasiado complicada.