

«COMISIÓN POR OMISIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EL ARTÍCULO 11 CP COMO CLÁUSULA INTERPRETATIVA AUTÉNTICA»

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Sumario:

1. Introducción. Necesidad y utilidad de la cláusula de equivalencia del artículo 11 CP. 2 El problema de tipicidad formal. ¿Hacen referencia los verbos típicos sólo a acciones o también a omisiones? a) Delimitación negativa del debate: exclusión argumental del dogma causal. b) ¿Hay algún obstáculo lingüístico que impida denominar «matar» a una omisión? c) ¿Hay algún obstáculo lingüístico que impida denominar «causar» a una omisión? d) La polisemia del término «causar». Causación mecánica y causación como irrogación. 3. El problema de determinación. a) Introducción. b) El criterio de determinación en la doctrina. Teorías «sintomáticas» y teorías «analíticas».c) Tipicidad formal y determinación en el artículo 11 CP. c.1. El primer inciso del artículo 11 CP. La omisión debe ser tan «causación» como la acción. c.2. El segundo inciso del artículo 11 CP. La restricción tipológica. c.3. ¿Resuelve el segundo inciso un problema de taxatividad de la comisión por omisión? 4. Conclusión: la omisión comisiva es subsumible directamente en el tipo, y la cláusula del artículo 11 establece restricciones adicionales en el caso de los delitos de resultado

1. INTRODUCCIÓN. NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA CLÁUSULA DE EQUIVALENCIA DEL ARTÍCULO 11 CP.

Sorprendentemente, en el último siglo se ha ido imponiendo una alambicada concepción de la comisión omisiva, cuya versión más canónica parte de las siguientes premisas.

1. Los tipos penales *comisivos* (por ejemplo: los de resultado) sólo pueden referirse a conductas activas (movimientos musculares mecánicamente causales del resultado). Los motivos aducidos para esta limitación por las distintas versiones de esta doctrina mayoritaria son dos:
 - a) Un obstáculo de legalidad formal: el verbo típico «causar» («el que causare lesiones», «causare daños») sólo puede hacer referencia a conductas que causen el resultado, en el sentido de desencadenar fuerzas mecánicas que lo causen mecánicamente¹. Ello se extiende posteriormente a verbos típicos como «matar», «producir», «ocasionar», etc.; o
 - b) Un obstáculo conceptual: se parte de un axioma (el dogma causal) según el cual un delito sólo puede ser una acción humana, en el sentido de un movimiento muscular que cause una modificación en el mundo externo; y una omisión no cumple esa definición.
2. Sin embargo, hay conductas de no-evitación de un resultado que *merecen la misma pena* que su causación; ello es así cuando quien no evita el resultado es un *garante*, alguien especialmente obligado a evitarlo.
3. Esas conductas omisivas *no están comprendidas en el tipo penal*. Quien no frena su coche y atropella a otro no le «causa lesiones», ni le «mata». Por ello, para poder condenar a quien realiza esa conducta omisiva era necesario admitir la contraintuitiva idea de que *hay que construir por vía interpretativa un tipo penal nuevo para cada delito* (el homicidio por omisión, las lesiones por omisión, los daños por omisión, etc.), una especie de *Código Penal paralelo en la sombra*.
4. A pesar de que esos tipos penales eran *inventados por el intérprete* (ya que el CP no los recogía), no había obstáculo de constitucio-

¹ En ello influye un argumento dogmático: el de la supuesta *irreductibilidad de acción y omisión a un supraconcepto común* que pueda abarcarlas a ambas; el antecedente fundamental lo hallamos en RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1904 (reimpr. 1967), p. 140.

nalidad *concluyente* para sancionar esas conductas². Sin embargo, resultaba cada vez más difícil seguir manteniendo esta concepción si el CP no establecía una cláusula que *extendiese la sanción de los tipos penales a las conductas omisivas del garante* (una «cláusula de equivalencia»)³.

Algunos ordenamientos han acogido esta concepción de la comisión por omisión⁴, conforme a la cual el conductor del tranvía que por no fre-

² Nunca han faltado voces que han *sugerido* que hubiese *problemas* de constitucionalidad. Sin embargo, raras son las tomas de posición expresamente contrarias a la subsumibilidad de las omisiones en los tipos comisivos del CP derogado (CÓRDOBA RODA, «Notas a la traducción» de MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Barcelona, 1962, p. 296 y ss., p. 297; el propio autor abandonó años después dicha posición (CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972 –reimp. 1976–, p. 8); así lo destaca SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal* (Manuel Cobo del Rosal dir.), t. I (arts. 1 a 18), Madrid, 1999, p. 449.

³ En la doctrina en lengua española, vid. por todos NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984, p. 124; HUERTA TOCILDO, «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, p. 19 y ss. (passim; la profesora HUERTA propugna un sistema de tipificación caso a caso de la comisión por omisión); OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO / HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. 2ª ed., Madrid, 1986, p. 561; ZUGALDÍA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código penal», *CPC* 1984, p. 572 («extraña mezcla de analogía contra reo y Derecho consuetudinario»); LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1996, p. 256; ROMEO CASABONA, «Límites de los delitos de comisión por omisión», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal* (E. Gimbernat, B. Schünemann, J. Wolter eds.), Madrid, 1994, p. 36 y ss., 44, 48-49; matizadamente TORIO LÓPEZ, «Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión», en *ADPCP* 1984, p. 698; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito / 2*, Madrid, 2001, p. 261 (el lenguaje común permite la subsunción de omisiones), p. 269 (pero no la estructura de los tipos penales); POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general II*, vol. 1, Barcelona, 2000, p. 278-279 (es una «ficción jurídica» la subsunción de omisiones en el tipo). Se trata de la tesis dominante en la doctrina alemana; vid., por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. T. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, § 31/31 y ss.; JESCHEHK / WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 58.IV.

⁴ ¡Incluso, en ocasiones, recogiendo expresamente en la exposición de motivos del Código Penal desarrollos doctrinales más que cuestionables! Véase en este sentido el «Fundamento del Código penal paraguayo» (equivalente a una Exposición de motivos): «Por el otro lado, no se puede aplicar, sin más, el marco penal previsto para la causación de un resultado a cada omisión de evitarlo (...) La consecuencia legislativa sería la introducción, en la Parte Especial, de una serie de tipos de omisión al lado de los de acción. Sin embargo, la amplitud de esta tarea conlleva tantas dificultades prácticas que, hoy por hoy, se ha optado por una reglamentación de la materia en la Parte General (...): 1. se transforma el tipo de acción («el que causare el resultado del art. x») en uno de omisión («el que omitiere evitar el resultado del art. x»); 2. se averigua en todo el orden jurídico la existencia de un o unos mandatos que obligan a evitar precisamente el resultado aquí relevante; y 3. se reemplaza el ‘el que’ por el sujeto de tal mandato solo cuando la violación de este mandato constituye, en general, el mismo peso de injusto, o ‘disvalor’, como la violación de la prohibición que forma el punto de partida de la operación».

nar atropella a alguien *no le mata*, pero realiza una conducta de gravedad idéntica o similar; por lo que es necesario crear una «cláusula de equivalencia»⁵ que permita penar la omisión como si fuese una acción. Posiblemente sea el caso del § 13 del Código penal alemán, el § 2 del austriaco o el art. 40 del italiano.

El artículo 11 del CP de 1995 introduce por primera vez una cláusula que hace expresa referencia a la comisión por omisión⁶. La experiencia interpretativa de esta cláusula no alcanza ni siquiera a una década; por ello, la tentación de buscar pautas interpretativas en otros ordenamientos que contienen normas de este tipo desde el último tercio del siglo XX es aquí muy intensa. Sin embargo, como se expone, es una tentación peligrosa, ya que la cláusula del artículo 11 CP tiene particularidades que la distinguen notablemente de normas como las recién citadas.

La pregunta no debe ser, pues: ¿qué significado tiene *una* cláusula de equivalencia?, sino, más concretamente: ¿qué dice el artículo 11 CP? ¿Qué función cumple en el sistema penal español? Un punto de partida útil para analizar la lógica interna de esta norma podría ser preguntarse: ¿ha cambiado algo en el ordenamiento español debido a la introducción de la cláusula de equivalencia del artículo 11? ¿Existe alguna variación —incremento o disminución— en las omisiones sancionables con la pena de los tipos de la parte especial? ¿Se mantiene, por el contrario, idéntico el campo de conductas sancionadas, pero se aumentan las garantías del principio de legalidad?

⁵ Debe hacerse aquí una aclaración terminológica. Con la expresión *cláusula de equivalencia* se suele hacer referencia en la doctrina hispanohablante a una norma de las características del artículo 11 CP 1995, o de los §§ 13 CP alemán o 2 CP austriaco. Sin embargo, el término *Entsprechensklausel* lo hallamos referido en la literatura científica en lengua alemana tanto en este sentido como en el de la *concreta exigencia que normas de estas características contienen acerca de una equivalencia «material» o «correspondencia» que debe darse entre la omisión y la acción*, adicional a la comprobación de un «deber» o «responsabilidad» especial del omitente (es decir: como el primer inciso del artículo 11, y no la norma completa). En el texto el término «cláusula de equivalencia» es empleado en el primero de los sentidos, reservándose la expresión «equivalencia en el sentido del texto de la ley» para el segundo, de modo acorde a la terminología empleada por el artículo 11 CP.

⁶ Art. 11 CP: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo 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».

Para afrontar esta cuestión debe hacerse una primera distinción entre dos problemas distintos: el problema de *tipicidad formal* y el problema de *determinación*⁷.

- a) El primero de ellos hace referencia al *límite de los significados posibles* del texto de una norma, y en lo que nos interesa, se refiere a si en el tipo de la parte especial tiene cabida alguna conducta omisiva o si, por el contrario, existe algún obstáculo idiomático a tal subsunción.
- b) El segundo atañe a las cuestiones de concreción en la definición típica; es decir: no se trata de saber *si caben omisiones* en el tipo de la parte especial, sino, y desde una respuesta afirmativa al primero de los problemas, *cuáles* de entre todas ellas.

Ciertamente, desde el punto de vista de la resolución de un concreto caso, lo normal será que se traten ambos problemas a la vez (*¿es esta concreta omisión subsumible?*); pero será útil separar los dos puntos de vista para atender a algunas cuestiones planteadas por diversas posiciones doctrinales.

2. El problema de tipicidad formal. ¿Hacen referencia los verbos típicos sólo a acciones o también a omisiones?

- a) *Delimitación negativa del debate: exclusión argumental del dogma causal.*

En efecto, una visión bastante extendida considera que los tipos de la parte especial sólo pueden hacer referencia a «acciones mecánicamente causales de un resultado». Hemos visto que dos son los motivos para entenderlo así: un supuesto obstáculo lingüístico (del que nos ocuparemos más adelante) y un supuesto problema conceptual: el dogma causal, conforme al cual se entendería que un principio general del Derecho impone que *sólo puede ser delito una acción entendida como movimiento muscular*.

El abandono del dogma causal, *al menos en el plano de los principios*, es unánime en la doctrina actual. Por ello, no se entrará aquí en los diferentes argumentos con los que ha sido rebatido. Baste señalar única-

⁷ De modo similar distingue también estos dos planos del problema SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, p. 56 y ss.

mente y de modo muy sintético, que la propia problemática de la comisión por omisión, es decir: el planteamiento de los requisitos bajo los cuales una omisión debe recibir la pena de un tipo de la parte especial, supone el cuestionamiento más evidente del dogma causal. Hoy es unánimemente aceptado que no existe un imperativo prejurídico que impida considerar que se puede cometer un delito de resultado mediante una omisión⁸; y que las teorías que siguen sosteniéndolo se enfrentan a una irresoluble paradoja: *«en todas ellas se trata de que lo que parece posible según el uso común del lenguaje —y es conforme a las necesidades de la vida y, por consiguiente, a las del Derecho— resulta conceptualmente imposible. Y, así, la dogmática se ve apesada en un callejón sin salida»*⁹.

b) *¿Hay algún obstáculo lingüístico que impida denominar «matar» a una omisión?*

El punto de partida de la concepción tradicional es entender que sí existe ese obstáculo; y que precisamente para subvenir a ese «déficit típico» se redacta una cláusula como el artículo 11 CP, que operaría a modo de *cláusula de extensión de la punibilidad*, permitiendo construir un tipo paralelo de «omisión impropia» por cada delito.

¿Excluyen los verbos típicos de los delitos de resultado las omisiones comisivas? O, con otras palabras: ¿son las omisiones comisivas punibles *precisamente en virtud del artículo 11*? Ello supondría afirmar, necesariamente, que no eran punibles en el derogado texto penal de 1973.

En una primera aproximación, no parece que el legislador esté admitiendo, con la introducción del artículo 11 CP, que las condenas por omisión comisiva (sobre todo, recaídas masivamente en el ámbito de la imprudencia) impuestas bajo la vigencia del CP derogado, todavía carente de cláusula de equivalencia, deban ser anuladas por atacar el artículo 25 CE, que impone la exigencia de tipicidad penal.

No parece que quepan dudas acerca de que podemos decir que alguien *mata a otro* en los siguientes casos:

⁸ Sin embargo, en ocasiones nos encontramos con ciertas afirmaciones, *supuestamente derivadas del dogma causal*, que resultan sumamente razonables, como cuando se dice «el Estado no puede imponer tantos deberes de acción como de omisión». De ello nos ocuparemos más adelante, pero avancemos ya que nos encontramos ante un problema de polisemia: el término omisión no tiene un solo significado.

⁹ VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal dir.), t. I (arts. 1 a 18), Madrid, 1999, p. 496.

- A abandona a su hijo de 2 meses de edad en su casa y viaja a otra ciudad, desentendiéndose de él. El niño muere de sed.
- A es el encargado de cargar una pesada pieza cilíndrica en un camión y calzarla debidamente para que no resbale, pero imprudentemente omite asegurarla. Por ese deficiente aseguramiento, cuando B arranca el camión, la pieza cae sobre el trabajador C, matándole¹⁰.

Parece evidente que al menos uno de los significados posibles del término «matar» nos permite decir que la madre desnaturalizada *ha matado* a su hijo menor; y que el trabajador descuidado *ha matado* a su compañero; y ello, *de modo idéntico* conforme al CP TR 1973 o al CP 1995.

En Derecho penal, donde las posibilidades de interpretación extensiva o analógica se encuentran tan reducidas, la cuestión de la tipicidad formal de una conducta es básicamente un problema de *uso del lenguaje*. Simplificadamente: *se trata de palabras, no de conceptos*. Si en alguna de las acepciones posibles de la expresión típica puede estar abarcada la conducta en cuestión, deberá afirmarse que no hay obstáculos de tipicidad formal a la subsunción: al menos, uno de los *significados posibles* de la expresión sirve para aludir a esa conducta.

Por supuesto, con la superación de este criterio meramente formalista (en el que, como señalamos, los conceptos dogmáticos tienen *poco que decir*) *no se ha ganado mucho*: sólo constatamos que el *tenor literal* admite la inclusión de ciertas omisiones en el tipo, pero existen multitud de conductas que, pese a poder de *algún modo* ser comprendidas en la expresión típica, nadie consideraría típicas. Por ejemplo: el estancero que vende tabaco a otro durante un tiempo y éste muere de cáncer de pulmón. Sin duda, el estancero ha colaborado causalmente en la autolesión o en su muerte por cáncer de pulmón, y lo ha hecho a sabiendas, pero la conducta no realiza ningún tipo penal de colaboración en autolesión o en suicidio. Esto no constata más que la inevitable polisemia de los términos empleados. Dentro de este amplio campo tienen lugar, de modo prácticamente automático (al menos, en los *candidatos negativos claros* o *casos sencillos de atipicidad*), *selecciones* dentro del ámbito de significados posibles por parte del intérprete: estas selecciones ulteriores se corresponden ya con el proceso de *determinación* típica.

Pero sí nos sirve para constatar algo: *el artículo 11 CP no es necesario para sancionar este tipo de conductas, puesto que ya pueden ser sancionadas con base en un tipo penal que diga «el que matare a otro será*

¹⁰ Así lo estimó la STS 3-5-1980, en un caso prácticamente idéntico.

castigado con la pena X». Sin embargo, este primer límite de los significados posibles ha sido, tradicionalmente, el que ha ocupado a gran parte de los teóricos de la omisión delictiva, en especial en los primeros estadios de desarrollo de la dogmática de la comisión por omisión¹¹. La objeción frontal ha sido, durante casi todo este desarrollo, la siguiente: si una omisión no puede *causar* en sentido mecánico, no puede matar, que es un delito consistente en *causar la muerte*. A esta objeción se opone, acertadamente, la práctica totalidad de los monografistas españoles modernos y no pocas de las obras generales¹² constatando lo que todos pueden comprobar: que el idioma permite tal interpretación del verbo «matar». Sin embargo, la doctrina que entiende que el *artículo 11 es el que permite la sanción de la comisión por omisión* sigue gozando, extrañamente, de una importante aceptación.

c) *¿Hay algún obstáculo lingüístico que impida denominar «causar» a una omisión?*

¿Qué permite constatar esto? Todavía poco; depende de otras tomas de posición adicionales; en concreto, del sentido que haya que darle al término «causar» como verbo típico. Y ello es así porque el tipo de homicidio (que habla de «*el que matare*»), los de aborto (que hablan de *producir* u *ocasionar*, en vez de causar) y algún otro, constituyen *casos excepcionales* en el CP español, ya que *la mayoría de los tipos penales de resultado tienen como verbo típico «causar»*¹³. Por ello, es necesario preguntarse: ¿cabe denominar «causar» a una omisión?

¹¹ Nótese cómo los primeros teóricos del s. XIX (LUDEN, GLASER, Adolf MERKEL, BINDING, etc.), se preguntaban cómo podía una omisión causar un resultado. Esta preocupación revela en muchas ocasiones la mayor atención al problema de la tipicidad formal (inclusión formal de la conducta omisiva en un tipo que emplea el verbo «causar») que a otras cuestiones de la comisión por omisión (requisitos materiales de tipicidad).

¹² Así, sólo entre las obras generales, ya en 1984, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, 1984 –reimp. 1986–, p. 588 (con matices: p. 589); y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (1ª ed.), p. 269; vid. también MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Valencia, 2004 p. 241-242; VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal dir.), p. 522-523; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 392, 394; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES et al., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed, Pamplona, 2002, p. 383-384. Vid. también, por todos, las monografías de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 366 y ss.; y Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, p. 45.

¹³ Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar los siguientes preceptos: artículos **142.1**, **143.4** y **572.1.1º** (causar la muerte), **147**, **148**, **149**, **152.1**, **486**, **557**, **572.1**. y **605.2** (causar lesiones) y **150** («causare ... la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro»), **157** («causare ... una lesión o enfermedad»), **263**, **264**, **323**, **324**, **560.1** y **2** (causar daños), **266** y **348** («causar estragos»), 346 («causaren la destrucción»), **560.1** («causaren daños»),

Permítaseme la reiteración: nada pueden decirnos aquí los conceptos dogmáticos. Se trata de una cuestión de simple y llana interpretación «gramatical», pues hablamos del *límite de los significados posibles*, postulado inicial mínimo del principio de legalidad penal. Veamos un par de ejemplos:

- A es un *conductor de tranvías irresponsable*. Mientras está sentado a los mandos del tranvía, suena su teléfono móvil y se pone a buscarlo hurgando en su mochila; en esos momentos, un niño cruza las vías y cae en ellas. Por no estar atendiendo a la conducción, A no frena el vehículo y arrolla al niño, fracturándole las piernas.
- C es un *trapequista rencoroso* que quiere vengarse de una vieja afrenta de su compañero D. Por ello, cuando D salta desde el trapecio hacia C, previendo ser agarrado por éste para no caer, C se abstiene de extender sus brazos, con lo que D cae al suelo causando graves lesiones¹⁴.

Atendiendo al criterio del *límite de los significados posibles* y al denominado «uso común del lenguaje», ¿eran subsumibles la conducta del

etc. En el ámbito de las faltas: artículos **617.1**, **621.1** y **3** (causar lesiones), **621.2** («causaren la muerte»), **625.1** y **625.2** (causar daños).

También cabe citar el art. **290** («falsearen ... documentos... de forma idónea para causar un perjuicio económico»); a nadie se le ocurriría aducir que en los supuestos de falsedad por omisión no cabe aplicar esta cláusula, ya que no se ha causado en sentido naturalístico el daño irrogado. En el mismo sentido, por ejemplo, los artículos **271** (agravante de gravedad del daño causado en delitos contra la propiedad intelectual) y **295** (administración desleal).

Fundamental es también la mención del artículo **20.5º, primero** (estado de necesidad), al «*mal causado*», que de ser interpretado como proponen quienes entienden que el término «causar» impide la subsunción de omisiones, no sería aplicable a los delitos cometidos por omisión (en concreto: a los casos de «colisión de deberes»). Lo mismo ocurriría de interpretarse en dicho sentido la referencia a los «daños y perjuicios ... causados» del artículo **109**: debería entenderse que el CP no asigna responsabilidad civil a quien comete un delito por omisión (atropellar no frenando el coche), pero la mantiene para quien lo hace por acción (acelerando el coche).

¹⁴ Tampoco debería haber dudas con respecto a la aplicación del verbo “causar” a los casos de *interrupción de cursos salvadores*: debería aplicarse el tipo doloso de lesiones a un tercero que con dolo de lesionar impide, de un empujón, que ese trapequista recoja a su compañero, logrando que éste último caiga al suelo y se lesione. Nótese que tanto en el caso del trapequista omitente como en este último supuesto del «tercero interruptor del curso salvador» la relación «física-mecánica» con el resultado es la misma: impiden que tenga lugar una condición impeditiva del resultado (impiden que el compañero que salta sea agarrado antes de caer). Sobre cursos causales salvadores, con opiniones diferentes, vid., en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 216 y ss.; y recientemente GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’», en *ADPCP* 2000, p. 29 y ss.

conductor irresponsable o la del trapecista rencoroso en los tipo de lesiones (imprudentes y dolosas, respectivamente) del CP TR 1973, que hablaban de causar lesiones? ¿Existe algún significado posible del término «causar» que lo permita? Desde el plano del lenguaje común, difícilmente cabe objetar dicha subsunción¹⁵: obviamente han causado lesiones a sus víctimas.

Ello se desprende de una mera lectura del diccionario de la RAE¹⁶. El término «causar» tiene por primera acepción «producir la causa su efecto» y, por segunda, «ser *causa, razón y motivo* de que suceda una cosa». Por supuesto, una omisión puede ser la *razón o motivo* de que suceda una cosa (precisamente eso quiere decir *imputar* un suceso a la omisión: explicar el suceso como consecuencia de la omisión). Y ese significado *coincide* con el de términos como *irrogar*¹⁷ o *infligir*¹⁸ (un daño), también definidos por el diccionario en términos de «causar» u «ocasionar». Difícilmente podría aducirse que el diccionario se refiere a «irrogar» o «infligir» en *términos físico-naturales*, que excluyesen la omisión: la más mínima aproximación muestra que se trata de *términos de imputación*¹⁹.

Si, pese a esta constatación, el intérprete decide mantenerse en una interpretación del término «causar» en sentido «mecánico-newtoniano», ya no podrá aducir el argumento de la tipicidad formal (pues existen interpretaciones del término causar —en verdad, las más comunes y sencillas— que permiten decir que causa lesiones quien no frena su coche de caballos y así atropella a otro: el *límite de los significados posibles* no se opone a ello), y deberá buscar otros («teleológico», «siste-

¹⁵ Ya JIMÉNEZ DE ASUA (*Tratado de Derecho penal. Tomo III: El delito*. 4ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 405-406, 441) entendía que eran escasos los verbos típicos que no admiten la omisión: «la inmensa mayoría de los delitos por acción son susceptibles de cometerse omisivamente».

¹⁶ El diccionario de la RAE (ed. vigésima segunda) incluye referencias filosóficas o físico-naturales en sentido estricto sólo a partir de la sexta acepción del término «causa»; su primera acepción es «lo que se considera como *fundamento* u origen de algo» (definición que, por supuesto, tampoco excluye a las omisiones).

¹⁷ «Tratándose de perjuicios o daños, causar, ocasionar» (Dicc. RAE, 22ª ed.).

¹⁸ «Hablando de daños, causarlos» (Dicc. RAE, 22ª ed.).

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ [*El delito...*, p. 375-376; EL MISMO, «Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación», en *Estudios sobre el Código penal de 1995* (Parte General), (Coords. T.S. Vives Antón, J.L. Manzanares Samaniego) Madrid, 1996, p., p. 162; EL MISMO, «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», en *La Ley* n° 4144, 15/10/1996, p. 2; EL MISMO, *Comentarios*, p. 453] entiende que el lenguaje de los tipos penales es más *adscriptivo* que *descriptivo*, por lo que deben entenderse estos verbos típicos en el sentido (normativo) de la *atribución de responsabilidad* por el hecho ocasionado.

mático», etc.). Mas no parece, en mi opinión, que quepa hablar de un *telos* legítimo en el ordenamiento español que permita distinguir entre las conductas de *no frenar y acelerar* el coche de caballos para atropellar a alguien; ni que sistemáticamente existan normas que atribuyan unos efectos a las *conductas que mueven músculos y otros efectos a las conductas que no los mueven* (una vez constatado que cabe cometer delitos de resultado por omisión —comisión por omisión—, y *delitos de omisión por acción causal del resultado* —«omisión por acción»²⁰—).

Pero es que, además, ese no es el lenguaje que emplean los textos legales españoles. El Derecho español entiende que una omisión puede «causar» daños, en el sentido de «irrogarlos» (no, obviamente, en un sentido mecánico); y así lo declara expresamente en preceptos como en el artículo 1902 del Código civil («**El que por acción u omisión causa daño a otro**»); y que una omisión puede «crear una ocasión de riesgo» (como expone el artículo 11.b del Código penal). Quien siga sosteniendo que un verbo típico «causar» no es aplicable a una omisión, está optando por un registro lingüístico distinto del empleado por el Derecho español. Por todo ello, cabe concluir que, en lo que se refiere al límite formal de los significados posibles, el verbo «causar» en los tipos de resultado no sólo denota la relación mecánica a la que alude el *Kausaldogma*²¹ (ni sólo, ni siquiera en primer lugar²²).

²⁰ Los supuestos de «omisión por comisión» u «omisión por acción» son casos en los que un sujeto comete un «delito de omisión pura» mediante una acción causalmente conectable con el resultado. Por ejemplo: Si A contempla cómo B va a atacar a C, pero que no lo hace precisamente por estar él presenciándolo, y a sabiendas de todo ello se retira, con lo que B finalmente agrede a C, estará causando en sentido natural la lesión, y además, de modo ilícito (en España, cuando menos, estaría cometiendo el delito previsto en el artículo 450 CP). Sin embargo, no cabe hablar de un delito de lesiones, sino tan sólo de una omisión propia. Sobre la «omisión por comisión» (o «por hacer», o «por acción»), vid. el pionero trabajo de v. OVERBECK, «Unterlassung durch Begehung», GS n° 88 (1922), p. 319 y ss.; y los trabajos de MEYER-BAHLBURG, «Unterlassen durch Begehen», GA 1968, p. 49 y ss.; ROXIN, «En el límite entre comisión y omisión», *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. y notas de D.M. Luzón Peña), Madrid, 1976, p. 226 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et al., 1992, p. 69-70 (de donde tomo el ejemplo); EL MISMO, *Münchener Kommentar zum StGB*, t. I (§§ 1-51), München, 2003, §13/80 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 2000, III.A.

²¹ SILVA SÁNCHEZ sostiene desde hace casi dos décadas la tesis de la subsunción directa de ciertas omisiones en los tipos de resultado. Pues bien: cabría decir que me adhiero a su posición más que él mismo, pues no comparto una objeción que él admite en 1986 contra su propia tesis (SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 367, nota 359). Ahí este autor, tras afirmar que las omisiones pueden perfectamente estar abarcadas en términos como «matar», dice: «*Más difícil se muestra el problema en el Código Penal italiano, cuyo Artículo 575, relativo al homicidio, se refiere a 'Chiunque cagiona la morte di un uomo (...)' ('El que causa la muerte de un hombre...')*». Como hemos visto, no sólo en el Código italiano, sino ya en el español,

Con frecuencia se aduce un viejo argumento de Armin Kaufmann contra esta concepción: cuando este autor confronta el argumento del «uso del lenguaje» (según el cual cabe llamar «matar» a la omisión de la madre desnaturalizada que deja morir de hambre a su bebé), Kaufmann contesta: *de ser así, toda omisión, incluida la omisión propia, sería una causación del resultado y, por ello, en este caso, un homicidio*²³. Se trata de un sofisma, porque pretende inútilmente que se ignore un hecho. El hecho es que el idioma permite denominar «matar» a algunas conductas omisivas... pero no a todas. Y lo que nos importa a los efectos del principio de tipicidad formal es el uso idiomático. Kaufmann, en realidad, no puede sino protestar contra un idioma que no sigue las reglas que él sostiene (lo que en sí constituye la mayor prueba de la inadecuación del concepto de omisión que por mucho tiempo han sostenido los dogmáticos). En resumen: lo que las personas denominamos «matar» no se define conforme a las reglas del concepto finalista de acción y omisión.

Precisamente esto es lo que viene a decir el artículo 11 CP: que dentro de cierto ámbito, no hay una consideración diferente de acciones y omisiones. Y es también lo que viene a reconocer toda la evolución histórico-dogmática de la comisión por omisión: que pese a que el (erróneo) dogma causal obliga a entender que el tipo penal sólo hace referencia a comportamientos mecánicamente causales del resultado, resulta forzado e irrazonable excluir conductas que no son «mecánicamente causales» del resultado pero que son, sin duda, causar un mal, en el sentido de irrogarlo o infligirlo.

aceptar esta objeción supondría, por una parte, reducir la propuesta a unos pocos tipos como el homicidio doloso y el aborto, que tienen por verbo típico «matar» y «producir» u «ocasionar», en vez de «causar»; y, por otra, reducir el término «causar» a sólo uno (y no el más usual) de sus significados. Habrá quienes sostengan que la cláusula de equivalencia del art. 11 viene a subsanar este llamativo déficit; pero como veremos se trata de una interpretación, en mi opinión, inviable.

²² De hecho, ni siquiera puede ser el primer significado que el término haya adquirido en el idioma, pues los fundamentos de la mecánica newtoniana son muy posteriores al nacimiento del término «causar», que ya con anterioridad era empleado para hacer referencia a la imputación de responsabilidad. Como señala KELSEN (*Teoría pura del Derecho* —trad. de la 2ª ed. por R. J. Vernengo—, México, 1981, p. 96-97), la vigencia del término en la física aplicada de los pueblos primitivos —por supuesto, muy tosca y ajena al método científico— procede precisamente del ámbito de lo normativo, de la imputación de responsabilidad, en un proceso de «antropomorfización» de las fuerzas naturales (lo relaciona el gran jurista austriaco con el término αιτια, que en griego arcaico significa tanto culpa como causa).

²³ Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959 (reimpr. 1988), p. 281; matizadamente, vid. CEREZO MIR, *Parte General III*, p. 261-262.

d) *La polisemia del término «causar». Causación mecánica y causación como irrogación.*

La morbosa insistencia de los penalistas en emplear los delitos contra la vida como ejemplo de toda argumentación en la parte general posiblemente ha llevado a emplear una terminología problemática para explicar estos tipos. La mayoría de los autores que sostienen la (acertada) tesis de la subsumibilidad directa sostienen que «matar» no significa necesariamente «causar la muerte», sino realizar una conducta a la que le es imputable una muerte²⁴. Esto es *cierto*, pero *equivoco*, pues emplea un término polisémico (o sea: es una afirmación *cierta para alguno de los significados del término «causar», pero no para todos ellos*).

Si se aplicase esta afirmación, sin matizar más, a los tipos de lesiones, daños, o cualquiera de los de la larga lista antes expuesta cuyo verbo típico es «causar», se lograrían afirmaciones contradictorias, como, por ejemplo: «*causar lesiones*» no significa necesariamente «*causar lesiones*»; «*causar daños*» no significa necesariamente «*causar daños*», etc.

Para sostener la acertada tesis de la subsumibilidad directa de la omisión comisiva en el tipo penal es imprescindible aceptar que *existen varias acepciones del término «causar»*, y que frases como las indicadas se refieren a una acepción (la mecánico-causal) que no es la del tenor literal de la absoluta mayoría de los delitos de resultado (es decir: irrogar o infligir daños). Por ello, para que estas frases tuviesen sentido, habría que acotarlas como sigue: «*causar daños*» no significa necesariamente «que medie una *relación mecánico-causal* entre un movimiento corporal del sujeto y el resultado típico», etc.... es decir: algo que es desde hace décadas un lugar común en los estudios sobre imputación objetiva en la comisión activa.

Desde este punto de vista, surgen nuevos cuestionamientos. Si queda claro que el tipo penal que prohíbe «causar» lesiones lo que pretende es prohibir «infligir» lesiones (realizar una conducta a la que le sean imputables lesiones); y habiendo al menos dos acepciones posibles del término «causar» (por una parte, *irrogar o infligir*; por otra, *interponer una condición causal mecánica positiva*), parece evidente que es erróneo

²⁴ Vid. por todos, entre los estudios sobre omisión, la muy temprana posición de GIMBERNAT ORDEIG, «Recensión al libro de Claus Roxin *Täterschaft und Tatherrschaft*», en *ADPCP* 1964, p. 551-552; vid. también EL MISMO, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *Ensayos penales*, Madrid, 1999, p.259-260; EL MISMO, «El delito de omisión impropia», en *RDPC* N° 4, p. 533-534; vid. también SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 366-367.

interpretar el verbo «causar» en el segundo de los sentidos, es decir, de un modo que, conforme a la doctrina unánime, *es absolutamente incapaz para describir el ámbito típico*²⁵. Esto conduce también a rechazar ciertas concepciones de «causación *en el delito activo*» sostenidas por alguna de las concepciones de la doctrina de la imputación objetiva.

En efecto, no pocos autores entienden que expedientes como la «imputación objetiva» son *restricciones del verbo típico* con criterios extralegales. Pero se trata de una interpretación sumamente alambicada, que seguiría el siguiente esquema: 1. De todos los significados posibles del verbo «causar», se entiende que el CP está empleando el más amplio e inidóneo para definir la conducta típica. 2. Se le añaden por vía interpretativa multitud de «restricciones teleológicas», no contenidas en el texto legal pero, al parecer, contenidas en su intención²⁶. 3. Por esta vía, se logra dar una dimensión adecuada al tipo penal... *dimensión que sería, precisamente, la definida por la acepción más adecuada del verbo «causar» como «irrogar daños»*. Es decir: con un largo rodeo, se llega a entender que el tipo penal prohíbe «irrogar» daños, pero *atribuyendo la competencia para llegar a esa conclusión al intérprete* (que mediante su «doctrina de la imputación objetiva» dota al tipo de la dimensión adecuada, dimensión de la que al parecer carecía en un inicio) *en vez de al legislador*.

El proceso se revela, pues, inadecuado. Desde el punto de vista del principio de legalidad, *la imputación objetiva no puede ser la restricción, con criterios extralegales, de un verbo inadecuado para la descripción típica* (¿cómo podría el legislador estar constitucionalmente habilitado para defi-

²⁵ Sólo en la manualística española, por todos, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, p. 302; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 56, 91-92, 172-173; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., n.m. 10/8 («La relación de causalidad ni es suficiente... ni es siempre necesaria...: lo único común a todos los tipos de resultado es la necesidad de su *imputación objetiva*, de la cual la causalidad no es más que un momento parcial y *contingente*»; las cursivas son añadidas); también 10/37; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Parte General*, p. 229-230; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed, Madrid, 1998, p. 173; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 357, 376-377; QUINTERO OLIVARES, *Manual*, p. 327.

²⁶ Sobre la interpretación «intencionalista» del Derecho, vid. GARCÍA AMADO, «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», en *Doxa* 24, p. 12 y ss. En mi opinión, gran parte de lo que suele aducirse como interpretación de base *teleológica* atiende, en realidad, no a lo que pretende el legislador, sino a lo que *legítimamente puede pretender*. Desde una concepción de la legislación como acto delegado por el titular (soberano) en un órgano (Parlamento), y en verdad delegado para *ciertos fines*, la potestad legislativa sólo puede moverse dentro del margen de esos fines. Por supuesto, esto no se opone a la interpretación «lingüística» de la que habla el autor citado: tan sólo aporta un criterio más para la delimitación del significado de la norma.

nir conductas *con un margen tan inadecuadamente amplio* como el que determinaría la definición del homicidio como «interposición de una condición causal de la muerte de otro?»), sino la *concreción, explicación o determinación del ámbito de un verbo ciertamente polisémico* (de ahí que se trate de *determinación* del ámbito típico), pero **plenamente apto** a tal efecto (y tanto para aludir a acciones típicas como a omisiones típicas). Todo esto nos conduce al punto siguiente del discurso: la fase de *determinación* o selección de un significado de la norma de entre todos los posibles.

3. El problema de determinación

a) Introducción.

Sin embargo, es también obvio que no toda omisión realiza el resultado; del mismo modo que no toda acción ilícita causal de un resultado realiza el tipo penal, como demuestran los casos de «omisión por acción». El problema que nos ocupa en la comisión por omisión no es el de comparar una «no evitación» con una «causación *en sentido mecánico*», sino otro que, con admirable concisión, resume FLETCHER: «*In the case of comission by omission, the problem is statutory interpretation, and the danger implicit in extending the verb 'killing' to encompass cases of 'letting die'. That is a rather serious issue, but it has nothing to do with the question of motion versus nonmotion*»²⁷. Nos interesa, pues, una distinción que no coincide con la de «acción / omisión»: la distinción «causar lesiones / dejar que ocurran» (o, mejor dicho: causar lesiones / *cualquier otra conducta*).

Instituciones dogmáticas como la imputación objetiva, la teoría del garante, etc., sólo entran en consideración una vez traspasado el límite de los significados posibles. Por ello, sólo operan como *selección de entre todos ellos*. Habitualmente, y como ya hemos señalado, la restricción se realiza de modo automático, sin siquiera considerar los demás posibles significados de la norma. Sin embargo, en lo relativo a la comisión por omisión, esta cuestión ha sido objeto de un tratamiento especialmente intenso.

La cuestión es, pues, de determinación típica: ¿cuáles, de entre todas las posibles omisiones que tengan *alguna relación* con el resultado, pueden realizar el tipo? Y ¿sirve el artículo 11 para resolver este problema de determinación?

²⁷ FLETCHER, George P., «On the moral irrelevance of bodily movements», *University of Pennsylvania Law Review* vol. 142, 1994, p. 1447.

Veamos un verdadero problema de determinación. Imaginemos que el tipo del artículo 139 no contuviese una interpretación auténtica del término *asesinato*, sino que sólo dijese «el que asesinase a otro será castigado con la pena de quince a veinte años de prisión». Ahí, sin lugar a dudas, nos encontraríamos con un verdadero y gravísimo (en atención a la pena) *problema de determinación o taxatividad penal*, pues necesitaríamos saber cuándo matar a otro es un asesinato y cuándo un mero homicidio. ¿Hay un problema similar de determinación en el caso de la comisión por omisión, que requiera una solución legislativa (como, por ejemplo, la del artículo 11 CP)?

b) *El criterio de determinación en la doctrina. Teorías «sintomáticas» y teorías «analíticas».*

La teoría de la comisión por omisión ha adoptado históricamente *dos posibles vías para determinar* el ámbito típico y concretar, de entre todas las omisiones, cuáles realizan los tipos penales de resultado.

1. Una de ellas ha intentado hallar los «*síntomas*» o *rasgos externos comunes a toda omisión comisiva*. En este sentido, ha determinado que las omisiones *merecedoras de pena igual o similar a la del tipo activo*²⁸ son aquellas que infringen un *deber* de determinadas características («especial», «de garante», etc.); y ha procedido a establecer una *agrupación tipológica* de los casos en los que se dan deberes de esas características. Así, ha habido una amplia coincidencia en señalar la llamada *tríada clásica* (deber legal, contractual o derivado de injerencia); y un consenso menor alrededor de otras tipologías (deber derivado de «comunidades de peligro», «confianza especial», etc.).
2. Otra vía, mayoritaria en los trabajos dogmáticos más modernos, pero aún no en la manualística, opta por determinar *qué es lo común a la comisión activa y a la omisiva*, que constituirá lo esencial de los tipos de resultado. Desde este punto de vista, la diferencia entre acción y omisión es irrelevante, y lo importante será si la conducta es o no la producción imputable de un resultado típico.

La primera de las posiciones, que aquí denominamos «sintomática», ha sido la dominante en la doctrina penal continental desde la Segunda Guerra Mundial, y la que ha inspirado la mayoría de las tópicas de la

²⁸ Paradigmáticamente, Armin KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 276-280, p. 284-285, p. 285 y ss.; PFLEIERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangener Tun*, Berlin, 1968, p. 124 y ss.

«posición de garante». En estas doctrinas, las *situaciones de hecho* calificables como «posiciones de garante» operan como *rasgos externos* de todas aquellas omisiones evaluables como «omisiones impropias». Se dice: será comisión por omisión la omisión si se dan estas circunstancias fácticas (posición de garante)... pero no se explica el fundamento, más allá de vagas menciones a un desvalor similar al de la comisión activa²⁹.

La segunda posición (que llamaremos «analítica») está íntimamente relacionada con la tesis de la directa subsumibilidad de las comisiones omisivas en los tipos penales. Y ello porque si ciertas omisiones comparten con ciertas acciones los requisitos típicos (es decir: que si ciertas omisiones son tan «matar» o «causar lesiones» como ciertas acciones), es porque la distinción entre comisión activa y omisiva es inesencial, y lo que determinará la aplicabilidad del tipo es *otra cosa*. Lo relevante serán, precisamente, *los requisitos típicos*, es decir, lo que comparten la comisión activa y la omisiva.

¿Cuáles son esos requisitos? En el estudio de los delitos puros de resultado, la doctrina penal ha ido elaborando una teoría de la tipicidad penal cuyo eje ha sido la doctrina de la imputación objetiva. Las teorías del garante han sido la forma dominante que ha adoptado la teoría del tipo en relación con la comisión por omisión³⁰.

²⁹ Con otras palabras: no se puede definir «posición de garante» si no es circularmente, pidiendo el principio. La definición sería: «*posición de garante* es aquella en la que se encuentra el *omíente impropio*». Si volvemos a preguntar: ¿qué es la omisión impropia?, sólo caben dos respuestas: la circular («es la omisión *en posición de garante*») o la *meramente descriptiva o enumeradora*: «es la omisión de quien está en las siguientes posiciones, que llamaremos de garante: A, B, C (...) X». Precisamente por este vacío informativo del concepto de posición de garante, algún sector doctrinal lo ha considerado un mero slogan con el que en vez de resolver los problemas se sustraen del debate (FREUND, *Erfolgsdelikt...*, p. 39 y ss.; en términos más moderados, SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 334).

³⁰ Como ha señalado la doctrina, la teoría del garante no es sino una teoría de la imputación objetiva: JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'» (trad. E. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, p. 209 y ss., p. 211 y ss.; en España son destacables las tempranas tomas de posición de GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984 p. 590, p. 591 y ss. («situación que origina un deber de garante, como criterio específico de imputación del resultado al autor por omisión») y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 1ª ed., 1984, p. 262: «tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del resultado: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo»; cursivas en el original); y, un año después, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal español. II: El hecho punible*, Madrid, [1985], p. 187-188 («Hoy no se pregunta si una acción o una omisión son causales del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la acción o a la omisión»). En efecto, la teoría del garante es una teoría de la imputación objetiva, si bien muy tosca y poco elaborada en sus versiones iniciales. Sin entrar en detalle, puede ser ilustrativo decirlo así: concebir la comisión por omisión como la «no-evitación infractora de deber especial» es tan abiertamente erróneo como concebir la comisión activa como la «causación mecánica infractora de un deber común».

Hace más de tres décadas SCHÜNEMANN propuso un paso fundamental: rechazar que «acción» y «omisión», como formas comisivas, sean irreducibles a un supraconcepto común, y proponer como supraconcepto común en el ámbito de los delitos de resultado el criterio del *dominio sobre el origen del resultado*; así, la acción comisiva lo es en tanto *ejercicio de dominio sobre el origen del resultado...* exactamente igual que la omisión comisiva³¹.

Independientemente de la valoración que merezca el concepto de «dominio sobre el origen del resultado» de SCHÜNEMANN, debe reconocerse que se trata de un punto de no retorno. Con escasas excepciones, los principales trabajos de las últimas décadas sobre comisión por omisión siguen ese camino: la determinación de lo que sea común a comisión activa y omisiva, y la consideración de la distinción «acción-omisión» como irrelevante. Ese es el punto que tienen en común soluciones como la de HERZBERG³², JAKOBS³³ o FREUND³⁴; así como las de otros autores que proponen variaciones sobre el concepto de «dominio» de SCHÜNEMANN, que lo reformulan intentando subsanar sus serios problemas de fundamentación; en este sentido formulan propuestas FIANDACA («signoria»³⁵),

³¹ Es la tesis central de toda la obra. La hallamos resumida, por ejemplo, en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 374-375.

³² HERZBERG (*Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York, 1972, p. 170 y ss.) construye un concepto de conducta comisiva aplicable tanto a la realización activa como a la omisiva, sobre la enrevesada idea de la «evitable no evitación en posición de garante» (concepto negativo de acción). Años después («Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur 'vortatbestandlichen' Deliktsverneinung», *GA* 1996, p. 10-11), HERZBERG modificaría su posición en lo relativo al tratamiento dogmático de la idea de «evitable no evitación en posición de garante» (pasó a considerar que no era un verdadero concepto de acción), pero sin abandonar el núcleo de su pensamiento.

³³ JAKOBS declara convincentemente que es independiente que el sujeto guíe activamente el curso causal o que lo deje actuar, siempre que en cualquiera de los dos casos ostente «competencia» sobre el suceso (ya sobre la «esfera de organización» causante del resultado, ya sobre la protección del interés amenazado). *Vid.* por ejemplo JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 28/1 y ss., 29/1 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal de la acción y la omisión* (trad. J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Bogotá, 1996; EL MISMO, «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión» (trad. E. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio prelim. E. Peñaranda Ramos; C. J. Suárez González; M. Cancio Meliá), Madrid, 1997, p. 347 y ss.

³⁴ Sobre las aportaciones de estos dos últimos autores, FREUND (*Erfolgsdelikt...*, p. 49 y ss., 68 y *passim*); EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 6; MK-FREUND, comentario previo al § 13, n.m. 153 y ss; comentario al § 13, n. m. 71 y ss.) propone un concepto de «responsabilidad especial» que se da tanto en la comisión activa como en la omisiva; y sin el cual la «acción causal del resultado» no realiza el tipo penal.

³⁵ FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 207-208.

SANGENSTEDT («soberanía»)³⁶ o GRACIA MARTÍN («dominio social»)³⁷. También en la doctrina española, monografistas tan importantes como GIMBERNAT ORDEIG³⁸ declaran expresamente la irrelevancia de la distinción entre comisión activa y omisiva, destacando que acción y omisión son «intercambiables» siempre y cuando se den los requisitos del concepto de «comisión»; y SILVA SÁNCHEZ expone que comisión activa y omisiva son *estructural y materialmente idénticas*³⁹.

En resumen: para las posiciones «analíticas», la comisión activa, además de ser el caso más frecuente (¡sólo en el caso del delito doloso!⁴⁰), en lo que atañe a la investigación dogmática no es sino el *caso claro* que nos permite hacer una construcción explicativa más segura: nada menos, pero nada más. Esto es un corolario ineludible de toda doctrina que sos-

³⁶ SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, Frankfurt a. M. et al., 1989, p. 378-379.

³⁷ GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», AP 1995, p. 701; vid. también EL MISMO, *El actuar en nombre de otro I*, Zaragoza, 1985, p. 350-351, 354-355, 356-357, 359 y ss., 365 y ss.; EL MISMO, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLES / GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*. Valencia, 1993, p. 78 y ss.; similar, EL MISMO, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, 1986, p. 27-29; EL MISMO, «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», en AP n° 16, 1993, p. 230-231.

³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Ensayos Penales*, Madrid, 1999, p. 226-227, p. 231-232; EL MISMO, RDPC n° 4, p. 546; EL MISMO, *Comentarios al Código penal* (M. Cobo dir.), t. I (artículos 1 a 18), Madrid, 1999, p. 431. Es llamativo que GIMBERNAT ORDEIG pese a ser uno de los principales defensores de la tesis de la idéntica tipicidad de acciones y omisiones comisivas, no renuncie a la distinción entre acción y omisión (vid., sobre todo, GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 203-204; EL MISMO, «La omisión impropia en la dogmática...», p. 363; EL MISMO, RDPC 1999, p. 552; EL MISMO, *Comentarios*, p. 439: «al final no vamos a saber ni lo que es un delito de acción ni lo que es uno de omisión»). En mi opinión, esto último es cierto: pero si por acción y omisión entendemos dos comportamientos distintos tan sólo en su aspecto ontológico, no me parece problema alguno que al final no sepamos distinguirlos. Es más: entiendo que la doctrina de GIMBERNAT ORDEIG es muy útil *precisamente* porque permite una comprensión de la comisión omisiva en términos *idénticos* a la comisión activa, haciendo que en efecto sea *irrelevante* ante qué clase de comisión nos hallemos.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 369 y ss.; EL MISMO, «La responsabilidad penal del médico por omisión», en *La Ley* 1987, p. 959 y ss.; EL MISMO, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», en CPC n° 38, 1989, p. 374; EL MISMO, «Política criminal y reforma legislativa en la 'comisión por omisión'. (El artículo 10 del Proyecto de Código penal de 1992)», en LH-J. del Rosal, p. 1082; EL MISMO, «Apuntes...», p. 4; EL MISMO, *Comentarios*, p. 465, 470 y ss.

⁴⁰ Destaca ALASTUEY DOBÓN («Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP* 1992, p. 969 y ss.) cómo en la jurisprudencia española la sanción de comisiones omisivas se refiere mayoritariamente a delitos imprudentes.

tenga que la comisión activa y la omisiva son típicamente idénticas (pues si A es idéntico a B, necesariamente B debe ser idéntico a A). El supuesto «primado del delito activo» no puede referirse, desde estas tesis, a los elementos definitorios del delito, sino que únicamente puede valer como *regla de prudencia*, en la medida en que sabemos más (tenemos menos disensos) sobre los casos «activos» que sobre los casos «omisivos».

c) *Tipicidad formal y determinación en el artículo 11 CP.*

c.1. **El primer inciso del artículo 11 CP. La omisión debe ser tan «causación» como la acción.**

Procede ahora estudiar *por cuál de las dos vías de solución opta el artículo 11 CP*. Ya cabe avanzar que la respuesta necesariamente deberá tener matices, pues el precepto no es precisamente un modelo de claridad y coherencia.

Como se ha dicho, la doctrina más habitual en la manualística española (no en los trabajos especializados) entiende que el artículo 11 CP es el que permite aplicar la pena de los tipos de resultado a la comisión por omisión, pues niegan que en ellos sean «directamente subsumibles» las comisiones omisivas. Pues bien: una lectura sin prejuicios del primer inciso del artículo 11 puede deparar alguna sorpresa a los defensores de esa concepción, ya que, para hablar de comisión por omisión, ***el primer requisito que expresamente establece la cláusula del artículo 11 CP es que la omisión sea subsumible en el tipo penal en cuestión.***

El texto del artículo 11, primer inciso, dice: «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico, **equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación**». Esto significa que ***la omisión de evitación del resultado y su «causación» deben equivaler***, es decir: deben ser «**idénticas en valor**»⁴¹. ¿Cuál es el valor de referencia de esta equivalencia? Es decir: ¿bajo qué criterio valorativo han de ser omisión y acción iguales?

⁴¹ «Equivaler: Ser igual una cosa a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia» (Dicc. RAE, 22ª ed., 1ª acepción). Como ya se ha indicado, la concepción de esta «equivalencia» como «juicio valorativo *aproximado*» es incorrecta y contradice los términos legales; no debe confundirse con el término empleado por el § 13 StGB, «sich entsprechen» —«corresponderse»—, que sí hace referencia a una relación aproximativa (en este sentido, ROXIN, en ROXIN / STREE / ZIPF / JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2ª ed., München, 1975, p. 7-8, críticamente), y que precisamente por ello permite que la pena aplicable sea la del tipo penal (la aplicable a los casos de verdadera

Una lectura atenta del artículo 11 no deja dudas: han de ser equivalentes según «*el sentido del texto de la Ley*». Esa «Ley» debe ser necesariamente *aquella de cuya aplicación esté hablando el artículo 11 CP*, es decir: *el Código penal y, en concreto, el concreto tipo penal de que se trate*. **Para hablar de comisión por omisión, el artículo 11 CP exige en primer lugar que la omisión sea igualmente típica, es decir, formal y materialmente típica del mismo modo que la acción**⁴².

Esta *identidad valorativa* significa que la «*producción de un resultado*» y la «*causación*» a las que se refiere el artículo 11 necesariamente debe interpretarse como hemos indicado en el epígrafe anterior: como el «*causare*» al que hacen referencia los artículos 142.1, 143.4, 147.1, 149, 150, 152.1, 157, 263, 264, 266, y toda la larga lista antes citada, es decir: ***irrogar, infligir***. Por ello: una omisión «*causa lesiones*» cuando tiene idéntico valor al sentido del texto «*causar (irrogar) lesiones*» del artículo 147. **El primer inciso del artículo 11 contiene, pues, una cláusula interpretativa (y, como definición, tautológica) de los**

equivalencia) o una notablemente inferior (§ 13.II, la pena aplicable a casos de omisión no equivalente). Autores como SILVA SÁNCHEZ (*Comentarios*, p. 460) y GRACIA MARTÍN (AP 1995, p. 695, para quien la comisión omisiva ha de ser «*idéntica —y no sólo equivalente—*» a la comisión activa) han entendido que el término «*equivalencia*» era inadecuado, por no establecer la exigencia de *tipicidad estricta* de la omisión. La objeción debe rechazarse, pues equivalente *significa «idéntico en valor»*. Y el CP establece que la «*identidad en valor*» debe darse tomando como valor de referencia *el propio tipo penal*, con lo que la cláusula no amplía el ámbito típico de la comisión por omisión. Por otra parte: el *valor* con respecto al cual debe ser *igual* la omisión no es *la pena «merecida»* (pues existen multitud de delitos con penas idénticas, y las conductas que las realizan no son «*idénticas en el sentido del texto de la ley*»). La idea de que lo que vinculaba a la comisión por omisión con la comisión activa era un merecimiento de pena idéntico ya ha sido abandonado hace décadas por la doctrina. Baste citar únicamente, en la doctrina española, a SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 363-364; EL MISMO, CPC 1989, p.396; EL MISMO, «*Teoría de la infracción...*», p. 160; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales...*, p. 129-130, 137-138); GRACIA MARTÍN, «*Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)*», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 458 (sin embargo, con una cita que debe ser matizada; GRACIA imputa a FREUND el defender este erróneo concepto de equivalencia basada en el idéntico o similar *merecimiento de pena*; sin embargo, lo que FREUND sostiene en el punto que cita GRACIA es que «*Casi todas las soluciones a la equivalencia sostenidas hasta ahora*» empleaban esa errónea fórmula... para adherirse, líneas más adelante, a SCHÜNEMANN en su rechazo a esta «*equivalencia basada en el similar merecimiento de pena*» (FREUND, *Erfolgsdelikt...*, p. 25).

⁴² Así, el «*sentido del texto de la ley*» supone la «*transposición de los criterios normativos de imputación típica propios de la comisión activa (el 'sentido del texto de la ley')*» a la comisión por omisión. En última instancia, ello conduce a entender la comisión por omisión como un supuesto en que la defectuosa organización de la propia esfera jurídica, una vez integrado en ésta el control de riesgos determinados para bienes determinados de terceros, determina la realización del riesgo en el resultado» (SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, p.473)

verbos típicos de «los delitos y faltas que consistan en la producción de un resultado», que recuerda al intérprete que el verbo típico de los delitos de resultado abarca ciertas omisiones. En este sentido, con razón dice la SAP Barcelona (sec. 2^a) 20-2-1998, al referirse a la «equivalencia según el sentido de la ley»: «Sólo cabrá hablar de comisión por omisión **cuando el verbo típico pueda conjugarse en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él**».

Así, pues, para el CP las omisiones comisivas están abarcadas en el tipo de la parte especial⁴³, y **el artículo 11 no es una «cláusula extensiva del tipo»**, como entienden quienes defienden una interpretación causal-mecánica de los términos «matar», «producir», «ocasionar», «causar», etc. Pero es que, además, quienes sostengan tal interpretación deberán afrontar un problema adicional, difícilmente resoluble: ¿cómo es posible que, bajo el valor de referencia del *sentido del texto* del tipo —que para ellos no abarca omisiones— una omisión *valga igual* que una acción? Lo que desde luego no es dable es acudir al argumento de que *conforme al sentido del texto de la Ley* la omisión se opone a la acción, pero en el plano del *merecimiento de pena* es igual en valor; puesto que eso es incompatible con el tenor del artículo 11 CP (también tienen idéntico merecimiento de pena, por ejemplo, los tipos de cooperación necesaria al suicidio —artículo 143.2— y de *robo con violencia o intimidación* —artículo 242.1—, ya que merecen la misma pena: prisión de dos a cinco años, pero nadie en sus cabales osaría decir que son equivalentes en el sentido del texto de la ley)⁴⁴.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1964 p. 551; EL MISMO, RDPC n° 4, 1999, p. 533-534; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 369; EL MISMO, «Apuntes...», p. 2-3; EL MISMO, «Teoría de la infracción...», p. 162 y ss.; *Comentarios...*, p. 452 y ss.; VIVES ANTÓN, *Comentarios*, p. 522 y ss.; MORALES PRATS, en QUINTERO et al., *Manual*, p. 381; GRACIA MARTÍN, *Modernas tendencias...*, p. 452-453 y *passim*. La posición de GRACIA con respecto a la «subsumibilidad directa de la omisión comisiva en el tipo» ha tenido oscilaciones, pues en algunas ocasiones ha considerado que la subsunción debía producirse mediante un procedimiento analógico («La comisión por omisión en el Derecho penal español», en AP n° 38, 1995, p. 695), pero en otras ha rechazado expresamente la analogía como modo de sanción de la comisión omisiva (*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 77).

⁴⁴ Esto descarta la vieja concepción, plasmada paradigmáticamente en la obra de Armin KAUFMANN *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (p. 250, 255, 258, 261, 277, 276-280, 282, 284 y ss. y *passim*), según la cual la comisión por omisión permite sancionar conductas *atípicas, pero de gravedad idéntica o similar a la de la comisión activa*. Ni se trata, ni se puede tratar de una cláusula que permita sancionar la omisa evitación «cuando sea tan grave como la comisión activa»: tal interpretación atentaría de modo intolerable contra los principios de taxatividad y fragmentariedad, pues se trataría de un hipotético mandato al juez para ostentar competencias legislativas, para considerar típicas ciertas conductas en virtud de su gravedad; algo así como una intolerable apostilla, añadida a todo tipo penal, que diría: «será sancionado con la misma pena quien realice una omisión de gravedad análoga a la de esta conducta» (es decir: una inconstitucional cláusula de analogía fundamentadora de pena).

Y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que ha considerado que *el artículo 11 CP es aplicable retroactivamente a casos cometidos antes de su entrada en vigor*. En este sentido, dice la STS 9-10-2000: «*conviene despejar (...) la duda que pudiese plantear (...) la aplicabilidad retroactiva del art. 11 CP 1995 a unos hechos acaecidos antes de que el nuevo Texto entrase en vigor. No existe problema alguno al respecto*». Ello es así porque la introducción de este precepto *no ha operado ninguna nueva incriminación*⁴⁵. Si no fuese así, es decir, si el artículo 11 CP hubiese creado alguna conducta típica, que no lo fuese de no existir dicho precepto, la aplicación retroactiva vulneraría el principio *nullum crimen sine lege praevia*. Sin embargo, el TS entiende que el artículo 11 sólo ha hecho explícito lo que en el texto anterior estaba implícito (con un juicio en exceso benévolo, dice esta sentencia: «*la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto —aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación—*»)⁴⁶.

Quien siga sosteniendo que *ninguna de las acepciones de los términos causar, matar, producir, etc. puede abarcar conductas omisivas*, podría verse satisfecho con la mención a la *equivalencia según el sentido del texto de la ley* (pues se trataría del *sentido* del homicidio, las lesiones, etc., que abarcan, sin duda, algunas conductas omisivas); no obstante, tendría problemas para cohonestar la cláusula y la interpretación *causalista* del verbo típico. En efecto, el artículo 11 no trata de equivalencia de la omisión con la *comisión del tipo* (es decir: que la omisión «valga tanto como realizar el tipo»), sino con la *causación* (precisamente con el verbo típico de *la absoluta mayoría de los tipos de resultado*), en el sentido de los términos «matar», «producir» o «causar» el resultado, etc. (el texto de la ley en la que se pretende subsumir la conducta). *Causar* es el texto de la ley, y si debiese interpretarse como *causar físico-natural, ¿cuál sería el sentido de «causar físico-natural»?* Plantearse esta pregunta es comenzar un camino por el que, como ya se ha comprobado históricamente, no se llega a solucionar nuestro problema. Si, por el contrario, se entiende que ese sentido es que venimos indicando como *irrogar* (que, como se ha constatado, no sólo es *un significado posible del verbo causar* sino, además, el único adecuado para el contexto del CP),

⁴⁵ En la terminología empleada por GRACIA MARTÍN (GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», en AP n.º 19, 1994, p. 366; EL MISMO, AP 1995, p. 694; EL MISMO, *Modernas tendencias...*, p. 453), y SILVA SÁNCHEZ (LH J. del Rosal, p. 1078, 1081) la cláusula no es *constitutiva* sino *declarativa* de la tipicidad de la comisión por omisión.

⁴⁶ Es más: agudamente añade la resolución: «*incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos (...), ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, (...) porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren*». Sobre esta última cuestión volveremos más adelante.

entonces ya no es sostenible que «*el que causare*» deba interpretarse como «*el que interpusiere una condición físico-natural*». Además, y finalmente, esta errónea posición presupone que el legislador es notoriamente incompetente, pues pudiendo hacer referencia al «*sentido*» del homicidio, las lesiones, etc., se empeña en definirlo con un término (causar, matar) que no abarca casos tan claros como el de quien decide no contener (omitir) a los caballos de su carro para que arrollen a alguien.

Tampoco cabría aducir, para fundamentar la tesis de la «imposibilidad de subsunción», que la función de la cláusula de equivalencia consiste en una *liberación* de algún tipo de límite formal, al remitirse al «sentido del texto», y no «al tenor del texto», de modo que las omisiones, que no podrían subsumirse supuestamente por no ser «causales», sí se corresponderían con el sentido del texto. Y ello, porque si las omisiones comisivas no están excluidas del sentido del texto «causar lesiones» ¿cómo es posible sostener que sí están excluidas del tenor del texto? El *tenor* del texto es soporte de diversos *sentidos*; y si el sentido adecuado es el que permite abarcar las omisiones (como declara el artículo 11 CP), no se entiende por qué hay que interpretar su *tenor* de un modo que no lo permita.

c.2. El segundo inciso del artículo 11 CP. La restricción tipológica.

Pues bien: si el artículo 11 se quedase *ahí*, se limitaría a ser una cláusula interpretativa que recuerda al aplicador que la omisión sólo es típica si vale tanto como el «causar» del tipo penal (es decir: *irrogar o infligir*): no se trata tanto de resolver un problema real como de disolver ciertas dudas que algún sector de la doctrina había manifestado⁴⁷. Sin embargo, el precepto contiene un segundo inciso, que establece como requisitos ineludibles de la comisión por omisión la *infracción de un deber especial derivado de ley, contrato o injerencia*.

Este criticadísimo segundo inciso viene a añadir algo que, en cualquier caso, y según hemos visto hasta aquí, *no sería necesario para considerar que la omisión realiza el tipo penal* (puesto que los requisitos a tal efecto están contenidos en el primer inciso, que expresamente declara que hay omisiones que realizan el tipo de resultado). El precepto incorpora aquí la *triada clásica* de fuentes formales de la posición de garante, al hilo de la mención al «deber especial» del autor.

⁴⁷ «No era más que un pseudoproblema, bien podría decirse que la Ley se ha limitado a ahuyentar un fantasma» (VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal*, M. Cobo del Rosal dir., p. 524)

No tiene sentido detenerse en exceso a criticar la «teoría formal de los deberes». Se trata de una solución que en la actualidad no es defendida por nadie. Sus principales defectos son su desproporcionado potencial expansivo, que permite convertir la infracción de cualquier deber, independientemente de su relevancia, en un delito de resultado; su incapacidad para explicar por qué, por ejemplo, si dos sujetos omiten evitar un resultado, por qué un contrato (relación jurídico-civil) adquiere la relevancia suficiente como para fundamentar una responsabilidad penal (jurídico-pública). Todo ello, por no mencionar las limitaciones casi *naïve* derivadas de su carácter hiperformalista (pues si todo depende de la existencia de un *deber especial*, ¿qué ocurre cuando el contrato de la «baby-sitter» tiene problemas de validez?) y su incapacidad para integrar en el discurso los supuestos de «conducta peligrosa precedente» (ya que «ley» y «contrato» son *fuentes* normativas de deber, pero la «injerencia» es un *hecho*); etc.⁴⁸

Como parte de la doctrina ha destacado, la mejor prueba de la ineptitud de la teoría de los deberes para interpretar el Código Penal español es la existencia de tipos de omisión consistentes en la infracción de un deber especial derivado de ley, contrato o injerencia... pero que no son tratados como casos de «comisión por omisión», sino como «omisiones propias». Así, el profesional que no presta la atención sanitaria *específicamente debida* a alguien en peligro existencial no es condenado como autor de una tentativa de homicidio o lesiones cometida por omisión, sino por una «omisión pura» con una pena muy inferior (art. 196); quien tras ocasionar un accidente no socorre a quien ha quedado indefenso y en

⁴⁸ El abandono doctrinal es unánime. *Vid.*, por todos, en la doctrina española, MIR PUIG, *Parte General*, 7ª ed. 12/36; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 5ª ed., p. 398 y ss; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN *Parte General*, p. 245-246; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal II*, Madrid, 1999, p. 214 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 361-362 (desde una perspectiva más general); HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales...*, p. 51.; en la doctrina alemana, por todos, *vid.*, HÖPFNER, «Zur Lehre von Unterlassungsdelikt», en *ZStW* n° 36 (1915), p. 104 y ss.; SCHAFFSTEIN, «Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, en *Gegenwartsfrage der Strafrechtswissenschaft*, (Festschrift für Gleispach), Berlin, 1936, p. 75; NAGLER, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», en *GS* n° 111, p. 11; GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt* (tesis doctoral), Göttingen, 1957, p. 51 y ss; EL MISMO, «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», en *ZStW* n° 70 (1958), p. 414 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung...* p. 208 (quien, por considerarla totalmente obsoleta, ni entra a debatirla); RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen, 1966, p. 29-30; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968, p. 65; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 345; PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., 1974, p. 155-156; SANGENSTEDT, *Garantenstellung* p. 181 y ss.; ALBRECHT, *Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Köln et al., 1998, p. 27.

peligro manifiesto y grave no es condenado como homicida por omisión (en grado de tentativa o consumación), sino por la «omisión pura» del artículo 195.3; los padres o tutores que, tras cobrar conciencia de que su hijo se está prostituyendo, no toman medidas para evitarlo (art. 189.4) responden con una pena muy inferior (multa de 6 a 12 meses) a la de la conducta comisiva («activa») de prostitución de menores (art. 187.1: prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses); etc. Desde el momento en que el propio Código penal admite omisiones infractoras de un deber especial «legal, contractual o derivado de injerencia», pero que no por ello son «comisión por omisión», *se hace imposible afirmar que la «infracción del deber derivado de ley, contrato o injerencia» es otra manera de denominar la «equivalencia en el sentido del texto de la ley»*⁴⁹.

Si es ya un lugar común que la teoría de los deberes no resuelve la cuestión, ¿a qué obedece la introducción del segundo inciso del artículo 11? Parecería que con ella se pretendía *dotar de mayor determinación a la cláusula del artículo 11*. Sin embargo, esa concreción responde a una lógica totalmente distinta a la del resto del precepto (a saber: la vieja idea de que la omisión no se encuentra recogida en los tipos penales «cortados a la medida del delito activo»). ***Con esto, se introducen en el mismo precepto dos períodos inspirados en ideas diametralmente opuestas, ambas presentes en la literatura especializada española.*** ¿Qué cabe deducir de ello? Adelantemos unas primeras conclusiones:

- a) el artículo 11 CP contiene una *norma abierta* (o «programación indeterminada»⁵⁰) en la que el legislador opta por no fijar legalmente el criterio de equivalencia, remitiéndolo al «sentido del texto de la ley»⁵¹; pero se añade, posteriormente, una determinación tipológica del ámbito de la norma (ley-contrato-injerencia). Se trata, pues, de no decantarse por ninguna de las dos ideas (o «*de decantarse a la vez por las dos*»).
- b) como en la mayoría de las *normas abiertas*, se trata de una solución de compromiso entre dos líneas. En este caso, las líneas posibles son:

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Comentarios*, p. 417.

⁵⁰ Sobre *programaciones indeterminadas* por ausencia de una decisión unitaria tras el acto normativo, LUHMANN, Niklas, «Positives Recht und Ideologie», en *Soziologische Aufklärung* Köln/Opladen 1971 (2ª ed), p. 195.

⁵¹ Es decir: ante la pregunta: «¿cómo interpretar este tipo para saber qué omisiones lo realizan?», el Código nos remite de nuevo al tipo en cuestión. Lo único que dilucida es la duda sobre la subsumibilidad de la omisión, ya que entiende que, desde el criterio del (sentido del) tipo penal, la omisión comisiva tiene el mismo valor que la acción comisiva.

- la que entiende que es preferible una cláusula de equivalencia, por existir problemas de legalidad o determinación para la admisión de conductas omisivas en el tipo de la parte especial.
 - la que entiende que las omisiones comisivas están comprendidas ya en el tenor literal de los tipos de resultado, pues se hace depender la aplicación de la norma de que la omisión, «en el sentido del texto de la ley», equivalga a una acción causal; es decir: exige que la omisión tenga idéntico valor («equivalencia») al de la causación. El «idéntico valor» que comparten acción y omisión comisivas es la *idéntica tipicidad* (identidad para el «sentido del texto de la ley»⁵²).
- c) **el pensamiento rector del artículo 11 es el de que las omisiones comisivas son aquéllas denominables mediante la expresión típica**⁵³; pero se mantienen ciertos restos del **método sintomático**, que ha sido el clásico de la teoría de la «imposibilidad de subsunción» durante la segunda mitad del siglo XX: una referencia *tipológica*⁵⁴ de grupos de casos de comisión por omisión, empleando los *topoi* que han tenido más éxito en la doctrina dominante germana (la tríada clásica ley-contrato-injerencia), excluyendo otros, más tardíos en la evolución histórico-dogmática, que gozan de menos consenso (como la «comunidad de peligro», la «confianza especial», etc.).

Así, pues, en el segundo inciso del artículo 11 CP no se contiene un catálogo de fuentes, sino tan sólo una referencia tipológica: si se quiere sancionar una comisión por omisión, es necesario que *encaje* en alguno de los tres grupos de casos (lo que no excluye que haya supuestos que encajen *en varios de ellos*, como sí lo excluiría si se tratase de un catálogo de fuentes).

Sólo interpretando el segundo inciso en términos tópicos o tipológicos cabe impedir lo que sería inevitable si se partiese de que las referencias a «ley», «contrato» y «acción u omisión precedente» invocan un *catálogo de fuentes* o tres *fundamentos* diversos de la comisión por omisión, a saber: que *necesariamente se habría de acabar en una «interpretatio abrogans» de alguno de los preceptos*. En efecto, y en un primer

⁵² En este sentido se manifiesta, con razón, la SAP Barcelona (sec. 2ª) 20-2-1998.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Comentarios... p. 461; *EL MISMO*, «Teoría de la infracción...», p. 168; *EL MISMO*, «Apuntes...», p. 4; *EL MISMO*, *El nuevo Código penal...*, p. 67; GIMEBRNAT ORDEIG, Comentarios p. 417; MORALES PRATS, en *Comentarios al Nuevo Código penal* (G. Quintero dir.; J. L. Valle coord.), p. 90; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 33-34.

⁵⁴ En el sentido de tópica, es decir de *agrupación de casos por similitudes externas*.

momento, no cabe sino sospechar que *todos los posibles «deberes de garante» son deberes en virtud de la «ley»*⁵⁵. Lo sería la posición de garante «por contrato», pues la validez y obligatoriedad de los contratos está garantizada por el Código civil o el Código de comercio. Y también la posición de garante «por injerencia», ya que existen multitud de normas que obligan a revocar peligros generados por uno mismo, que pueden entenderse plasmaciones de un principio legal común (y, sobre todo: si la injerencia genera un deber de evitar, si ese deber es jurídico será porque *en alguna norma se establece así*; de no ser así, se estaría intentando un *salto mortal* sobre la diferencia entre ser y deber ser)⁵⁶.

Lo que no sería admisible es la consideración de que las menciones de los artículos 11.a) y b), al ser agrupaciones de casos, *no son taxativas*⁵⁷, es decir: que otros supuestos *no contemplados expresamente en el segundo inciso del artículo 11 también pueden incluirse en su ámbito*. No hay nada en este precepto que dé a entender que aquí se admite la analogía fundamentadora de pena⁵⁸. Si algún caso de comisión omisiva de

⁵⁵ A menos que se interpretase «ley» en el sentido de «texto legal (no reglamentario, por ejemplo) formal y positivo», con lo que se retrocedería a lo más oscuro de las peores versiones de la teoría formal de los deberes. Los defensores de una interpretación positivista excesivamente estrecha tampoco podrían explicar la presencia del inciso 11.b (pues ¿cómo puede un hecho (injerencia) generar un deber si no es cuando ese hecho está previsto en una norma?)

⁵⁶ Por ejemplo: el clásico intento de explicar el *fundamento* de la posición de garante por *contratos con problemas de validez* acudiendo al «principio de injerencia» (recogido hoy en el artículo 11.b) confirma esta impresión: si un contrato nulo o anulable constituye *injerencia* e instituye a una parte como «garante», ¿cómo no decir que también un contrato *plenamente válido* es «injerencia»? Desde la constatación de estos solapamientos, el proceder dogmático tradicional debería llegar a la conclusión de que: 1. o *todos los contratos* son injerencia (*interpretatio abrogans* de la referencia al contrato en el apartado a. del artículo 11); o 2. o *ningún* acuerdo de voluntades —válido o no— puede estar incluido en el artículo 11 b), con lo que nunca podría ser garante por la integridad de unos niños quien, por ejemplo, logra ser contratada como puericultora *falseando datos sobre su cualificación profesional*, pues habría asumido el cuidado de los niños mediante un contrato nulo); dado que pueden hallarse *multitud* de casos de estas características —casi *uno paralelo para cada supuesto «claro» de injerencia*—, se acabaría vaciando de contenido ya la referencia a la injerencia, ya la referencia al contrato; etc.

⁵⁷ En este sentido se ha manifestado, en principio de modo contundente, SILVA SÁNCHEZ, («Teoría de la infracción...», p. 168), si bien posteriormente ha atenuado notablemente su posición (El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997, p. 67-68; Comentarios, p. 462-463); también en términos similares MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Parte General*, p. 245 («sentido puramente indicativo»); LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 48; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Parte General*, p. 257.

⁵⁸ En este sentido más restrictivo, vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal* (G. Rodríguez Mourullo dir.), Madrid, 1997, p. 69; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, p. 59; CERESO MIR, *Parte General III*, p. 266; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, p. 163.

un delito «consistente en la producción de un resultado» no es subsu-
mible en los términos indicados en el artículo 11 CP, no podrá hablar-
se de comisión por omisión... ¡incluso si fuese *directamente subsumible*
en el tipo de la parte especial! **En tal caso, el segundo inciso del artí-
culo 11 estaría operando como una restricción del ámbito de omi-
siones típicas.** Ciertamente que los apartados a) y b) son suficientemente
flexibles para incluir casi todo supuesto claro imaginable; pero no es
imposible que, al *concretar más* el ámbito típico, introduciendo ele-
mentos *distintos* a los del propio tipo, haya algún supuesto de comisión
omisiva (de «equivalencia según el sentido del texto de la ley») que haya
quedado *fuera* del ámbito del artículo 11 CP.

Para quien lea el artículo 11 con el prejuicio de buscar en él una *cláu-
sula de extensión de la punibilidad*, la conclusión puede parecer chocante;
pero es *inevitable* según lo expuesto hasta aquí. Si la «equivalencia a la
causación del resultado en el sentido del texto de la ley» es la tipicidad
(«directa») de la omisión; y si a ella se añaden otros requisitos adicio-
nales, entonces *se estará expulsando del ámbito de la punición aquellas*
omisiones que, pese a cumplir el primero de los requisitos, incumplan los
segundos (cuantos más requisitos positivos se incorporen *de modo cumu-
lativo* a una definición, más estrecho resulta el campo definido⁵⁹). Esto
es lo que con razón detecta la STS 9-10-2000: «Incluso puede decirse que
la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determina-
dos requisitos para la integración de este tipo de participación, ha inau-
gurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma (...) **porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren**». Otra cosa será si esos supuestos *expulsados* son muchos o pocos, relevantes o no.

Finalmente, tampoco es admisible entender que mediante el segun-
do inciso se está *desarrollando* el primero (por ejemplo: afirmar que se
da «equivalencia en el sentido del texto de la ley» cuando una omisión
infringe un deber especial derivado de ley, contrato o conducta peligro-
sa precedente⁶⁰). Como ya hemos destacado, en la doctrina española se

⁵⁹ Por supuesto, esto no es así si se incorporan requisitos de modo *disyuntivo* (campo constituido por los candidatos que reúnan el requisito 1 o el requisito 2); o si alguno de los requisitos es tácitamente *negativo* (como en el viejo ejemplo de BOLZANO: el campo definido por el requisito 1 «personas que hablen todas las lenguas de Europa» es más estrecho que el campo definido por el requisito 1 + el requisito 2 «que hablen todas las lenguas **vivas** de Europa»; hablar de «lenguas de Europa», sin más, parece excluir tácitamente las lenguas muertas).

⁶⁰ En este erróneo sentido, vid. la afirmación contenida en la SAP Barcelona (sec. 2ª) 20-2-1998: «la única interpretación posible del inciso segundo (...) será aquella conforme a la cual el **especial deber jurídico delimitará el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material**».

ha puesto de relieve que existen omisiones «puras» (arts. 195.3, 196, 189.4, etc.) que cumplen los elementos del 11 a) o b), en el sentido de ser infracciones de un deber especial como los aludidos en esos preceptos, pero no son considerables casos de comisión por omisión por no equivaler a *la causación en el sentido del texto de la ley* (es decir: por no ser *irrogación del resultado*).

c.3. ¿Resuelve el segundo inciso un problema de taxatividad de la comisión por omisión?

El segundo inciso del artículo 11 CP, introducido por enmienda del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados, pero ausente del proyecto del Gobierno, se ha justificado en ocasiones como un intento de dotar de mayor *taxatividad* a la regulación de la comisión omisiva. Desde esta perspectiva, una mera exigencia de «infracción de deber jurídico especial» sin aclarar qué *tipo de deber* sería insuficientemente taxativa.

La objeción no puede convencer. Los deberes infringidos en la comisión activa son los mismos que en la comisión omisiva. ¿Acaso puede distinguirse entre los deberes que infringe el conductor que atropella *acelerando* el coche y el que lo hace *no frenando o no girando*? Se trata del mismo complejo de deberes del que hablamos cuando nos referimos al *riesgo no permitido* o a la *infracción del deber de cuidado* en la imprudencia... y nadie ha considerado jamás que el Código penal atente contra el principio de taxatividad por no incluir las fuentes del deber de cuidado en la imprudencia, o las reglas sociales de prohibición del riesgo. Como ha señalado JAKOBS, las exigencias del principio de determinación son diferentes en la parte especial (determinación de las conductas prohibidas) y en la parte general (interpretación de los conceptos generales que co-definen aquéllas). Piénsese en todos los casos de comisión por omisión sancionados en nuestra jurisprudencia, masivamente casos de imprudencia⁶¹: ¿acaso alguien halla un problema de taxatividad en la sanción de quien omite cribar la sangre infectada de HIV, o en quien omite calzar la pieza que posteriormente, por su inestabilidad, cae sobre otra persona? La respuesta es claramente negativa⁶².

⁶¹ ALASTUEY DOBÓN, *ADPCP* 1992, p. 969 y ss.

⁶² Posiblemente las dudas provengan de la tradicional inclusión en el ámbito de la comisión por omisión por la literatura germánica de muchos supuestos que difícilmente pueden ser denominados con el verbo típico (en su mayoría, casos de omiso salvamento), pero que en nuestro derecho vigente *no* son casos de comisión omisiva. En esos casos, los deberes infringidos por el omitente son distintos del mero *no lesionar*, y por ello el sentido común exige una mayor determinación. Ha de tenerse el mayor de los cuidados al trasladar criterios del ordenamiento alemán al español. *Téngase en cuenta que la cláusula del § 13 del Código penal alemán es una cláusula (al menos, en parte) extensiva de la*

4. Conclusión: la omisión comisiva es subsumible directamente en el tipo, y la cláusula del artículo 11 establece restricciones adicionales en el caso de los delitos de resultado.

Tras estas consideraciones, estamos ya en condiciones de volver a plantearnos: ¿qué aporta el artículo 11 desde el punto de vista del *principio de determinación (lex certa)*? Y cabe ya responder: la *determinación es el único ámbito en el que despliega efectos*. El artículo 11 no dice «en virtud de este precepto cabe comisión omisiva» (algo innecesario, que ya nos dice el propio verbo típico), sino una cosa mucho más concreta y que presupone lo anterior: que, en los delitos «que consistan en la producción⁶³ de un resultado», **la comisión omisiva sólo podrá aceptarse dados los siguientes requisitos**: equivalencia según el sentido del texto de la ley (tipicidad, «imputación objetiva») e infracción de un deber especial del autor legal, contractual o derivado de injerencia (restricción tipológica adicional).

Es claro que el precepto, como decimos, *presupone* la posibilidad de subsunción de omisiones en el tenor típico y sólo somete su punición a las citadas condiciones adicionales; y que tan sólo se refiere a los «*delitos que consistan en la producción de un resultado*». Los delitos que no consistan en la producción de un resultado (tipos de mera actividad o de medios comisivos determinados) se salen del ámbito de regulación del artículo 11, lo cual no significa que no sean susceptibles de comisión omisiva, sino sólo que *el artículo 11 no establece un régimen específico de determinación para ellos*, por lo que debe atenderse únicamente

responsabilidad criminal, a diferencia de nuestro artículo 11 CP. El § 13 sanciona por una parte conductas que son estructuralmente idénticas a la comisión activa (como en nuestro caso); pero también sanciona conductas de gravedad menor (que merecen una atenuación punitiva, § 13.II StGB), que en nuestro ordenamiento son sancionadas mediante lo que SILVA SÁNCHEZ denomina «tipos de omisión de gravedad intermedia» (El delito..., p. 347 y ss.; EL MISMO, «Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?», en *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 2, 1992, p. 441; EL MISMO, *Comentarios*, p. 466 y ss.; EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Madrid, 1999, p. 154 y ss.).

⁶³ Lógicamente, entendiéndose por «producción» la «acción de producir», y no el *proceso productivo* en sí («efecto»). Aparentemente en contra, VIVES ANTÓN, *Comentarios al CP* (M. Cobo del Rosal dir.), t. 1, p. 523 [«no basta con que el delito produzca un resultado (...), sino que ha de consistir en él»]. Posiblemente, se trata de un lapsus calami, y se pretendiese decir que «ha de consistir en ella (*scil. en su producción*)», pues, obviamente, un homicidio no consiste en una muerte, un delito de daños no consiste en la rotura de objetos, etc., sino en la conducta que los produce (irroga, inflige).

te al propio tipo penal en cuestión⁶⁴. Si, por ejemplo, el reglamento interno de un colegio dice «los alumnos de primer año pasarán de curso si tienen todas las asignaturas aprobadas», no cabe deducir de ahí la absurda conclusión de que *los alumnos de cursos superiores no puedan pasar de curso*, sino sólo que se establece un *régimen específico* para los de primer curso⁶⁵. Pues bien: del mismo modo, el artículo 11 dice que la comisión por omisión *de los delitos «que consistan en la producción de un resultado»* se regirá por ciertas reglas (pero no somete a esas reglas la comisión omisiva del resto de los delitos).

Manifiesta dudas sobre la comisión omisiva de delitos de medios comisivos determinados SILVA SÁNCHEZ⁶⁶. Sin embargo, en mi opinión, cabe comisión por omisión, por poner sólo un ejemplo, siempre que en un delito de medios comisivos determinados uno de los coautores se ocupe de hacer surgir (o mantener ilícitamente) un estado de cosas (coacción física, una fuerza con virtualidad lesiva, etc.), y su coautor activo se encargue de realizar el resto de las circunstancias específicas; por ejemplo, en un *robo* en coautoría (el corpulento A tumba al enclenque B y lo inmoviliza, con sólo su propio peso, para coaccionarle, pero sin dolo de robo; en ese momento, C le sugiere a A que no se levante y siga —sólo con su propio peso— ejerciendo violencia para que ahora C pueda sustraerle a B la cartera; A consiente, y se consuma el robo) o cualquier delito cometido con violencia (incluso, en las mismas circunstancias, una violación; otro caso de violación: el anestésista A narcotiza al paciente B

⁶⁴ En este sentido, vid. VIVES ANTON, *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal dir.), t. 1, p. 523-524; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 394; MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código penal*, p. 88-89; EL MISMO, en QUINTERO et al., *Manual*, p. 381.

⁶⁵ La alusión a los «delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado» no es todo lo clara que podría ser. En mi opinión, el artículo 11 es sólo aplicable a los delitos puros de resultado. Cabría discutir la introducción de delitos de medios comisivos determinados, pero lo que parece claro es que quedan rotundamente excluidos de su ámbito los delitos de mera actividad (vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 482). No obstante, en la reciente jurisprudencia podemos encontrar sentencias en las que se aplica el artículo 11 a delitos como el *tráfico de drogas* (STS 11-12-1998: permitir actos de tráfico en la propia vivienda), a la *complicidad en unos abusos sexuales* con prevalimiento de una situación de superioridad (STS 12-1-1998), o a falta del artículo 636 CP de *realizar actividades sin seguro obligatorio de responsabilidad civil* (SAP Toledo -Sec. 1^a- 9-12-1998): padre que no asegura el coche y permite que lo use su hijo; finalmente, el acusado es absuelto por falta de prueba del dolo]. Pese a no niego de modo general que quepa comisión por omisión de estos delitos, considero que el artículo 11 CP no es de aplicación sino como guía interpretativa (con otras palabras: no es necesario aducirlo para condenar por la comisión omisiva de delitos que no consisten en la producción de un resultado).

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 483.

para que sea sometido a una operación; al terminar, su compañero C le pide que no induzca el despertar al paciente, para poder violarlo): difícilmente cabría decir que en esos casos el sujeto activo A, conforme al lenguaje común, no «ejerce violencia»⁶⁷.

En otras circunstancias, es también imaginable la comisión por omisión de un *asesinato* cualificado por *ensañamiento* por omisión, acertadamente admitido por la sentencia de la Audiencia Nacional 29-6-1998, caso *Ortega Lara*, F. J. 6^o (tras encerrarlo, en un determinado momento los vigilantes, garantes de la vida de la víctima, admiten con dolo eventual la posibilidad de que muera si no le liberan); nótese que en la conducta «activa» de encierro no participan todos los condenados a título de autor; y que en ese primer acto de «injerencia» no concurre aún el dolo homicida; sin embargo, la sentencia —F. J. 4^o— entiende que todos los acusados intervienen en una conducta de asesinato —*cualificado por ensañamiento— intentado*).⁶⁸

En cualquier caso, e independientemente de cómo se entienda la referencia a «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado», el debate se plantea en el ámbito de la *determinación* del tipo penal, es decir, una vez traspasado ya el umbral del *límite de los significados posibles*. Veamos un ejemplo obvio: el lenguaje permite decir que «mata» a su madre el hijo desagradecido que abandona la casa tras conseguir al fin un alto sueldo mensual, cuando su paralítica madre le ha pagado estudios, vivienda, etc. y que jamás la visita ni le muestra cariño o agradecimiento; y, con ello, la madre va hundiéndose en una depresión, se va abandonando y muere («la mató a disgustos», o «de pena»); del mismo modo que permite decir que «mata de pena *activamente*» si, además, el hijo hubiese acudido todos los días a decirle a la madre que no se compadece de su dolor, puesto que jamás la ha querido, y que para él sólo ha sido una fuente de financiación. En el caso del delito activo nadie se plantearía el más mínimo problema: no concurren los elementos de imputación objetiva requeridos (es decir: pese a entrar en el amplio marco de los *significados posibles* del verbo «matar», la *determinación* de ese marco mediante criterios de imputación objetiva exclu-

⁶⁷ Sobre cómo haya de valorarse la conducta de quien aporta tan sólo el elemento típico de la violencia en los delitos cuyo modo comisivo es el violento (coautor, cooperador necesario, cómplice), vid., por todos, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, 2001, p. 437-438; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal* (tesis doctoral, Univ. Rey Juan Carlos de Madrid, 2004), Cap. III., ap. 2.3.2 (2), ambas con amplia referencia doctrinal.

⁶⁸ Al respecto, vid. los acertados comentarios de PEÑARANDA RAMOS, en *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)* I (M. Bajo dir.), Madrid, 2003, p. 230-231.

ye con toda claridad la tipicidad del supuesto). El mismo proceso debería realizarse en el caso de la omisión comisiva; *a tal efecto* dispone el artículo 11 CP sus elementos de determinación de la comisión omisiva, si bien —no cabe dudarlo— con gran torpeza⁶⁹.

La determinación de qué omisiones realizan el tipo es exactamente el mismo problema que la determinación de qué acciones realizan el tipo, y debe responderse atendiendo a los mismos criterios. Así, la doctrina ha propuesto para responder a esta pregunta en *ambos casos* (comisión activa y omisiva) criterios como el *dominio del hecho, la competencia del sujeto, el descontrol del foco de peligro, la identidad estructural y material, la responsabilidad especial, etc.*, que en realidad constituyen los requisitos fundamentales de la tipicidad en las respectivas teorías; así, desde esta perspectiva comisión activa y omisiva no son sino *dos concreciones fácticas* en las que se dan dichos requisitos fundamentales de tipicidad. Lo expuesto hasta aquí tan sólo ha pretendido demostrar que el artículo 11 CP no puede interpretarse como una cláusula extensiva de la responsabilidad criminal. Determinar, además, *cuáles* son las omisiones que entran en el ámbito del artículo 11 CP es algo que debe responderse atendiendo precisamente a esas teorías de la tipicidad penal.

En esta clave debe interpretarse el artículo 11 CP: como una cuestión de *determinación del ámbito típico*. Esa determinación se emprende con una fórmula casi tautológica (realiza el tipo la omisión que equivale a comisión activa según el sentido del texto de la ley; es decir: aquélla, que, desde el valor de referencia «sentido del texto de la ley», *es igual*), y con una cláusula adicional que contiene una tipología de casos concretos en sus apartados a) y b). Parte la doctrina española se ha encargado de señalar lo incorrecto de este método de tipificación, que retrocede al método más tosco de la teoría formal de los deberes⁷⁰. Como

⁶⁹ Tan sólo algún apunte más sobre el caso del *mal hijo* y los usos del lenguaje: *infligir o irrogar* (como *matar o causar la muerte*, artículos 138 y 142) son términos de imputación que sólo pueden definirse *en un determinado plano y atendiendo a los límites a la libertad de organización* en ese concreto plano. Precisamente por eso, el lenguaje común permite decir, *en el plano de las relaciones interpersonales más íntimas* (como, en culturas como la nuestra, las familiares), donde se establecen limitaciones y co-dependencias muy intensas entre las esferas de cada persona, que el hijo ha matado a la madre. Algo similar constata GEIB (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Zweiter Band: System: Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1862—reimpr. Goldbach, 1996—, p. 190-191), al comparar el homicidio por omisión en Derecho canónico (donde rige el *vínculo fraternal universal*) y el Derecho liberal decimonónico; a esta comparación se remite acertadamente JAKOBS, *La imputación penal de la acción...*, p. 22.

⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, «Diatriba del nuevo Código Penal», en *La Ley* 24 mayo 1996, p. 1; EL MISMO, «Prólogo a la segunda edición» del Código Penal de la editorial Tecnos, Madrid, 1996, I. 1; EL MISMO, *Comentarios*, p. 413; SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», p. 172.

ya hemos visto, la doctrina es unánime al destacar el rotundo fracaso de la «teoría de los deberes» y su inutilidad como medio de resolución del problema que nos ocupa. El problema que supone haberla introducido en el artículo 11 no desaparece, pero se ve reducido en grandísima medida si se interpreta el trinomio clásico como lo que realmente es — y lo único que puede ser—: como una agrupación de *topoi* argumentativos para la inclusión de (al menos, la gran mayoría de) los casos de comisión omisiva. Desde cualquiera de las perspectivas, y siempre que se interprete, como no puede ser de otro modo, que el juicio de equivalencia «en el sentido del texto de la ley» es el criterio rector material⁷¹ y los supuestos indicados en el segundo inciso son *topoi* argumentativos, no debería operarse el —posiblemente con razón— tan temido efecto expansivo de este tipo de cláusulas.

Cobra así un sentido muy concreto la tan frecuente referencia a la normativización de los conceptos penales. Los conceptos básicos penales son conceptos normativos: pretender perfilar los límites de la libertad de acción mediante criterios de la física conduce necesaria e irremediablemente a callejones sin salida. La llamada postura «normativista», *únicamente entendida como posición dialéctica* ante una errónea «ontologización» de conceptos penales (lo que es decir: ante la falacia naturalista, que es una errónea derivación de consecuencias jurídicas desde meros hechos de la naturaleza) parece la opción más razonable: el «matarse», el «produjere» o el «causare» del tipo penal deben interpretarse como estructuras normativas de imputación («irrogare», «infligiere»), y no como «el que estableciere entre los tejidos de su cuerpo y el resultado una relación físico-natural de causalidad en sentido newtoniano».

Esta postura «normativista» no debe exagerarse: lo que no es dable es apelar a una identidad en el plano normativo o valorativo para introducir en el ámbito típico una conducta *que no puede ser aludida con uno de los significados posibles del verbo típico*, puesto que en tal caso la objeción de tipicidad formal debería prosperar e impedir la subsunción, incluso contra toda racionalidad material o político-criminal, si quiere tomarse en serio el principio de legalidad. En un hipotético tipo penal que dijese: «el que allegue dinero a una banda armada...» no sería encuadrable la conducta de quien apoya económicamente a dicha banda mediante entrega de algo que no sea dinero (joyas, por ejemplo). En tales casos, el intérprete se encontraría ante una *descripción típica inadecuada*, que no estaría plasmando los elementos que hacen que la conducta

⁷¹ Por todos, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Comentarios*, p. 418; SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 472-473; VIVES ANTÓN, *Comentarios al CP* (M. Cobo del Rosal dir.), p. 526; MORALES PRATS, *Comentarios al NCP*, p. 89-90;

sea desvalorada en sentido típico, o no únicamente, sino que por el contrario plasma un *caso concreto* de conducta desvalorada, permitiendo, así, que queden fuera del tipo conductas en las que se da la misma *ratio* de desvalor.

Sin embargo, y en relación con la cuestión de la comisión por omisión, *no creo que pueda defenderse razonablemente que la descripción típica habitual de los delitos de resultado en el CP* («matarse», «causare» lesiones, daños, etc.; «produjere», etc.) *plasmee «un caso concreto» de conducta desvalorada* (la «comisión activa causal»), y *deje fuera de su ámbito las comisiones omisivas*, de modo que fuese necesaria una «cláusula de extensión de la punibilidad» (aparte de que el propio tenor literal del artículo 11, como hemos visto, impide interpretarlo así). Con la expresión «el que causare lesiones» se abarca en español tanto la conducta de quien *dirige con movimientos corporales su trineo hacia la víctima para colisionar con ella como la de quien al ver que la víctima está en la trayectoria necesaria, tan sólo se deja caer, sin mover un músculo*.

Se trata, pues, de una **cláusula interpretativa auténtica**⁷² (no menos que los artículos 24-26 CP, por ejemplo) **de la conducta típica de los delitos «que consisten en la producción de un resultado»**. Sin embargo, si bien las interpretaciones auténticas pueden *ampliar* el significado del término en el lenguaje común (por ejemplo, el artículo 26 CP), no debe entenderse el artículo 11 como una *cláusula extensiva de la tipicidad*, sino como una *determinación de su contenido para el caso de las omisiones comisivas* que, como hemos dicho, eventualmente podría tan sólo *excluir* casos de «omisiones típicas» por no ser subsumibles bajo los *topoi argumentativos* del segundo inciso; es decir: si tiene un efecto en la concreción de la determinación del ámbito típico de las comisiones omisivas, sólo puede ser *restrictivo*. Y así lo ha entendido, con razón, el Tribunal Supremo, en la ya citada STS 9-10-2000: «*puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos (...), ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, (...) porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren*».

Que el método elegido no es el más adecuado ya ha sido más que subrayado, con razón, por la doctrina española⁷³, que ha dicho de la

⁷² Por todos, en relación con el § 2 del Código penal austriaco, KIENAPFEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien, 1991, p. 143.

⁷³ E incluso -lo que resulta chocante- por la jurisprudencia: la SAP Barcelona (sec. 2ª) 20-2-1998: «El segundo inciso del art. 11, que no figuraba en el texto del Proyecto y se introdujo en el último momento muy seguramente con la pretensión de delimitar una fórmula de equivalencia que debió parecer demasiado indeterminada, es el que ha

cláusula, por ejemplo, que está «anclada en el MEZGER de 1933»⁷⁴, en una posición hoy ya «superada»⁷⁵, cuya técnica es, «defectuosa y anticuada»⁷⁶, con «un marcado sabor a rancio»⁷⁷ y, en resumen, «sumamente deficiente»⁷⁸. Su principal peligro se encuentra en la definición de un criterio rector empleando una alambicada fórmula que sólo encubre *un reenvío al propio tipo* y de una tipología que *no puede aportar un fundamento nuevo* (pues, si la conducta es punible conforme al sentido del texto de la ley, no se entiende *qué más se debe aportar*). Y si bien es cierto que, como hemos intentado demostrar, una recta interpretación de esa tipología sólo puede llevar a *concretar* y, en su caso, *restringir* el ámbito típico, tampoco cabe negar que es posible que la mayor taxatividad del *elemento accidental* (la tipología) frente al *criterio rector* (el reenvío) puede confundir en ocasiones al aplicador, en especial cuando se trate de delitos que deba enjuiciar un Tribunal del Jurado, que atenderá más a si hay o no un «deber especial infringido» que a si la omisión es o no un «causar» en el sentido del texto legal. Si tras siete años de debate doctrinal aún no se ponen de acuerdo los penalistas en el sentido de esta compleja cláusula (que, recordemos, no busca sino *explicar* cuándo una omisión —como la de la madre que no alimenta a su bebé— *mata*), son previsibles los problemas con los que podrá encontrarse quien desconozca la evolución y génesis del precepto en cuestión. Una redacción como la actual, que sólo puede pretender *limitar* el ámbito de la comisión por omisión frente a ciertas doctrinas expansivas, puede, sin duda, ser empleada también para extender dicho ámbito si es interpretada de modo aislado del resto del texto penal. Por ello, nunca se resaltará suficientemente que, como ha declarado la doctrina citada, el «*criterio rector*» del artículo 11 CP es la «*equivalencia con la comisión*», y que los requisitos de infracción de deber legal, contractual o derivado de injerencia son *una restricción tipológica ulterior, mas nunca el fundamento de la tipicidad de la omisión comisiva*.

merecido las más generalizadas críticas. El mismo (sic) responde a una fundamentación de la comisión por omisión históricamente superada cual es la relativa a la teoría de las fuentes formales de posición de garante». Entiendo que es llamativo porque el juez está haciendo uso de la habilitación para dictar resoluciones para un fin privado: precisamente para criticar *la ley que le vincula a la hora de dictarlas*.

⁷⁴ GIMBERNAT ORDEIG, «Diatriba...», p. 1; EL MISMO, «Prólogo...», I. 1.

⁷⁵ MIR PUIG, *Parte General*, 12/25, nota 23.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», p. 172.

⁷⁷ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, p. 32.

⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *CP. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1997, p. 429.