

La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP

Iván Meini

Sumario: I. Objetivos. II. Primera hipótesis: En el art. 13 CP tienen cabida dos modalidades de comportamientos omisivos: la comisión por omisión y la no evitación del resultado por el garante. III. Segunda hipótesis: No se necesita cláusula alguna como el art. 13 CP para sancionar por un delito perpetrado en comisión por omisión, pero sí para los casos de no evitación del resultado por el garante. IV. Tercera hipótesis: El tipo de la comisión por omisión no es uno especial sino común. Las posiciones de garante, en el sentido en que la doctrina las concibe, son necesarias solamente para los supuestos de no evitación del resultado por parte del garante. V. Cuarta hipótesis: En el tipo de lo injusto de la comisión por omisión existe una relación de causalidad, pero no es hipotética. VI. Quinta hipótesis: La incorporación voluntaria del control de la causa del resultado al ámbito de dominio personal, es el criterio que permite afirmar la identidad entre el comportamiento activo y omisivo que realizan el mismo delito. 1. ¿Qué es una causa del resultado?. 2. ¿Cómo se asume el deber de control de la causa del resultado?. 3. El comportamiento precedente como acto en mérito del cual se asume el control de la fuente de peligro. VII. Interpretación alternativa del art. 13 CP. 1. La incongruencia gramatical del art. 13 CP. 2. El art. 13 CP como cláusula declarativa de la comisión por omisión y constitutiva de la no evitación del resultado por el garante. 3. Breves consideraciones sobre la no evitación del resultado por el garante. A. El deber jurídico de impedirlo (el hecho punible). B. Creación de un peligro inminente que fuere propio para producirlo (el hecho punible).

I. Objetivos

(p. 416) El art. 13 CP contempla una cláusula que pretende establecer cuándo un comportamiento omisivo ha de ser equiparado a la realización activa de un delito. Dicho precepto establece:

El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo, y

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

En las líneas que siguen intentaré demostrar: Primero; que en el art. 13 CP tienen cabida dos formas de comportamientos omisivos: por un lado, la comisión por omisión (hipótesis en las que existe plena y absoluta identidad desvalorativa entre el comportamiento omisivo y el activo) y, por otro lado, la no evitación del resultado por el garante (en donde no se puede predicar que exista identidad desvalorativa entre comportamientos activos y omisivos, sino, a lo sumo, cierta correspondencia). Segundo; que, no obstante lo anterior, para sancionar por un delito realizado en comisión por omisión no es necesario acudir al art. 13 CP, pues tal precepto resulta imprescindible únicamente para imputar responsabilidad penal en los casos en que un garante no evita el resultado. Tercero; que, en contra de lo que se dice de manera prácticamente unánime, el tipo de la comisión por omisión es un tipo común y no uno especial. Esta idea presupone -siguiendo a un todavía reducido sector de la doctrina- que en la comisión por omisión, a diferencia de los supuestos de no evitación del resultado por el garante, no es necesario constatar que el sujeto detenta posición de garante alguna, al menos no en el sentido que la doctrina le ha dado a la locución «posición de garante». En cuarto lugar; que se ha de desterrar del ámbito de la comisión por omisión la causalidad hipotética. Quinto; que, en

lugar de indagar si el autor (**p. 417**) detenta una posición de garante, es menester acudir al criterio de «la asunción voluntaria del deber de controlar la causa del resultado». Posteriormente, sobre la base de lo hasta entonces dicho, postularé brevemente una interpretación personal del art 13 CP.

II. Primera hipótesis: En el art. 13 CP tienen cabida dos modalidades de comportamientos omisivos: la comisión por omisión y la no evitación del resultado por el garante

1. El fundamento de este postulado es la facultad que tiene el Juez de reducir la pena cuando aplica el art. 13 CP. En la medida en que es ésta una posibilidad y no una obligación, debe de existir una razón que justifique cuándo y por qué el Juez puede hacer uso de tal prerrogativa. Entiendo que si reduce la pena es (o mejor dicho, debería ser) porque el comportamiento omisivo que sanciona, según la valoración que lleva a cabo el Derecho penal, no es idéntico al comportamiento activo que se describe en el tipo de la parte especial que se imputa, sino que merece una reprobación menor. Por el contrario, si el Juez no reduce la pena, sino que la impone tal cual se encuentra prevista en el tipo de la parte especial, es (o mejor dicho, debería ser) porque entre el comportamiento omisivo que sanciona y el comportamiento activo que se describe en el tipo de la parte especial hay una plena y absoluta identidad desde el punto de vista de la valoración que hace el Derecho penal. Siguiendo a un todavía reducido sector de la doctrina¹, a la segunda hipótesis (identidad desvalorativa) la denominaré «comisión por omisión», mientras que a la primera, «no evitación del resultado por el garante».

Si el legislador no hubiera previsto la posibilidad de disminuir la pena cuando se perpetra un delito mediante un comportamiento omisivo, ello significaría que sólo se podría sancionar cuando existiera plena identidad valorativa entre el comportamiento omisivo y el comisivo. Es lo que ocurre, por ejemplo, en España, en donde un sector de la doctrina entiende, a mi juicio con razón, que en el art. 11 del Código Penal español² no tienen (**p. 418**) cabida sino aquellas omisiones respecto de las cuales quepa afirmar que comparten la misma desvaloración jurídico-penal que un comportamiento activo³. El legislador peruano, según la exposición de motivos del CP, tomó como modelo el § 13 StGB⁴, que prevé la posibilidad de reducir la pena.

2. El común denominador entre la comisión por omisión y la no evitación del resultado por el garante es que en ambos casos es necesaria la imputación de un resultado al omitente. Y es precisamente esta imputación del resultado lo que diferencia estos casos de la omisión pura, en donde se reprime la simple omisión de una determinada actividad, independientemente del resultado que se produzca (por ejemplo, el art. 127 CP).

3. La posibilidad de reducir la pena que contemplan las cláusulas de comisión por omisión, o también llamadas omisión impropia, suele argumentarse en derecho comparado⁵, con arreglo a diferentes razones. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo⁶; que la energía delictiva o criminal (verbrecherische Energie, Kriminelle Energie) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos⁷ (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que éste devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede

¹ Gracia Martín, 2001, p. 414.

² Art. 11 Código Penal español: «Los delitos y 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 equipará 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».

³ Silva Sánchez, 1989, p. 377 y Gimbernat, 1999, p. 426.

⁴ «1. El que omita un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo por un hacer. 2. La pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr.1».

⁵ En detalle, Seelmann, 1995, § 13 n.m. 145 y ss.

⁶ Tröndle/Fischer, 1999, § 13 n.m. 20.

⁷ Stree, 2001, § 13 n.m. 64; Rudolphi, 2000, § 13 n.m. 65; Schünemann, 1984, p. 317.

ser menor a la que presenta cuando delinque activamente⁸, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar⁹. Para algunos casos excepcionales, se dice, sería la antijuridicidad en la omisión la **(p. 419)** que podría tener una intensidad menor a la de los delitos realizados a través de comportamientos activos¹⁰. Como muestra, la doctrina alemana ofrece el ejemplo del esposo que mata a su cónyuge sumergiéndola en agua, comportamiento (acción) cuyo injusto, sostiene, es mayor que si simplemente no la rescata¹¹. Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional¹², aunque esto conllevaría a aceptar que tal reducción sería no sólo aplicable a los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional, sino también a los delitos de infracción de un deber en caso de comisión¹³. Se señala, por último, que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión sería compatible con aquella corriente de opinión que no distingue entre autoría y participación en las omisiones, pues en estos casos se podría reducir la pena a los partícipes¹⁴ (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la pena!).

Si se adoptan estas ideas resulta lógico que la pena pueda ser atenuada facultativamente, porque en muchos supuestos el injusto y la culpabilidad en la omisión serán inferiores que en el correspondiente delito que se realiza mediante un comportamiento activo. No obstante, en otros, serían idénticos¹⁵. Y en estos últimos casos ya no tendría sentido hablar de correspondencia (Entsprechung), sino de igualdad (Gleichheit) entre el comportamiento omisivo y el activo¹⁶. Por lo mismo, la lógica indica que en estos casos no debe proceder atenuación alguna de la pena.

4. Sin entrar a discutir el porqué se disminuye la pena o en qué estadio de la teoría del delito (injusto, culpabilidad, o en ambas) se ha de ubicar la razón de tal disminución, me interesa remarcar que en el Código Penal existe ya un marco general para que el Juez pueda determinar de la manera más precisa posible la pena a imponer a partir de la pena conminada en **(p. 420)** el tipo de la parte especial. Este marco, aplicable indistintamente a los delitos activos y a los omisivos está configurado por las reglas para la determinación de la pena (art. 45 y 46 CP), la tentativa¹⁷, los preceptos sobre autoría y participación¹⁸ y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del art. 21 CP. Pero para algunos delitos omisivos se prevé, de manera adicional a esta marco general, la posibilidad de reducir la pena del art. 13 CP, lo que significa que el merecimiento y la necesidad de pena del comportamiento omisivo y el resultado a él imputado que dan lugar a la reducción de pena, es menor que cuando ésta no se disminuye. Luego, habrá que aceptar que la reducción facultativa de la pena del art. 13 CP se da porque el fundamento y desvalor del comportamiento omisivo al cual se le imputa el resultado no es idéntico a los que se verifican cuando el resultado se produce a consecuencia de un comportamiento activo (tipos de no evitación del resultado por el garante); mientras que tal atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo al que se le imputa el resultado y el resultado imputado tiene idéntico

⁸ Roxin, 1973, p. 200; Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1; Jescheck, 1993, § 13 n.m. 61; Rudolphi, 2000, § 13 n.m. 65; Lackner, § 13 n.m. 17 y 18.

⁹ Stratenwerth, 2000, § 13 n.m. 79.

¹⁰ Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1; Jescheck, 1993, § 13 n.m. 61.

¹¹ Stree, 2001, § 13 n.m. 64; Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1.

¹² Jakobs, 1995, 29/125.

¹³ Jakobs, 1995, 29/126.

¹⁴ Lo mencionan, Jakobs, 1995, 29/125; Stratenwerth, 2000, § 14, n.m. 23.

¹⁵ Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 2; Jescheck, 1993, § 13 n.m. 61; Tröndle/Fischer, 1999, § 13 n.m. 20; Köhler, 1997, pp. 232 y 233.

¹⁶ Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1; Jescheck, 1993, § 13 n.m. 61; próximo, Seelmann, 1995, § 13 n.m. 145.

¹⁷ Seelmann, 1995, § 13 n.m. 81 ss; Eser, 2001, § 22 n.m. 47 ss y 53; Stratenwerth, 2000, § 14 n.m. 2 ss, Jakobs, 1995, 29/113 ss.

¹⁸ Aunque aquí no es pacífica la doctrina.

fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo (tipos de comisión por omisión)¹⁹.

5. En la demostración de que existe una modalidad de comportamiento omisivo a la que se le imputa un resultado (no evitación del resultado por el garante), pero cuyo desvalor de acción es inferior al del comportamiento activo que realiza el mismo tipo de la parte especial y al de la comisión por omisión, sirven de mucho las observaciones efectuadas por Armin Kaufmann. Este autor, al formular sus críticas contra Nagler y la teoría formal de las fuentes de garante²⁰, precisó que si la posición de garante no es un elemento del tipo en los delitos comisivos²¹ y que si la causalidad en la comisión por omisión²² no puede integrarse en un único concepto junto con **(p. 421)** la causalidad en los delitos comisivos²³, ello significa que dos formas de comportamiento (activo y omisivo) son típicos en la medida en que concurren presupuestos distintos para cada uno de ellos; de ahí que no cabe sino afirmar que se tratan de tipos distintos²⁴. Ciertamente que el planteamiento de Kaufmann no estuvo orientado a demostrar que el desvalor de acción de la no evitación del resultado es menor que el de la comisión por omisión, sino, simplemente que lo que en doctrina se conoce como comisión por omisión (y que aquí se denomina no evitación del resultado por el garante) no es idéntico al delito cometido activamente.

6. Una de las consecuencias que se derivan del hecho de que la comisión por omisión de un determinado tipo de la parte especial es valorativamente idéntico a la realización del mismo tipo mediante un comportamiento activo, es que si un comportamiento activo será penalmente relevante en la medida en que con él se haya desencadenado un riesgo típico o incrementado uno permitido a niveles no tolerados, de manera que aquel riesgo se plasme en el resultado²⁵, lo mismo habrá que exigir en los casos de comisión por omisión. Esto quiere decir que en la comisión por omisión se tiene también que haber creado o aumentado el riesgo, en los mismos términos en que se hace en un delito comisivo²⁶. De esto se desprende que no puede haber comisión por omisión, al menos no según el contenido que en este trabajo le otorgo a tal locución, cuando el comportamiento omisivo es posterior a la creación o incremento del riesgo. Esta idea encuentra también su razón de ser en que si la comisión por omisión de un determinado delito conlleva la misma pena que su realización mediante un comportamiento activo, parece lógico que el desvalor de acción en ambos casos sea igual y, por lo tanto, también los criterios para imputar objetivamente el resultado. Así pues, si acorde con la teoría de la imputación objetiva un resultado podrá ser imputado a un comportamiento activo siempre y cuando aquella conducta haya desencadenado o aumentado el riesgo típico, me parece claro que lo mismo hay que predicar respecto a la comisión por omisión. **(p. 422)**

Así, por ejemplo, puede pensarse en la madre que al llegar a su casa encuentra a su menor hijo enfermo y no le presta ayuda ni lo lleva a un centro médico ni avisa a la autoridad, muriendo luego el menor; o en quien encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda, muriendo luego el peatón. En ambos casos, y aun cuando se pueda afirmar que de haber actuado la madre o quien encontró al herido no se hubieran producido las muertes, el surgimiento del riesgo típico que se plasma en el resultado (muerte del hijo o del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión de la madre o del conductor según lo exige la comisión por omisión. La consecuencia directa de este postulado es que se acota el campo de aplicación de la comisión por omisión, pues ahí donde el sujeto «se encuentre» con el riesgo típico, ahí donde sólo quepa afirmar que el comportamiento omisivo del sujeto no disminuyó el riesgo típico, no es dable hablar de comisión por omisión, sino a lo sumo, de una omisión de socorro o aviso a la autoridad del art. 127 CP. No

¹⁹ Gracia Martín, 2001, p. 423.

²⁰ Armin Kaufmann, 1959, pp. 251 ss.

²¹ Armin Kaufmann, 1959, p. 255.

²² Aquí es menester hacer la aclaración de que lo que para Armin Kaufmann es «comisión por omisión» aquí se ha venido a llamar «supuestos de no evitación del resultado por el garante».

²³ Armin Kaufmann, 1959, pp. 253 ss.

²⁴ Armin Kaufmann, 1959, p. 255. Véase, en detalle, Gracia Martín, 2001, pp. 432 ss.

²⁵ Roxin, 1997, § 11, n.m. 41; Jeschek/Weigend, 1996, § 28.IV; Kühl, 2000, § 4, n.m. 43; Lenckner, 2001, previo al § 13, n.m. 92; Wessels/Beulke, 2000, 179; Stratenwerth, 2000, § 8 n.m. 38 ss.

²⁶ Cfr. Meini, 1999 b, 1999, p. 895, nota 36.

obstante, si se quiere otorgar cierta lógica al art. 13 CP, hay que advertir que la diferencia entre la madre y el conductor es que la primera tiene un deber de garante frente a la salud e integridad de su menor hijo (Derecho de familia, normativa del Código Civil), mientras que el segundo no tiene posición de garante alguna frente a la vida o integridad de la persona a quien encuentra herida en la calle, sino un simple deber de solidaridad. Aquí se advierte pues que el caso de la madre es uno de no evitación del resultado por el garante, ya que el comportamiento omisivo de la madre no ha creado ni incrementado en términos normativos el riesgo típico que se realiza luego en la muerte del hijo, por lo cual no puede ser un parricidio en comisión por omisión y, por lo mismo, no se le puede imponer la pena del art. 106 CP. Pero tampoco se trata de una omisión de socorro del art. 127 CP, pues a diferencia de quien se encuentra en la calle a un herido, la madre tiene con su hijo algo más que un simple deber de solidaridad²⁷, ya que es garante de su integridad y salud, con lo cual la pena no puede ser la del art. 127 CP, sino que procede la disminución de conformidad con el art. 13 CP in fine. (p. 423)

III. Segunda hipótesis: No se necesita cláusula alguna como el art. 13 CP para sancionar por un delito perpetrado en comisión por omisión, pero sí para los casos de no evitación del resultado por el garante

1. El argumento de este enunciado radica en que la comisión por omisión se desprende directamente y sin necesidad de intermediación alguna de los tipos de la parte especial o, lo que es lo mismo, los tipos de la parte especial cuya conducta típica lo permiten prevén no sólo la posibilidad de ser realizados mediante comportamientos activos, sino también mediante comportamientos omisivos. En efecto, así como para la imputación de responsabilidad penal por la comisión activa de un delito no es menester acudir a cláusula alguna de equivalencia para afirmar la tipicidad de la conducta ya que la conducta se encuentra descrita en el tipo de la parte especial, de igual manera hay que proceder para la comisión por omisión. Es pues innecesario invocar el art. 13 CP, o cualquier otro precepto que pretenda otorgarle relevancia típica, pues el comportamiento omisivo en virtud del cual se realiza el delito en comisión por omisión se encuentra también descrito y, por tanto, incluido, en el tipo de la parte especial. No obstante, se podría objetar a esta afirmación que una cosa es que la comisión por omisión y el comportamiento activo sean idénticos desde el punto de vista de la desvaloración normativa del Derecho Penal, y otra, muy distinta, que compartan la misma estructura típica. Considero, sin embargo, que la letra de la ley de los delitos que pueden ser cometidos en comisión por omisión permite ya incluir en ella tal modalidad de perpetración. En otras palabras, no se afirma —todavía— que comisión y comisión por omisión compartan la misma estructura típica, sino, simplemente, que ambas formas de comportamiento se desprenden directamente y por igual de los tipos de la parte especial.

2. Si un médico encargado de suministrar al paciente cada determinado lapso de tiempo el fármaco que lo mantiene con vida, omite dolosa o imprudentemente dárselo y éste muere a consecuencia de tal omisión, es factible afirmar que el comportamiento omisivo es el que ha incrementado el riesgo a niveles típicos y ese riesgo se realiza en el resultado muerte, pues si bien preexistía una situación de riesgo representada por el grave estado de salud del paciente, ésta se encontraba controlada (sería entonces oportuno hablar aquí, entonces, en terminología de Gimbernat²⁸, de desestabilización (p. 424) del foco de peligro). En este caso procede la imputación del delito de homicidio (art. 106 CP) en comisión por omisión. Para explicar este caso de homicidio en comisión por omisión la doctrina sostiene que el tipo de la parte especial, el art. 106 CP, describe un comportamiento activo al cual se equipara el comportamiento omisivo (no suministrar el fármaco al paciente) por obra y gracia del art. 13 CP. Entiendo, sin embargo, que la situación es distinta: El art. 106 CP describe simplemente la producción de un resultado: matar («El que mata ...»). Luego, si matar significa «quitar la vida»²⁹, tal resultado, según el sentido normativo-social de las palabras, puede ser realizado no sólo mediante comportamientos activos sino también mediante omisivos, pues el art. 106 CP no describe únicamente a aquellos ni descarta a éstos. En buena cuenta, se puede matar por activa o por pasiva, y el sentido de las palabras del precepto que regula el homicidio así lo demuestra, al presuponer simplemente un resultado (muerte) sin mencionar los medios o formas de

²⁷ Stratenwehrt, 2000, § 13 n.m. 11.

²⁸ Gimbernat Ordeig, 1999, pp. 428 ss y anteriormente en 1994, pp. 39 y 40.

²⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, 21 ed. tomo 2, 1992, p. 1335, primera acepción.

comportamiento en mérito a los cuales éste se verifica.

Las consecuencias de esto es, en primer lugar, que gramaticalmente no es correcto afirmar que exista una identidad entre la comisión por omisión y el tipo de la parte especial redactado de manera comisiva, pues éste se encuentra simplemente redactado, incluyendo por igual a la comisión y a la omisión. En segundo lugar, que acudir al art. 13 para sancionar por homicidio en comisión por omisión, es tanto como exigir que para reprimir a quien dispara en la cabeza de su víctima y le causa la muerte, hubiera que incluir una cláusula en la parte general del Código penal que señalara cuándo se ha de entender que se comete un delito mediante un comportamiento activo. La identidad entre el comportamiento omisivo y el activo se produce en un estadio previo al de la tipificación, y se plasma en la letra de la ley al estar ambos incluidos, previstos, redactados y contemplados por igual en el tipo de la parte especial.

3. Parecería ser que cuando el tipo de la parte especial contempla en su redacción el término «causar», como sucede, por ejemplo, con el tipo de lo injusto de lesiones del art. 121 CP, o cuando se recurre a otro término que en apariencia es eminentemente comisivo, quedaría descartada la posibilidad de que el delito pueda ser perpetrado en comisión por omisión sin necesidad de acudir a la cláusula del art. 13 CP. Entiendo, sin embargo, que **(p. 425)** no tiene porqué ser así. Y aquí hay que invocar otra vez el sentido normativo-social de las palabras, o lo que es lo mismo, el hecho de que el legislador haya echado mano de términos como «causar» para tipificar determinadas conductas, responde, más que a un deseo de no incluir en él comportamientos omisivos, o de obligar al intérprete a recurrir a la cláusula general del art. 13 CP, a consideraciones estilísticas que, por lo general, han sido heredadas de las fuentes y antecedentes legislativos que se han utilizado. La frase «causar a otro un grave daño» del art. 121 CP, por ejemplo, ha de ser entonces interpretada de conformidad con el sentido normativo-social de las palabras. Esto quiere decir que así como en la Teoría del delito el término «causar» que hace alusión a una causalidad natural debe complementarse con los criterios de la imputación objetiva, en la interpretación de los tipos de la parte especial debe operar la misma lógica, y asumirse que causar es posibilidad de imputación normativa del resultado al comportamiento, sea éste activo u omisivo. Rechazar esto sería tanto como pregonar que se tendría que sancionar por causar un resultado de lesiones en el clásico ejemplo de quien desvía el curso de una piedra lanzada a la cabeza de otro, alcanzando la piedra al sujeto pero no en la cabeza sino en el muslo, pues ciertamente que, a pesar de haberse disminuido el riesgo, se causa (en el sentido de la causalidad natural) el resultado; o en aquel otro en donde la madre de la víctima fallece de un ataque al corazón el enterarse por intermedio de un testigo que su hijo ha muerto en un accidente de tránsito, pues el portador de la noticia con seguridad causa la muerte de la madre, pero dicho resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma.

4. Otra cosa es que la acción típica del tipo de lo injusto de un delito gire en torno a un verbo inequívocamente comisivo, tal como acontece, por ejemplo, en el caso de la denuncia calumniosa (art. 402 CP) que exige que se denuncie a la autoridad un hecho punible a sabiendas de que no es tal; o el del delito de falso testimonio del art. 411 CP, que requiere que en un procedimiento administrativo se efectúe una falsa declaración; o el delito de prevaricato (art. 418 CP) en donde el Juez o el Fiscal han de dictar una resolución o emitir un dictamen contrarios a texto expreso y claro de la ley. Así como existen estos delitos que sólo pueden cometerse mediante comportamientos activos, existen también delitos que únicamente pueden perpetrarse mediante comportamientos omisivos. Ejemplos son la omisión de auxilio del art. 127 CP, en la que se reprime a quien encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio; o la omisión de denuncia contemplada en el art. 407 CP, en tanto que con ella se sanciona a quien omite denunciar a la autoridad las **(p. 426)** noticias que tenga acerca de la comisión de un delito. Existen también delitos que pueden realizarse indistintamente mediante comportamientos activos u omisivos. Dentro de esta categoría se pueden incluir, por ejemplo, a la mayoría de las modalidades de los delitos contra la vida independiente y lesiones³⁰. De ahí que se haya dicho anteriormente que la posibilidad de establecer si un determinado delito puede ser perpetrado tanto en comisión por omisión como a través de un comportamiento activo es una cuestión que se determina con arreglo a si el texto del precepto legal, según una interpretación normativo-social de las palabras, lo permite. Y tal posibilidad se advierte únicamente en los delitos que pueden ser realizados indistintamente tanto por activa como por pasiva, y no pues para aquellos otros que sólo pueden ser realizados activamente o para aquel otro sector de delitos que sólo pueden ser realizados a través de

³⁰ Cfr. Gimbernat Ordeig, 1997, p. 10. Para una clasificación más detallada véase Gracia Martín, 2001, pp. 419 ss.

comportamientos omisivos.

5. Al contrario de lo que sucede en la comisión por omisión, en los casos de no evitación del resultado por el garante sí es necesario acudir a la cláusula del art. 13 CP, pues en la medida en que estos comportamientos omisivos no se desprenden directamente de los tipos de la parte especial, o lo que es lo mismo, no son idénticos a los tipos de la parte especial, se hace necesario invocar el art. 13 CP para otorgarles relevancia típica y recién, entonces, se puede decir que, sin llegar a ser iguales, se corresponden con un tipo de la parte especial. He aquí pues una de las funciones del art. 13 CP: otorgar relevancia penal en sede de tipicidad a determinadas omisiones no previstas en el parte especial que son menos graves que la comisión por omisión pero más graves que las omisiones puras, y que aquí se les ha denominado supuestos de no evitación del resultado por el garante. De no ser por el art. 13 CP éstas no serían típicas.

Así, el caso de la madre al que anteriormente se hizo referencia, que al llegar a su casa encuentra a su menor hijo gravemente enfermo y no solicita ayuda ni lo lleva al centro médico, muriendo luego el menor, sería, tal como se dijo, un supuesto de no evitación del resultado por parte del garante. Según la línea argumental trazada, y habiendo descartado anteriormente que éste sea un caso de comisión por omisión, el que la madre sea garante de la salud e integridad de su menor hijo es un dato de suma importancia, pues permite rechazar que se trate de un simple caso de omisión de auxilio (p. 427) del art. 127 CP, en donde no se requiere posición de garante alguna. Por lo mismo, en el hipotético caso en que no existiera el art. 13 CP, la madre sólo podría ser castigada como autora de un delito de omisión de auxilio del art. 127 CP.

En suma, si se sigue el razonamiento efectuado, se tiene que aceptar que este caso de no evitación del resultado por el garante, al igual que todos los demás supuestos de esta especie, cobran relevancia típica a partir del art. 13 CP, pues al no ser hipótesis de comisión por omisión (es decir, al no desprenderse directamente de los tipos de la parte especial) ni de omisiones puras, su punición depende de la existencia de un precepto que les conceda tipicidad penal. De esto se deriva que el marco teórico de los casos de no evitación del resultado por el garante viene, incluida la determinación de qué posiciones de garante son típicas, es una cuestión que ha de solventarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 CP.

IV. Tercera hipótesis: El tipo de la comisión por omisión no es uno especial sino común. Las posiciones de garante, en el sentido en que la doctrina las concibe, son necesarias solamente para los supuestos de no evitación del resultado por parte del garante

1. La idea que subyace bajo este tercer precepto es que al igual que cuando se perpetra un delito mediante un comportamiento activo, en la comisión por omisión no se debe exigir al sujeto activo cualificación alguna, a no ser que el mismo tipo de la parte especial la requiera (como sucede, por ejemplo, con el parricidio, que sólo puede ser cometido por un ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino). En otras palabras, no se debe exigir al sujeto posición de garante alguna, al menos no en el sentido en que la doctrina mayoritaria concibe a la posición de garante. Ésta, la posición de garante, será necesaria sólo en las hipótesis de no evitación del resultado por el garante.

Al haberse aceptado en este trabajo que tanto el comportamiento activo y el omisivo (comisión por omisión) que realizan el mismo delito se desprenden del tipo de la parte especial, la lógica induce a pensar que si para sancionar por un delito perpetrado a través de un comportamiento (p. 428) activo no se requiere posición de garante, tampoco ésta debe ser necesaria para reprimir por ese mismo delito a quien lo realiza mediante un comportamiento omisivo³¹. La argumentación de esta premisa, no obstante, no puede agotarse invocando simplemente la identidad valorativa entre el comportamiento activo y la comisión por omisión que realizan el mismo delito, pues esto únicamente permite entender que la pena, como reacción con que se reprime a ambas formas del comportamiento humano, es la misma. Es pues necesario precisar que tal identidad se presenta también en sede de tipicidad, en la medida en que tanto para la realización activa del delito como para la comisión por omisión se requieren los mismos elementos típicos objetivos y subjetivos que consigna el tipo de lo injusto del delito que se pretende imputar.

2. Dos argumentos de índole histórico-dogmático permiten seguir con el razonamiento iniciado. El

³¹ Gracia Martín, 2001, p. 478.

primero consiste en que el concepto «posición de garante» surgió a consecuencia de la idea, entonces imperante, de que un delito que se comete mediante omisión nunca puede ser idéntico al se comete cuando se trata de un comportamiento activo, y que para conseguir una equivalencia entre uno y otro y permitir la imputación de responsabilidad penal por un delito realizado en comisión por omisión era necesario, en consecuencia, una posición de garante. Con arreglo a este primer argumento se puede entender cómo hasta hoy la doctrina mayoritaria demanda que el sujeto activo que responde en comisión por omisión ha de detentar una posición de garante, pues, según esta corriente de opinión, la posición de garante es lo que permite establecer la equiparación entre un comportamiento activo y uno omisivo. Y aquí es conveniente volver a citar la autorizada opinión de Armin Kaufmann, cuando afirmó que si la comisión por omisión, a diferencia de un comportamiento comisivo, presupone que el sujeto ostente una posición de garante, es porque el tipo de aquella y el de éste no son idénticos. El segundo argumento radica en que si la comisión por omisión consiste en no llevar a cabo una determinada acción, pero que no es lógico sancionar a todos los que omiten dicha acción (porque en tal caso el 99,9 % de la humanidad resultaría responsable), había que buscar un criterio que permitiese cerrar el círculo de potenciales autores, estableciendo quién, cuándo y por qué asume el deber de actuar. Tal criterio resultó ser la posición de garante, pues sólo a quienes detentaran una posición de garante se les podía reprochar el no haber actuado cuando tenía la obligación de hacerlo. Sobre la base de estas ideas se advierte que el concepto de la posición de garante, tal como lo esbozó la doctrina en un principio y (p. 429) tal como se sigue entendiendo mayoritariamente hasta ahora, surgió en un contexto en el cual la comisión por omisión fue concebida como algo diferente (a tal punto que se requiere una posición de garante) de la realización activa de un delito. Por eso no debe extrañar que si se parte de un presupuesto distinto, tal cual aquí lo he hecho: la comisión por omisión y el comportamiento activo son idénticos y ambos se desprenden por igual del tipo de la parte especial, se tiene que concluir automáticamente que, por lo menos, el primer argumento referido a que la posición de garante cumple el rol de criterio de equiparación entre la omisión y la comisión, ha de ser rechazado.

El segundo argumento presupone la existencia de un deber de actuar en la comisión por omisión. Este deber de actuar se desprendería de la misma naturaleza del comportamiento omisivo, en tanto que si se sanciona por no actuar, es porque, a contrario, se tiene el deber de actuar. Y esto parecería estar en consonancia con aquella teoría, ampliamente aceptada, según la cual en los delitos comisivos subyace una norma prohibitiva y en los omisivos una preceptiva.

3. Lo que salta a la vista es que en el caso de una norma prohibitiva no es necesario adoptar criterio alguno para determinar quiénes pueden ser sujetos activos, pues eso se desprende de la configuración del tipo de lo injusto en la parte especial como delito especial o delito común. Este planteamiento puede ser aplicado también en el ámbito de la comisión por omisión. Así, la respuesta a la interrogante de quiénes pueden realizar el delito mediante un comportamiento omisivo se desprende de la misma configuración del tipo de lo injusto de la parte especial, y aquí habrá que estar a si el delito es común o especial. Con todo, con esta observación todavía no se responde al cuestionamiento de quién, en concreto, tiene el deber de actuar, ya que muchas personas que no tienen relación alguna con el bien jurídico protegido, ni el ámbito de influencia de sus actividades alcanza al círculo de intangibilidad del bien jurídico, por más que quisieran, su omisión será siempre penalmente irrelevante frente a aquel bien jurídico.

Hasta donde alcanzo a observar, las posiciones de garante, con sus fuentes de deber de protección de un bien jurídico (estrechas vinculaciones familiares, asunción voluntaria, contrato/ley y comunidad de peligro) y deber de control de una fuente de peligro (injerencia, responsabilidad por el hecho de un tercero y deber de control de una fuente de peligro en el propio ámbito de dominio), a lo sumo pueden llegar a ser formas en que se asume voluntariamente la obligación de controlar la fuente o causa del resultado. (p. 430) La asunción voluntaria y libre de la obligación de controlar la causa del resultado, que se deriva de la propuesta Schünemann³² (dominio de la causa del resultado esbozado) y que se encuentra muy próximo a las propuestas de Gimbernat³³ (el deber de control de una fuente de peligro), de Silva Sánchez³⁴ (compromiso de actuar a modo de barrera de contención) y

³² Schümenann, 1979, pp. 229 y ss.; el mismo, 1984, pp. 293 y ss.

³³ Gimbernat Ordeig, 1994, 1999 y 1997.

³⁴ Silva Sánchez, 1986, p. 359 ss.; el mismo 1999, p. 455.

de Gracia Martín³⁵ (incorporación voluntaria y libre en la esfera del dominio social del proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado y posterior actualización en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción tendente a neutralizar la causa determinante del resultado), cumple la función de servir de fundamento normativo de la identidad entre la omisión y la comisión en la esfera material previa al tipo³⁶. Así las cosas, me interesa ahora recalcar que al ser éste un fundamento de carácter ontológico-normativo anterior al tipo, es perfectamente compatible con la tesis que ahora intento demostrar, pues si la comisión y la omisión son ya idénticas antes de que se tipifique el comportamiento en un tipo de la parte especial (el cual, en lógica consecuencia, contiene tanto a la omisión como a la comisión), el que la comisión por omisión sea un tipo común cae por su propio peso, ya que será en la misma sede de tipicidad que comparten omisión y comisión en donde se determine si el delito de la parte especial -y no el tipo de la comisión por omisión o el tipo de la comisión- es especial o común.

Ciertamente que tanto el criterio de la asunción voluntaria del control de la causa del resultado, al igual que las posiciones de garante que la doctrina reconoce, indican quiénes, en concreto, tienen el deber de actuar. Sin embargo, a diferencia de las posiciones de garante, el control de la causa del resultado constituye un criterio material en la medida en que es previo al tipo. Además, pone el acento en el comportamiento del sujeto en virtud del cual asume la obligación de mantener estable la fuente de peligro, y no como la mayoría de las posiciones de garante, que simplemente se limitan a constatar que el sujeto detenta una específica situación, cargo o estatus para luego, basándose en dicha situación, cargo o estatus, establecer que tienen un deber de actuar. De ahí se sigue que las posiciones de garante pueden **(p. 431)** ser fácilmente desterradas de la tipicidad penal³⁷ en tanto que su rol se reduce a un mero «trámite formal», pues el contrato, la ley, la ingerencia, la responsabilidad por hechos de terceros, etc., son sólo diferentes maneras formales, pero no las únicas, ni en todos los casos siempre lo son, de exteriorizar que un sujeto asume de manera voluntaria el control de la causa del resultado y de que las posibles consecuencias lesivas que de ella puedan derivarse no tengan lugar. Y, por lo mismo, si se quiere trabajar con dicho concepto y fundamentar responsabilidad penal por un delito perpetrado en comisión por omisión y no sólo por un supuesto de no evitación del resultado, habrá siempre que buscar un argumento material (el que aquí adopto es la asunción voluntaria del control de la causa del resultado) para completar el injusto de la comisión por omisión y diferenciarlo de los casos en que un garante no evita el resultado.

4. Adicionalmente a todo ello, el criterio de la asunción voluntaria del control de la causa del resultado permite entender que el tipo de la comisión por omisión es uno común. Ya no se trata de insistir en que al ser un fundamento óntico-normativo previo al tipo la delimitación de los posibles sujetos activos la realizará el legislador al configurar el tipo de lo injusto del delito que se pretenda imputar en comisión por omisión (o en comisión), sino de que así como cualquier persona puede, por ejemplo, matar por activa, también cualquiera puede hacerlo por pasiva pues cualquiera puede asumir voluntariamente el control de la causa del resultado. La concreción del concepto mismo de asunción voluntaria del control de la causa del resultado y los supuestos y límites que se puedan imaginar para él, no estarán delimitados, en contra de lo que se pueda imaginar a priori, por las llamadas posiciones de garante, sino por las capacidades psico-físicas del sujeto para asumir el control de la causa del resultado y, con ello, por las posibilidades que tiene para cometer el delito.

Por ejemplo, si una persona con ocasión de conducir su vehículo a motor atropella y mata a un peatón, lo normal será que se le impute el delito de homicidio (art. 106 CP). El que existan personas con discapacidades físicas y/o psíquicas que les imposibiliten conducir y que por ello no puedan realizar el homicidio en la forma en que lo realizó el conductor, o el que una persona con profundos conocimientos en materia de explosivos coloque y detone una bomba en un lugar público, causando muertes, no significa **(p. 432)** que el tipo de homicidio sea un delito especial, sino simplemente que algunas, pero no todas las formas de perpetrarlo están condicionadas por las capacidades del sujeto que lo lleva a cabo. Pero esto es una cuestión que nada tiene que ver con la tipicidad del delito de homicidio ni con el tipo de lo injusto del delito comisivo. Entiendo, por regla de tres, que el contrato, la ley y, en general, las posiciones de garante que la doctrina mayoritaria asume, condicionan también sólo algunas maneras de asumir voluntariamente el control de la causa del resultado y, con ello, de realizar el delito de la Parte especial mediante un comportamiento omisivo, pero en ningún caso

³⁵ Gracia Martín, 2001, p. 412.

³⁶ Gracia Martín, 2001, p. 412.

³⁷ La opinión contraria es total, cfr. Stree, 2001, § 13 n.m. 2.

representan todas las posibles maneras de hacerlo. De ahí se sigue que cualquiera que tenga la capacidad psico-física de hacerlo, puede asumir voluntariamente el control de la causa del resultado y responder en comisión por omisión. Este es uno de los puntos de análisis de la siguiente hipótesis. Algo parecido, si entiendo bien, sucede en Jakobs³⁸, cuando sistematiza más de 20 posibles formas de incurrir en responsabilidad por omisión. Cuando este autor habla, según su terminología, de deberes en virtud de competencia por organización y de deberes en virtud de competencia institucional, y menciona las relaciones familiares, la injerencia, el cargo de policía, etc., se refiere a diferentes posiciones de garante. Lo que aquí hago no es lo mismo, pues no pretendo imaginar cuántas, ni cuáles pueden ser las posibles formas de asumir el control de la causa del resultado, sino, simplemente, de establecer que si se asume dicho control se puede incurrir en responsabilidad en comisión por omisión.

Así, la madre puede incurrir en responsabilidad en comisión por omisión si no procura alimento a su hijo recién nacido y el responsable del control de calidad de una empresa productora de alimentos pueden incurrir en responsabilidad penal en comisión por omisión si omite su deber de controlar productos defectuosos que por equis razones salieron al mercado y son consumidos por el público. Y la razón no es que la madre tenga una estrecha relación familiar con su hijo y que el responsable del control de calidad esté obligado por un contrato. Por el contrario, de lo que se trata es de precisar que la madre ha asumido voluntariamente la responsabilidad de cuidado de su menor hijo, y el responsable del control de calidad ha procedido de igual manera al haber aceptado libremente el puesto de trabajo y las responsabilidades que tal puesto conlleva. **(p. 433)**

V. Cuarta hipótesis: En el tipo de lo injusto de la comisión por omisión existe una relación de causalidad, pero no es hipotética

1. El fundamento de este quinto enunciado es que la causalidad hipotética no puede tener cabida en un Estado de Derecho por constituir una presunción en contra del reo³⁹. Si la causalidad hipotética significa que una omisión será causa de un resultado si, de haberse actuado, éste desaparecería con una probabilidad rayana a la certeza⁴⁰, ello no ofrece certeza de que el resultado sea consecuencia del comportamiento omisivo⁴¹. Y aquí hay que invocar la opinión de Gimbernat⁴², en el sentido de que si para los delitos comisivos se exige la seguridad de que el comportamiento haya causado el resultado y que éste sea objetivamente imputable a aquél, lo mismo hay que demandar en el ámbito de los delitos omisivos. Obviamente que este cometido no se puede alcanzar con la causalidad hipotética, ya que según su propia definición, ella es una mera presunción y en los casos en que se afirma nunca se podrá demostrar certeramente la causalidad. Así se demuestra con el siguiente ejemplo: Si un médico, obligado a ello, no suministra al paciente bajo su custodia el fármaco que lo mantiene con vida, y éste muere, según la causalidad hipotética existirá una causalidad pues si el médico hubiera actuado, es casi seguro que el paciente no hubiera muerto. Pero tal afirmación es de imposible comprobación, pues es imposible demostrar que de actuar el médico el paciente no hubiera muerto, por la simple razón de que el comportamiento del médico que en este ejemplo constituye la premisa mayor de la causalidad hipotética (el haber suministrado el fármaco) no existió. Todo lo que venga después no deja de ser una presunción.

2. La teoría de la disminución del riesgo, por su parte, indica que habrá de imputarse el resultado en tanto en cuanto la acción no realizada hubiera **(p. 434)** disminuido el peligro conducente a la lesión de un bien jurídico⁴³. La doctrina que participa de esta fórmula la ejemplifica afirmando que el médico

³⁸ Jakobs, 1995, 29/29.

³⁹ Así, entre otros, Gimbernat, 1994, pp. 56 y 57; el mismo, 1999 b, pp. 539 y ss. y Quintero Olivares, 2000, pp. 372 y 373.

⁴⁰ Que es, según Bacigalupo, 1997, p. 431, doctrina dominante.

⁴¹ Algunos autores intentan solventar este problema recurriendo luego a los criterios de la imputación objetiva, así, Muñoz Conde/García Arán, 2000, p. 277; Mir Puig, 1998, L. 12/18 ss.; Torío López, 1984, p. 701; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, 1999, pp. 206, 207 y 231 y Romeo Casabona, 1994, p. 46.

⁴² Gimbernat, 1994, pp. 30 ss.

⁴³ En esta línea, Rudolphi, 2000, Vor § 13 n.m. 16; Stratenwerth, 2000, § 13 n.m. 54 ss; Gómez Benítez, 1984, p. 602; Torío López, 1984, p. 701; Bajo Fernández, 1993, p. 11.

debe abstenerse de iniciar aquella operación en la cual es seguro que el paciente morirá, pero igualmente debe abstenerse cuando la posibilidad de que salga con vida es del 50% o sólo de un 10%⁴⁴. Así, el delito de homicidio no podría ser imputado en comisión por omisión si el médico no opera cuando la posibilidad de éxito es del 50% o menor, pues en este caso la operación no disminuiría el riesgo de muerte del paciente. Esta forma de proceder, que encuentra su origen en la teoría del incremento del riesgo que para los delitos imprudentes de acción propuso Roxin, no puede ser suscrita, dado que no sólo atenta contra el principio in dubio pro reo, sino que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro⁴⁵. En efecto, en tanto que la disminución del riesgo de que se produzca el resultado no es lo mismo que evitar que éste se produzca, en aquellos casos en los que sólo se pueda determinar certeramente que el sujeto, de haber actuado, hubiera disminuido el riesgo, pero no se tenga plena certeza de que hubiera evitado el resultado, se estaría condenando, ante tal duda, con arreglo a la posibilidad menos favorable, y se sancionaría no por la lesión del bien jurídico, sino por haberlo puesto en peligro al no haber disminuido el riesgo.

3. Con base en la metodología propuesta por Gimbernat⁴⁶, hay que reconocer que en los delitos imprudentes de acción se crea (o se incide en) un foco de peligro que, ab initio, puede ser lícito, pero que será por lo general ilícito y que a consecuencia de la acción rebasa el límite de riesgo permitido hasta convertirlo en uno prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. En los delitos imprudentes omisivos tendrá que seguirse el mismo razonamiento, con la salvedad de que el foco de peligro habrá de ser preexistente. Acorde con ello, si la existencia y manipulación de focos de peligro se encuentra autorizada en tanto se mantengan por debajo de un determinado nivel de riesgo, y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar que dicho límite se rebase, funcionalmente existirá una equivalencia entre la desestabilización de dicho foco que se lleva a cabo por una acción que en él incide trocando el nivel (**p. 435**) del riesgo de permitido a prohibido, y la desestabilización que ocurre a resultas de una omisión al no aplicarse, en contra de lo normativamente previsto, la medida de precaución cuya observancia posibilita mantener la actividad que se desarrolla dentro de los márgenes del riesgo permitido. En los delitos dolosos de acción sucede lo contrario. El grueso de estos delitos consisten en la creación de un riesgo ab initio prohibido y que posteriormente desencadena en un resultado típico. Menos frecuentes son los casos en los que el sujeto desestabiliza un foco de peligro preexistente lícito, transformándolo en uno prohibido. Con arreglo a todo ello, en los delitos de comisión por omisión se tendrá que exigir la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro preexistente, éste haya desembocado en un resultado típico.

Especialmente crítico frente a esta postura se ha manifestado Bacigalupo, quien entiende que «la tesis de Gimbernat tiene un punto de partida discutible: la omisión de impedir que el riesgo permitido se convierta en no permitido no garantiza la seguridad de la causalidad de comportamiento omitido, pues siempre se trata de lo mismo: ¿cómo es posible saber si la realización de la acción omitida hubiera impedido el resultado, causado por la fuente de peligro, no por la omisión?. [...] es seguro que una fuente de peligro (activo) ha producido el resultado pero con ello no se dice nada todavía sobre la seguridad causal de la acción omitida»⁴⁷. Personalmente considero que no se trata de determinar si la acción omitida hubiera impedido el resultado que causa la fuente de peligro, pues eso es simple y llanamente imposible de demostrar, sino de establecer que la omisión crea el riesgo típico, lo cual se logra a través de un juicio normativo. Luego, tal cual se procede en el ámbito de los delitos comisivos, habrá que establecer la relación de causalidad y acotarla con los criterios de la imputación objetiva. Esta causalidad vincularía el resultado con su origen: la fuente de peligro, la cual se desestabiliza, normativamente, debido al comportamiento omisivo.

Esta teoría del incremento del riesgo es, confrontada con la causalidad hipotética y la disminución del riesgo, desde mi punto de vista, la que mayores garantías ofrece. Ella indica que en los delitos de resultado que se comenten en comisión por omisión se ha de exigir la seguridad de que a consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro por inactividad, éste (**p. 436**) haya producido el resultado. En esta línea de argumentación, en la comisión por omisión habrá que establecerse, en un primer momento, si se ha creado el riesgo típico a través de la no adopción de las

⁴⁴ Rudolphi, 2000, previo al § 13 n.m. 16.

⁴⁵ Schünemann, 1975, p. 655; Jakobs, 1997, 29/20 y Gimbernat, 1999, p. 426.

⁴⁶ En lo que si sigue, Gimbernat, 1999, pp. 428, 429, 432 y 433 y anteriormente en 1994, pp. 39 y 40.

⁴⁷ 1999, p. 431.

medidas de control que se requieren para mantener estable el foco de peligro o, en terminología de Silva Sánchez, si no se ha actuado como barrera de contención del riesgo⁴⁸. Ello sería el desvalor de acción. En un segundo momento habrá que imputar objetivamente el resultado; y no se trata de que éste sea imputado al omitente por el mero hecho de haber elevado el riesgo, o si se quiere, por haber aumentado las probabilidades de producción del resultado. Al contrario, se le imputa porque con su omisión ha desestabilizado con seguridad el foco de peligro cuya estabilidad asumió, y a consecuencia de dicha desestabilización la actividad de riesgo del foco de peligro ha superado la frontera del riesgo permitido, encontrándose en relación causal con el resultado. De todo esto se deduce que la omisión causa, con seguridad, el resultado⁴⁹.

Esto se aprecia cuando el encargado de elevar la barrera de seguridad que protege la calzada contra el paso del tren omite hacerlo, y el tren colisiona, por ejemplo, con un auto, produciéndose lesiones y muertes. La omisión del encargado es la que con seguridad ha creado un riesgo típico, y las lesiones y muertes son producidas con seguridad a consecuencia de aquella situación de peligro. El control de la causa del resultado (controlar la barrera de protección) es una actividad que corresponde al omitente, es decir, él tenía el dominio de esa fuente de peligro y la obligación de mantenerla estable a través de la adopción de las medidas de seguridad pertinentes (bajar la barrera de protección). Lo mismo sucede en el caso del médico al que anteriormente se hizo alusión. Si él no inicia la operación y el paciente muere, habrá que determinar si esa omisión crea un riesgo típico y la muerte del paciente se produce a consecuencia de ello. Y para determinar si se ha creado un riesgo típico resulta irrelevante si sólo hay un 50% o 40 % de probabilidades de éxito, sino que hay que estar a la necesidad de la operación, a la gravedad de la enfermedad, etc. Así, aun cuando el riesgo quirúrgico sea elevado y sólo exista un 5% de probabilidades de éxito en la operación, el médico debe intervenir si la situación del paciente es grave (metástasis). (p. 437)

4. Si se acepta lo dicho en este apartado, habrá que proceder de la misma manera respecto al hecho de que el ámbito de los delitos dolosos de comisión por omisión es, en realidad, más reducido de lo que se cree, ya que quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados, en su caso, como una omisión propia (omisión pura), todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de la fuente de peligro (que en es sino la actividad o proceso que causa el resultado) y el resultado se produce por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, porque nadie estaba encargado de vigilar un ex ante inexistente foco de peligro. De ahí se sigue que en los delitos de comisión por omisión la asunción del control de la causa del resultado habrá de ser, por lo pronto, posterior a la situación de riesgo o, en otras palabras, ulterior a la existencia del foco de peligro. No sólo porque aquél está referido a ésta, sino porque la omisión de control sobre la causa del resultado es predicable únicamente respecto a quien tiene el dominio para poder mantener estable el foco de peligro. De ahí que se haya afirmado con certeza que en la comisión por omisión la situación de peligro se encuentra perfectamente controlada hasta que la comienza la omisión⁵⁰. Esta idea es perfectamente compatible con aquella otra anteriormente afirmada⁵¹, en virtud de la cual el comportamiento omisivo, al igual que el comportamiento activo, ha de ser el que aumenta el riesgo.

VI. Quinta hipótesis: La incorporación voluntaria del control de la causa del resultado al ámbito de dominio personal como presupuesto de la responsabilidad en comisión por omisión

En el aparato IV he intentado poner de relieve que la desestabilización de la fuente de peligro es la causa del resultado. Ahora me interesa analizar que la imputación de un delito en comisión por omisión requiere que el sujeto haya controlado la causa del resultado, o que sea exigible que lo hubiera hecho.

1. ¿Qué es una causa del resultado?

1. La «causa del resultado» es toda aquella actividad, proceso o suceso respecto al cual es

⁴⁸ Silva Sánchez, 1986, pp. 371 ss.

⁴⁹ Gimbernat, 1999 b, p. 539; el mismo, 1999 p. 423; Luzón Peña, 1990, p. 175; Díaz y García Conlledo, 1991, p. 206 y Silva Sánchez, 1997, p. 77.

⁵⁰ Luzón Peña, 1990, p. 175.

⁵¹ *Supra*, II.4.

posible afirmar que su evolución o desarrollo desencadena (p. 438) la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido. Así, la causa del resultado puede ser tanto un hecho de la naturaleza, una actividad mecánica, un comportamiento animal o uno humano y, en este último caso, puede ser del propio sujeto omitente o de un tercero. Por ejemplo: ante la inminencia de lluvias torrenciales o de un huayco, el personal encargado de articular las medidas de prevención (barreras de contención, evacuación de vecinos, etc.) ha de cumplir con su deber para evitar que se produzcan lesiones (hecho de la naturaleza); el empleado de una planta nuclear está obligado a controlar periódicamente que la energía que produce el reactor principal se mantenga dentro de los niveles de seguridad, o el dueño de un vehículo automotor está obligado a revisar periódicamente que la máquina se encuentre en buen estado antes de hacer uso de ella (actividad mecánica); el dueño de un perro al que pasea por la ciudad está obligado hacer uso de una serie de implementos de seguridad (bozal, correa) y a controlarlo para evitar que muerda a los transeúntes (comportamiento de un animal); la enfermera, de conformidad con el diagnóstico y la prescripción médica, se encuentra obligada a suministrar al paciente cada determinado lapso de tiempo un medicamento para mantenerlo estable, o la madre del recién nacido está obligada a procurarle alimentos y protección para evitar que muera o se enferme (comportamiento humano propio); y los padres de un menor, que si bien puede valerse por sí mismo, están obligados a cuidar de él y evitar que realice actividades de riesgo que le puedan producir lesiones a él mismo, o el encargado de vigilar a un energúmeno mental está en la obligación de hacerlo para evitar que éste lesione a terceros o se lesione a sí mismo (comportamientos humanos de terceros).

2. De los ejemplos anteriormente citados se desprende que los bienes jurídicos a los que pueden atañer la causa del resultado pueden ser determinados o indeterminados. Así, por ejemplo, el bien jurídico será determinado cuando se trata de proteger la integridad del hijo menor, o indeterminado en el caso del encargado de la planta nuclear, ya que una fuga de energía nuclear puede causar la muerte o lesiones de varias personas, daños al medio ambiente, etc.

Ciertamente que algunos de los ejemplos expuestos pueden ser igualmente tratados acudiendo a las clásicas fuentes de garante. Así, por ejemplo, se podría pensar que la madre está obligada a alimentar y proteger al recién nacido que no puede valerse por sí mismo en mérito a las obligaciones establecidas en el Derecho de familia, relativos a la patria potestad. Sin embargo, de conformidad con las ideas aquí expuestas, la existencia de tales (p. 439) obligaciones civiles es totalmente irrelevante para efectos de establecer la obligación de proteger un bien jurídico. Aún cuando éstas no existieran, la madre podría ser responsabilizada penalmente si su hijo muere a consecuencia de que ella no le procuró protección y manutención, pues él es una «fuente de peligro» (para sí mismo), en el sentido de que requiere protección y ayuda para sobrevivir⁵². La asunción del control de la causa del resultado, en este caso, no viene generada por el hecho de que el Derecho de familia haya regulado positivamente tal obligación, sino por el hecho de haber gestado a un hijo, asumiendo, luego, y a consecuencia de tal acto, la obligación de protegerlo. Sucede lo mismo con el caso del médico, en donde a pesar de que exista un contrato entre éste y el hospital para el que labora, y entre el centro médico y el paciente, su deber de cuidar de la «fuente de peligro» paciente no se deriva de esos contratos, sino del hecho de desempeñarse libremente y voluntariamente como médico del paciente y asumir las consecuencias que tal puesto de trabajo conlleva.

2. ¿Cómo se asume el deber de control de la causa del resultado?

1. El foco de peligro tiene que preexistir a la omisión que lo desestabiliza, puesto que de otra manera sería imposible asumir el deber de contener el riesgo. En otras palabras, y con un ejemplo, la obligación de pagar tributos a la Hacienda Pública es previa a su omisión. Cualquier persona puede pues iniciar cualquier actividad de riesgo, puede configurar su esfera de competencias según su parecer; pero estará autorizado para obrar así siempre y cuando mantenga el nivel de riesgo propio de la actividad que realiza dentro de los límites de permisión. De ahí se deduce el deber de vigilar los focos de peligro a priori peligrosos que la actividad genera.

2. En los casos de los riesgos sobrevenidos, la asunción del deber de controlar la causa del resultado se produce en el momento en que éstos surgen y se manifiestan, y el sujeto, a pesar de ello, continúa con la actividad que le dio origen, incorporándolos a su esfera de competencias. En mérito a ello, la asunción del deber de controlar la causa del resultado (o si se prefiere, de mantener estable la fuente de peligro) no tiene porqué estar condicionada a la existencia de un acto formal y

⁵² Gimbernat, 1994, p. 59.

expreso de aceptación de tal deber, sino que puede estar representada por el hecho de continuar las actividades **(p. 440)** que dieron origen al foco de peligro (lo que sería, si cabe el término, una aceptación de facto). Con esto se garantiza que no se excluya la responsabilidad en comisión por omisión en aquellos supuestos en los que se ha asumido el deber de proteger bienes jurídicos frente a situaciones de peligro de posible producción en el futuro⁵³.

Pueden presentarse casos en los que el sujeto desarrolle su actividad y, sin darse cuenta y sin posibilidad de hacerlo⁵⁴, surjan focos de peligro que, llegado el momento, se desestabilicen vulnerando bienes jurídicos sin que exista posibilidad alguna de control. La solución pasaría por admitir que si ha existido posibilidad de contener el riesgo por parte de quien objetivamente asumió dicha función, entonces éste responderá penalmente en comisión por omisión, dolosa o imprudente, según sea el caso, por no haber actuado como tenía que hacerlo⁵⁵; aunque si no era exigible que se percatase del surgimiento del riesgo, ni siquiera habría imprudencia. Habrá que estar pues a la posibilidad que tuvo el sujeto de percibir el surgimiento y existencia del riesgo sobrevenido en el lapso de tiempo computable desde que asumió o actualizó el deber de garante hasta que el riesgo se hizo objetivamente incontrolable. No se propone, entonces, imputar responsabilidad penal en comisión por omisión por aquello que no se tiene capacidad de evitar, sino por haber desestabilizado un foco de peligro cuya contención se asumió, y se tuvo oportunidad de controlar.

Ciertamente que el análisis de los riesgos sobrevenidos escapa al cometido que se pretende abordar cuando se analiza el momento en que se asume el deber de garante. Basta, por eso, por ahora, con señalar que el deber de garante de quien inicia una concreta actividad implica el deber de ejercer una serie de medidas sistemáticas de control, con arreglo a las cuales se ha de prevenir el surgimiento de nuevos riesgos que sobrevengan en el desarrollo de la referida actividad. Luego, si surgen nuevos riesgos, el hecho de seguir realizando la actividad no es sino el acto en cuya virtud se acepta el deber de garante frente a éstos. **(p. 441)**

4. No interesa tanto el título en cuya virtud se asuma el compromiso de contener el riesgo para el bien jurídico, ni las formalidades que lo rodeen, sino que efectivamente se asuma. Acorde con esto, resulta irrelevante si uno mismo configura su esfera de organización (competencia por organización) o si ésta se encuentra previamente configurada (competencia institucional); lo importante es la incorporación voluntaria del deber de controlar la causa del resultado en la esfera de organización. Esta idea adquiere relevancia en el ámbito de la criminalidad empresarial y, especialmente, en el de la responsabilidad funcional de la Administración Pública, si se considera que muchos de los deberes de los empresarios y funcionarios públicos son «deberes en virtud de competencia institucional». En efecto, los deberes institucionales, a diferencia de los que se derivan de la competencia por la propia organización, se encuentran preestablecidos ad-hoc para cada rol (por ejemplo, funcionario público que tiene que emitir un informe sobre una solicitud de edificación, miembro de un Consejo de Administración de una sociedad mercantil, etc.), y, como tales, vienen impuestos por la regulación vigente. Pero es cierto también que cada cual asume el estatus que desempeña de manera libre: a nadie se le obliga, por ejemplo, ser Juez o Fiscal; o dicho en otras palabras: a nadie se le obliga realizar los actos que conllevan la asunción del estatus «Juez» o «Fiscal» (aprobar el concurso de méritos correspondiente).

En mérito a ello, en tanto en cuanto se haya aceptado desempeñar dicho cargo de manera voluntaria, o se hayan realizado voluntariamente los actos que los generan, se ha de entender que los deberes que trae aparejados se incorporan voluntariamente a la esfera de organización del sujeto. El acto de asunción del control de la causa del resultado genera pues que la indemnidad del bien jurídico protegido dependa del sujeto que asume dicho deber⁵⁶. Y aquí hay que apuntar que cuando el sujeto incorpora en su esfera de competencia los deberes propios del cargo, impide, por lo general, que otros puedan hacer lo mismo. No se trata sin embargo, como podría pensarse, de la posibilidad fáctica de salvación del bien jurídico, sino de que exista una dependencia personal traducible en que

⁵³ Vid, Silva Sánchez, 1986, p. 370; el mismo, 1988, p. 377 y Gracia Martín, 1995, p. 704.

⁵⁴ El darse cuenta y continuar con la actividad equivaldría, conforme a lo dicho, a asumir la función de contener el riesgo.

⁵⁵ Es esta una idea que se deriva de postulado que indica que sólo se podrá hacer penalmente responsable en comisión por omisión a quien tiene la capacidad de controlar el riesgo. Entre otros, Quintero Olivares, 2000, p. 378.

⁵⁶ Schünemann, 1979, p. 232 y ss., 241 y ss. y Mir Puig, 1998, L. 12/38, 12/39 y 12/47.

la indemnidad del bien jurídico cuyo peligro se ha creado quede efectivamente en manos del sujeto⁵⁷. (p. 442)

5. Cuando la situación del riesgo no es creada por el sujeto, pero él asume el deber de controlarla, pueden también presentarse casos de comisión por omisión. Esto ocurre cuando la situación se encuentra previamente organizada y el sujeto realiza un acto personal de incorporación de esa situación a su esfera de dominio personal⁵⁸. Así, por ejemplo, en el caso anteriormente apuntado del encargado de controlar que el nivel de radiación del reactor nuclear no sobrepase el límite permitido, no se puede decir que él ha creado la situación de riesgo, pero él sí la ha incorporado a su esfera de organización mediante su desempeño como responsable de la planta nuclear. Lo mismo sucede en el ámbito empresarial, con el mecanismo de la delegación, pues aquí es claro que el sujeto que originalmente organiza la actividad empresarial no puede encargarse personalmente de controlar todos los riesgos que la actividad desencadena, y tiene que recurrir a terceras personas para confiarles dicha función.

3. El comportamiento precedente como acto en mérito del cual se asume el control de la fuente de peligro

1. La consecuencia inmediata de las ideas anteriormente vertidas es que la incorporación del proceso causal que desencadena la lesión del bien jurídico penal, o lo que es lo mismo, el deber de controlar la fuente de peligro, puede siempre ser visto como un comportamiento precedente. En efecto, si se entiende que el hombre es parte de una sociedad y como tal su comportamiento, directa o indirectamente, repercute en el resto de los hombres con los cuales se relaciona, el comportamiento precedente es aquel comportamiento lícito a través del cual una persona responsable realiza voluntariamente actos determinantes que inequívocamente configuran normativamente su esfera de competencia, y que se constata en un momento anterior a la perturbación del bien jurídico. Así, comportamiento precedente puede ser tanto la asunción de un determinado estatus, con la consiguiente asunción de los deberes que tal cargo trae aparejados o el iniciar una determinada actividad. Ejemplo de lo primero es el funcionario público, que está obligado a actuar por determinados deberes propios del cargo de funcionario público que libremente ha aceptado; mientras que ejemplo de lo segundo es el empresario que inicia una actividad productiva y tiene que asegurarse de cumplir con las medidas de seguridad vigentes. (p. 443)

2. El comportamiento precedente tiene que representar una ocasión de riesgo⁵⁹, en el sentido de que la causa del resultado tiene que tener algún peligro para algún bien jurídico penalmente protegido; de otra manera todo comportamiento humano podría ser visto como la asunción de un deber de cautelar una fuente de peligro. Así, por ejemplo, no se puede afirmar que el comprar un chocolate sea un comportamiento precedente que conlleve la asunción del deber de controlar una causa del resultado, pero sí lo es el comprar una pistola, pues el comprador deberá asegurarse, por ejemplo, de no dejarla al alcance de sus menores hijos. Además, por lógica consecuencia, el comportamiento precedente debe concurrir en un momento previo a la lesión del bien jurídico, pues de otra forma no se podría explicar que el sujeto tuviera el deber (que al final incumple) de controlar la fuente de peligro cuya inestabilidad es la que origina el proceso causal que termina en la lesión del bien jurídico.

3. Con relación a si el comportamiento precedente ha de ser doloso o imprudente, entiendo que habrá de participar de las características que permitan imputarlo a una persona. Y la razón de esto gravita en que la situación de riesgo que se crea a consecuencia del comportamiento precedente no fundamenta por sí sola la responsabilidad penal en comisión por omisión, sino que simplemente se exige al sujeto que ha creado la situación de riesgo que asuma el deber de vigilar la estabilidad de dicho foco de peligro impidiendo que éste se desestabilice y logre perturbar bienes jurídicos penalmente protegidos. Pero para que sea exigible tal obligación, el comportamiento precedente de donde surge el foco de peligro, o a partir del cual se incorpora al ámbito de dominio personal un foco de peligro ya existente, habrá de poder ser imputable al sujeto, puesto que de otro modo no existirá título alguno con arreglo al cual identificar a quién compete el deber controlar la causa del resultado: quien se ha mantenido ajeno a la creación de un riesgo no tendrá por qué asumir el deber de

⁵⁷ Mir Puig, 1998, L. 12/38.

⁵⁸ Gracia Martín, 1995, p. 702

⁵⁹ Próximo, Mazuelos Coello, 1995, p. 102.

controlar riesgo alguno, pero aquella persona cuyo comportamiento ha creado un foco de peligro no tiene por qué exonerarse de su cuidado. En mérito a ello, el comportamiento precedente tiene que ser, como mínimo, conciente y voluntario (en los términos del concepto de acción jurídico-penal). No son comportamiento precedente los hechos fortuitos⁶⁰, pues en ellos no es posible afirmar jurídico-(p. 444) penalmente que haya sido el sujeto omitente quien ha creado la situación de riesgo⁶¹, pero sí se incluyen casos de fuerza mayor y, por supuesto, los de dolo e imprudencia⁶². No obstante, debe precisarse que en los casos de hechos fortuitos, como puede ser, por ejemplo, un desastre natural, el comportamiento precedente puede estar dado por la ostentación de un cargo que se ha asumido previamente, por ejemplo, de policía o bombero, pues los deberes que tales cargos implican son, entre otros, actuar de determinada manera ante casos de desastres naturales.

4. El comportamiento precedente tiene que ser lícito, pues en caso de que se trate de un acto antijurídico no sería ya posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la causa del resultado, pues riesgo de la fuente de peligro sería ya típico. Si el comportamiento precedente fuera ilícito -como mayoritariamente se acepta en la doctrina- ello significaría que el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más. Esto sería sin sentido desde la óptica de la argumentación que sigo, puesto que el comportamiento precedente no es más que la asunción del deber de mantener estable una fuente de peligro, de donde se sigue que sólo podrá incurrirse en responsabilidad penal en comisión por omisión cuando, habiendo asumido previamente el deber de controlar la fuente de peligro, se haga caso omiso de tal obligación y la fuente se desestabilice lesionando un bien jurídico. Por ejemplo, no se puede decir que quien atropella a un peatón y lo deja herido en la calle, muriendo luego, haya cometido un homicidio en comisión por omisión porque asumió, por su comportamiento precedente (el atropellar), la obligación de evitar tal resultado de muerte del peatón.

La profundización en el análisis de este último caso, que en doctrina se reconoce como ejemplo de homicidio en comisión por omisión por ingerencia o comportamiento precedente, nos puede dar luces sobre cuál ha de ser la interpretación de la ley peruana. Si A atropella imprudentemente a B causándole lesiones y luego lo deja abandonado en la calle a sabiendas de que puede morir, lo que a fin de cuentas ocurre, se dice que hay homicidio doloso en comisión por omisión, pues se trataría de un supuesto de ingerencia al haberse creado un riesgo (atropellar imprudentemente) y haberse omitido (dolosamente) la obligación de evitar el resultado al no prestarle (p. 445) ayuda. Así, el homicidio subsumiría a las lesiones. Yo afirmo que no hay homicidio en comisión por omisión, pues la omisión se da cuando el riesgo era ya típico, tanto así que había ya lesiones imprudentes. Luego, al ser el riesgo ya típico, no puede haber una obligación de evitar que éste se convierta en prohibido, pues ya lo es; y la cuestión de si puede haber un deber de disminuirlo es irrelevante, ya que en este caso se afirmaría la responsabilidad penal por no haber restituido una situación a su estado previo, lo cual muchas veces será materialmente imposible (pues es imposible que el chofer revierta las lesiones del atropellado). Esta restitución a la situación anterior es ilógica desde que la responsabilidad penal es por crear riesgos o no controlarlos, y no por no disminuirlos. La explicación cronológica de los sucesos que componen el ejemplo, de conformidad con el art. 13 CP, y que permite plasmar las hipótesis aquí desarrolladas, consiste en que:

A. El conducir un vehículo es un comportamiento lícito, que como tal no representa problemas; pero a mismo tiempo es un comportamiento de riesgo, es decir, quien conduce un vehículo asume libre y voluntariamente el deber de manejar con prudencia, respetando las señales de tráfico, etc. En otras palabras, incorpora a su esfera de competencias el deber de actuar de manera tal que no lesione bien jurídico alguno con su actividad automovilística.

B. El atropellar al peatón es el comportamiento que eleva el riesgo a niveles típicos (en tanto se acepte que el manejar es ya un riesgo pero permitido), y del cual se derivan las lesiones comisivas imprudentes. A partir de aquí se observa ya una consecuencia importante de conformidad con los postulados adoptados en este trabajo, cual es que lo que venga después no puede ser imputado a título de comisión por omisión, pues el riesgo típico ya existe, y como se ha dicho, en la medida en que comisión por omisión y comisión son idénticos, ambos tienen que haber incrementado el riesgo.

C. El acto de abandonar y de no prestar ayuda al sujeto a quien se ha herido, como se ha dicho,

⁶⁰ También, Bacigalupo Zapater, 1997, pp. 434 y 435.

⁶¹ Así, Mir Puig, 1998, L. 12/66.

⁶² Próxima, Huerta Tocildo, 1997, pp. 45 y 46.

no puede ser comisión por omisión, pues no es el comportamiento que crea el riesgo. Lo único que se puede decir de él es que incrementa un riesgo ya típico a un riesgo igualmente típico, pero que en modo alguno crea un riesgo. Es decir, no se trata de un homicidio en comisión por omisión. La lógica indicaría, entonces, que la única omisión que puede haber sería una que no requiera que se aumente el riesgo a niveles típicos. Y así, el hecho de no prestar ayuda a la persona a quien se ha puesto en peligro está ya tipificada en el art. 126 CP («el que omita prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en **(p. 446)** peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años»).

D. ¿Es que acaso la muerte del peatón no puede ser imputada al chofer? Sostengo que sí, pero no mediante comisión por omisión sino, únicamente, por una no evitación del resultado por el garante. En efecto, si se entiende que la posición de garante del chofer es la de «haber creado un peligro que fuere propio para producirlo» (lo cual hizo con el atropellamiento), se puede vincular esta acción con la muerte e imputar así el resultado. Pero esta imputación del resultado no será idéntica a la que se produciría en una comisión por omisión, pues aquí lo que se reprime no es la lesión de un bien jurídico a consecuencia de la creación de un riesgo prohibido representado en la desestabilización de un foco de peligro cuya estabilidad se asumió, sino, simplemente, el no haber evitado un resultado, cuando se podía evitar, que se genera a consecuencia de un riesgo anterior al comportamiento omisivo.

Si a esto se le quiere denominar homicidio vía no evitación del resultado por el garante, o simplemente no evitación del resultado muerte por el garante, es algo que ahora me parece secundario. Lo que sí me interesa dejar sentado es que no puede tratarse de una comisión por omisión, y que siendo el resultado que no se evita la muerte, la pena a imponer tendrá que computarse a partir del delito de homicidio.

E. En suma, mi valoración penal para este caso sería: no hay delito de homicidio en comisión por omisión; pero hay concurso ideal entre lesiones imprudentes del art. 124 CP, omisión de socorro del art. 126 CP y homicidio en la modalidad de no evitación del resultado por el garante (arts. 13 y 106 CP).

4. Con esto nada se ha dicho todavía sobre la responsabilidad penal, ya que el comportamiento precedente es solamente el acto en mérito del cual el sujeto asume el deber de controlar la causa del resultado, y la responsabilidad penal se origina cuando el sujeto omite sus deberes de control y lesiona algún bien jurídico. **(p. 447)**

VII. Interpretación alternativa del art. 13 CP

1. *La incongruencia gramatical del art. 13 CP*

1. El sujeto a quien se reprime por un comportamiento omisivo en virtud del art. 13 CP, según la propia letra de la ley, ha de haber «omitido impedir la realización del hecho punible». La conjugación de estos tres verbos en la redacción del precepto, lejos de aclarar la situación, la complica en demasía, puesto que si bien queda claro que es perfectamente posible sancionar como autor en comisión por omisión a quien no evita la realización de un hecho punible que realiza activamente un tercero —quien a su vez puede ser reprimido como autor activo del mismo delito—, resulta más complicado imaginar un supuesto en que el omitente pueda ser sancionado, a la luz de la literalidad del art. 13 CP, cuando el hecho punible se realiza sin mediar intervención de un tercero, sino que es el mismo omitente el que lleva a cabo el comportamiento que lesiona el bien jurídico. Esto se presentará, por ejemplo, cuando la fuente de peligro sea una actividad mecánica o un procedimiento, o cuando la fuente de peligro sea la misma persona que omite. Por ejemplo, el encargado de vigilar a un energúmeno que lesiona a un tercero omite impedir la realización del hecho punible, pero no se puede decir lo mismo cuando el médico no suministra el medicamento al paciente, o cuando el encargado de controlar los rieles ferroviarios omite adecuarlos ante la proximidad de dos trenes, produciéndose la colisión de ambos con resultado de muerte y lesiones para los pasajeros, pues en estos dos últimos casos resulta difícil hablar de que el sujeto ha omitido impedir la realización del hecho punible, al haber sido él mismo quien lo ha realizado mediante un comportamiento omisivo. Esta situación se habría podido evitar si se hubiera entendido que si alguien es sancionado por la perpetración de un delito de resultado mediante un comportamiento omisivo, es porque él mismo lo ha realizado omisivamente.

Iguales complicaciones gramaticales se originan por el hecho de que el legislador ha echado mano

de la locución «hecho punible», puesto que ello significa que para sancionar en mérito del art. 13 CP tiene que haber un hecho antijurídico, culpable y punible, pues eso significa «hecho punible». Lo grave de esto es que si se tiene en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, resulta que la única posibilidad de admitir que un sujeto omita impedir la realización del hecho punible, o lo que es lo mismo, el único supuesto de hecho que tendría cabida en el art. 13 CP, es cuando el «hecho punible» lo (p. 448) realiza un culpable a quien se le impone una pena. Se dejarían pues fuera del alcance del art. 13 CP no sólo aquellos supuestos anteriormente anotados, en los que no media la intervención de un tercero, sino también aquellos en los que el tercero es un sujeto no culpable o uno que, por las razones que fueran, no recibe pena alguna (excusa absolutoria, reserva del fallo condenatorio, etc.).

2. De todo esto se desprende que ante tal aberración gramatical sólo cabe interpretar que cuando el art. 13 CP dice «hecho punible» se ha de entender hecho previsto como delito; y que cuando se refiere a «omitir impedir la realización del hecho punible» ha de interpretarse que el omitente es quien realiza, él mismo, el hecho antijurídico. Ciertamente que es esta una interpretación que podría verse reñida con el principio de legalidad y la prohibición de la analogía in malam partem. Cabe pues la modificación del precepto en el sentido de que establezca «hecho previsto como delito», tal como se procede en el art. 77 CP para las medidas de seguridad.

2. El art. 13 CP como cláusula declarativa de la comisión por omisión y constitutiva de la no evitación del resultado por el garante

1. Según lo visto hasta ahora, el art. 13 CP cumpliría una función meramente declarativa en cuanto a la comisión por omisión. En efecto, si se acepta que la comisión por omisión se desprende directamente de los tipos de la parte especial que pueden ser realizados tanto por activa como por pasiva, la lógica obliga a aceptar que no es necesario el art. 13 CP para otorgar relevancia penal a la comisión por omisión⁶³. En, todo caso, lo que no se puede negar es que, guste o no, es el art. 13 CP el que ha pretendido regular la comisión por omisión. Pero su propia literalidad permite mantener las ideas que aquí he intentado desarrollar: por un lado, la asunción del compromiso de controlar la causa del resultado (que pueden ser siempre reconducida al comportamiento precedente) estaría regulada en numeral primero del art. 13 CP («si se crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo»), mientras que la identidad valorativa de la comisión por omisión con el comportamiento activo que realizan el mismo delito, queda plasmada en el numeral segundo del art. 13 CP, en cuanto establece que «la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer». La (p. 449) pena, en los casos de comisión por omisión, como se vienen insistiendo a lo largo de este trabajo, no deberá ser disminuida.

2. Por el contrario, el art. 13 CP cumple una función constitutiva para los supuestos de no evitación del resultado por el garante, ya que si no existiera este art. 13 CP, tales hipótesis serían atípicas al no derivarse directamente de los tipos de la parte especial. Luego, las características del tipo de la no evitación del resultado vienen dadas por el art. 13 CP.

Podría objetarse a este postulado que los casos de no evitación del resultado por el garante serían incompatibles con el principio de legalidad, pues no se encuentran expresamente previstos en los tipos de la parte especial, sino que, según lo que aquí se propone, serían el resultado de mezclar un tipo de la parte especial que pueda realizarse tanto por acción como por omisión con el art. 13 CP. No obstante, a esta eventual crítica cabría oponer que no se violenta el principio de legalidad cuando es a partir de los preceptos del Código Penal que se establece la conducta típica. Y que cuando se procede de tal manera no se crean tipos, sino que se delimitan. El Derecho Penal conoce ya casos como este: por ejemplo, los tipos de la parte especial son tipos de autoría, pero para castigar a los colaboradores hay que recurrir al art. 25 CP y deducir, a partir de una interpretación entre estos artículos y el tipo de autoría de la parte especial, cuál es la conducta por la que se reprime al partícipe; o cuando se reprime por un delito en grado de tentativa, pues en este caso, a pesar de que no se realiza completamente el tipo de la parte especial, sino que sólo se inicia la ejecución, se reprime a consecuencia de interpretar el art. 16 CP con el tipo de la parte especial.

Otra cosa distinta es que se cuestione desde un ángulo político-criminal la conveniencia de que existan delitos de no evitación del resultado por el garante, pues se podría pensar que la voluntad del legislador, lejos de querer que en el Código Penal convivan tres modalidades de delitos omisivos (comisión por omisión, no evitación del resultado por el garante y omisión pura) fue la de acotar el ámbito de punición de las omisiones, al establecer en el art. 13 CP los requisitos para que un

⁶³ *Supra* III.

comportamiento omisivo sea punible. Empero, frente a esto es dable aducir que no existe razón para que el legislador haya pretendido reducir el ámbito de punición de las omisiones, pues de ser así, la misma razón le impulsaría a hacer lo propio con los comportamientos activos. Es decir, no entiendo porqué el legislador habría tenido que preferir sancionar más comportamientos activos que omisivos. (p. 450)

3. Breves consideraciones sobre la no evitación del resultado por el garante

1. Aunque no es materia de este trabajo estudiar la no evitación del resultado por el garante, me interesa ofrecer algunas ideas al respecto, con el único objetivo de diferenciarla de la comisión por omisión. En el primer literal del art. 13 CP se hace mención a lo que en doctrina se conoce como «posiciones de garante» (Garantenstellungen). En buena cuenta, se describen situaciones en las que un sujeto se encuentra obligado a actuar con el fin de evitar la realización de un resultado penalmente relevante⁶⁴. Cuando se revisa la bibliografía nacional sobre el tema, se advierte que de manera unánime los autores, cuando estudian el art. 13 CP, se decantan por la teoría funcional o material de las posiciones de garante⁶⁵. En mérito a ella, se afirma que son fuentes de posiciones de garante el deber de protección de un bien jurídico y el deber de control de una fuente de peligro. Dentro de la primera, siguiendo la elaboración de Armin Kaufmann que goza del respaldo de una doctrina cualitativamente muy representativa, se contempla a las estrechas relaciones familiares, la asunción voluntaria y relaciones de comunidad. En la segunda tienen cabida la injerencia, el deber de control de una fuente de peligro en el propio ámbito de dominio y la responsabilidad por comportamientos de terceros.

2. Personalmente entiendo que hay que partir de lo que establece el art. 13 CP. Así, advierto que dicho precepto sólo contempla dos posiciones de garantes: el deber jurídico de impedir el hecho punible y la creación de un peligro inminente que fuera propio para producirlo. Luego, cualquier otra posición de garante que se quiera incluir en el art. 13 CP no tendrá respaldo normativo, o lo que es lo mismo, será analogía contra reo. Y esto no es desconocer el esfuerzo de la doctrina en materia de comisión por omisión, sino simplemente aceptar que en el Perú únicamente son típicas las posiciones de garante que la ley contempla (el deber jurídico y el comportamiento precedente). Lo que se impone entonces es la interpretación de la locución «deber jurídico de impedirlo» y «creación de un peligro inminente que fuera propio para producirlo». (p. 451)

A. El deber jurídico de impedirlo (el hecho punible)

1. Si el adjetivo «jurídico», que califica al sustantivo «deber», denota que éste «atañe al derecho o se ajusta a él»⁶⁶, una interpretación racional del término enseña que por jurídico puede entenderse todas las posiciones de garante que tengan un reconocimiento jurídico. Así, las posiciones de garante que la doctrina reconoce habrán de pasar por el «filtro» del art. 13 CP, dando como resultado que sólo aquellas que puedan ser vistas como contrato y ley, pues son estas las únicas formas jurídicas, podrán ser consideradas como fuentes de deberes de garante en el Derecho penal peruano. Esto, en realidad, presenta menos problemas de los que a primera vista podría pensarse, pues si el contrato es el acuerdo de voluntades y el término ley se interpreta en sentido amplio, incluyéndose a todas las normas jurídicas con independencia de su rango, luego la gran mayoría de supuestos de posiciones de garante según la teoría funcional quedarían cubiertos. Así, por ejemplo, el guía de la excursión alpinista tiene un deber de garante frente a los novatos, pero no por la llamada «relaciones de comunidad», o «comunidad de peligro», sino porque ha operado un acuerdo de voluntades en virtud del cual, por un lado, los novatos participan en la excursión confiados en que el guía los socorrerá de ser necesario y, por otro, el guía dirige la excursión y asume la obligación de socorrer a los novatos.

2. En la medida en que deber jurídico es todo aquel deber que atañe al derecho, se ha de entender también que tiene cabida en este extremo del art. 13 CP la promesa unilateral (arts. 1956 CC y ss.). No obstante, al igual que para el caso del contrato, aquí se ha de prescindir de las formalidades propias del Derecho civil⁶⁷. Por lo demás, el deber jurídico de impedir el hecho punible

⁶⁴ Stratenwerth, 2000, § 13 n.m. 7, 11, 14 ss.; Stree, 2001, § 13 n.m. 7 ss.

⁶⁵ Villavicencio, 2001, pp. 77 y ss; Peña, 1995, pp. 476 y ss; Hurtado Pozo, 1987, p. 351; Villa Stein, 1998, pp. 281 y ss.

⁶⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, 21 ed. tomo 2, 1992, p. 1214, primera acepción.

⁶⁷ Bacigalupo Zapater, 1997, pp. 435 y 536; Villavicencio, 2001, p. 78.

ha de ser un deber extra penal, pues si fuera penal no haría falta acudir al art. 13 CP para su represión, al constituir su violación, per se, delito.

B. Creación de un peligro inminente que fuere propio para producirlo (el hecho punible)

1. En este extremo del art. 13 CP suele la doctrina identificar a la posición de garante «injerencia». Y entiendo que es correcto este proceder. No obstante, hay que hacer la aclaración de que según el razonamiento de (p. 452) la doctrina mayoritaria el art. 13 CP sería redundante, pues en él se prescribe, por un lado, que el sujeto ha de tener el «deber jurídico» de impedir el hecho punible, y dentro de esta categoría se incluye al comportamiento precedente y, por otro lado, se señala, a renglón seguido, que se es garante por «crear un peligro que fuere propio para producir» el hecho punible.

2. La única forma de interpretar coherentemente el art. 13 CP, al menos desde los postulados de este trabajo, es entender que la injerencia en los casos de no evitación del resultado por el garante es la creación de un peligro ilícito, a consecuencia de lo cual se tiene la obligación de evitar los resultados que puedan sobrevenir. Aquí se advierte una diferencia con el comportamiento precedente, propio de la comisión por omisión, pues éste es la creación de un riesgo lícito. De no mantenerse esta diferenciación, con arreglo a la cual la injerencia en los supuestos de no evitación del resultado por el garante implica que el riesgo que se crea sea ilícito, no podría distinguirse entre comisión por omisión y supuestos de no evitación del resultado por el garante. Para evitar confusiones reservo la locución comportamiento precedente para los casos de comisión por omisión e injerencia para la no evitación del resultado por el garante.

Si se recuerda el ejemplo anteriormente analizado del chofer que atropella imprudentemente al peatón causándole lesiones, al que luego abandona y muere, se entiende que, según el razonamiento que sigo, no hay homicidio en comisión por omisión porque el riesgo típico es creado por un comportamiento activo (atropellar). Y se puede entender también que, como se dijo, se trata de un supuesto de no evitación del resultado (muerte) por el garante, pues el sujeto tiene una posición de garante (ingerencia) al haber creado un riesgo (ilícito) al atropellar al peatón, teniendo, entonces, la obligación de evitar el resultado (muerte).

3. Ciertamente que la doctrina interpreta el art. 13 CP de manera distinta. El grueso de los autores sostiene que aquí tienen cabida todas las posiciones de garante de la teoría funcional. Y me parece lógico que sea así, pues si parten de que no hay identidad entre el comportamiento activo y la comisión por omisión, y que es necesario que el sujeto a quien se sanciona en comisión por omisión detente una posición de garante, luego no sólo tienen que ubicar en el art. 13 CP las posiciones de garante, sino que tienen que interpretar dicho precepto de la manera más amplia posible, e incluir en él a todas las posiciones de garante para salvar eventuales lagunas de punibilidad.