

**SOBRE LA IDENTIDAD DE IMPUTACIÓN
A LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN**

José Antonio Caro John

*Al maestro José Hurtado Pozo,
con mi más rendido aprecio y reconocimiento*

SUMARIO: I. Planteamiento II. Des-ontologización del concepto de omisión 1. Del mero no-hacer hacia la cláusula de correspondencia 2. No necesidad de una cláusula de correspondencia III. Identidad normativa de acción y omisión 1. No distinción entre acción y omisión 2. Deberes de garante IV. Imputación subjetiva común a la acción y la omisión

I. PLANTEAMIENTO

Partamos con algunos ejemplos:

(1) a. La madre no amamanta a su hijo recién nacido y este muere a consecuencia de ello¹. b. El padre degüella a su hijo recién nacido porque este no lo deja dormir con sus llantos.

(2) El policía *P1* mira con indiferencia cómo su subordinado de patrulla *P2* extorsiona a unos transeúntes exigiéndoles dinero indebidamente, y no hace nada para impedirlo².

¿Castigamos con menor pena a la madre por el delito de parricidio (artículo 107 del Código Penal), porque a diferencia del padre no realizó el delito de forma comisiva, sino por omisión? ¿Castigamos más suavemente al policía *P1* por el delito de extorsión (artículo 200 del Código Penal) porque a comparación del policía *P2* no ejerció directamente la violencia requerida por la acción típica sobre las víctimas, habiéndose limitado tan solo a omitir su deber de garante?

¿A efectos de imputar responsabilidad penal a los autores mencionados necesitamos equiparar la omisión con una acción (o sea, si ellos hubiesen evitado activamente el resultado, este no se habría producido por ser portadores de un deber de evitación de resultados)?

Desde una perspectiva ontologista de la omisión, en cuya virtud la omisión tiene menor envergadura jurídica que la acción por no reunir el impulso y la energía exterior reconocible a la acción, la respuesta a las dos primeras preguntas sería afirmativa: tanto la madre como el policía *P1* se hacen acreedores de una condena atenuada porque la madre no imprime fuerza alguna para producir la muerte del recién nacido y porque el policía *P1* no violenta con energía a las víctimas. Lo sintomático de esta forma de solución es su parentesco con la regulación actual de la omisión contenida en el Código penal, concretamente en el artículo 13,

1 Caso clásico de la omisión impropia cuya referencia puede verse en el refinado estudio de la omisión de Castillo González 2007: *passim*, en especial: 25, donde da cuenta que este caso constituyó inclusive un supuesto de regulación del Digesto, con referencias a Paulus, 2 lib. sent. D. 25, 3, 4: «*Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abicit, et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*».

2 Este es un caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema (RN N. 2528-99-Lima, de 25 de agosto de 1999), donde se condenó como autor del delito de extorsión a un policía «por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole por ello el resultado lesivo perfectamente imputable».

último párrafo, que señala «*la pena del omiso podrá ser atenuada*». Si bien es cierto que esta atenuación en el Código penal es potestativa, también lo es que con ello se evidencia una estructura conceptual de tratamiento diferenciado de la acción y la omisión basada en el mero naturalismo con repercusión directa sobre la pena.

También de la mano de un pensamiento ontologicista habría que responder afirmativamente a la tercera pregunta, de que solo sería posible imputar a los padres y al policía sus respectivos delitos si la omisión llevada a cabo por ellos es convertida en un hacer positivo, porque siendo el parricidio y la extorsión delitos de resultado solo serían posibles de ser consumados de forma comisiva. Justamente avala este procedimiento de transformar la omisión en una comisión la denominada «cláusula de correspondencia»³ en virtud de la cual el omitente portador de un deber de garante será sancionado si su *omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer* (artículo 13, inciso 2 del Código Penal). Con esto, la omisión impropia solo podrá ser punible si encuentra un correlato con un hacer positivo.

Siendo este el estado de la cuestión, recientemente el anteproyecto de ley de reforma del Código Penal de 2009 trae como novedad la eliminación del último párrafo del artículo 13 del Código Penal referente a la atenuación de la omisión, lo que significa que si se cristaliza esta reforma en una nueva parte general, a partir de su vigencia la omisión será tratada por igual que la acción desde la óptica de la pena, toda vez que en un plano normativo acción y omisión expresan una unidad de sentido que excluye la posibilidad de un tratamiento punitivo diferenciado. Como respuesta a los casos planteados al principio entonces, según el anteproyecto, los padres que matan a su hijo recién nacido deberán concurrir en igualdad de condiciones ante la pena conminada del parricidio, lo mismo que los policías en relación con la pena prevista para la extorsión.

Ahora bien, de modo visible la eliminación de la oración «la pena del omiso podrá ser atenuada» del artículo 13 traída por el anteproyecto se encuadra claramente en la tendencia moderna hacia una des-ontologización de la omisión acen tuada con fuerza sobre todo en la segunda mitad del siglo XX fundamentalmente

3 Sobre la cláusula de correspondencia existen interesantes posiciones en nuestro país con las que —como se verá más adelante en el texto— no concuerdo pero las respeto, por ejemplo, Hurtado Pozo: 2005: N. 17/1931, para quien la exigencia de equiparación resulta conveniente por razones de política criminal; García Caveró 2008: 449, destacando que la cláusula de correspondencia del Código penal no necesariamente condiciona una comprensión naturalista de la comisión por omisión; Villavicencio Terreros 2007: 673, considerando que la equivalencia es jurídica o valorativa y se presenta como un límite a la equivalencia material; Meini Méndez: 2003: 423 ss., negando una cláusula de correspondencia para la «comisión por omisión», pero sí aceptándola para la «no evitación del resultado».

a partir de las obras de Armin Kauffmann⁴ y Welzel⁵ bajo el entendido de la imposibilidad de encontrar una causalidad en la omisión y que solo en la pura ontología la acción y la omisión se comportaban de modo diferenciado como *A* y *Non-A*. Acorde con este pensamiento se diría pues qué sentido tiene seguir hurgando en la ontología detrás del concepto de omisión cuando su contenido está colmado de un deber jurídico de tal forma que hablar de la omisión es hablar tan solo de «una forma *típica* de prohibir acciones»⁶. Cabe saludar entonces la aportación del anteproyecto en este punto.

Sin embargo, ha quedado pendiente como tarea del futuro la supresión de la cláusula de correspondencia que todavía se mantiene en el artículo 13, inciso 2 del anteproyecto con el mismo tenor del código penal vigente. Si somos conscientes de que, en un plano normativo, no existe diferencia alguna entre acción y omisión, no hace falta entonces una cláusula de correspondencia. Para qué nos serviría semejante cláusula si finalmente al equiparar la omisión a la acción se ha de concluir fundamentando necesariamente la responsabilidad del agente en el deber de garante⁷. Siendo esto así, para quien es garante da lo mismo que quiebre su deber mediante acción u omisión, siempre que en el caso concreto sea portador de un deber jurídico. Así pues, aplicado a uno de los casos antes mencionados: ¿Qué importa si los padres matan a su hijo recién nacido no dándole de comer (omisión), o degollándolo (acción), cuando desde una perspectiva normativa su deber de garante es quebrantado por igual?

II. DES-ONTOLOGIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OMISIÓN

1. Del mero no-hacer hacia la cláusula de correspondencia

Está extendida en la doctrina que acción y omisión aluden a dos formas de manifestación del *comportamiento* del autor en la realización típica de un hecho que sirven de base para la imputación jurídico-penal⁸. Desde un punto de vista científico-natural la omisión no causa nada (*ex nihilo, nihil fit*)⁹, pues se caracteriza por la ausencia de energía, o de ina-actividad, mientras que en la acción sí es reconocible una aplicación de energía sobre un objeto en el mundo exterior capaz

4 Kaufmann 1959: 61.

5 Welzel 1958: 174 ss.

6 Villavicencio Terreros 2007: 651.

7 Wohlers 1997: § 13, N. 19.

8 Sobre la acción y omisión como «formas de la conducta humana», Cfr. Silva Sánchez 1996: 127 ss.; asimismo Stratenwerth 2005: 113.

9 Böhm 1957: 25, «en un sentido naturalístico la omisión no es causal».

de producir un determinado resultado¹⁰. Pero esta distinción, que fue promovida principalmente en el naturalismo, no tiene el mismo significado en un plano normativo porque, como *conducta* penalmente relevante, da lo mismo la manera en que la acción y la omisión se presenten en su fenomenología, siendo determinante solo la expresión de una unidad de sentido jurídico-penal que comunica el comportamiento en un contexto social concreto¹¹. Así por ejemplo: «el incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de *encender* fuego para calentar comida como a la omisión de *no apagarlo* cuando el excursionista regrese a su casa»¹².

En lo que la teoría de la imputación registra sobre uno de los antecedentes más lejanos en el tratamiento de la acción y la omisión, se tiene gráficamente que la herida remite directamente a quien la ha causado (acción), mientras que la no-causación de la misma (omisión) es entendida del modo más ontológico posible como un mero no-hacer. Esta es una de las razones de por qué la omisión debía ser sancionada de una forma atenuada, que en el pensamiento de los penalistas italianos de la época de los glosadores hasta Farinacius, seguido por Karpzov y Beyer, era de lo más lógico, aunque sin embargo para el penalista Böhmer al menos en el homicidio —esto es, en los delitos de sangre— la acción y la omisión debían recibir la misma penalidad¹³. Este modo de ver la omisión como un no-hacer hizo que la misma desempeñara durante siglos un papel periférico en la teoría de la imputación¹⁴. Sin embargo, la forma tan naturalista de concebir la omisión cambió con el viento liberal de las modernas codificaciones iniciadas a finales del siglo XVIII con el entendido que el derecho penal debía contribuir a asegurar las condiciones del mundo burgués. El giro se dio con la creación de la parte general del derecho general prusiano de 1794, que en un precepto sobre las omisiones estableció «también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de

10 Esta diferenciación naturalista de acción y omisión se vincula al principio *ex nihilo, nihil fit*, de que la nada no puede causar nada, que condicionó a su vez el interés de la bibliografía alemana de la mitad del siglo XIX en torno a la discusión sobre causalidad de la omisión obligándola a demostrar que en la omisión también existe una «*causa efficiens*» en el sentido de una fuerza generadora de un resultado. Sin embargo, tras muchos esfuerzos vanos se impuso el entendimiento de que la causalidad no constituye una cuestión decisiva de la omisión. Cfr. al respecto Jescheck/Weigend 1996: N. 58, I, 2; considera infructuosa la discusión en torno a la causalidad de la omisión Von Liszt 1919: 127; asimismo, Hartmann 1900: 77, «en los delitos omisivos el resultado y la causalidad no juegan ningún papel»; con más referencias, Gimbernat Ordeig 1999: 196; Pérez Barberá 2006: 122.

11 Jakobs 1992: 13; asimismo Reyes Alvarado 2002: 27 ss.

12 Gimbernat Ordeig 1999: 199.

13 Con mayores referencias sobre la cuestión histórica, Von Liszt 1919: 128.

14 Jakobs 1996: 8.

alguien, comete este un delito» (§ 8 II 20). La idea central radicaba en reconocer a la omisión un sentido de relevancia penal unido a una ley que expresamente regulara un deber de actuar, por cuyo incumplimiento (por su omisión) el autor debía responder. Junto al precepto indicado de la parte general se acompañó una casuística en la parte especial donde se regulaban explícitamente las omisiones declaradas como punibles, por ejemplo: la omisión de vigilar negligentemente de los servidores del Estado respecto de sus subordinados (§ 344 II 20), las injurias por omisión (§ 583 II 20), la omisión de salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente, etc. Pero la casuística de la parte especial expresamente tipificada no respondió en realidad a un pensamiento sistemático, sino relucía por su desorden. Entre otras omisiones tipificadas destacó especialmente una tomada posteriormente como ejemplo paradigmático por la dogmática contemporánea del delito de omisión impropia: «si una parturienta dolosamente deja desangrar a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo» (§ 967 II 20)¹⁵.

No cabe duda que en este escenario uno de los máximos logros alcanzados por la codificación liberal en el ámbito del derecho penal fue el confinamiento de una forma de concebir la omisión como un mero no-hacer, siendo necesario para ello, según dicho codificador, reconocer expresamente en el código penal la obligación de actuar de los autores a fin de evitar un resultado lesivo para los derechos de los demás. No obstante ello, reiteramos que a pesar de significar un paso importante para abandonar el naturalismo impregnado en el concepto de omisión, dicha reforma penal no pudo evitar de todos modos la insalvable dificultad de su huérfana sistemática, porque el tratamiento de la omisión venía a depender al fin y al cabo de la casuística de la parte especial. Un problema central que la omisión tipificada no pudo evitar fue la distinción de lo que hoy conocemos precisamente como omisión propia y comisión por omisión (denominada también omisión impropia). Si, por ejemplo, los deberes tanto de socorrer a quien está en peligro, como el deber de la madre respecto de su propio hijo recién nacido de amamantarlo para que no muera, estaban igualmente tipificados, no se disponía de un criterio sistemático delimitador de los ámbitos y grados de responsabilidad de ambas omisiones. Que la omisión de la madre resultara más reprochable que la de quien omite el socorro, era una cuestión que resultaba únicamente de la diferenciación cuantitativa de la pena que el legislador había explicitado para uno u otro caso en la parte especial.

¹⁵ Jakobs 1996: 10.

Para superar estas dificultades de tratamiento de la omisión en el código penal, a comienzos del siglo XIX se concibió la idea que en el código penal regía por igual para todos una «obligación originaria del ciudadano»¹⁶ que impone el deber de no infringir la prohibición normativa de manera activa. Pero más allá del deber de no revelarse contra el derecho de manera activa, si cabía hablar de un deber de evitar daños, o de vulnerar el derecho de manera omisiva, esto no podía fundamentarse en la «obligación originaria», sino en un «fundamento jurídico especial» como pueden ser la ley y el contrato¹⁷. De este modo se llegaba a la conclusión siguiente: el delito de omisión de socorro claramente podía ser cometido solo de manera omisiva porque la ley expresamente así lo tipificaba (esto es lo que hoy conocemos como «delitos omisión propia»). Pero, por ejemplo, la enfermera que dejaba morir a su paciente al no darle la medicina respondía penalmente como autora del delito de homicidio por quebrantar un contrato, aunque más que ello —y de allí precisamente «fundamento jurídico especial»—, por lesionar su deber de garante.

Con esto irrumpe con fuerza el concepto del *deber de garante*¹⁸ como elemento central de los delitos de omisión impropia. La consecuencia directa está en que no hace falta tipificar todas las omisiones de manera casuística en la parte especial del código penal, salvo la exclusiva tipificación de los delitos de omisión propia. Y para diferenciar acción y omisión se entendió que los tipos penales estaban configurados por lo general de manera comisiva, pudiendo llegarse a construir dentro de la propia tipicidad comisiva una omisión. Este es el caso precisamente de los denominados delitos de *omisión impropia* que no requieren de una regulación concreta en los tipos de la Parte Especial en razón que su tipicidad resulta de toda conducta lesionadora de un derecho amparado en un «fundamento jurídico especial» (deber de garante).

Esta construcción se asomaba como una omisión equivalente a la acción llevada a cabo por el portador de un deber de garante que, posteriormente, en la mitad del siglo XX dio lugar a la formulación de una «cláusula de correspondencia»¹⁹

16 El pensador que dio origen a esta nueva comprensión de la omisión fue Feuerbach 1832: N. 32. Véase al respecto, Jakobs 1996: 14 ss.; Perdomo Torres 2001: 20 ss.

17 Perdomo Torres 2001: 22.

18 Véase por todos Bacigalupo 1997: 395 ss.

19 La «cláusula de correspondencia», aunque al principio como «cláusula de equivalencia», fue propuesta por primera vez en el Derecho penal alemán por Gallas en el marco de la segunda sesión de discusión parlamentaria del Proyecto de reforma de la Parte General del Código Penal de 1959 bajo el entendido que la lesión de un deber de garante es equiparable solo a una realización activa. Su propuesta de redacción fue la siguiente: «§ 14. Comisión por omisión. (1) Quien omite evitar un resultado típico solo será penado como autor o partícipe cuando tenga el deber jurídico de responder porque el resultado no se produzca, y su conducta bajo la consideración de las especiales

con base en la cual la omisión venía a equipararse a la acción en la medida en que el tipo penal esté configurado mediante un deber de evitar un resultado realizable de modo comisivo. Como hemos dicho, esta cláusula de correspondencia está regulada en el código penal vigente —lo mismo que en el anteproyecto— en el artículo 13, pf. 2, con el siguiente tenor: «El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado: [...] 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer».

2. No necesidad de una cláusula de correspondencia

En el contexto de una comprensión ontologicista de las categorías dogmáticas, la imputación de responsabilidad en los delitos de resultado se basa en la causación de un resultado y hablar de causación de un resultado presupone el ejercicio de una fuerza o de la plasmación de una energía conducente a la lesión de un bien jurídico. Cuando la reflexión es hecha de este modo, es inevitable admitir que la determinación de la relevancia penal de una conducta lleva implícita la comprobación de la «causación», o de un «hacer positivo» (por emplear una terminología con menos carga ontologicista, aunque en el fondo se trate de lo mismo). Lo cierto es que a pesar de estar superada la problemática de la causalidad de la omisión, esta forma ontologicista de tratar la responsabilidad todavía se mantiene en la estructura de la omisión impropia mediante la cláusula de correspondencia. Para el pensamiento ontologicista solo así puede imputarse una responsabilidad por un delito contra quien siendo garante omitió evitar un «hacer positivo». Es decir, la madre que deja a sus tres hijos encerrados en su vivienda sin calefacción ocasionando de ese modo la muerte del último de ellos de apenas diez meses de edad²⁰ debe responder por dicha muerte porque su omisión es equiparable a una causación o hacer positivo (encender la calefacción) que, de haberlo practicado, le hubiese ahorrado la responsabilidad penal. La lesión del deber de garante depende así de la creencia de que solo se quebranta la protección segura de los bienes jurídicos mediante un hacer positivo: la persona es garante de que el resultado naturalístico no se produzca.

En el estado actual de la discusión la cláusula de correspondencia ha obtenido un escaso significado práctico²¹. Esto ocurre porque la invocación de dicha cláusula

circunstancias y de los elementos de la acción equivalga típicamente a la comisión mediante un hacer. [...]». (traducción libre). Sobre estas cuestiones, al detalle Nitze 1999: 23 ss. (190).

20 Caso de la jurisprudencia alemana, cfr. BGHSt. 21 (sentencia de 24/02/1966): 44 ss.

21 Es el diagnóstico de Roxin 2002: 578, acotando que hasta la fecha solo existe una sentencia del Tribunal Federal Supremo que se refiere expresamente a la cláusula de correspondencia. Esta es la sentencia del 20/07/1995 (*Neue Juristische Wochenschrift* 1995: 3194 ss.) que condenó a una madre

sula se convierte en infructuosa cuando, teniéndose al deber de garante preconfigurado, da lo mismo si es infringido por omisión o mediante un hacer positivo. La cláusula de correspondencia entonces no es más que una «mera retórica»²² al igual que la terminología de una «comisión por omisión»²³. El castigo de un delito llevado a cabo mediante una omisión puede acaecer perfectamente aun en el supuesto de no existir la cláusula de correspondencia del artículo 13 del Código Penal siempre que el «impedir la realización del hecho punible» forme parte del mundo de los deberes jurídicos que el agente debía cumplir en un contexto social concreto. La cláusula de correspondencia sobra, no responde a una sistemática que explique claramente cuál es el significado de un comportamiento en su relevancia penal²⁴. En una perspectiva normativa de la teoría de la imputación jurídico-penal no solamente el concepto de acción, sino todos los conceptos dogmáticos, son interpretados a partir de un *modelo de deber* jurídico-penal y no basados en la manifestación externa de la acción ni en la transformación que ocasiona en el mundo de la naturaleza. Los conceptos de acción y omisión son diferenciables por tanto solo en su naturalismo, pero en un nivel normativo encierran una *unidad* de expresión de sentido construida desde el Derecho penal²⁵ como una conducta cuyo significado de relevancia penal depende de su posición jurídica en el contexto social como expresión de un sentido de defraudación de la vigencia de la norma, o de la lesión de un derecho.

La cuestión pendiente por aclarar es cómo quedaría la dogmática de los delitos de omisión si se llegara a suprimir la cláusula de correspondencia o de equivalencia del código penal. A mi juicio dicha dogmática quedaría en el lugar donde le correspondería estar, con un concepto de omisión perteneciente a un sistema normativo donde se reconoce que todos los conceptos jurídico-penales son adscripciones o imputaciones de significados socialmente relevantes, distantes por completo de meras descripciones de causaciones de resultados. Como hasta nuestros días sobrevive, de alguna manera, la creencia de que los tipos penales de la parte especial están contruidos como descripciones de causaciones comisivas, en este esquema de pensamiento se tienen que inventar dogmas como la cláusula de

como autora del delito de homicidio culposo por omisión por no haber llevado pronto al médico a su hijo de cinco años después de haber quedado gravemente herido a causa de unos golpes brutales en los intestinos propinados por su padastro.

22 Baumann 1977: 249.

23 Nitze 1999: 107.

24 De similar opinión es Nitze 1999: 110, resaltando que al procedimiento de equiparación de una omisión con la acción mediante la cláusula de correspondencia le falta una sistemática provista de valoración normativa.

25 Rey Sanfíz: 2005: 409 ss., y *passim*; asimismo García Cavero 2007: 307.

equivalencia o cláusula de correspondencia, creando al mismo tiempo la necesidad de su empleo para conseguir elevar la omisión al mismo nivel de la comisión en el plano normativo. Sin embargo, si el artículo 13 del anteproyecto y del código penal vigente mantuviera en su tenor solamente el primer párrafo y primer inciso (quedando de este modo: «el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo») se ganaría una claridad y sistemática acorde con lo que realmente interesa detrás de la redacción: la regulación del *deber de garante*. Ahora, si todos estamos de acuerdo en que la única razón de existir del artículo 13 es para regular el deber de garante —un objetivo alcanzado con la redacción acabada de anotar—, que por ser un concepto eminentemente normativo puede ser infringido en idéntica forma mediante comisión u omisión ¿para qué conservar entonces la cláusula de correspondencia?

III. IDENTIDAD NORMATIVA DE ACCIÓN Y OMISIÓN

1. No distinción entre acción y omisión

Lo recientemente afirmado fija el punto de partida en el tratamiento de la conducta que lleva a cabo la teoría de la imputación jurídico-penal: acción y omisión no son más que dos formas de manifestación externa de la conducta que tienen en común el generar un sentido penalmente relevante para la imputación penal²⁶. En este contexto, el intento más logrado de explicar la omisión como un concepto normativo, se muestra claramente en el ejemplo de los delitos de omisión impropia, donde cada tipo penal de la parte especial, no obstante poder estar redactado en el sentido de una acción comisiva, también puede englobar en su estructura al delito omisivo, en la medida en que se compruebe en la situación concreta que el hecho está tipificado y que el autor es portador de un deber de garante al cual lesiona con su omisión. Pero esta forma de ver la conducta penalmente relevante en sus manifestaciones mediante acción y omisión, si bien es correcta, de una parte, por fijar la relevancia penal de la omisión desde un punto de vista normativo mediante el concepto del deber de garante, se muestra, de otra parte, limitada cuando se constata que nada impide poder considerar que la *posición de garante es un elemento común de los delitos de comisión y de omisión*²⁷. Esto significa que si cabe hacer una distinción entre acción y omisión ello solo es posible al fin de cuentas solo en el plano fenomenológico, mas no en el ámbito

26 Perdomo Torres 2001: 83.

27 Al respecto, Bacigalupo 1997: 400; Piña Rochefort 2008: 481 ss.

de lo penalmente relevante, o sea, en el mundo del sentido normativo, donde los conceptos de acción y omisión responden a una unidad estructural homogénea: por lo mismo, «la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto sustancial»²⁸.

Por tanto, lo único a tomar en cuenta es «el sentido social del comportamiento para determinar el aspecto significativo que atribuye a esta conducta relevancia para el derecho penal»²⁹, donde dicha relevancia no es otra que la defraudación de determinadas expectativas normativas referidas al ámbito personal de libertad del agente e igualmente comportamientos socialmente inadecuados que lesionan el derecho de los demás. Cómo ha de acaecer la forma de comportamiento defraudador de expectativas normativas es indiferente siempre y cuando en el caso concreto se identifique el deber que su portador estaba obligado a cumplir. En esto radica el fundamento de la imputación jurídico-penal, que la persona responda penalmente por hacer un mal uso de la libertad de organización reconocida por el derecho. Se funda, así, válidamente el sinalagma *libertad de comportamiento / responsabilidad por las consecuencias* de la incorrecta administración de esa libertad³⁰. En este sinalagma se asienta en resumidas cuentas la responsabilidad jurídico-penal: se es responsable penalmente por el significado que comunica la conducta como lesión de un derecho ajeno o como infracción del deber de administrar correctamente un ámbito de organización personal (un deber de garante), con independencia de si el la infracción del deber es llevado a cabo fenomenológicamente mediante un comportamiento comisivo u omisivo.

2. Deberes de garante

La infracción de los deberes de garante que, como hemos dicho, puede ser llevada a cabo mediante comisión u omisión fundamentando igualmente una imputación jurídico-penal, pueden presentarse como: a) deberes de aseguramiento, b) deberes de salvamento y c) deberes por asunción.

En el caso de los *deberes de aseguramiento*, el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás³¹. Este deber constituye el más general, que alcanza a todas las personas para que cuiden que su conducta no sea un motivo para superar el riesgo permitido con consecuencias lesivas para terceros. Ejemplos:

28 Jakobs 2000b: 20.

29 Hurtado Pozo 2005: N. 17/1915.

30 Jakobs 2000b: 17.

31 Jakobs 1991: N. 29/30 ss.

el fumador tiene el deber de apagar su cigarrillo si pasa por una gasolinera; el conductor tiene el deber de evitar que su vehículo, si tiene dañado los frenos, sea utilizado; el empresario constructor es responsable de proporcionar cascos y ropa adecuada a los albañiles cuando estén edificando un edificio; el propietario del perro de una raza agresiva debe mantenerlo asegurado cuando ve que en el jardín de al lado juegan unos niños.

Los *deberes de salvamento* se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por eso su deber es de inhibir el peligro creado³². Así, el obligado es garante en otras palabras de retrotraer un curso dañoso a fin que el peligro existente se mantenga dentro del riesgo permitido. Ejemplo: Si el alimento perjudicial para la salud vendido se encuentra almacenado en casa del consumidor o ya fue consumido por este, el vendedor deberá impedir el consumo del alimento o auxiliar al que ya lo consumió. Dentro de este grupo se encuentra la *injerencia*, como un supuesto particular de los deberes de salvamento. Así, se activa un deber de garante por injerencia para todo aquel que organiza algo peligroso (actuar precedente), debiendo evitar los daños que resulten de dicha actuación. El fundamento es claro: «quien organiza un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento»³³. Por ejemplo, quien abre una zanja en una calle pública sin asegurarla tiene el deber de salvar a quien se caiga dentro de ella. Se evidencia que mediante el actuar precedente se usurpa un espacio de libertad ajeno, por ello el salvamento exigido no tiene otro sentido que de revocar dicha usurpación³⁴.

En la *asunción* el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender³⁵. Al «asumir» activa una expectativa normativa de protección en la víctima que bloquea la prestación que ella pudo haber recibido de otra parte; es en razón de esto que el obligado tiene el deber de cumplir cabalmente su asunción, como compensación a la aminoración de protección en que colocó a la víctima³⁶. Este es el deber que tienen que cumplir quienes van por la vida haciendo de buenos samaritanos. Piénsese por ejemplo en un estudiante universitario que voluntariamente asume el compromiso de coger por el brazo a una mujer de edad muy avanzada para ayudarle a cruzar una avenida muy transitada; con este compromiso asume un

32 Jakobs 1991: N. 29/38 ss.

33 Jakobs 2000a: 140.

34 Jakobs 2000b: 16.

35 Jakobs 1991: N. 29/46 ss.

36 Jakobs 1997: 33.

deber de protección que lo obliga a no abandonarla a su suerte en medio del tráfico vehicular para ir detrás una compañera de estudios de la que está profundamente enamorado que lo invita a acompañarla a dar un paseo romántico. Igualmente, la niñera que asume el compromiso de cuidar de un menor de edad con problemas mentales, no puede dejarlo solo e irse so pretexto de que los padres no regresaron a casa a la hora acordada, con independencia de accionar civilmente contra ellos si con su tardanza ocasionaron un perjuicio. El quebrantamiento de los deberes de asunción fundamenta directamente una responsabilidad penal para los agentes en ambos casos como compensación al déficit de protección ocasionado por la expectativa de confianza que generaron y defraudaron al no mantenerse firmes en su cumplimiento.

Como se puede apreciar, una vez configurados los deberes de garante, sea como deberes de aseguramiento, de salvamento, o de asunción, pueden ser infringidos mediante una comisión o una omisión, sin que ello traiga consecuencias distintas para la imputación jurídico-penal. Un ejemplo referido a la asunción: todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando lo estaciona definitivamente, salvo que no haya asumido orientar a un nadador nocturno hacia la orilla de un lago, en cuyo caso le está prohibido apagarlas³⁷ ¿Dónde comienza y termina la acción y la omisión? Da lo mismo. Lo relevante es comprobar en la situación concreta que la asunción voluntaria fundamenta un deber para el obligado de no desentenderse de la protección que ha comunicado hacia la víctima mediante su «asunción». Lo mismo ocurre en la injerencia: un comerciante puede apagar por la noche la iluminación de la vitrina de su tienda, a pesar de saber que algunos trasnochadores pueden tropezar en la oscuridad si pasan por delante de su tienda. Hasta aquí su conducta es socialmente adecuada. Sin embargo, si él dejó cavadas unas zanjas de manera peligrosa delante de su tienda, ahora sí le está prohibido apagar la luz. Igualmente, la conducta del portero de no cerrar la puerta con llave (omisión) teniendo a la puerta al ladrón equivale a abrirle la puerta (comisión). Nuevamente nos preguntamos: ¿tiene sentido en estos casos diferenciar acción y omisión? Respuesta: Es irrelevante en un plano normativo hacer semejante distinción. Basta solo comprobar en el contexto social concreto si el autor lesionó los deberes que dan contenido a su ámbito de competencia personal (a su posición de garante).

37 En lo que concierne a este ejemplo y los siguientes, Cfr. Jakobs 2000b: 19 ss.

IV. IMPUTACIÓN SUBJETIVA COMÚN A LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

El lado objetivo del hecho típico es el lugar donde se determina si el comportamiento (con independencia de cómo es llevado a cabo en su fenomenología como acción u omisión) supera o no el riesgo permitido. Se trata, dicho con otras palabras, de determinar si la conducta es imputable objetivamente o no, porque, «la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante y de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía»³⁸. En el análisis del tipo objetivo no se toma en cuenta los aspectos individual-cognitivos de la conducta, porque esta cuestión corresponde en todo caso a un nivel posterior de imputación (al tipo subjetivo). Lo relevante es que en la tipicidad objetiva que, como hemos visto, es idéntica para la acción y la omisión —teniendo al ámbito de competencia (deber de garante) como común denominador—, no se atribuye un sentido penalmente relevante a la subjetividad del autor. Dado que los elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*³⁹, sino a través de los elementos externos que la conducta logra objetivar, se establece un orden de análisis imprescindible: primero se comprueba si la conducta reúne un significado social perturbador (imputación objetiva), y, luego de haberse determinado ese significado, se decide si dicha conducta es imputable a su autor a título de dolo o imprudencia (imputación subjetiva)⁴⁰.

Esta exigencia de delimitar el análisis de lo objetivo y lo subjetivo en dos fases de valoración ordenada y consecutiva responde a una cuestión metodológica y sustantiva. La exigencia es en primer lugar *metodológica* porque de esta manera se dispone de un orden lógico de valoración, de tal modo que la relevancia e irrelevancia penal de un hecho puede ser aprobada o descartada de plano en el ámbito donde la conducta produzca una *alarma social* o altere el *status quo* de lo conocido como riesgo permitido⁴¹. Precisamente el reconocimiento del carácter peligroso o lesivo de una conducta desde una perspectiva penal radica primeramente en su significado social externo (objetiva), y, luego de esta verificación, ya en un nivel posterior, en la atribución de un sentido penalmente relevante a lo subjetivo del hecho. Por ejemplo: de plano se descarta el disparo a un maniquí como una conducta penalmente relevante de homicidio porque objetivamente (en su significado socio-normativo) es imposible considerar como homicidio al disparo sobre dicho objeto. Siendo esto así deviene innecesario valorar en el nivel posterior de análisis, concretamente en el plano subjetivo, si el actor obró con dolo o imprudencia.

38 Jakobs 1997: 211.

39 Bacigalupo 1997: 223.

40 Caro John 2006a: 248 ss.

41 Feijoo Sánchez 2002: 197.

Esto permite pasar a la segunda exigencia, de corte *sustantiva*, que pone de relieve que el elemento *cognitivo* de la imputación subjetiva está condicionado a la comprobación previa de aquello (lo objetivo) que supera el riesgo socialmente permitido y que luego habrá de ser atribuido a su autor a título de un obrar doloso o imprudente.

Estando claro que la posición de garante es un elemento común a la acción y la omisión, y que entre ambos conceptos solo cabe una distinción fenomenológica, interesa ahora establecer si la imputación subjetiva es distinta cuando recae sobre la acción y la omisión. En coherencia con todo lo anotado se afirma categóricamente que *la imputación subjetiva es idéntica a la acción y la omisión*⁴², porque si el juicio de imputación subjetiva empieza a operar después que la conducta fue definida de manera objetiva como penalmente relevante, dando lo mismo cómo fue llevada a cabo en su fenomenología, lo determinante ahora es solo poder atribuir un sentido a la subjetividad del actor tanto a título de dolo como de imprudencia por la infracción de los deberes de garante pertenecientes a su ámbito de competencia en el contexto social concreto.

Esto significa, sin más, que la tipicidad subjetiva de los delitos comisivos y omisivos es idéntica⁴³. En ambos casos el dolo siempre requerirá por igual el conocimiento de la situación generadora del deber (lo que significa obrar siendo consciente de estar en una posición o deber de garante) con una indiferencia respecto de cómo es producida objetivamente las lesiones al derecho ajeno. En la imprudencia tendrá que constatarse que el autor obró con descuido, sin adoptar las medidas de cuidado, que de haberlo hecho a tiempo, no hubiese desencadenado en un suceso típico. Si cabe apenas una diferencia subjetiva entre la comisión y la omisión —y con esto volvemos a lo dicho antes— será solo en lo fenomenológico: en la acción habrá un movimiento doloso o imprudente, en la omisión no. Por todo lo dicho, un delito doloso de comisión es punible en idéntica forma que un delito doloso de omisión, así como uno delito culposo de comisión es punible igualmente que un delito culposo de comisión⁴⁴. Así no es posible castigar de manera atenuada al delito omisivo doloso. Incluso un autor de peso como Stratenwerth reconoce, desde una perspectiva que equipara la omisión a la acción, que «el dolo [...] contiene una decisión en contra del interés jurídicamente protegido; la imprudencia, no. Esta decisión, a su vez, en el delito de comisión, no

42 Castillo González, 2007: 274 ss., destacando que al igual que en los delitos de acción, el dolo es posible en los delitos de omisión impropia pudiendo asumir sus tres formas, como dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual.

43 Destaca de modo especial esta cuestión, Jakobs 2004: 77.

44 Nitzze 1999: 189.

exige nada más que el hecho de que el autor *actúe* dispuesto a asumir el resultado típico como consecuencia de su propia conducta, es decir, emplee la medida de energía que hace falta para intervenir activamente en el suceso. En el delito de omisión, la misma actitud aparece cuando el autor *omite* actuar dispuesto a asumir el resultado como consecuencia de su propia conducta, no emplea la medida de energía necesaria para la intervención activa. En eso se halla el equivalente al dolo en el comportamiento activo»⁴⁵.

45 Stratenwerth 2005: 482 ss.; en el mismo sentido, Villavicencio Terreros 2007: 658 ss. (676 ss.); Bacigalupo 1997: 412.