

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 15



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

COMISIÓN POR OMISIÓN

IVÁN MEINI

I. Introducción. II. La omisión como comportamiento que se corresponde con la realización activa de un delito. III. La norma penal La omisión como comportamiento idéntico a la comisión. IV. El presupuesto del art. 13 CP: omitir impedir la realización del hecho punible. Disfunciones gramaticales. 1. Marco general: La incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia. 2. El deber jurídico de evitar el hecho punible. Art. 13.1 CP. 3. Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible. V. Las posiciones de garante (art. 13.1 CP). 1. Marco general: la incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia. 2. El deber jurídico de evitar el hecho punible Art. 13.1 CP. 3. Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible. VI. La correspondencia entre la omisión y la realización del tipo penal mediante un hacer (art. 13.2 CP). VII. La atenuación facultativa de la pena. 1. El fundamento de la atenuación facultativa de la pena. 2. La no evitación del resultado por el garante VIII. Autoría y participación en comisión por omisión 1. Introducción 2. Toma de postura, la aplicación de las reglas de los delitos que pueden cometerse tanto por comisión o por omisión al campo de la participación.

I. INTRODUCCIÓN

Según la Exposición de Motivos del Código Penal, con el art. 13 CP «se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por

omisión pueda llegar a ser castigada». Con esta frase, el legislador pretende dejar en claro la importancia del precepto, otorgándole un carácter constitutivo de la tipicidad de la comisión por omisión. Según la lógica del legislador, si no existiera el art. 13 CP o un precepto que señalara explícitamente cuáles son los requisitos de la comisión por omisión, esta modalidad delictiva no podría ser sancionada amén del principio de legalidad. Ello, sin embargo, es tan solo una forma de entender a la comisión por omisión, que, si bien es compatible con la literalidad del art. 13 CP, no es la única.

Las fuentes históricas del art. 13 CP son el § 12 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y el § 13 CP alemán de 1975¹, aunque lo cierto es que ambos preceptos alemanes difieren sustancialmente del nacional. Con todo, se puede reconocer que la función que cumple el art. 13 CP es, en primer lugar, corroborar que un delito de resultado puede ser realizado no solo mediante un comportamiento activo, sino también mediante uno omisivo (comisión por omisión) y, en segundo lugar, señalar cuáles son los requisitos que ha de cumplir la comisión por omisión.

II. LA OMISIÓN COMO COMPORTEAMIENTO QUE SE CORRESPONDE CON LA REALIZACIÓN ACTIVA DE UN DELITO

De conformidad con la opinión mayoritaria, la comisión por omisión es una forma delictiva distinta a la realización activa de un delito. Comisión por omisión y realización activa del mismo delito no serían, pues, idénticas. Esta es la razón por la cual muchos legisladores incluyen en los Códigos Penales cláusulas como el art. 13 CP, pues si comisión por omisión y realización activa de un delito fueran idénticas, no habría necesidad de establecer únicamente los requisitos para que un delito de resultado se perpetre mediante un comportamiento omisivo (comisión por omisión) y no regular los requisitos para que el mismo delito de resultado se cometa mediante un comportamiento activo. En este esquema, los elementos que menciona el art. 13 CP, a saber, las «posiciones de garante» (art. 13.1 CP) y la realización del tipo mediante un comportamiento activo (art. 13.2 CP), equiparan a nivel de tipicidad los comportamientos activos y los omisivos a los cuales se les imputa un resultado². Armin Kaufmann, uno de los dogmáticos más representativos que comulgó con esta forma de concebir la comisión por omisión, sostuvo que si la posición de garante no es un elemento del tipo en los delitos

1 Así lo expresa el propio legislador en la Exposición de motivos del Código Penal: Hecho Punible — Bases de la Punibilidad.

2 Vid., 1959: 282 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 59 IV; RUDOLPHI, en SK, 2000, § 13, 27 ss.; WESSELS/BEULKE, 2002, N. 715; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, § 13 N. 1 s; TRÖNDLE/FISCHER, 2003, § 13 N. 5.

comisivos³, y que si la causalidad en la comisión por omisión no puede formar parte de un único concepto junto con la causalidad en los delitos comisivos⁴, ello conlleva obligatoriamente a aceptar que dos formas de comportamiento, como son el activo y omisivo, serán típicos únicamente en tanto que concurren presupuestos distintos para cada uno de ellos. Comisión y omisión son, entonces, tipos distintos⁵.

Para decirlo con un ejemplo. El médico que, a pesar de estar obligado a hacerlo, omite suministrar el medicamento que requiere el paciente internado cada cierto lapso para sobrevivir y este muere a consecuencia de no haber recibido dicho medicamento, responde como autor del delito de homicidio en comisión por omisión⁶, porque tiene una posición de garante que le obliga a cuidar la salud del paciente en mérito a la posición de garante «contrato» o «ingerencia»⁷. Pero si el mismo médico hiere el corazón del paciente con un cuchillo y le mata, nadie duda de que será responsable como autor de un homicidio causado por un comportamiento activo. En este segundo caso (homicidio activo), el que el médico tenga o no una posición de garante carece de la más mínima importancia. En otras palabras, según la concepción que entiende que comisión por omisión y realización activa de un delito son diferentes y que a lo sumo se pueden corresponder, quien omite debe detentar una posición de garante⁸ que le obligue a actuar y con ello a evitar el resultado. De otro modo, no sería posible imputarle el resultado. De todo esto se deduce que para esta concepción —de la cual parecería partir el art. 13 CP— es necesario prever en los códigos penales⁹ una cláusula en la que se haga expresa mención a las posiciones de garante que permitan afirmar que alguien debió evitar un resultado y, con esto, dar tipicidad a la comisión por omisión. Si no se procede de esta manera, se dice, la comisión por omisión sería atípica y cualquier intento de sancionar en comisión por omisión sería contrario al principio de legalidad. Como es fácil advertir, este planteamiento asume que las posiciones de garante no se encuentran previstas en los tipos de la parte especial, ya que los comportamientos típicos que podrían ser perpetrados en comisión por omisión habrían sido descritos exclusivamente como comportamientos de comisión.

3 ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 255.

4 ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 253 ss.

5 ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 255. Vid., en detalle GRACIA MARTÍN, 2001: 432 ss.

6 Si responde por homicidio doloso o negligente es algo que ahora carece de importancia.

7 La concreta posición de garante, en realidad, no es ahora tan importante como el hecho de advertir que para responder en comisión por omisión se requiere de una posición de garante.

8 Según la doctrina mayoritaria, una que consista en la protección de un bien jurídico o una que verse sobre el control de una fuente de peligro. En vez de muchos, vid. solo JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 IV.

9 Ya en la Parte general, ya en la Parte especial.

El razonamiento descrito en los párrafos anteriores bien podría encajar en la literalidad del art. 13 CP¹⁰. En el art. 13, inc. 1, CP se establece que las posiciones de garante son (i) tener un deber jurídico de evitar el hecho punible, o lo que es lo mismo, el contrato y la ley, y (ii) crear un peligro inminente propio para producirlo, o lo que es lo mismo, injerencia. El numeral 2 del precepto cumple la función de declarar, después de establecerse la infracción del deber de garante, que la producción de un resultado a consecuencia de la omisión se corresponde con la producción del mismo resultado mediante un comportamiento activo. Para decirlo con nuestro ejemplo del médico: una vez comprobado que el médico tiene un deber de garante frente al paciente que le obliga a cuidarlo (art. 13.1 CP), la muerte del paciente a consecuencia del no suministro de la medicina constituye la realización activa del delito de homicidio (causar la muerte de otro) que describe el art. 106 CP (art. 13.2 CP).

Todo esto nos lleva irremediablemente al punto de partida de esta concepción: si un comportamiento omisivo no es, *per se*, idéntico a uno activo, y si para lograr que ambos se correspondan es preciso que quien se abstiene detente una posición de garante (posición de garante que los delitos que se realizan mediante comportamientos activos no requieren), la omisión resulta siendo algo «inferior» a la comisión. Solo cuando a la omisión se le agrega una posición de garante es factible que sea equivalente al comportamiento activo descrito en el tipo de la parte especial y recién, pero solo recién, que sea un comportamiento típico.

III. LA NORMA PENAL. LA OMISIÓN COMO COMPORTAMIENTO IDÉNTICO A LA COMISIÓN

Se suele decir que detrás de los delitos omisivos subyace una norma penal preceptiva que obliga a su destinatario a llevar a cabo una determinada actividad (por ejemplo, la norma del delito de abandono de persona en peligro del art. 127 CP conminaría a «ayudar a la persona cuando se encuentra en peligro»¹¹). Mientras que detrás del delito activo se encontraría una norma penal prohibitiva, que veda llevar a cabo determinadas conductas¹². En este esquema, la norma penal del homicidio (por citar solo un ejemplo) sería una prohibitiva, pues comunicaría que no se debe matar.

10 Recuérdese lo que alegremente pregona el legislador en la Exposición de motivos, que con el art. 13 CP «se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada».

11 Si los delitos omisivos tienen como fundamento el deber de asistencia o de solidaridad es algo en lo que ahora no puedo detenerme. Sobre esto, KOHLER, 1997: 207 ss.

12 JESCHECK/WEIGEND: 1996, § 58 III 2; WESSELS/BEULKE, 2002: N. 687; RUDOLPHI, en SK, 2000, vor § 13 N. 8.

Sin embargo, lo cierto es que la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos. Es más, en la medida en que la norma penal no puede prohibir resultados y, por ende, se limita únicamente a motivar las conductas de las personas para que evitemos comportamientos de riesgo prohibido, la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos. Cuando el legislador crea una norma penal no está pensando en la forma que cobrará el comportamiento del infractor ni en cómo se exteriorizará su conducta, entre otras razones, porque no puede imaginarse toda la gama de posibles comportamientos que pueden significar un incremento no autorizado del riesgo. Lo único que interesa al legislador, cuando crea una norma penal, es abarcar la mayor cantidad posible de comportamientos que considera intolerable, motivando imperativamente a los ciudadanos hacia su acatamiento. Expresado con el ejemplo del homicidio: la norma penal que subyace al art. 106 CP no es una que prohíba matar —ello sería tanto como prohibir un resultado—, sino que es una norma que se limita a prohibir comportamientos de riesgo prohibido para la vida humana independiente, como disparar un arma sobre una persona o sumergir la cabeza de otro bajo el agua. Cuáles son los demás comportamientos de riesgo prohibido para la vida humana que se encuentran prohibidos por la norma penal del homicidio, es algo que solo puede responder una interpretación del tipo penal que parta de que la limitación de libertades que significa toda norma penal, tiene que hacerse teniendo en cuenta los criterios de idoneidad, proporcionalidad y racionalidad para el mantenimiento de la convivencia social. La norma penal del homicidio no solo no prohíbe resultados, sino que además no está pensada solo para prohibir comportamientos activos. El verbo «matar», que parecería describir un resultado, interpretado en sentido normativo-social (es decir, teniendo en cuenta que la norma penal solo prohíbe comportamientos) indica que el homicidio puede ser realizado no solo por activa, sino también por pasiva.

En algunos casos, como el homicidio y en general en todos los delitos que pueden ser cometidos en comisión por omisión, la norma penal no distingue entre una forma activa y otra omisiva de realización del delito. Pues una cosa es el mandato que la norma penal transmite y que consiste en prohibir comportamientos de riesgo prohibido y cosa muy distinta son las formas de comportamiento (activa y omisiva) con las que dicha norma penal puede transgredirse. Para decirlo de nuevo con el ejemplo del médico: este desobedece la norma penal que le prohíbe realizar comportamientos de riesgo prohibido para la vida humana independientes. El que haya matado al paciente mediante un comportamiento omisivo (no suministrarle las medicinas que lo mantenían con vida) o mediante uno activo (clavándole un cuchillo en el corazón) en nada afecta a la tipicidad del delito de homicidio; ambas formas, tanto la omisiva como la activa, vulneran de

la misma forma la norma penal y, en la medida en que se pueda imputar el resultado, constituyen el mismo comportamiento típico. Es pues la propia tipicidad del tipo de lo injusto del homicidio el que permite que este delito sea perpetrado en comisión por omisión.

De lo anterior se deduce que es inexacto decir que un comportamiento omisivo es equivalente a un comportamiento activo, pues con ello se da a entender que lo omisivo es distinto a lo activo y que por alguna razón se les asemeja. La perpetración mediante una omisión de un delito que puede ser realizado tanto por comisión como por omisión no puede corresponderse a su perpetración activa, ni viceversa. Simplemente son lo mismo, son idénticas.

De esto se sigue que para sancionar por el delito de homicidio en comisión por omisión (al igual que otros delitos que pueden ser cometidos de esta manera) no es necesario acudir al art. 13 CP, pues la tipicidad del art. 106 CP no descarta que el homicidio (incremento no autorizado del riesgo prohibido para la vida humana independiente) pueda realizarse mediante un comportamiento omisivo, ni establece que se trate solo de un comportamiento activo. La ley no distingue entre delitos de comisión por omisión y delitos activos. Esa distinción es tan solo una construcción dogmática que, como cualquier otra, responde a determinados presupuestos ideológicos. Lo único que hace la ley es distinguir, en primer lugar, entre delitos que solo pueden ser realizados de manera activa, que son los casos en los que la conducta descrita en el tipo de lo injusto gira en torno a un verbo que indica de modo inequívoco que se debe hacer algo. Ejemplos: denuncia calumniosa, art. 402 CP (denunciar a la autoridad un hecho punible a sabiendas que no es tal) y prevaricato, art. 418 CP (juez o fiscal dicta una resolución o emite un dictamen contrario a texto expreso y claro de la ley). En segundo lugar, según la ley, existen también delitos que únicamente pueden cometerse mediante una abstención. Ejemplos: omisión de auxilio, art. 127 CP (omitir prestar auxilio a un herido o a persona en estado peligro) y omisión de denuncia, art. 407 CP (omitir denunciar a la autoridad las noticias sobre un delito). En tercer lugar, la ley reconoce 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 lesiones¹³.

Lo dicho hasta este momento permite cuestionar aquella extendida opinión que denomina «comisión por omisión» a la realización omisiva de un delito de resultado que se encuentra, en el tipo legal, descrito en forma de comisión. Las razones son, en primer lugar, que es inexacto que el presupuesto para realizar un

13 GIMBERNAT ORDEIG, 1997: 10. Para una clasificación más detallada vid. GRACIA MARTÍN, 2001: 419 ss.

delito en comisión por omisión sea que el delito se encuentre descrito de manera activa. Por el contrario, el delito se encuentra previsto de forma tal que puede ser perpetrado tanto de manera comisiva como omisiva. Y, en segundo lugar, la expresión «comisión por omisión» resulta poco feliz ya que distorsiona el verdadero significado del injusto cometido mediante omisión. Tal locución refleja solo una de las dos posibilidades de cometer un delito de resultado¹⁴, pues diferenciar si el sujeto ha actuado u omitido carece de trascendencia. El actuar o el omitir son solo las formas del comportamiento humano en que el sujeto puede transgredir la norma penal.

IV. EL PRESUPUESTO DEL ART. 13 CP: OMITIR IMPEDIR

LA REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE. DISFUNCIONES GRAMATICALES

El encabezado del art. 13 CP señala que será sancionado «el que omita impedir la realización del hecho punible». Nótese que el legislador hace referencia a tres verbos: «omitir» «impedir» y «realizar». Una interpretación literal del precepto obliga a acotar su campo de aplicación de manera poco deseable desde una perspectiva de política criminal, dando cabida únicamente a los supuestos en que el hecho punible es realizado por un tercero. En efecto, la única forma de «impedir la realización de un hecho punible» es que ese hecho punible sea realizado por otra persona, pues si el que omite es quien realiza el hecho punible, no se entiende cómo este mismo puede omitir impedir algo que el mismo realiza. En estos casos, en los que el hecho punible es realizado solo por quien omite —que son buena parte de los supuestos de comisión por omisión—, es este mismo quien realiza el hecho punible. Para decirlo con nuestro ejemplo del médico: este no omite impedir la realización del hecho punible «homicidio», sino que es él mismo quien lo realiza. Lo contrario llevaría al absurdo de tener que admitir que el hecho punible «homicidio», en este caso la muerte del paciente, ha sido realizado por alguien que no es el médico. ¿Quién si no el médico ha matado en términos jurídico-penales?, es decir, ¿quién si no el médico se ha comportado incrementando el riesgo para la vida del paciente de manera desaprobada? El hecho punible —mejor dicho, el comportamiento típico— le pertenece únicamente al médico. Este no ha omitido impedir la realización del homicidio, lo ha realizado.

Lo contrario sucede cuando quien se abstiene omite impedir la realización de un hecho punible que comete u omite un tercero. Así, por ejemplo, la madre que permanece pasiva mientras su esposo abusa sexualmente de la hija menor de

¹⁴ No obstante, utilizaré aquí la locución «comisión por omisión» para referir la realización mediante un comportamiento omisivo de un delito de resultado.

edad omite impedir el hecho punible «violación de la libertad sexual» que realiza su esposo. Determinar si la madre responde como autora o partícipe, o cuál es la «posición de garante» que obliga a la madre a intervenir, es algo que por el momento carece de importancia. Nos interesa ahora dejar en claro que al haber sido el hecho punible realizado por un tercero, el tenor literal del encabezado del art. 13 CP permite que el precepto sea utilizado, pues la madre omite impedir que otro realice el hecho punible.

En el encabezado del art. 13 CP se hace mención a la omisión de evitar un hecho punible. Una interpretación literal obligaría, de nuevo, a restringir de manera poco lógica el campo de aplicación del art. 13 CP, toda vez que hecho punible es el hecho antijurídico culpable que amerita una pena. Esto es tanto como decir que no hay comisión por omisión en aquellos supuestos en los que el hecho es realizado por un inimputable (menor de edad, por ejemplo, o persona que sufre alteraciones en la percepción), o cuando concurre una causa de exculpación (miedo insuperable, error de prohibición invencible), o cuando se da una excusa legal absolutoria, o cuando no se cumple la condición objetiva de punibilidad que, en su caso, requiere el delito. Más aún, todo esto es incompatible con la accesoriidad limitada que según nuestra jurisprudencia rige la participación criminal, pues si para responder como partícipe basta que el autor haya realizado un hecho antijurídico con independencia de su capacidad de culpabilidad o de su culpabilidad, parecería que lo mismo habría de regir para realizar un hecho en comisión por omisión. Esto es importante en especial, porque para responder como partícipe en comisión por omisión se requeriría que el autor haya realizado un hecho punible, lo que es incluso más que la accesoriidad máxima, pero para responder como partícipe activo se requeriría simplemente que el autor haya realizado un hecho antijurídico.

La única forma de salvar todas estas incoherencias causadas por una deficiente redacción es interpretar que cuando el art. 13 CP dice hecho punible, se ha de entender como hecho previsto como delito o falta.

V. LAS POSICIONES DE GARANTE (ART. 13.1 CP)

1. Marco general: la incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia

El fundamento último de cualquier posición de garante es diferenciar quién, de aquellos que pueden, tienen el deber de evitar que se incremente el riesgo de manera desaprobada. Según la teoría funcional de las posiciones de garante, estas se dividen en aquellas que obligan a controlar una fuente de peligro (comportamiento de

terceros, injerencia, control propiamente de una fuente de peligro) y aquellas que obligan a proteger un bien jurídico (contrato, ley, estrechas relaciones familiares, comunidad de peligro). La principal crítica que se esboza contra esta forma de clasificar a las posiciones de garante¹⁵ —que es, por cierto, la que asume de manera ampliamente mayoritaria la doctrina— es que la protección de un bien jurídico es tanto como la obligación de controlar los peligros que amenacen a dicho bien jurídico y que el control de una fuente de peligro es tanto como la protección de aquellos a quienes dicha fuente de peligro pueda lesionar. Esto conllevaría a que cada una de las tres fuentes de garante, reconocidas en el art. 13 CP (contrato, ley e injerencia), no puedan ser siempre y en todos los casos clasificadas únicamente como deber de proteger un bien jurídico o como deber de controlar una fuente de peligro. Ejemplo, el contrato de un médico con el hospital en el que trabaja le obliga a cuidar la vida de un paciente terminal (protección de un bien jurídico), pero el domador de leones, en mérito a su contrato con el circo, está obligado a controlar una fuente de peligro.

Si se atiende al fundamento material de las fuentes de garante, se ha de reconocer que el común denominador de todas ellas es que se dirigen a quienes han asumido voluntaria y libremente el control de una fuente de peligro, y con esto se obligan a evitar el incremento del riesgo prohibido. La forma en que se asume dicho control está dada siempre por un comportamiento precedente. De ahí que, por ejemplo, el contrato sea solo la forma en que se exterioriza un compromiso adquirido por el garante: mantener estable la fuente de peligro. Esta forma de fundamentar la responsabilidad penal no es, sin embargo, exclusiva de la comisión por omisión, sino que se extiende a los delitos realizados activamente. Tanto para la realización activa de un delito de resultado, como para su comisión por omisión, es necesario que el sujeto haya asumido las consecuencias de su comportamiento, que puede ser activo u omisivo. En los delitos de resultado que se perpetran de manera activa eso pasa normalmente desapercibido, ya que la «exteriorización» del comportamiento activo (disparar, empujar, atropellar, etc.) permite que podamos percatarnos que el sujeto crea el riesgo típico. En la comisión por omisión, por el contrario, resulta más fácil advertir este principio, en tanto que la no realización de la acción debida presupone claramente que el sujeto debió actuar de una manera determinada. Dicho en otras palabras, el sujeto responde por las consecuencias lesivas de su comportamiento (activo u omisivo) que haya asumido.

15 Cfr. JAKOBS, 1995, 29/27. Con múltiples referencias bibliográficas SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 1995: 255, nota n. 195.

No interesa tanto el título en virtud del cual se asume el compromiso de contener el riesgo para el bien jurídico, ni las formalidades que lo rodeen, sino que efectivamente se asuma. Resulta entonces intrascendente si es el propio agente quien configura su esfera de organización y los deberes que de ella surgen, o si esta se encuentra previamente configurada y el sujeto simplemente la asume. Por el contrario, es relevante la incorporación voluntaria del deber de controlar la causa del resultado en la esfera de organización. Así, por ejemplo, el fundamento último de la responsabilidad penal del funcionario público en comisión por omisión no hay que ubicarlo en que haya infringido un deber «institucional» o «institucionalizado», sino en que el sujeto aceptó libre y voluntariamente ocupar el cargo de funcionario público y con ello cumplir todos los deberes que dicho cargo conlleva. Cada uno de los deberes que se incumplen y que dan lugar a responsabilidad en comisión por omisión encuentran su génesis en la misma idea: por ejemplo, a nadie se le obliga asumir el cargo de funcionario público, a nadie se le obliga a comprar un arma. Dicho con otras palabras, cuando un ciudadano responsable actúa voluntariamente asume las consecuencias de su comportamiento. Por lo mismo, cuando un sujeto asume, libremente, el control de una fuente de peligro, responde por las consecuencias que se derivan de la mala administración o gestión de dicha fuente de peligro, con independencia de si el resultado se imputa a un comportamiento activo o a uno omisivo. 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 deber¹⁶.

Cuando la fuente de peligro no es creada por quien luego omite, pero este asume voluntariamente el compromiso de mantenerla estable, pueden surgir igualmente supuestos de comisión por omisión. Y es así porque el sujeto realiza un acto de incorporación de esa situación, previamente organizada, a su esfera de dominio personal¹⁷. Por ejemplo, el encargado de controlar que el nivel de radiación del reactor nuclear no sobrepase el límite permitido no ha creado la fuente de peligro (reactor nuclear), pero sí la ha incorporado a su esfera de organización al haber aceptado voluntariamente ser contratado como responsable del control del reactor. Lo mismo sucede en el ámbito empresarial cuando opera la delegación de funciones, pues el empresario que originalmente organiza la actividad no puede encargarse personalmente de controlar todos los riesgos que ella desencadena, y tiene que recurrir a terceras personas para confiarles dicha función. Ellos asumen voluntariamente unos deberes previamente configurados.

16 SCHÜNEMANN, 1971: 232 y ss. 241 y ss.; MIR PUIG, 1998: L. 12/38, 12/39 y 12/47.

17 GRACIA MARTÍN, 2001: 702

2. El deber jurídico de evitar el hecho punible Art. 13.1 CP

Si el adjetivo «jurídico» que califica al sustantivo «deber» denota que este «ataña al derecho o se ajusta a él»¹⁸, 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, y ello dará como resultado que solo aquellas que puedan ser vistas como contrato y ley podrán ser consideradas como fuentes de deberes de garante en el derecho penal peruano, pues son estas las únicas formas jurídicas. Esto, en realidad, presenta menos problemas de los que a primera vista podría pensarse, ya que si el contrato es simplemente el acuerdo de voluntades y el término ley se interpreta en sentido amplio, y se incluye a todas las normas jurídicas con independencia de su rango, 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 siempre y cuando el guía les socorra de ser necesario y, por otro, cuando el guía acepta dirigir la excursión de novatos comunica que asume la obligación de socorrerles en caso sea necesario.

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 civil¹⁹.

3. Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible

Si se entiende que toda persona es parte de una sociedad y como tal su comportamiento repercute directa o indirectamente en el resto de las personas con las cuales se relaciona, el comportamiento precedente es aquel comportamiento lícito con el que una persona responsable realiza, libre y voluntariamente, actos determinantes que de manera inequívoca 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 cargo, con la consiguiente asunción de los deberes que dicho cargo trae aparejados, como el iniciar una determinada actividad. Ejemplo de lo

18 Diccionario de la Lengua Española, RAE, 21 ed. tomo 2, 1992: 1214, primera acepción.

19 BACIGALUPO ZAPATER, 1997b: 435 y 536; VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 78.

primero es el funcionario público, que está obligado a actuar por determinados deberes inherentes del cargo de funcionario público que libremente ha aceptado. Ejemplo de lo segundo es el empresario que inicia una actividad y tiene que asegurarse de cumplir con las medidas de seguridad vigentes que regulan la actividad productiva que realiza.

El comportamiento precedente tiene que representar una ocasión de riesgo²⁰, en el sentido de que la causa del resultado tiene que tener algún peligro para algún bien jurídico penalmente protegido. De no ser así, 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 implica 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 al incremento desaprobado del riesgo (a la creación del riesgo prohibido), 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.

El comportamiento precedente ha de ser voluntario, en el sentido de que habrá de participar de las características que permitan imputarlo a una persona. Y la razón de esto consiste 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 este 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 que permita 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 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 esto, el comportamiento precedente tiene que ser, como mínimo, conciente y voluntario (en los términos del concepto de acción jurídico-penal). No son comportamientos precedentes, en consecuencia, los hechos fortuitos²¹, al no ser dable

20 Próximo, MAZUELOS COELLO, 1995: 102.

21 También, BACIGALUPO ZAPATER, 1997b: 434 s.

afirmar que en ellos el sujeto haya creado la situación de riesgo típico²², pero sí se incluyen casos de fuerza mayor y, por supuesto, los de dolo e imprudencia²³. No obstante, en algunas hipótesis de hechos fortuitos, por ejemplo, un desastre natural, el comportamiento precedente puede estar dado por la ostentación de un cargo que se ha asumido previamente (policía o bombero), y que obligue a actuar de determinada manera ante casos de desastres naturales.

El comportamiento precedente tiene que ser lícito²⁴. Si el comportamiento precedente pudiera ser, como frecuentemente se afirma, también —o solamente— un acto antijurídico, no sería posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la fuente de peligro, toda vez que el riesgo de dicha fuente sería ya típico. Si el comportamiento precedente fuera ilícito, el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más. Desde el punto de vista de lo que aquí se propone, el comportamiento precedente no es más que la asunción del deber de mantener estable una fuente de peligro. De ahí se deduce que solo 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. Dicho con un ejemplo, no se puede afirmar que quien atropella a un peatón y lo deja herido en la calle, y muere este 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.

VI. LA CORRESPONDENCIA ENTRE LA OMISIÓN Y LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL MEDIANTE UN HACER (ART. 13.2 CP)

Una vez establecido que quien omite detenta una posición de garante, el art. 13.2 CP cumple la función de declarar que para que una comisión por omisión sea punible tiene que corresponderse con la perpetración activa de un delito. Ejemplo, cuando la madre omite dar de lactar a su hijo de 2 meses y este muere, el comportamiento omisivo de la madre que produce la muerte de su hijo se correspondería con la muerte que a través de un comportamiento activo se pueda causar (del art. 106 CP, en su caso, art. 107 CP). Esto presupondría que los tipos penales que pueden ser cometidos en comisión por omisión son tipos que, en

22 Así, MIR PUIG, 1998, L. 12/66.

23 Próxima, HUERTA TOCILDO, 1997: 45 y 46.

24 De la otra opinión, MAZUELOS COELLO, 1995: 102.

principio, solo pueden ser cometidos activamente. Pero como ya se vio²⁵ ello no es correcto. Acertado es, por el contrario, entender que los tipos penales que pueden ser cometidos tanto mediante comportamientos activos como omisivos son precisamente eso, tipos que se encuentran redactados de manera tal que pueden ser cometidos indistintamente por activa o por pasiva.

Además, establecer que se da la comisión por omisión solo cuando la omisión se corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer es una consecuencia de entender que entre comisión por omisión y la realización activa del mismo delito no hay una relación de identidad, sino una, a lo sumo, de correspondencia²⁶. Si se tiene en cuenta lo dicho hasta este momento, se puede afirmar, una vez más, que comisión por omisión y realización activa de un delito son exactamente lo mismo. De ahí que el art. 13, inc. 2 CP no tenga cabida en la comisión por omisión, sino solo en los supuestos de no evitación del resultado por el garante²⁷.

VII. LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE LA PENA

1. El fundamento de la atenuación facultativa de la pena

Desde diferentes puntos de vista se busca justificar la atenuación facultativa de la pena prevista en el último párrafo del art. 13 CP. 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 activo²⁸; que la energía delictiva o criminal (*verbrecherische Energie, kriminelle Energie*) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos²⁹ (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que este devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente³⁰, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar³¹. En algunos casos excepcionales se dice que la antijuridicidad en la omisión podría tener una intensidad menor a la que tiene en los delitos realizados a través de

25 Supra 3

26 Supra 2.

27 Infra 8. En detalle, MEINI MÉNDEZ, 2003.

28 TRÖNDLE/FISCHER, 2003, § 13 N. 20.

29 STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, § 13 N. 64; RUDOLPHI, en SK, 2000, § 13 N. 65; SCHÜNEMANN, 1984: 317.

30 ROXIN, 1973a: 200; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 V 1; JESCHECK, 1985, § 13, N. 61; SK-RUDOLPHI, en SK, 2000, § 13 N. 65; LACKNER/KÜHL/DREHER, 1999, § 13 N. 17 s.

31 STRATENWERTH, 2000, § 13 N. 79.

comportamientos activos³². Esto último se ejemplifica en la doctrina alemana afirmando que, cuando el esposo mata a su cónyuge sumergiéndola en la tina, el injusto de este comportamiento activo es mayor que si simplemente no la rescata³³. 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 institucional³⁴. Aunque esto supondría aceptar que la atenuación facultativa de la pena sería aplicable a todos los delitos en virtud de responsabilidad institucional, tanto comisivos como omisivos³⁵, algo que, de *lege data*, es imposible³⁶. Se señala, igualmente, 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, toda vez que en estos casos se podría reducir la pena a los partícipes³⁷ (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la pena!). Se dice, también, que la atenuación facultativa de la pena para el omiso tendría un campo de aplicación en aquellos supuestos en los que no sea claro si el sujeto ha actuado como autor o partícipe³⁸.

Con todo, la aceptación de una de estas ideas que intentan explicar por qué la pena del omiso puede ser atenuada no implicaría que ello sea siempre así. Incluso los partidarios de estas corrientes de opinión reconocen que en muchos casos el injusto y la culpabilidad en la comisión no serán mayores que en la realización del mismo delito de resultado mediante un comportamiento omisivo. En algunos casos serán idénticos³⁹. Y cuando ello sea así, la relación entre la comisión activa de un delito y su realización omisiva no sería más de correspondencia (*Entsprechung*) o equivalencia, sino de igualdad (*Gleichheit*)⁴⁰ y, lógicamente, no será viable la atenuación facultativa de la pena.

La atenuación facultativa de la pena en la comisión por omisión nada tiene que ver con la culpabilidad de quien se abstiene. Pues si la culpabilidad hace referencia a la capacidad para ser motivado por la norma penal, no es lógico privilegiar al sujeto que comete el hecho antijurídico en comisión por omisión disminuyéndole

32 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 V 1; JESCHECK, en LK, 1985, § 13 N. 61.

33 STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, § 13 N. 64; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 V 1.

34 JAKOBS, 1993, 29/125.

35 JAKOBS, 1993, 29/126.

36 No solo en Perú, sino también en Alemania.

37 Lo mencionan, JAKOBS, 1993, 29/125.

38 STRATENWERTH, 2000, § 14, N. 23.

39 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 V 2; JESCHECK, en LK, 1985, § 13 N. 61; TRÖNDLE/FISCHER, 2003, § 13 N. 20; KÖHLER, 1997: 232 s.

40 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 58 V 1; JESCHECK, en LK JESCHECK/RUSS/WILLMS, 1985, § 13 N. 61; próximo Seelmann, en NK, 1995, § 13 N. 145.

la pena, frente a quien lo comete de manera activa y no se le reduce la pena⁴¹. De hecho, las causales de inimputabilidad, las de no exigibilidad de otra conducta y la regulación del error de prohibición no distinguen entre comportamientos de omisión y de comisión. De esto se sigue que la capacidad para motivarse por la norma penal en nada influye para que el sujeto ejecute el delito por activa o por pasiva, ya que la (in)culpabilidad no condiciona al sujeto a que actúe u omita, sino solo a que no pueda comprender el mensaje de la norma penal o no pueda comportarse de acuerdo a esa comprensión. Además, como ya se vio, la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos.

La justificación de la atenuación facultativa de la pena del omiso tampoco podría ubicarse en el injusto. Pues ya se dijo que la comisión por omisión es idéntica a la realización activa desde una perspectiva valorativa y estructural. La única forma de afirmar lo contrario sería otorgar relevancia al «esfuerzo físico» que tiene que desplegar el autor para consumar el delito mediante un comportamiento activo. Y ello conllevaría a reconocer que, por ejemplo, el injusto del delito de parricidio del marido por no salvar a su esposa de morir ahogada (comisión por omisión) es menor que si la hubiera introducido en el agua con sus propias manos. Pero este razonamiento obligaría a aceptar que el injusto del delito de homicidio de quien solamente percute el gatillo de la pistola y mata a su víctima, o el injusto del autor mediato que se vale de otro para matar a su enemigo mientras él se queda en su casa durmiendo es menor que el injusto de homicidio de quien se toma «el trabajo» de matar a la víctima a golpes!⁴².

2. La no evitación del resultado por el garante

Queda claro entonces que la justificación de la atenuación facultativa de la pena para el omiso, según el art. 13 CP, no se encuentra ni en la culpabilidad del sujeto ni en el injusto del delito. El CP contiene ya una serie de criterios que permiten al juez determinar la pena a imponer a partir de la pena conminada del delito de la parte especial (v. gr. las reglas para la determinación de la pena [arts. 45 y 46 CP], la tentativa⁴³ [art. 16 CP], los preceptos sobre autoría y participación [arts. 23 CP ss.] y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del art. 21 CP). Estas reglas se aplican indistinta e igualmente cuando el delito se comete mediante un comportamiento activo que cuando se comete mediante

41 En detalle, MEINI MÉNDEZ, 2003, *passim*.

42 Y ello con independencia de si este caso puede ser uno en que concurre gran crueldad (art. 108.3 CP)

43 SEELMANN, en NK, 1995, § 13 N. 81 ss.; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, § 22 N. 47 ss. y 53; STRATENWERTH, 2000, § 14 N. 2 ss.; JAKOBS, 1993, 29/113 ss.

una omisión. Si, además de este marco general, se prevé en el art. 13 CP —y solo para la producción del resultado mediante un comportamiento omisivo— la posibilidad de reducir la pena, ello solo puede explicarse si se reconoce 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 esta no se disminuye. Esto quiere decir que la atenuación de la pena del art. 13 CP procede cuando el juicio de desvalor que recae sobre el comportamiento omisivo al cual se le imputa el resultado no es igual que el juicio de desvalor que se hace respecto del comportamiento activo que produce el mismo resultado, sino que es menor. Así, la atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo y el resultado imputado tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo⁴⁴.

Formulado con otras palabras, si se reduce la pena es (o mejor dicho, debería ser) porque el comportamiento omisivo que se sanciona, según la valoración que lleva a cabo el derecho penal, no es idéntico al comportamiento 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 se sanciona y el comportamiento 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. La segunda hipótesis (identidad desvalorativa) es la comisión por omisión, mientras que la primera (no identidad desvalorativa) —siguiendo a un todavía reducido sector de la doctrina⁴⁵— son casos de «no evitación del resultado por el garante».

Que exista una identidad valorativa entre el comportamiento omisivo y el activo que realizan el mismo tipo penal, permite afirmar que si un comportamiento activo es penalmente relevante, siempre y cuando con él se haya incrementado de manera desaprobada un riesgo⁴⁶, lo mismo se debe demandar para que un comportamiento omisivo sea también penalmente relevante. Expresado a modo de principio: en la comisión por omisión se tiene también que haber creado o aumentado el riesgo típico, en los mismos términos en que se hace en un delito comisivo. La consecuencia inmediata de esto es que habrá que rechazar que pueda

44 GRACIA MARTÍN, 2001: 423.

45 GRACIA MARTÍN, 2001: 414.

46 ROXIN, 1997, § 11, N. 41; JESCHKE/WEIGEND, 1996, § 28.IV; KÜHL, 2002, § 4, N. 43; LENCNER, EN SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, vor § 13, N. 92; WESSELS/BEULKE, 2002, 179; STRATENWERTH, 2000, § 8 N. 38 ss.

existir comisión por omisión cuando el sujeto activo omite con posterioridad al momento en que se creó o incrementó el riesgo típico. Este planteamiento es perfectamente compatible con el hecho de que la pena de una comisión por omisión sea la misma que la de la perpetración activa del mismo delito, pues en ambos casos se trata del mismo desvalor de acción y de resultado. Expresado ya desde la perspectiva de la imputación objetiva del resultado: así como se exige que el resultado sea la realización del riesgo propio de un comportamiento activo, de la misma manera se ha de requerir que, en los casos de comisión por omisión, en el resultado se realice el riesgo típico que se desencadena con el comportamiento omisivo. El campo de aplicación de la comisión por omisión es entonces más estrecho de lo que con frecuencia se estima, toda vez ahí donde el sujeto «se encuentre» o «se tope» con el riesgo típico, ahí donde solo sea factible decir que el comportamiento omisivo no disminuyó el riesgo ya 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.

Con un ejemplo: el chofer que encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda y comunicar a la autoridad lo ocurrido, y muere luego el peatón. En este caso, el surgimiento del riesgo típico que se realiza en el resultado (muerte del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión del conductor, según lo exige la comisión por omisión, y ello con independencia de que se compruebe que si el chofer hubiera auxiliado al peatón herido, o hubiera llamado a la autoridad para que esta se haga cargo, aquel no hubiera muerto. En la medida en que el chofer no ha creado el riesgo típico con su omisión, no puede imputársele el resultado a título de comisión por omisión.

Pero la situación es distinta cuando es el conductor quien atropella al peatón y lo deja abandonado en la calle, y este muere luego a consecuencia de las heridas producidas por el accidente. Si se quiere conceder cierta lógica al art. 13 CP, hay que reconocer que la diferencia entre el conductor que atropella y abandona a su víctima y el que simplemente encuentra al peatón herido en la calle y no lo socorre consiste en que el primero tiene un deber de garante frente a la vida e integridad de quien ha atropellado, pues, en terminología del art. 13.1 CP, ha creado un peligro inminente que es propio para producir el hecho punible. El segundo conductor no detenta posición de garante alguna frente a la vida e integridad de la persona a quien encuentra herida en la calle; tiene simplemente un deber genérico de solidaridad que le impone su condición de ciudadano (de ahí que esté obligado a socorrerle en los términos del art. 127 CP).

Entiendo que, para la opinión mayoritaria, el caso aquí descrito sería uno de homicidio en comisión por omisión, pues si alguien atropella a otro y le causa lesiones y luego lo deja abandonado en la calle a sabiendas de que puede morir,

lo que a fin de cuentas ocurre, se trataría de un supuesto de injerencia al haberse creado un riesgo (atropellar) y haberse omitido la obligación de evitar el resultado al no prestarle ayuda. Este planteamiento, sin embargo, no me parece convincente. Es más, entiendo que aquí no hay homicidio en comisión por omisión porque el comportamiento omisivo del chofer se da cuando el riesgo era ya típico, tanto así que existen ya lesiones (a no ser que el comportamiento de atropellar haya sido idóneo para causar la muerte, en cuyo caso se trataría ya de un comportamiento típico de homicidio). De manera que si el riesgo es ya típico, no puede haber una obligación de evitar que este se convierta en prohibido, pues ya lo es. La explicación detallada del razonamiento que he seguido es la siguiente: (i) el comportamiento activo de atropellar al peatón es el que crea el riesgo típico y del cual se derivan las lesiones. Es decir, por lo pronto, el chofer es responsable del delito de lesiones cometido activamente; (ii) el abandonar y no prestar ayuda al peatón que se ha herido no puede ser visto como comisión por omisión, desde que la omisión de abandonar al herido y no socorrerlo no es el comportamiento que crea el riesgo típico (este ya existe). De hecho, este comportamiento omisivo configura el delito (de omisión pura) del art. 126 CP («el que omita prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud [...]»). El análisis revela que hasta este momento, y según la interpretación del art. 13 CP propuesta, el chofer responde por lesiones y por abandono de persona del art. 126 CP. (iii) La muerte del peatón se imputa al chofer a título de «no evitación del resultado por el garante», ya que este es garante por injerencia (art. 13.1 CP) y el resultado muerte del peatón, sin llegar a ser valorativamente idéntico a la realización activa del delito de homicidio (otra vez: porque el comportamiento omisivo no ha creado el riesgo típico de muerte), se corresponde con él (art. 13.2 CP).

En este caso no se reprime la producción de un resultado muerte del peatón a consecuencia de haber creado un riesgo típico mediante un comportamiento omisivo (eso sería comisión por omisión), sino por no evitar el resultado a pesar de ser garante de su evitación. La diferencia entre una «comisión por omisión» (por ejemplo del delito de homicidio) y una «no evitación del resultado por el garante» (por ejemplo, del delito de homicidio) es que el resultado será imputado, en el primer caso, cuando sea consecuencia de la creación del riesgo típico generado por el comportamiento omisivo, mientras que, en el segundo caso, cuando el resultado sea consecuencia de un riesgo típico ya existente. La desvaloración que el derecho penal haga de ambos supuestos no puede ser la misma. Dicho de otra manera, la comisión por omisión, por el simple hecho de haber creado un riesgo típico que se realiza en el resultado, es más grave, y como tal merece una pena superior, que una «no evitación del resultado».

La solución que se propone sería entonces: no hay delito de homicidio en comisión por omisión. Hay, empero, concurso ideal entre lesiones (activas) 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).

Todo esto es perfectamente compatible con el tenor literal del art. 13 CP. Pues si entre la comisión por omisión y la realización activa del mismo delito de resultado hay plena identidad valorativa, y si la comisión por omisión de un determinado delito es más grave (al merecer una desvaloración mayor) que la no evitación del resultado por el garante, luego, la no evitación del resultado por el garante será siempre, por aquello de $A = B$, $A > C$, luego $C < B$, menos grave que la realización activa de un delito de resultado. Por lo mismo, entre ellos no puede haber una relación de identidad, sino una de correspondencia. La no evitación del resultado (por ejemplo, muerte) por el garante, se corresponde, pero no llega a ser idéntica, a la realización del delito de homicidio mediante un comportamiento activo.

VIII. Autoría y participación en comisión por omisión

1. Introducción

En un delito omisivo son posibles todas las formas de intervención activa⁴⁷, incluso la instigación⁴⁸, pues el acto de participación (no el comportamiento principal que constituye autoría) es uno activo, y es irrelevante que el autor cometa un delito de resultado en comisión por omisión o mediante un comportamiento activo.

La calificación jurídica de quien colabora con un comportamiento omisivo en el hecho de un tercero es discutida en doctrina. Se argumenta, en primer lugar, que quien omite responde siempre como autor, pues si se entiende que la comisión por omisión es un delito de infracción de un deber⁴⁹, quien detenta el deber y lo infringe responde siempre como autor⁵⁰. Las excepciones vienen dadas cuando el propio tipo penal contiene un elemento objetivo especial de autoría, uno subjetivo (ánimo de lucro, por ejemplo), o cuando el delito es de propia mano⁵¹ y cuando el hecho no impedido por el omitente es ya una participación⁵². La segunda posibilidad es

47 Con referencias bibliográficas, CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2001, vor §§ 25 N. 99.

48 Con múltiples referencias, SEELMANN, en NK, 1995, § 13 N. 90.

49 ROXIN, 2000: 459 ss.

50 ROXIN, 2000: 462 s.; STRATENWERTH, 2000, § 14 N. 20 s.

51 ROXIN, 2000: 479 s.; RUDOLPHI, en SK, 2000, vor § 13 N. 41; STRATENWERTH, 2000, § 14 N. 21.

52 RUDOLPHI, en SK 2000, § vor 13 N. 42; BLEI, 1983: 318 s.

entender que el omitente responde como partícipe⁵³. Según una aplicación rigurosa de la teoría del dominio del hecho, solo se puede dominar de facto el hecho mediante un comportamiento activo, pues el omitente tiene únicamente un dominio potencial del hecho. La excepción se da cuando quien comete activamente el delito deja de tener el dominio fáctico del hecho, pasando a detentarlo ahora el omitente⁵⁴. No obstante, esto implica distinguir sin razón supuestos en donde la única diferencia es que el curso causal es creado por una persona o por la naturaleza⁵⁵, y no se entienda por qué, por ejemplo, el terrorista domina más el hecho que quien desde su ventana le observa, si ambos realizan la misma conducta de esperar⁵⁶. En tercer lugar, se propone que el omitente responda como autor⁵⁷ si la posición de garante que detenta consiste en proteger un determinado bien jurídico, con independencia del origen causal de la lesión que sufre el bien jurídico; mientras que si la posición de garante es una que obliga a cuidar o vigilar una fuente de peligro, la responsabilidad del omitente sería la del partícipe, sin tener en cuenta si la fuente de peligro es una persona o consiste en el empleo de una cosa⁵⁸. Excepciones: cuando concurren las condiciones de la autoría mediata y cuando el sujeto a quien se debe vigilar es un no culpable (por ejemplo, enfermos mentales)⁵⁹. Esta tercera propuesta parece ser la más acertada, pero, como se dijo, en muchos casos no queda claro si se está ante una u otra forma de posición de garante.

2. Toma de postura: la aplicación de las reglas de los delitos que pueden cometerse tanto por comisión o por omisión al campo de la participación

Los principios que rigen la participación omisiva son exactamente los mismos que rigen la participación activa, pues, como ya se dijo, la realización de un delito de resultado mediante un hacer es idéntica a la realización del mismo delito mediante un comportamiento omisivo. De esto se deduce que no debe haber razón alguna que, en principio, diferencie a la intervención activa de la omisiva. Sin embargo,

53 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 5; JESCHECK, en LK, 1985, § 13 N. 57; BOCKELMANN/VÖLK, 1987: 207; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, § 50 N. 72.

54 JESCHECK, en LK, 1985, § 13 N. 57

55 En esta línea, ARMIN KAUFMANN, 1959: 227.

56 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 1995: 257.

57 CRAMER/HEINE, EN SCHÖNCKE/SCHRÖDER, 2001, vor §§ 25 N. 104, HERZBERG, 1977: 82 s.; KÜHL, AT: 757; GROPP, 2001, § 21 N. 22.

58 CRAMER/HEINE, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER, 2001, vor §§ 25, N. 106 y 108.

59 CRAMER/HEINE, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER, 2001, vor §§ 25, N. 106.

esto no quiere decir que en aquellos delitos cuya ejecución es eminentemente activa, es decir, aquellos como la violación de la libertad sexual o como el robo, no quepa participación omisiva. El que en estos casos solo vayan a responder como autores quienes realizan activamente la conducta típica (practicar el acto sexual mediante violencia o amenaza, o apoderarse mediante violencia o amenaza de un bien mueble ajeno) es algo que viene ya condicionado por la propia redacción del tipo, en la medida en que se tratan de delitos en los que la conducta de autoría no puede ser realizada mediante un comportamiento omisivo. Pero esto en modo alguno implica que la participación tenga que llevarse a cabo, siempre, mediante un comportamiento activo. Por ejemplo, la madre que nada hace mientras su esposo viola sexualmente a su hija no puede responder como autora del delito de violación de la libertad sexual, sino como cómplice (por omisión) de este delito, pues no es posible tener relaciones sexuales mediante comportamientos omisivos.

Si entre los tipos de lo injusto omisivo y comisivo existe una identidad normativa que se proyecta sobre la realización de los tipos de la parte especial, y si los tipos de la parte especial son tipos de autoría, luego, toda omisión estructuralmente idéntica a la comisión activa del delito tendría que ser una omisión de autor⁶⁰. Son pues los preceptos que regulan la participación criminal (arts. 24 CP ss.) los que tienen que dar la respuesta a la participación omisiva, de la misma manera en que la dan para la participación activa. Así, cuando el deber que voluntariamente asume el sujeto no se refiera al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyan a que este se realice, se tratará de participación por omisión⁶¹.

Cómplice primario por omisión es quien dolosamente presta auxilio mediante una abstención para la realización del hecho punible sin la cual no se hubiere perpetrado (art. 25 CP primer párrafo), y cómplice secundario o accesorio quien a través de una omisión dolosa hubiera prestado asistencia a la perpetración del hecho punible de cualquier otro modo. Con esto, todos los problemas que pueda suscitar la intervención por omisión se limitan a diferenciar si el comportamiento omisivo se corresponde a uno de autoría, de complicidad primaria o de complicidad accesorio. Y esto no es poco, pero tampoco es más que los problemas que ya existen para diferenciar si un comportamiento activo es autoría o participación, y si es participación, si es principal o accesorio. Para decirlo con otras palabras, la intervención omisiva en hecho ajeno presenta las mismas dificultades que las concernientes a la intervención activa en hecho ajeno. Y la participación es, tal vez, el tema más espinoso y sobre el que menos consenso existe en materia penal.

60 SILVA SÁNCHEZ, 1989: 388.

61 SILVA SÁNCHEZ, 1989: 389 s.; NÚÑEZ CASTAÑO, 2000: 204.

Lo trascendental, entonces, es determinar el peso del aporte, con independencia de que este haya sido manifestado de manera activa u omisiva. Así, por ejemplo, si quien facilita el arma con la cual el homicida consume el delito responde como cómplice, lo tendrá que hacer también el almacenero que dolosamente no impide que el asesino tome la pistola y cometa el delito.

No es posible la instigación mediante omisión, pues el art. 24 CP señala explícitamente que la instigación es el comportamiento doloso en virtud del cual se determina a otro a cometer un hecho punible⁶². Esto quiere decir que si el partícipe omite evitar que el autor no lleve a cabo la idea de delinquir —lo cual presupone que el autor se encuentra ya decidido o convencido a realizar el delito— podrá haber participación omisiva, pero no a título de instigación. Además, la naturaleza de las cosas obliga a descartar la instigación omisiva. Igual que no todos los delitos pueden ser realizados en autoría mediata (violación de la libertad sexual de persona puesta en imposibilidad de resistir del art. 171 CP), en coautoría (bigamia del art. 139 CP, auto aborto del art. 114 CP cuando es la propia mujer la que causa se aborto), o igual como no todos los delitos de resultado se pueden perpetrar en comisión por omisión (por ejemplo, bigamia), de la misma manera hay una modalidad de participación que no puede ser realizada mediante omisión. Los supuestos en los que un sector de la doctrina admite que se da la instigación por omisión, son, en mi opinión, hipótesis de complicidad por omisión.

62 Estas son las razones que se esgrimen con normalidad para descartar la inducción omisiva, SEELMANN, en NK, 1995, § 13 N. 91. De otra opinión, SCHMIDHÄUSER, 1984, 13/10 s.; JAKOBS, 1993, 29/27. Próximo VOGEL, 1993: 288 s., para quien el comportamiento que constituye instigación en omisión debe, además, tener valor declarativo o explicativo de la situación («Erklärungswert»)