

EL DELITO DE OMISION¹

Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad
Pompeu Fabra de Barcelona.

Director del Centro de Estudios Jurídicos y
Formación Especializada de la Generalidad de Cataluña.

Muchas gracias por su invitación y por su hospitalidad.

En lo que sigue voy a tratar de efectuar algunas consideraciones generales sobre los delitos de omisión. ¿Por qué hablar de los delitos de omisión? ¿Qué sentido tiene hacerlo?. Si tomamos el Código Penal chileno en su Artículo 1º, que por lo demás coincide bastante con el Código Penal español, vemos que el mismo señala que es delito toda acción u **omisión** voluntaria penada por la ley. Esta declaración ya indica que son punibles tanto acciones como omisiones, es decir, que el poder punitivo del Estado se proyecta tanto con normas prohibitivas como con normas de mandato, y sanciona tanto infracciones consistentes en un **hacer** como infracciones consistentes en **no hacer algo debido**. Sin embargo, pese a ello, a la hora de la verdad, la teoría del delito se ha construido en gran medida sobre la base del delito de acción.

Por ello, nos desenvolvemos con cierta comodidad en los delitos clásicos, como el homicidio o las lesiones, pero también en otros cuando se trata de trabajar con conceptos como la acción, la relación de causalidad, el resultado o la imputación del resultado a una conducta. Y así toda la teoría del tipo, de la antijuridicidad, de la culpabilidad, se ha teorizado sobre la base de estos delitos, fundamentalmente de los delitos de resultado. Por contra, cuando tenemos que pasar a estudiar la otra cara de la teoría del delito, aquella que no se refiere a relaciones de causalidad, a movimientos corporales que causan resultados lesivos en bienes jurídicos, nos movemos menos cómodamente. Es decir, que cuando estamos en la omisión parece que es preciso construir una teoría algo distinta porque hay cuestiones propias de los delitos de acción, de los delitos de comisión activa, que no se plantean en los delitos de omisión. La construcción de tal teoría parece absolutamente necesaria al darse, en la mayoría de los códigos penales, una declaración inequívoca en el sentido de que hay que sancionar omisiones, esto es, que no sólo son punibles las acciones, las realizaciones activas, sino también las realizaciones omisivas de delitos.

1 Conferencia dictada en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte - Sede Coquimbo

Hay, pues, delitos que se cometen por omisión. Pero ¿Cuáles son esas omisiones?. El Código alude a ellas en su artículo 1º, pero a continuación no especifica a qué se refiere. Por ello, algunos tienden a dar por sentado que los tipos delictivos de la Parte Especial son tipos causales, tipos que requieren una acción, una relación de causalidad y la producción de un resultado, y que sólo se realizan por esta vía comisiva activa. Ello, de ser cierto, condenaría a la omisión a una existencia muy marginal en el conjunto del sistema del Derecho penal. Pero, como tendremos ocasión de ver, no son así las cosas. ¿Cuáles son las omisiones punibles? Este sería, de alguna manera, el inicio del problema. Pues bien, la doctrina distingue en este sentido dos grandes grupos de omisiones. El primero de ellos no plantea especiales problemas. Está compuesto por las que se denominan convencionalmente, en todo el mundo, omisiones propias u omisiones puras. ¿Por qué no plantean problemas estas omisiones?. En primer lugar, porque suelen estar tipificadas expresamente, y eso siempre es una facilidad para la determinación de sus elementos constitutivos así como para su aplicación. En segundo lugar, porque son omisiones que comete cualquier persona; en otras palabras, omisiones respecto a las cuales cualquier persona puede ser sujeto activo idóneo. Finalmente, porque no fundamentan una responsabilidad por el resultado, es decir, que aún en el caso de que, tras haberse omitido la realización de una conducta debida, se haya producido un resultado, al sujeto no se le puede hacer responsable por ese resultado que se ha producido. Se le impondrá una sanción por el mero no hacer, por la omisión que ha cometido, pero no se le atribuirá responsabilidad ni se le sancionará por ese resultado producido.

El ejemplo más claro de omisión pura o de omisión propia en el Código Penal chileno, por lo menos a los ojos de un español, es el que se contempla en el artículo 494 nº 14, que equivale a lo que nosotros llamamos "delito de omisión del deber de socorro". Dice este número que **"El que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio, sufrirá la pena de prisión en sus grados medio a máximo o multa de uno a 5 sueldos vitales"**. Este es, en efecto, un ejemplo claro de omisión pura. El sujeto se encuentra ante **"una situación de peligro"** (una persona, en despoblado, herida, maltratada o en peligro de perecer), y este es el primer elemento de cualquier delito de omisión, la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. El redactado legal exige, además, que el sujeto pudiese actuar en el sentido indicado por el tipo: la **"posibilidad de acción"** es el segundo de los elementos de los delitos de omisión. Ahí añade el Código Penal chileno, como también lo hace el español, que el socorro pueda prestarse **"sin detrimento propio"**, un requisito de exigibilidad. No se le exige al sujeto que actúe siempre que represente un detrimento. A nadie se le pide, pues, cuando no esté muy seguro de nadar perfectamente, que se tire al agua para salvar a otro, porque puede perecer en el intento. Por fin, en última instancia, tenemos el elemento característico del delito de omisión: la **"no actuación"**. (no socorriere o auxiliare).

Todo lo anterior no plantea especiales problemas técnico-jurídicos. En cambio, puede plantear algún problema político-criminal, relativo a la decisión de si procede sancionar tales conductas con una pena grave, menos grave o leve. En el Código Penal chileno, tienen incluida esta conducta entre las faltas, entre las infracciones penales leves. En el caso español, en cambio, en los años cincuenta se tipificó como delito, de modo que el delito de omisión del deber de socorro recibe una reacción punitiva un poco distinta, aunque en esencia venga a corresponderse con la que recibe en Chile y exista, además, alguna modalidad agravada. Otro tanto ocurre, por ejemplo, en el Código Penal

alemán, que ya en los años treinta, influido por el pensamiento solidarístico que en aquellos momentos dominaba allí y en toda Europa, tipificó los hechos de omisión del deber de socorro como un delito bastante grave.

Otro ejemplo de delito de omisión pura o propia, sería el de denegación de auxilio que existe, asimismo, tanto en Chile como en España. En el Código Penal chileno, en el artículo 253, que se refiere fundamentalmente al empleado público. En el Código Penal español, se ha tipificado, además de para los empleados públicos, para cualquier ciudadano, existiendo también un deber cuyo incumplimiento se sanciona con pena de impedir determinados delitos. En todo caso, nada de lo anterior plantea especiales problemas y lo mismo podríamos decir a propósito de otras omisiones que aparecen específicamente tipificadas como tales, en tipos delictivos en cuya redacción aparecen expresiones como "el que no hiciera" o "el que no impidiera". Este tipo de redacciones negativas nos indica claramente que estamos ante delitos de omisión.

Ahora bien, la cuestión es si sólo se castigan estas omisiones, o dicho de otro modo, si las omisiones sólo se castigan por estas vías. ¿Acaso no hay otra forma de sancionar las omisiones en Derecho penal? Hubo algún tiempo en que, en España concretamente, un sector de la doctrina sostenía que, efectivamente, no se podía sancionar más que esto, que no había ninguna otra forma de sancionar omisiones si se pretendía respetar plenamente el principio de legalidad. Pero entonces cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿No se puede cometer el homicidio por omisión? ¿No se pueden cometer las lesiones por omisión? ¿No se puede cometer el asesinato, el parricidio, los daños, por omisión? ¿Puede ser responsable por omisión de homicidio, de asesinato, de parricidio, de daños, de lesiones, alguien que obviamente no habrá causado el resultado? Un sujeto que no habrá disparado, no habrá roto la vasija, no habrá matado con un puñal a la persona ¿Puede ser hecho responsable de la muerte de aquélla por omisión?

Aquí se plantea, evidentemente, el problema de cual es la naturaleza de los tipos de la Parte Especial de los Códigos Penales. Una concepción clásica que se ha difundido y que ha durado bastante tiempo, ha tendido a interpretar que los tipos delictivos de la Parte Especial, el homicidio, por ejemplo, son tipos absolutamente causales. De ser esto cierto, cuando el Código penal chileno, en su artículo 321, habla de "el que mate a otro", se estaría refiriendo a la causación de la muerte de otro, al que causare físico-naturalmente la muerte de otro. Dicho de modo completo, al que realizare un movimiento corporal que causare en términos de una relación físico-natural el resultado lesivo para la vida de otra persona, esto ha sido, como he dicho concepción muy difundida.

¿Cuál es su consecuencia? Evidentemente, si los tipos de la parte Especial del Código Penal fueran tipos de causalidad, tipos de causación de resultados lesivos, no se podrían cometer por omisión, ello porque en la omisión, en sentido estricto no se puede hablar de existencia de causalidad. En ella no hay causalidad en sentido físico. Ciertamente, algunos autores han hablado de que en la omisión existe una causalidad jurídica, una causalidad en sentido figurado, pero, evidentemente, esto no es causalidad. Un científico natural jamás hallará una relación de causalidad en sentido estricto entre un resultado y una omisión. Y eso ya lo apuntaban los clásicos al señalar que "De la nada, nada surge" (*ex nihilo nihil fit*). De manera que si entendemos que los tipos de la Parte Especial son tipos de causalidad, tipos causales, no se puede sancionar por ellos al que omite evitar el resultado lesivo, por muy intensa que sea la obligación de impedirlo que pesara sobre él. Así, por citar el caso más clásico que procede de la Edad Media, no se puede

castigar como parricida, o en su caso como infanticida, a la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido por no amamantarlo. No se podría castigar en ningún caso como parricida, nuevamente, al padre que observando que su hijo pequeño tiene una enfermedad y que es necesario que se le practique una operación, no lo lleva al hospital, porque pertenece a la confesión de los Testigos de Jehová y desea evitar que se le practique una transfusión de sangre, de modo que el hijo muere. No se les podría castigar ni a uno ni a otro porque no han causado la muerte en el sentido estricto de la causalidad natural, de la causalidad con arreglo a leyes de experiencia científica. En este caso, procedería la impunidad o la aplicación de un tipo de los que antes les comentaba, un tipo de omisión de socorro, de omisión de auxilio. Pero, en todo caso, no se les podría hacer responsables de la muerte de esa persona, en términos equiparables a si lo hubieran causado activamente.

Lo anterior, ya intuitivamente, no parece satisfactorio, y todos instintivamente tendemos a creer que la madre que deja morir a su niño recién nacido por no alimentarlo, debe ser hecha responsable de la muerte de ese hijo. Por ello, los autores que entienden que los tipos de la Parte Especial no permiten incluir en ellos tales supuestos de omisión, han propugnado, y este es un punto de vista en el que cabe incluir a muy prestigiosos alemanes, y algunos españoles, que en los códigos penales se tipifique expresamente, junto al homicidio por acción, por conducta activa, también el homicidio por omisión. Lo mismo debería hacerse con todos aquellos delitos que se estime pertinente tipificar en su comisión omisiva, estipulando, obviamente, que requisitos, que sujetos y con que obligaciones pueden ser hechos responsables de esos delitos correspondientes en su modalidad omisiva. Como puede advertirse, la finalidad de esta propuesta es salvar el principio de legalidad. Si los tipos de la Parte Especial, como el homicidio, el parricidio, las lesiones, los daños, etc. son tipos causales, no podemos castigar por esos tipos supuestos de omisión, dado que en la omisión no hay causalidad. Por tanto, si castigáramos los supuestos de omisión mencionados sobre la base de esos tipos delictivos, estaríamos incurriendo en una analogía contra reo (*in malam partem*), prohibida por el principio de legalidad. De ser así las cosas, la única alternativa que quedaría sería la de introducir en los Códigos Penales preceptos específicos a través de los cuales se tipificarían, junto a los supuestos de comisión activa correspondientes, la realización típica por omisión.

¿Cuál ha sido el balance que cabe hacer de esta propuesta?

El balance es que la misma resultaba inviable. Este problema se analizó en la reforma penal alemana de los años sesenta y setenta, pudiendo advertirse la de tipificar las omisiones que fundamentarían responsabilidad del sujeto por el resultado producido, no era una solución práctica. Tal sistema conducía al Código penal en esta materia a una cierta petrificación, además de constatarse la extrema dificultad de plasmar en un texto legal los diversos criterios con arreglo a los cuales podría sustentarse una responsabilidad por omisión. En definitiva tal solución no ha prosperado.

La solución que sí ha prosperado, y se está imponiendo en los Códigos penales europeos, es la de incluir en la Parte General del Código Penal lo que se denominan "cláusulas de equiparación", es decir, una descripción genérica de los requisitos en virtud de los cuales la omisión de impedir el resultado por parte de un determinado sujeto podría fundamentar la imputación al mismo del resultado producido. Se trata de determinar para qué sujetos, o, mejor, para qué situaciones de deber, una omisión, es decir,

un no hacer, un no impedir el resultado, equivale a causarlo activamente. Esta es una solución que proviene del Código Rocco italiano de los años treinta, quizás el primero en el que esto se plasma de una forma clara. En efecto, el artículo 40 del Código Rocco indicaba, e indica todavía hoy, que no impedir un resultado que se tiene el deber jurídico específico de evitar, equivale a causarlo. Es una cláusula muy amplia, porque el problema viene a continuación, y luego me detendré algo sobre ello.

¿Qué significa tener el deber jurídico de evitar un resultado? ¿Cuáles son esos deberes jurídicos? Como se ha dicho, ésta fue la primera formulación en esa línea de establecer un principio de equiparación entre ciertas omisiones y las causaciones activas de los resultados delictivos. Esa línea, la que inicialmente se plasmó en el Código Rocco, fue introducida también en la reforma penal alemán, en el parágrafo 13 del Código Penal alemán, que entró en vigor el año 1975. También ahí se dice que el que tiene el deber jurídico específico de evitar un resultado lesivo de un bien jurídico y no lo hace, y por tanto, no impide la producción de ese resultado, responde como si lo hubieren producido activamente. Como puede advertirse, con esas cláusulas se trata de salvar, de alguna forma, la dificultad que para algunos supone el hecho de que los tipos de la Parte Especial son -a juicio de estos sectores a lo que me estoy refiriendo- tipos de causalidad, tipos que describen la mera causación activa del resultado. Esa misma fórmula alemana con leves variaciones, ha sido introducida en el Código Penal austríaco, que también entró en vigor el año 1975; en el Código Penal portugués, que entró en vigor el año 1982; y por cierto, aunque con alguna variación sustancial, también en el proyecto de Código Penal español de 1992, que fue presentado en el Congreso de los Diputados y no ha prosperado, de momento, por la disolución de las Cámaras y la celebración de elecciones el pasado mes de junio. De manera que ésta ha sido una solución en virtud de la cual, de alguna forma se viene a sostener que los tipos delictivos de la Parte Especial del Código penal son tipos de causalidad activa, tratándose de extender con tales cláusulas la posibilidad de responsabilizar penalmente a los sujetos por el resultado en casos que no son de comisión activa, sino de omisión.

Ahora bien, la cuestión es qué ocurre en los sistemas en los que no existe esta cláusula, qué ocurre con el Derecho vigente en España o en Chile, por ejemplo, donde no hay una regulación específica de esta materia. ¿Acaso no se puede sancionar a la madre que deja morir a su hijo por inanición, que no alimenta a su hijo pequeño? ¿Acaso no se puede sancionar a ese padre Testigo de Jehová al que antes nos referíamos? Esto último, ciertamente, dejando aparte el tema de la "autoría por convicción", que afectaría a la culpabilidad. Por mi parte, entiendo que sí se les puede sancionar. Es más, considero que el sistema de cláusulas alemán, o italiano, o austríaco, o portugués incluso, que se pretendía introducir en España, sin ser en sí quizá demasiado nocivo, tampoco es en absoluto necesario. Es una postura que he defendido varias veces y en la que se sitúa un sector doctrinal español que parte de entender que los tipos de la Parte Especial del Código penal no tienen por qué entenderse en sentido naturalístico. No hay por qué pensar que cuando el Código habla de "el que mata", está refiriéndose al que "cause activamente" la muerte de otro y, por ello, está utilizando el término "matar" en un sentido descriptivo-naturalístico y está pensando en quien realiza un movimiento corporal que, a través de un curso causal físico-natural, produce un resultado físico. Por mi parte, entiendo que es absurdo pensar que el legislador está utilizando el verbo matar en ese sentido.

En efecto, el lenguaje es un instrumento de comunicación social, y el lenguaje de los Códigos Penales está pensado como vehículo de comunicación entre el legislador y sus destinatarios; los destinatarios de las normas primarias, que son los ciudadanos, o de las normas secundarias, los jueces que tienen que aplicar las leyes. Por ello, estimo que no hay por qué entenderlo en un sentido asocial, en un sentido naturalístico. Nosotros, cuando utilizamos verbos, como el de "matar", no estamos refiriéndonos nunca a este sentido descriptivo. Lo utilizamos, más bien, en un sentido que yo designaría como adscriptivo-social. Lo que hacemos es atribuir responsabilidad. Así, cuando decimos "tu has matado a fulano de tal", no queremos expresar que se ha causado en términos físico-naturales, por un movimiento corporal, su muerte; lo que queremos decir, más bien, es que "tú eres responsable de la muerte de esa persona". Es decir, que estamos atribuyendo responsabilidad y no es necesario, para fundamentarla, que todo el proceso lesivo haya tenido lugar por una vía físico-natural activa. Así pues, a mi juicio no ofrece dificultades, desde el punto de vista del principio de legalidad, la sanción penal de ciertos homicidios, o lesiones, o daños, por omisión. Los verbos de los correspondientes tipos específicos de la Parte Especial, pueden entenderse en este sentido social y cabe decir claramente que un padre "ha matado" a su hijo si, pudiendo, no le lleva al hospital para que le practiquen la necesaria transfusión de sangre y el niño muere. Ahora bien, aunque en el caso citado lo tengamos muy claro, el problema de la realización de estos tipos por omisión, que en España denominamos casos de comisión por omisión, pero en una terminología quizás más difundida se denominan casos de omisión impropia, es precisamente el de determinar cuáles son los requisitos generales en virtud de los cuales un sujeto puede ser hecho responsable por omisión de producción de un resultado.

En las cláusulas que han ido introduciéndose en diversos países, se habla de que responde por omisión el que teniendo un **deber jurídico específico** de evitar un resultado, no lo evita. Ahora bien ¿Cuál es ese deber jurídico? ¿En qué se diferencia ese sujeto de los demás? Imaginemos que un sujeto pasa por la orilla de un río y, viendo a alguien que se está ahogando, no le extiende la mano, aunque ello le sería facilísimo y bastaría para salvar al otro. Evidentemente, a esta persona, que no tiene ninguna relación con quien está en peligro de muerte, la castigaremos en principio por el artículo 494, 14º del Código Penal chileno. Pero cabe plantear entonces qué es lo que diferencia a éste, que sólo responderá por el artículo 494, 14º, del padre que no ha salvado a su hijo, que estaba en peligro de muerte.

A este respecto, la doctrina alemana, desde hace más de cien años, ha tratado de establecer en qué supuestos se puede hacer responsable por omisión a una persona de la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico. Inicialmente, se elaboró a este respecto lo que se denominó **teoría del deber jurídico formal**. Sobre la base de ésta se sostenía que, para que podamos hacer responsable a una persona de un resultado lesivo de un bien jurídico, en los mismos términos que si lo hubiera causado activamente, será preciso que sobre esa persona recaiga un deber específico derivado de algún sector del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, del Derecho civil. El Código Civil establece un deber de alimentación de los padres respecto a los hijos. Luego de ahí podríamos extraer un fundamento de situaciones específicas de deber: La ley, se decía, es el primer fundamento de equiparación de ciertas omisiones con la causación activa de un resultado. Dado que a los padres, la ley, Código Civil por ejemplo, los obliga a alimentar a sus hijos, el padre que no alimenta a su hijo responde, si el hijo llega a morir, como si lo hubiera matado activamente, porque el Código Civil le obligaba a aquella alimentación. Como ven, se

trata de un principio puramente formalista. En segundo lugar, se aludía al **contrato**. Así, por ejemplo, un médico que se encuentra en una relación contractual, aunque sea puramente verbal, con su paciente, está obligado de modo específico e intensificado a ocuparse de la salud de ese paciente, en los términos en que se ha comprometido. Luego si no lo hace, y el paciente sufre algún daño, una lesión, o llega a morir, el médico responderá de ello, como si lo hubiera producido activamente.

A estos dos grandes bloques se añadía un tercero, al que se aludía como supuesto de **actuar precedente peligroso o injerencia**. Así, se apuntaba que si una persona se ha comportado de modo peligroso respecto a terceros, se encuentra en la obligación de deshacer, de desvirtuar, esa situación de peligro que les afecta y si no lo hace, responderá del resultado que acabe produciéndose, como si lo hubiera producido activamente. El ejemplo utilizado por los autores alemanes es el de quien atropella con su vehículo a un peatón (de modo imprudente o incluso fortuito) y a continuación huye, dolosamente, abandonándolo a su suerte. En este caso, dado que hay un actuar precedente peligroso y se ha afectado al bien jurídico "vida del peatón", colocándolo en una situación grave de sufrir un daño irreparable, la omisión posterior de socorro es una omisión muy cualificada. No se trata de un conductor cualquiera de un vehículo, que no socorre a un accidentado, sino que nos hallamos ante el que ha puesto en peligro a ese peatón, por lo que, si se produce un resultado lesivo, dicho conductor responderá del mismo por omisión como si lo hubiera producido activamente de modo doloso.

Esta construcción, que se difundió fundamentalmente a finales del Siglo XIX, en el primer tercio de este siglo planteó el problema de su excesivo formalismo, su excesiva rigidez, su poca flexibilidad. En efecto, hay casos en que la ley hace alusión a un deber especial de un sujeto, y eso no tiene por qué significar que cualquier omisión de ese individuo de impedir un determinado resultado, equivalgan a la causación activa del mismo. Así se fueron imponiendo tesis no tan formalistas, que se centraban más en aspectos materiales, si bien es cierto que las primeras tampoco fueron muy satisfactorias. Fueron éstas teorías que se elaboraron, por ejemplo, en los años treinta en Alemania, por la Escuela de Kiel, la escuela de los penalistas nacional-socialistas. Estos señalaban que lo importante es determinar si la omisión equivale a la correspondiente acción lesiva según el "sano sentimiento del pueblo", que era el criterio metodológico por ellos utilizado de modo general. Evidentemente, el "sano sentimiento del pueblo" como criterio de equiparación constituía una idea absolutamente difusa, que sí podría tener un contenido material, pero no conducía de modo preciso a ninguna parte.

Es en los años cincuenta cuando se sientan las bases de lo que ahora podemos calificar como doctrina ampliante dominante en la mayoría de los países. A ello contribuye de modo esencial un autor que presenta su escrito de Habilitación en Alemania sobre los delitos de omisión, Armin Kaufmann. Este autor establece una dicotomía que va a ser fundamental a partir de entonces, y que consiste en determinar que hay dos posibles cauces, dos posibles vías a través de las cuales un sujeto puede ser responsable, por omisión, de la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico que él no ha causado. Estas dos vías son, a juicio de Kaufmann, por un lado, la de tener algún género de **función especial de protección respecto al bien jurídico** que ha sido lesionado, y por otro, tener alguna **función especial de control de la fuente de peligro**, que ha acabado transformándose en lesión del bien jurídico. ¿Qué significa la idea de "función de protección de un bien jurídico"? Significa que hay sujetos que, por determinadas razones, se encuentran en una situación de estrecha vinculación con el bien jurídico que acaba siendo lesio-

nado. En primer lugar, sucede esto en los casos de "estrecha vinculación familiar". Por ejemplo, la de los padres respecto a los hijos. En este caso se da un vínculo, no sólo de consanguinidad sino, de modo más general, un vínculo social, puesto que la sociedad en su conjunto relaciona a los hijos pequeños clarísimamente con sus padres. De alguna forma, la sociedad en general confía en que los hijos pequeños son "cosa" de los padres, y en que, el hijo sufre una enfermedad, el padre se va a ocupar de ello. Hay, pues, una estrecha vinculación del padre con el hijo, del sujeto activo con el bien jurídico. Si el padre, dada una situación de peligro para la vida o la salud de su hijo, omite realizar aquello que debe hacer para eludir el peligro, para contrarrestarlo, responde de ese resultado lesivo como si lo hubiere causado activamente.

Un segundo supuesto que menciona Armin Kaufmann es lo que él mismo denomina "comunidad de peligro". A su juicio, las personas que se encuentran en una comunidad de peligro, por ejemplo, en actividades como el excursionismo, el montañismo, crean entre sí una vinculación especial de socorro recíproco, de tal manera que, dada una situación de peligro, si uno de ellos no socorre a los demás, responde del resultado lesivo que sufran las otras personas, como si lo hubiera causado activamente. Hay que decir que quizás esta situación es de las más discutibles. Concretamente en España, en una situación de consumo conjunto de drogas, que sería otra comunidad de peligro, se rechazó la imputación de la muerte de uno de los drogadictos al resto de compañeros que no lo socorrieron. Se hallaban juntos en una habitación consumiendo heroína. De repente, a uno de ellos le sobrevino una situación de peligro de muerte; los demás, en lugar de avisar a un médico, huyeron, por temor a ser detenidos. La Fiscalía planteó la acusación de homicidio en comisión por omisión pero el Tribunal Supremo acabó entendiendo que no, que había una omisión del deber de socorro pura y simple. En suma, es éste un punto que resulta discutible y en el que, quizás, la solución correcta no iría por donde proponía Armin Kaufmann.

El tercer supuesto de este primer bloque de "función de protección de bienes jurídicos", es la "asunción", el hecho de asumir tal función de protección. Cuando una persona asume frente a la sociedad la protección de un bien jurídico determinado, responde por el resultado lesivo que eventualmente pueda acontecer. El caso ejemplar es el del médico. En éste el problema no es la existencia de contrato o no, no es un problema jurídico-civil, sino un problema material: el médico asume frente al paciente, frente a la familia del paciente también y frente a la sociedad en su conjunto, el hecho de que todo lo que ocurra en relación con la enfermedad, es "cosa suya". Ello significa, de modo inmediato, que la sociedad, evidentemente, deja ese asunto en manos del médico y por eso le habilita para tratar a sus pacientes, que la familia del paciente se queda tranquila y se va a su casa, no sigue pensando qué puede hacer frente a esta enfermedad, o a este accidente; que el propio paciente se abandona en manos del médico. En este caso, pues, la asunción determina que si se produjera una lesión, siempre y cuando hubiera posibilidad de actuar y se dieran los demás requisitos de los delitos de omisión que he mencionado inicialmente y a los que luego volveré a referirme brevemente, se podría hacer responsable de la misma a ese médico por omisión.

El segundo gran bloque que construye Armin Kaufmann se refiere a "deberes de control de fuentes de peligro". Hasta aquí nos habíamos ocupado de vinculaciones con bienes jurídicos; ahora se trata de una vinculación con fuentes de peligro. Porque puede suceder, en efecto, que el sujeto no tenga ninguna vinculación concreta con el titular jurídico, con que el sujeto pasivo del delito, sino que tenga una vinculación con las fuentes

del riesgo, con las fuentes de peligro que han amenazado, o que amenazan, a esa persona. Así, por ejemplo, quien tiene en su ámbito de dominio un animal peligroso, que lesiona a terceros: este caso, como ven, la vinculación no es con el titular del bien jurídico, sino que es con la fuente de peligro. El sujeto tiene bajo su control, en calidad de propietario, cuidador, etc., un animal peligroso, ha comprometido frente a la sociedad a cuidar del mismo. Luego si ese animal realiza un hecho lesivo del que no cabrá hacerle responsable, pues el primer requisito de la teoría del delito es la acción humana, responderá el sujeto que ostenta la posición de control sobre él, siempre y cuando se den las demás características de los delitos de omisión, a las que, insisto, después me referiré. Al igual que del control sobre animales peligrosos, cabe hablar también del control sobre maquinaria peligrosa, cosas peligrosas. El caso más sencillo es el del guardabarreras del ferrocarril, que no baja las barreras cuando pasa el tren y da lugar a un accidente, al ser arrollado un vehículo. Asimismo, y por último, hay también situaciones de control sobre personas peligrosas. El sujeto que tiene a su cargo enfermos mentales, que son inimputables, o el padre que tiene a su cargo a sus hijos pequeños, que son también inimputables, responde por los hechos lesivos que éstos causen, siempre y cuando se den los demás requisitos de los delitos de omisión.

A todo este tipo de situaciones, protección específica de un bien jurídico, o de control específico de una fuente de peligro, es lo que la doctrina denomina "posiciones de garante". Sin embargo, es discutible que la concurrencia de una posición de garantía, entendida como "posición de deber jurídico cualificado de evitar el resultado", baste para fundamentar de modo pleno la equiparación de la omisión con la realización activa del delito. En efecto, hay casos en que, pese a recaer sobre el sujeto un deber cualificado y específico de evitar el resultado, su omisión de hacerlo, siendo obviamente más grave que la omisión de cualquier ciudadano común, tampoco equivale exactamente, en un plano estructural y normativo-material, a la producción del resultado por la vía de la comisión activa. De ahí que, por mi parte, proponga una solución tripartita: en primer lugar, existirían deberes generales de evitar el resultado, cuya infracción daría lugar a la realización de delitos de omisión pura; en segundo lugar, existirían deberes jurídicos cualificados de evitar el resultado, cuya infracción daría lugar a la realización de delitos de omisión para agravarla (o "de garante"); finalmente, existirían casos en que el sujeto no sólo tiene un deber jurídico cualificado de evitar el resultado, sino que, además, sucede que su omisión, esto es, la infracción de tal deber, muestra una clara identidad, tanto en el plano estructural como en el plano normativo-material, con la comisión activa del delito. Estos últimos, y sólo ellos, son los casos de "comisión por omisión", los únicos que pueden fundamentar una responsabilidad del sujeto por el resultado producido en los mismos términos que si hubiera cometido el hecho de modo activo. Los segundos, en cambio, deberían tipificarse expresamente como formas cualificadas del delito de omisión del deber de socorro; *de lege lata*, no cabría otra posibilidad que apreciar el delito de omisión de socorro con alguna agravante genérica.

Para que tenga lugar una "comisión por omisión" no basta, pues, con que el sujeto ostente una posición de garantía entendida como posición estática de deber jurídico-material cualificado. Más bien, es preciso que el sujeto haya asumido frente a la sociedad de modo concreto, en la situación de que se trate, por una u otra vía, un **compromiso** específico y cualificado de hacer frente a situaciones de peligro precisas para bienes jurídicos determinados. El compromiso tiene una doble vertiente. Por un lado, parece que el bien jurídico queda mucho más protegido, pues no en vano el sujeto afirma frente

a todos su disposición a hacerse cargo de él. Pero, por otro lado, también el compromiso tiene una faceta negativa para el bien jurídico en cuestión: que la sociedad se despreocupa, en cierta medida, del mismo. Cuando hay un guardabarreras que sube y baja las barreras, el usuario de la vía correspondiente se despreocupa y piensa: Si están levantadas es que no viene ningún tren, por lo tanto, puedo pasar. Por contra si se nos advierte de que no hay guardabarreras, detenemos, paramos el automóvil y comprobamos si se puede cruzar la vía del ferrocarril o no. Por lo tanto, la existencia de compromisos concretos del médico, del guardabarreras, del cuidador de niños, del encargado de una central nuclear, de hacer frente a los riesgos respectivos, da lugar a que la sociedad, los destinatarios, confíen, dejando el eventual proceso lesivo de bienes jurídicos en manos de quien se comprometió a controlarlo. Así, resulta que esa persona domina un eventual acontecer lesivo de bienes jurídicos de la misma manera que si lo causara activamente. Son dos formas de dominio, ciertamente distintas en el plano naturalístico. En un caso, se pone en marcha un curso causal, se crea un riesgo activamente; en el otro, se adquiere un compromiso que luego se incumple. Pero normativamente, en términos de atribución, o de imputación, vienen a equivaler. Tiene pleno sentido, por tanto, decir que esa persona "ha matado", "ha lesionado". Se había comprometido frente a todos, había generado en todos nosotros la expectativa de que no iba a pasar nada y, pudiendo impedir que pasara cualquier cosa, no lo ha hecho. Este es el principio de las situaciones de garantía materialmente equivalentes a la comisión activa. El, a mi juicio, permite que en los derechos vigentes (como el español o el chileno) también pueda castigarse por la no evitación de un resultado como si éste se hubiera producido activamente, aunque no haya cláusulas de equiparación que nos establezcan un principio de equiparación entre ciertas omisiones y las causaciones activas del resultado, ni tampoco tipificaciones en la parte especial perfectamente descriptivas. Ese principio permite que la comisión por omisión sea perfectamente típica a los efectos del tipo de homicidio, lesiones, etc., entendidos en clave no descriptivo-naturalística, sino normativa, de adscripción.

El referido principio del compromiso incumplido, el de la expectativa defraudada, es el que nos permite afirmar con todo fundamento que el sujeto dominaba el curso lesivo como si lo hubiera producido activamente. En efecto, en el plano normativo es lo mismo crear un riesgo activamente que tener un riesgo, surgido de otro modo, bajo el propio control, comprometerse a contenerlo y, llegado el momento, no hacerlo.

En todo lo anterior he tratado de centrarme en el requisito del compromiso, es decir, en la idea de que, para que haya imputación de resultado, debe concurrir en el sujeto lo que hemos denominado una situación de garantía cualificada, que he intentado caracterizar gráficamente en la idea del compromiso incumplido, el compromiso inequívoco, claro, frente a todos, que luego se incumple. No obstante, además de ello tienen que darse efectivamente los otros requisitos de la imputación por omisión ¿Cuáles son éstos? Algunos son comunes a todas las omisiones y ya he aludido a ellos anteriormente. Así, la exigencia de que concurra una situación de peligro. Por ejemplo, que el hijo de un sujeto que pertenece a la confesión de los Testigos de Jehová se esté desangrando. A continuación, la no realización de la acción debida ¿Cuál es la acción debida, indicada típicamente en un caso así?. Obviamente, la de llevar a su hijo al hospital para que le practiquen la transfusión correspondiente. En tercer lugar, que la realización de dicha acción fuera algo posible. A todo ello se une un último elemento fundamental: que la realización de aquella acción, de esa acción que era posible y que ese sujeto estaba específicamente obligado a realizar, hubiera podido evitar el resultado. Hay un caso intere-

sante en la jurisprudencia española que muestra el porqué de este requisito: Una persona a la que le han dado una paliza varios sujetos en una discoteca, llega a una consulta médica bastante elemental, con poco instrumental. El médico le sutura, le cose las heridas superficiales que tiene, pero no le toma las constantes vitales, no le toma la presión ni el pulso, etc. y lo envía a su casa, donde muere esa misma noche. Se le practica la autopsia, y ésta revela que en la paliza le habían dado varias patadas en el vientre y una de ellas le había producido un desgarró en el riñón, una hemorragia interna, que fue lo que le produjo la muerte en última instancia. Este caso llega al Tribunal y se plantea que el médico no realizó una conducta médicamente indicada, como era tomarle el pulso en el centro médico a que había acudido esa persona. Y, efectivamente, se puede decir que no realizó la acción indicada, pero ¿podría haber evitado el resultado de haber realizado la conducta debida de tomar las constantes vitales? Esta es la pregunta que se plantean, y que algunos denominan cuasi-causalidad de la omisión. El Tribunal llegó a la convicción de que, aún cuando hubiera tomado el pulso a su paciente, no habría detectado ninguna variación, porque la hemorragia estaba empezando en aquel momento y no se habría podido percibir; por lo tanto, no habría podido adoptar ninguna medida, o sea, llevarlo a un centro médico más importante para ser operado y no habría podido evitar el resultado. Así pues, en este caso, al no poder evitar el resultado, al sujeto no se le imputó la muerte del paciente. Aquí, evidentemente, el médico quedó sin ninguna responsabilidad por una razón clara: Se trataba de una imprudencia a la que no se le puede atribuir un resultado, no es punible. Si hubiera sido una omisión dolosa, se podría haber hablado de una tentativa del médico, pero en ese caso, el médico que, sin duda, cometió una imprudencia, no pudo ser sancionado.

Los delitos de omisión, desde el punto de vista subjetivo, plantean problemas idénticos a los delitos de acción. Caben delitos de omisión dolosos e imprudentes. El sujeto puede ver a su perro peligroso, que sale de la finca y va al morder al vecino, y quedarse de brazos cruzados. Ese es el caso de una omisión dolosa evidente. Pero también podemos hallarnos ante omisiones imprudentes, como era la antes referida omisión del médico.

En el Derecho chileno, por lo visto, existe alguna tipificación de omisiones imprudentes. Así, por ejemplo, en el artículo 491, párrafo 2º. se establece la responsabilidad penal del dueño de animales feroces, que por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas. Es un caso de omisión especialmente tipificada, que resuelve expresamente la cuestión. En los códigos donde esto no existe, operarían las reglas que les acabo de explicar.

Por último, querría aludir al problema de la autoría y de la participación en estos delitos, que se suscita sobre todo cuando lo que el sujeto omitente no evita es la realización de un delito de comisión activa (y no un curso lesivo natural, una enfermedad, o situaciones similares). Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien, habiéndose comprometido de modo previo a ello, no evita la comisión de un delito. ¿Cómo cabe sancionarlo, como partícipe por omisión en el delito correspondiente o como, a su vez, autor de ese delito por omisión? Hay autores que han sostenido la tesis de que es autor por omisión, de modo que, en los delitos en los que esta forma comisiva sea posible, el sujeto que no evita la comisión delictiva activa, también autor, en su caso por omisión. De todos modos, en la jurisprudencia europea, incluyendo la alemana y la española, eso no ha prosperado. La solución en estos casos es para la doctrina dominante (aunque ello merece alguna consideración crítica) la de complicidad por omisión, por entenderse que el que

no impide la comisión activa del hecho no puede ser estimado autor por omisión del mismo, dado que sólo el que lo realiza activamente tiene el dominio central sobre el mismo.

Con todo lo expuesto he tratado de trazarles algunas líneas muy generales sobre los delitos de omisión. En concreto, sobre lo que denominamos en España comisión por omisión o, delitos impropios de omisión, es decir, sobre la posibilidad de cometer por omisión tipos delictivos de la parte especial, fundamentalmente los tipos de delitos resultativos, homicidios, parricidios, lesiones, daños, etc.. Por supuesto, con ello no se agota ni por asomo la problemática de esta figura, que es altamente compleja. Confío, en todo caso, haber proporcionado algún estímulo para la discusión sobre esta materia y concluyo agradeciéndoles sinceramente la atención que me han dispensado.

BIBLIOGRAFIA BASICA SOBRE LOS DELITOS DE OMISION

Bacigalupo, E.- Conducta precedente y posición de garante, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales (ADPCP) 1970, p. 35 y ss.

Bacigalupo, E. Delitos impropios de omisión, 2ª ed., 1983.

Cuello Contreras, J.- La justificación del comportamiento omisivo, ADPCP 1990, p. 497 y ss.

Gimbernat Ordeig, E.- los conceptos de omisión y de comportamiento, ADPCP 1987, p. 579 y ss.

Huerta Tocildo, S. -Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987.

Luzón Peña, D.M.- La participación por omisión.... Poder Judicial 2, 1986, p. 73 y ss.

Luzón Peña, D.M.- La posición jurisprudencial sobre la omisión de socorro a la víctima y su repercusión sobre los requisitos del dolo, Poder Judicial 1, 1986, p. 95 y ss.

Novoa Monreal, E.- Fundamentos de los delitos de omisión, 1984.

Rodríguez Mourullo, G.- La omisión de socorro en el Código penal, 1966.

Silva Sánchez, J.M.- El delito de omisión . Concepto y sistema. 1986.

Silva Sánchez, J.M.- La responsabilidad penal del médico por omisión, en La Ley 1987-1, p. 955 y ss.

Silva Sánchez, J.M.- Aspectos de la Comisión por omisión. Fundamento y formas de intervención. Cuadernos de Política criminal 1989, p. 367 y ss.

Toró López, A.- Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, ADPCP 1984, p. 693 y ss.