

Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte (*)

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES

Ayudante científico en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn (Prof. Günther Jakobs). Miembro del Seminario de Derecho Penal del Prof. Bacigalupo (Madrid).

SUMARIO: Presentación general del problema.—1.^a Parte. Fundamentos para un correcto tratamiento de la intervención omisiva. I.La equivalencia entre el delito de omisión y el de comisión. 1.Equivalencia acción-omisión. 2. Equivalencia entre el delito activo y el comisivo. 2.1. Libertad de organizar. 2.2. Articulación de toda interacción social. 2.3. Nuevamente: libertad de organizar. 3. Excurso. Delitos en virtud de una relación institucional: solidaridad especialmente asegurada. II.La posición de garante en los delitos activos (comisión).—2.^a Parte. La intervención omisiva. I. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión activa. 1. Planteamiento del problema. 2. Algunas de las soluciones propuestas por la doctrina. 3. Propuesta de solución. II.La prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva; a la vez: la intervención omisiva en general. 1. La prohibición de sobrevaloración del aporte y la «facilitación imprudente» de un plan delictivo doloso ajeno. 2. Inducción en comisión por omisión.—3.^a Parte. Opiniones discrepantes. I.Responsabilidad del omitente, como autor. II. Responsabilidad del omitente, como autor o como partícipe, según de qué tipo de posición de garante se trate. III. Responsabilidad del omitente como partícipe.—Resumen de conclusiones.

PRESENTACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA

La delimitación de las distintas formas de intervención en el delito, siendo ya de por sí compleja en los supuestos normales en que el inter-

(*) El autor de este trabajo desea dejar aquí constancia de su agradecimiento a los profesores Bacigalupo y Jakobs, en cuyos seminarios se presentaron y discutieron las tesis que en él se incluyen. Especial reconocimiento le debo también al Prof. Montealegre Lynett (Bogotá), quien también tuvo la amabilidad de discutir conmigo el contenido del artículo y cuyas observaciones tuve muy en cuenta.

viniente actúa, alcanza un alto grado de inseguridad tanto en la doctrina científica como a nivel jurisprudencial, cuando el interviniente omite. Su calificación bien como autor, bien como partícipe, del correspondiente delito de comisión por omisión, incluso su punibilidad en general, son objeto de intrincada discusión, sin que hasta ahora se haya logrado en absoluto unanimidad.

1) La intervención omisiva plantea dos niveles de investigación. En primer lugar, hay que decidir si dicho comportamiento se debe tratar según las reglas generales que se aplican a la intervención activa, o por el contrario, la omisión de impedir el resultado conduce a la impunidad, o siempre a la punibilidad en calidad de autor o en calidad de partícipe. Las soluciones hasta ahora aportadas a esta problemática por grandes sectores de la doctrina son diversas, pero todas coinciden en algo: *las reglas de la intervención activa no son de aplicación en la omisión*; ésta se rige por sus propias reglas (ver 3.^a Parte). En contra de esta doctrina, y adelantando ya una de las tesis que se van a mantener en el trabajo, *entendemos que en los delitos de organización, la acción y la omisión son equivalentes, y por tanto, tampoco puede existir diferencia alguna en cuanto a las reglas que se apliquen para resolver la intervención comisiva u omisiva*. Esta conclusión de que el delito activo y el comisivo son equivalentes, y por tanto de que las reglas de la intervención delictiva en ambos supuestos no sufren alteraciones, se tratará de lograr en la 1.^a Parte de nuestro estudio.

2) En segundo término, y ya partiendo de que el comportamiento omisivo se debe tratar según las reglas generales de la autoría y participación, hay que determinar todavía las fronteras de esta intervención, esto es, delimitar por un lado la autoría de la participación, y por otro, decidir quién responde como coautor, como cómplice o como inductor, y en derecho español además, como cooperador necesario. Este segundo ámbito de problemas no puede ser abarcado en su totalidad en el marco del presente trabajo, por lo que tan sólo se darán algunas directrices referidas a la inducción, y a supuestos muy concretos de complicidad, y coautoría; esto se hará con base en un problema, que entendemos no ha sido hasta ahora satisfactoriamente resuelto por la doctrina.

Nos referimos a la cuestión del *encadenamiento temporal* de las realizaciones activa y omisiva, y de las pautas que se deben aplicar a esta sucesión cronológica. Lo habitual, aunque no obligado, es que la comisión preceda a la omisión (1): un sujeto dispara a otro dolosamente (acción), dejando después que muera sin socorrerlo (omisión). Por lo general, estos supuestos se presentan como no problemáticos. En nues-

(1) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona 1986, pp. 277 y s.

tro ejemplo, así sucede: cuando el sujeto dispara tiene dolo y es autor, y esto se mantiene de este modo, con posterioridad. En cambio, cuando la acción precedente y la omisión posterior no coincidan en aspectos como autoría y participación, o dolo e imprudencia, la situación no resulta tan sencilla. Así, nuestro ejemplo se complica, si el sujeto que disparó lo hizo *imprudentemente*; o, si en lugar de disparar, lo que hizo fue facilitar el arma (*complicidad*), en ambos casos dejando morir a la víctima sin prestarle ayuda; ¿y si ambos supuestos se combinan?, a saber, ¿qué sucederá si facilitó el arma (*complicidad*) sin saber que lo hacía, esto es, *imprudentemente*, y con posterioridad no impide el hecho o no socorre a la víctima tras su comisión? A modo de ejemplo: X da una bolsa a Z que contiene un arma, desconociendo esta circunstancia; X se da cuenta de su error cuando descubre que Z quiere asesinar a un tercero con el arma; de todas formas, X no hace nada por impedirlo. En estos casos, ¿responderá el interviniente (X) por la acción (de facilitar el arma) o por la omisión (de socorrer)?, y de hacerlo, ¿lo hará como autor, o como partícipe?; y como autor ¿imprudente o doloso?, o incluso, ¿como partícipe imprudente? Este círculo de problemas —que ya adelanto, llamaremos *prohibición de sobrevaloración del aporte*—, se resuelve en la 2.^a Parte, y nos servirá, a la vez, como ya se indicó, para dar alguna de las directrices sobre los límites de las distintas formas de participación entre sí, y ello, tanto en la acción como en la omisión.

3) En resumen, esta exposición se ocupará de determinar si deben aplicarse las mismas reglas para la intervención omisiva que para la comisiva (1.^a Parte), y de establecer, o al menos trazar, alguna de estas reglas generales resolviendo la problemática del encadenamiento temporal de realizaciones activas y omisivas, mediante el principio que hemos querido llamar de *prohibición de sobrevaloración del aporte* (2.^a Parte).

4) Quedan fuera de las siguientes aclaraciones los llamados delitos «de infracción de deber» o en virtud de una relación institucional, cuyo ejemplo paradigmático se encuentra en los delitos derivados de las relaciones paterno-filiales; estos serán de todas formas brevemente expuestos en forma de excursus (1.^a Parte, 1.3.), al menos para establecer sus diferencias básicas con los delitos de organización. Tampoco los delitos propios de omisión, basados en un mínimo de solidaridad que se exige en Sociedad (2), serán objeto de estudio, puesto que con la doctrina mayoritaria, los consideramos como supuestos aparte.

(2) Cfr., en vez de muchos, RODRÍGUEZ DEVESEA, José María, *Derecho Penal Español*, reed. de la duodécima ed. por SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Madrid, 1989, pp. 119 y ss., con amplias referencias jurisprudenciales (not. 6) sobre el delito de omisión propio como contrario a la solidaridad; además, SILVA, *El delito*, p. 340.

1.ª PARTE

FUNDAMENTOS PARA UN CORRECTO TRATAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN OMISIVA

El tratamiento de la intervención omisiva es obvio que depende de dos cuestiones previas: en primer lugar, del concepto que se posea de la comisión omisiva, en segundo, del que se tenga de intervención, en otras palabras, de la forma en que se establezcan los límites entre autoría y participación —y de las distintas formas de participación entre sí—; este segundo aspecto puede ser de momento dejado de lado, puesto que como hemos apuntado, fin de este capítulo es determinar, en primer lugar, si la intervención omisiva se rige por las mismas reglas que la activa. La noción que se tenga de omisión es pues de importancia vital: resulta imprescindible establecer una concepción de la comisión omisiva para poder entrar a discutir si a los casos de intervención por omisión son de aplicación las reglas de la intervención activa. Este estudio lo emprendemos a continuación, investigando si el delito de omisión se diferencia del de comisión (I) y si por tanto, la posición de garante exigida por la doctrina para fundamentar la responsabilidad omisiva, también es necesaria en la comisión (II).

I. La equivalencia entre el delito de omisión y el de comisión

1. *Equivalencia acción-omisión*

La literatura antigua limitaba a movimientos corporales concretos la posibilidad de configurar el hecho, es decir, a la acción. En cambio la doctrina moderna ha señalado las grotescas consecuencias que conlleva tal intento de reconducir toda responsabilidad a un movimiento corporal (3). Lo dicho puede ser aclarado fácilmente mediante un ejemplo (4): el trabajador ha sido sustituido en las modernas fábricas por un robot y su labor ahora consiste en controlar el correcto funcionamiento del mismo. Antes de esto, cuando un producto era defectuoso, el fallo se atribuía a su trabajo incorrecto, esto es, a un actuar positivo. Pero tras la sustitu-

(3) SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen 1971, p. 283; cfr. también WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, p. 112; en sentido parecido ARZT, Gunther, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, JA 1980 (pp. 553 y ss.; 647 y ss.; 712 y ss.), pp. 554 y ss., que habla de un parentesco entre la conducta activa y la omisiva.

(4) El ejemplo está tomado de VOLK, Klaus, *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, *Tröndle-Festschrift* (pp. 219 y ss.), 1989, p. 225.

ción, su responsabilidad radica precisamente en lo contrario, a saber, en no actuar, en omitir la acción que corrija el funcionamiento defectuoso del robot. En este sentido, se habla en la doctrina alemana de unas «fronteras desdibujadas entre la acción y la omisión a través de la técnica moderna» (5), o de la «posibilidad de un intercambio entre la acción y la omisión en sistema» (6); esto, como se verá, no debe ser interpretado como si dicha equivalencia entre ambas formas de comportamiento, se refiriese sólo (¡aunque también!) a estos casos vinculados con máquinas, es decir, aquellos en que incluso la intercambiabilidad de acción y omisión no resulta problemática desde un punto de vista mecánico-naturalista. En estos casos la equivalencia se presenta con mayor claridad, lo que no nos impedirá llegar a la conclusión general, de que la equivalencia entre acción y omisión rige en cualquier forma de configuración del mundo exterior, en otras palabras, respecto de los deberes que surgen de la organización que cada ciudadano realiza de su ámbito (7). Explicado nuevamente, mediante un ejemplo (8): cuando el agua llegue a

(5) SEELMANN, Kurt, *Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen*, JuS 1987 (5. L., pp. 33 y ss.), p. 34; EL MISMO, *Alternativkommentar, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. por R. Wassermann, tomo 1, §§ 1-21 StGB, Neuwied, 1990, not. marg. 23 del § 13.

(6) PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt am Main 1974, pp. 140 y ss., 144. Crítico, SILVA, *El delito*, pp. 175 y s.: si bien encuentra esta equivalencia acción/omisión como «probablemente cierta» —aunque no en todos los supuestos—, considera «en todo caso (...) obligado aceptar que la elección [entre acción u omisión] conduce a regímenes diversos en cuanto a aspectos de la teoría de la participación, de la tentativa, etc. (...) que en absoluto carecen de significación y por sí solos justificarían todo esfuerzo encaminado a una más clara diferenciación» (cfr. también, *ibid.*, pp. 200, 277). De la afirmación de SILVA se infiere que la distinción entre acción/omisión, a pesar de ser «probablemente falsa», debe mantenerse puesto que existen diversos regímenes en cuanto a la participación, tentativa, etc. Sobre esto, debemos decir: 1) La elección entre acción u omisión, si es que son equivalentes, no puede conducir a regímenes distintos en cuanto a la participación —o lo que es lo mismo: lo que hay que revisar por ser falsa es aquella teoría de la participación que establezca diferencias—. 2) Que haya distintos regímenes para la intervención activa y para la omisiva, presupone que la comisión no es igual que la omisión, pero no al revés, esto es, no que haya distintos regímenes presupone que haya que hacer una distinción o que ésta sea cierta (porque puede que la existencia de tales regímenes sea [¡es!] lo incorrecto). Por lo que respecta a la participación trato de demostrar que tales diferencias no existen.

(7) Véase, JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin/New York, 1991, 28/14 (en adelante AT); EL MISMO, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, pp. 30 y s.; TIMPE, Gerhard, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin 1982, pp. 171 y ss.; EL MISMO, *Die Nötigung*, Berlin 1989, pp. 89 y ss.

(8) Según PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, pp. 141 y s.; siguiéndole, TIMPE, *Nötigung*, p. 89; un ejemplo similar, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aspectos de la comisión por omisión. Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, CPC n.º 38 (1989) (pp. 367 y ss.), p. 377 nota 42 (sin cursiva en el original): «Es idéntico estructuralmente provocar la avenida de un río sobre un pueblo rompiendo una presa (vía comisión activa = causal) que, habiéndose “comprometido” (...) a

un determinado nivel, la labor del encargado de una presa puede consistir en abrir las compuertas de desagüe, siempre y cuando no se halle nadie en las cercanías de dichas válvulas de escape. Si el encargado de la presa realiza la apertura, a pesar de la presencia de alguien allí, se comporta contra la prohibición, es un delito de comisión. Pero el supuesto se puede reformular de modo que, en lugar de una prohibición, se trate de un «mandato» equivalente: la apertura de las compuertas se produce automáticamente de forma tal, que el «mandato» consista en desconectar el mecanismo en caso de que se encuentre alguien en las cercanías. Si el encargado no cumple el mandato y no oprime el botón que evita la apertura automática, se trata de un delito de omisión. Allí donde antes la organización riesgosa consistía en apretar el botón de apertura, ahora es no apretar el botón que interrumpe dicha operación. Que el encargado en el primer supuesto apriete el botón de apertura, o en el segundo no apriete el botón de desconexión, no juega ningún papel en la valoración jurídica del suceso (9). Esta diferencia de comportamiento, en el primer caso el quebrantamiento, mediante una acción, de la prohibición de organizar riesgosamente, en el segundo el mismo quebrantamiento pero mediante una omisión —la de desconectar—, es jurídicamente irrelevante, sencillamente se rige según el casual *statu quo* de la organización (10). Por otra parte, al que sufre las consecuencias de la organización defectuosa le es totalmente indiferente si el sistema estaba organizado de forma que las consecuencias se produjeron por omisión o por acción (11). En ambos casos se trata, como a continuación veremos, de un único fundamento de la responsabilidad: de un deber de evitar los daños a esferas jurídicas ajenas, que puedan surgir de la organización que cada ciudadano hace de su propio ámbito; es un deber que se basa en las expectativas existentes para facilitar la interacción social en un Estado de Derecho.

cerrar las compuertas siempre que se produjera la crecida, no hacerlo, dando lugar, asimismo a la avenida»; entiendo, como SILVA, que esa «identidad estructural» se basa en este caso en ese «compromiso material», lo que generalizando como creo se debe generalizar no significa otra cosa que: el que organiza, el que hace uso de su libertad, se compromete a que de su organización, de su ámbito, no se deriven peligros, y en verdad también igual que éstos deban ser atajados activa u omisivamente (en caso contrario, la solución es bien sencilla: no organizar). Esta generalización, empero, no es sostenida por SILVA, *El delito*, passim (y especialmente p. 176). Sobre lo dicho, a continuación detallado en el texto.

(9) PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, pp. 142 y s.; JAKOBS, *La competencia como organización en el delito omisivo* (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS), *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 14 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen*, pp. 162 y s.; PHILIPPS demuestra además, que tampoco existe diferencia entre ambas formas de comportamiento según las reglas de la lógica.

(10) JAKOBS, *La competencia*, p. 17; FREUND, Georg, *Erfolgsdelikt und Unterlassen, zu den Legitimationsbedingungen von Schuldsspruch und Strafe*, Köln/Berlin/Bonn/München 1992, pp. 79 y 103; LESCH, Heiko H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main 1992, p. 265; TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 175.

(11) PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, p. 144.

2. Equivalencia entre el delito activo y el omisivo

2.1. LIBERTAD DE ORGANIZAR

Tradicionalmente se viene afirmando que en el *Estado liberal*, el omitir es un fenómeno de menor importancia en el ámbito jurídico-penal; la omisión, en este mismo sentido, se asocia a un deber de solidaridad, y por ello se la diferencia sustancialmente de la comisión. La omisión, se dice también, implica una mayor exigencia al individuo: la realización de una acción, por lo que es lógico que se apliquen otras reglas que en la comisión (12). En realidad, dicho deber existe *per se*, tan sólo en los delitos propios de omisión, así como en los delitos en virtud de una institución, que más adelante trataremos. En los demás casos de omisiones —y de acciones!—, se trata exclusivamente de evitar que la organización del propio ámbito conlleve resultados lesivos. Apretar el botón para desconectar la apertura automática de las compuertas tiene tan poco que ver con un comportamiento solidario, como apretar el botón para que se abran las mismas, a pesar de que se encuentre alguien en las inmediaciones; y, evidentemente, el nivel de exigencia que implica cumplir el «mandato» apretando el botón que impide la apertura de las compuertas es mínimo, si se compara con el nivel que se exige para cumplir con ciertas prohibiciones: en los casos de legítima defensa ante un inimputable, por ejemplo, se suele restringir la legítima defensa argumentando que, frente a tales sujetos, carece de sentido la ratificación del ordenamiento jurídico como tal y pervive por tanto tan sólo un derecho individual de defensa, esto es, sólo cabe la legítima defensa si el autor no tenía otra forma de evitar la agresión (13); abreviadamente: en ocasiones, para cumplir con la prohibición ¡se exige huir! Nuevamente, con un ejemplo (14): Si muevo un engranaje y me doy cuenta que un niño a

(12) Ya desde FEUERBACH, Paul Joh. Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen 1803, § 24; esto es hoy Doctrina generalmente asentada; cfr. por ejemplo, y sólo por citar literatura en castellano, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4.^a ed. a cargo de HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Barcelona 1994 (en adelante *PG*), p. 452; SILVA, *El delito*, pp. 146 y s.; para una perspectiva histórica sobre este punto, cfr. también HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 26 y ss., y, sumándose también a este carácter restrictivo del Estado social y democrático de Derecho en materia de omisión, *ibíd.*, p. 165. Sobre la correcta interpretación que debe hacerse del rol de ciudadano en el Estado liberal y su relación con la omisión, cfr. *infra* 2.3 con not. 58.

(13) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., Madrid 1990, pp. 146 y s.

(14) RÖTERING, *Über die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr*, GS 34 (1883), p. 207; cfr. en el mismo sentido, JAKOBS, AT, 28/14; EL MISMO, consecutivo, AT, 32/33; ya antes de él, en sentido parecido, WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 114 y ss.

la vez se aproxima, debo parar; la expectativa social (no lesionar a otros) requiere una omisión de seguir moviendo el engranaje. Pero si he puesto el mecanismo en movimiento a través de una fuerza automotriz, entonces debo introducir un cambio en el mecanismo para frenar la fuerza, es decir, intervenir obrando positivamente en el mundo exterior; la expectativa social (no lesionar a otros, ergo ¡la misma!) requiere una acción, la de parar el mecanismo. El paso de un simple no hacer a una actividad positiva tiene lugar aquí de una forma imperceptible, y lo que es seguro: ese paso no tiene nada que ver ni con una mayor exigencia en el supuesto omisivo, ni con un comportamiento solidario. Del individuo que tiene que frenar el engranaje para impedir un resultado lesivo, es decir, que debe cumplir el «mandato», nadie diría que se ha comportado solidariamente con el niño, en caso de que pare la máquina: tan sólo ha cumplido con su obligación de no organizar defectuosamente; esto es, se trata de un «mandato» que es igual a la prohibición de no organizar riesgosamente. Así pues, existen «mandatos» que no presuponen un comportamiento solidario, sino que sencillamente son el coste de la libertad de poder organizar. El ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, y en verdad en forma de expectativa social, sobre los peligros por él creados, o respecto de peligros, que, si bien él no ha creado, los ha asumido (15). Libertad de organizar presupone responsabilidad: si organizo, también soy responsable de hacerme cargo de las consecuencias, que no son otras, sino que de mi organización no se deriven daños en esferas de libertad ajenas.

Pero... ¿por qué hablamos de libertad de organizar?; ¿por qué añadimos que el límite de esa libertad se encuentra en el ámbito de organización (de libertad) de los demás?; ¿qué es una expectativa social?; ¿por qué nos referimos a los otros *ciudadanos* como límite?; y sobre todo ¿organizo algo, cuando omito impedir un resultado?, ¿todo resultado que no impido pertenece a mi organización? y si no ¿en qué casos?; ¿qué relevancia jurídico-penal encontramos en estos términos? Ejemplificativamente: si como consecuencia de un disparo imprudentemente hiero a una persona, a la que luego no presto ayuda, agravándose sus lesiones, ¿por qué debo responder?, ¿qué es lo que he organizado: el disparo sólo, o también me incumbe la gravedad de las lesiones por no haber prestado ayuda?, y si le socorrí antes de que empeorasen las lesiones, ¿me he comportado solidariamente? o ¿estaba obligado a ello? ¿qué era esperado de mí —expectativa social—?, y, ¿coincide esto con lo que

(15) JAKOBS, AT, 28/14; EL MISMO, *La competencia*, pp. 12 y ss., y passim; TIMPE, *Strafmilderungen*, pp. 170, 176 y ss.; VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1993, pp. 306 y s. y 282; VOLK, *Zur Abgrenzung*, p. 236. Sobre la cuestión de la solidaridad, cfr. también, SEELMANN, *JuS* 1987, que opina inconsecuentemente, a pesar de aceptar esta equivalencia entre el comportamiento activo y el omisivo, que de todas formas la omisión tendría algo que ver con una obligación de solidaridad.

era esperado de mí jurídico-penalmente? A continuación se aclaran estas cuestiones.

2.2. ARTICULACIÓN DE TODA INTERACCIÓN SOCIAL

1) En una sociedad tan compleja como la actual, el derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales (16). Se trata de determinar qué hechos sociales, roles, instituciones etc, son de tal valor en Sociedad, que su quebranto impida la convivencia mínima; en otras palabras, qué cae dentro del ámbito de protección del derecho penal. En términos de la sociología jurídica de *Niklas Luhmann*, se trata mediante el Derecho de reducir complejidad para facilitar orientación. «Por *complejidad* entendemos que siempre existen más posibilidades de las que pueden ser actualizadas» (17); que en un mundo en que todo es posible (complejidad), es imposible la convivencia (la orientación), ya lo puso de manifiesto *Hobbes* (18): si todos tienen derecho a todo, estos derechos subjetivos, de todos a todo, no son más que una quimera. Si en cada momento hubiese que contar con cualquier comportamiento de otros, la orientación social resultaría imposible (19). Hay por tanto que reducir esa complejidad para poder orientarse, para poder convivir.

2) La complejidad se reduce mediante la formación de sistemas sociales: la simplificación se consigue mediante reducción. Estos sistemas, por ejemplo, el Derecho, reducen la complejidad mediante la creación de expectativas; no se espera todo de todos. ¿Quién cruzaría una

(16) Sobre el derecho penal cumpliendo una función social, esto es, «reparando el equilibrio de un sistema social perturbado por el delito», cfr. BACIGALUPO, *Principios*, pp. 9 y ss.; REYES ALVARADO, Yesid, *Fundamentos Teóricos de la imputación objetiva*, ADPCP 1992, pp. 933 y ss.; pp. 944 y s.; que califica esta función posibilitadora de relaciones sociales como «afirmación generalmente aceptada». LESCH, Heiko H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main-Bern-New York-París 1991, pp. 239 y ss.; consecuencia de ello es un concepto jurídico-penal de acción que «no es buscado antes de la Sociedad, sino dentro de la Sociedad»: véase JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 12 y passim.

(17) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen 1987, p. 31; EL MISMO, *Normen in soziologischer Perspektive*, *Soziale Welt* 20 (1969), pp. 28 y ss. Sobre Luhmann y en español, informativa, *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, de GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, Barcelona 1993, en especial, pp. 174 y ss.

(18) HOBBS, Thomas, *Leviathan*, XIV, XV; EL MISMO, *De Civ. I*, 11: la libertad de poder hacer todo, de tener derecho a todo, conduce a la guerra en el estado natural: «En efecto, la consecuencia de tal derecho es más o menos lo mismo, que si no hubiese absolutamente ningún derecho». Sobre esto: SCHELSKY, Helmut, *Thomas Hobbes-Eine politische Lehre*, Berlin 1981, pp. 341 y s.; EUCHNER, Walter, *Die Staatsphilosophie des Thomas Hobbes*, Fernuniversität in Hagen 1987, p. 45.

(19) JAKOBS, AT, 1/4; DUX, Günter, *Rechtssoziologie*, Stuttgart-Berlin-Köln-mainz 1978, p. 32; LESCH, *Das Problem*, pp. 240 y ss.; OTTO, Harro, *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, NJW 1974, pp. 533 y s.

calle, si no pudiese esperar que los automovilistas se van a detener ante un semáforo en rojo?

Para reducir complejidad hay que reducir las posibilidades que ofrece el mundo, mediante la creación de expectativas. Toda interacción humana se encuentra estructurada con base en expectativas. Quien puede esperar algo, se orienta mejor. Pero con la reducción de complejidad mediante las expectativas no está, ni muchos menos, todo el problema planteado: si sólo se han seleccionado algunas de las posibilidades, es inevitable en ocasiones la frustración de estas expectativas, en otras palabras, que sean otras las posibilidades que se realicen *versus* las seleccionadas. Por continuar con nuestro ejemplo: se sabe que pese a la existencia de semáforos se producen atropellos. Es el problema de la *contingencia*: es factible que la conducta real no coincida con la esperada; por contingencia entendemos, pues, que las posibilidades mostradas de futura experiencia pueden suceder de distinta forma a la esperada; que lo mostrado puede engañar al remitir a algo que no es, o que, en contra de lo esperado, no es alcanzable (20). Las expectativas son pues abiertas: si son expectativas es, precisamente, porque no existe certeza, porque existe riesgo de defraudación. En ocasiones es imposible renunciar en Sociedad a este riesgo de defraudación: la no renuncia a usar el automóvil para ir a trabajar, lleva aparejado que la expectativa de no resultar atropellado pueda verse defraudada (21). Pero de todas formas, el esperar (al haber reducido complejidad), incluso aunque pueda verse defraudado (puesto que la contingencia perdura), coloca al sujeto en una situación, si no privilegiada, sí más favorable.

En lo que al Derecho se refiere, no sólo se tiene en cuenta qué ocurrirá en el mundo, sino precisamente conductas humanas. Ejemplificativamente: el Derecho no se ocupa, v. gr., de si yo puedo esperar no ser alcanzado por un rayo durante una tormenta (Naturaleza), sino, por ejemplo, de si se puede esperar no ser asaltado cuando se viaja solo. El problema, así, se complica: no sólo espero algo de la Naturaleza, sino algo humano. En Derecho se acepta al otro como *álder ego*, lo cual significa que considero al otro igual a mí. De esta forma, esperar *tan sólo su comportamiento* —al modo en que se espera de la *Naturaleza*— sería pobre por mi parte o, sencillamente, torpe para evitar conflictos; si yo tengo expectativas ¿por qué no habrían de tenerlas los otros?, ¿es que para los otros *partner* de la interacción, el mundo no es igualmente contingente y complejo? Así pues nos hallamos ante un esperar de expectativas (22), en

(20) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 31; EL MISMO, *Normen*, p. 30; aunque sin hablar de contingencia, en el mismo sentido, DUX, *Rechtssoziologie*, p. 50.

(21) Cfr. JAKOBS, *AT*, 7/35; EL MISMO, *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), *Colección de Estudios* n.º 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1994, p. 27.

(22) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 32 y ss.; EL MISMO, *Normen*, pp. 31 y ss.; en sentido parecido, DUX, *Rechtssoziologie*, pp. 33, 53 y s.; OTTO/BRAMMSEN, *Die Grundlagen der Strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, Jura 1985, pp. 536 y s.

otras palabras, la *contingencia* —la posibilidad de que lo esperado no coincida con la realidad— es *doble*. El comportamiento del otro no se puede considerar, desde este punto de vista, como *un algo determinado*, sino también como producto de su *selección*. Para facilitar la interacción social, no es suficiente pues con que cada uno tenga experiencia —espe-re, como en su trato con la Naturaleza, lo que va a ocurrir—, sino que ha de poder esperarse lo que áter espera de cada uno. En definitiva: la conducta propia se planifica de forma más correcta si puede ser determinada (orientación), esto es, si pueden esperarse expectativas ajenas. Abreviadamente: anticipación *versus* desconcierto y defraudación; áter espera, ego planifica (23). El que espera expectativas y no sólo comportamientos, se encuentra en mejor situación de evitar conflictos. Se incluyen las expectativas ajenas en la estructura de expectativas propia; a pesar de ello, estas expectativas ajenas no descompensan la propia expectativa, sino que la armonizan, aunque evidentemente los riesgos son mayores (la contingencia es doble) (24). Ejemplo: para evitar el «conflicto» suspenso en el «sistema» clase de derecho penal, parte general, el alumno tiene unas determinadas expectativas; el profesor, empero, también. El alumno estudia para el examen, no lo que espera que el profesor le va a preguntar (expectativas de comportamiento, esto sería demasiado poco para evitar el conflicto), sino lo que espera que el profesor espere de él (que él haya estudiado, expectativas de expectativas). Se podría alegar, que lo dicho, no deja de ser un juego de palabras: en definitiva, el alumno se acaba estudiando lo que espera que le van a preguntar; falso. Imaginemos que el profesor quiere, por los motivos que sean, suspender a un gran número de alumnos. El alumno se estudiará, si es que quiere evitar el conflicto —suspenso—, no lo que espera que le van a preguntar —lo que normalmente se pregunta, esperar aquí no basta—, sino lo que espera que el profesor espere de él (aquí: que él no se ha estudiado). Que no se trataba de un juego de palabras, resulta evidente: el alumno no estudia lo que espera que le van a preguntar, sino lo que espera que el profesor espere que no se ha estudiado. Para poder dirigir de forma más adecuada su comportamiento, atenderá a lo que se espera de él. Indudablemente que igual que las expectativas evitaban esperar todo de todos, las expectativas de expectativas son una complicación del problema: no se puede esperar en todo momento cualquier esperar (cualquier expectativa) de los otros; hay que compaginar, pues, dos planos: lo que yo espero y lo que los otros esperan de mí. La vigencia de la norma tiene como finalidad aminorar el problema que ciertamente supone la imposibilidad de hacer fáctico en todo momento y para cada expectativa, el esperar de otro, a saber, lo que se espera de mí —áter de ego—, y, el

(23) Cfr. DUX, *Rechtssoziologie*, pp. 51 y s.; LUHMANN, *Normen*, p. 32; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 34.

(24) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 32; siguiéndole, por ejemplo, LESCH, *Das Problem*, p. 242.

esperar propio, esto es, lo que yo espero de él —ego de áter— (25). Las expectativas de expectativas pues, se han de generalizar.

3) Las expectativas se caracterizan por estar generalizadas temporal, material y socialmente (26):

1. Temporalmente se generalizan la expectativas, cuando mediante su estabilización se les dota de resistencia frente a las defraudaciones. Según sea esta estabilización, se han de diferenciar las expectativas como normativas o cognitivas (27). La generalización temporal de expectativas responde a la cuestión, de por qué seguir confiando en una expectativa que ya ha sido defraudada. Ejemplo: si para no esperar todo —reducción de complejidad— he seleccionado como expectativa —y así: contingente— que no voy a ser atropellado cuando camino por la margen izquierda de la calzada, ¿cómo y por qué seguir confiando en esa expectativa pro futuro, en caso de ser efectivamente arrollado por un vehículo? La solución al problema es, o bien modificar la expectativa defraudada y adaptarla a la nueva realidad que nos ha defraudado —ergo: andar la próxima vez por la margen derecha—, o mantenerla y continuar viviendo en protesta contra dicha realidad defraudadora (28) —esto es, por ejemplo: imputar el atropello al automovilista—; en el primer caso llamamos a tales, cognitivas, en el segundo, normativas. Es la diferencia entre el Ser (expectativas cognitivas) y el Deber Ser (normativas). Si la expectativa es cognitiva, el expectante debe aprender de la realidad y modificar la expectativa para el futuro; si la expectativa, empero, se fijó como normativa, no debe modificarla, sino mantenerla (29). En cual-

(25) LUHMANN, *Normen*, p. 33; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 39. En realidad esta reflexibilidad del esperar expectativas se produce indefinidamente al infinito: yo espero lo que áter espera; pero si espero lo que él espera, espero en realidad lo que él espera que yo espere, etc. A partir de ahora nos referimos pues con «expectativas» a expectativas, de expectativas de expectativas, etc.

(26) Sigo el esquema presentado por LUHMANN en *Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln y Opladen 1970, pp. 121 y s.; *sigifendole*, por ejemplo, RÖHL, Klaus F., *Rechtssoziologie*, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, pp. 394 y ss.

(27) Además hay gran número de expectativas, que al no ser casi nunca defraudadas, no prevén respuesta (ni normativa, ni cognitiva) en caso de frustración; ejemplo: que en una conversación, el contertulio mantenga una distancia prudente, esto es, ni a 100 metros, ni a 5 centímetros, se espera por todo el mundo sin pensar siquiera en la posibilidad de su defraudación; en el ámbito penal son pues inexistentes; cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 45.

(28) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 42 y ss.; excepciones (ej.: reaccionar ante la defraudación de una expectativa, aprendiendo), pp. 50 y ss.; EL MISMO, *Normen*, pp. 34 y ss.; RÖHL, *Rechtssoziologie*, pp. 239 y s.

(29) LUHMANN, *Normen*, p. 36; EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, pp. 133 y ss.; EL MISMO, *Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, pp. 436 y ss.; EL MISMO, *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1981, pp. 114 y ss.; DUX, *Rechtssoziologie*, p. 33. JAKOBS, *AT*, 1/5 y s. Véase además, SILVA, *El delito*, p. 92, crítico, pp. 110 y ss., tan sólo, empero, referido a los casos de omisión.

quier caso, aprender o no aprender son, funcionalmente, equivalentes: en ambos casos se trata de dar una respuesta a la defraudación; según sea el significado de la expectativa y las posibilidades que haya de sacarla adelante, se fijará como normativa o cognitiva, habrá que aprender o no (30). Los sistemas sociales no dejan una decisión tan importante como la de aprender/no aprender, sólo al mecanismo integrador de sistemas psíquicos: la decisión de aprender/no aprender, esto es, el estilo de esperar, se encuentra ya socialmente prerregulado (31). Un ejemplo sencillo: cuando un turista alemán contrata con una agencia de viajes una semana de vacaciones en Mallorca, la situación reúne componentes cognitivos y normativos. Que luzca el sol durante toda la semana, conocer una guapa española, etc, podrá ser esperado cognitivamente: si conoce a una turista alemana igual que el año anterior, o si se pasa la semana entera lloviendo, será porque sus expectativas eran erróneas y deberá adaptarlas a la realidad, en otras palabras, compartir con su compatriota la semana en el hotel y no en la playa, y aprender para el próximo verano. En cambio, podrá esperar normativamente que el hotel se encuentre en primera línea de playa como especificaba su reserva, que las vacaciones duren una semana y no menos tiempo, etc; si alguna de estas situaciones no se produce a su llegada a la isla, no es él quien debe adaptarse; sus expectativas no eran incorrectas —sólo, como tales, contingentes—, no debe adaptarlas a esta realidad. La expectativa será reafirmada, y se imputará la disonancia producida a la agencia de viajes y no a un esperar equivocado por su parte.

Sólo una muy pequeña parte del esperar normativo toma forma de derecho positivo (32). Las expectativas jurídico-penales son normativas puesto que no interesa adaptarlas a la realidad (al menos, de forma constante) sino que «es primordial la seguridad y la integración social de la expectativa» (33); en otras palabras, en principio, toda expectativa jurídico-penal es normativa, pero no toda expectativa normativa está jurídico-penalmente asegurada. La norma penal incluye pues como reacción en caso de frustración, el mantenimiento de la expectativa: su estabilización por medio de la pena. No se deja al propio expectante la reacción

(30) Cfr. LUHMANN, *Normen*, p. 34; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 44; EL MISMO, *Das Recht*, pp. 133 y s.

(31) Prerregulado socialmente, y según de qué tipo de expectativa se trate, incluso institucionalizado; véase LUHMANN, *Normen*, p. 35; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 52.

(32) DUX, *Rechtssoziologie*, pp. 35, 60 y ss.; LUHMANN, *Normen*, p. 47.

(33) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 44; JAKOBS, *AT*, 1/6; además de que ya de por sí exista preferencia en general de fijar las expectativas como normativas y no como cognitivas. Por supuesto nos referimos a un primer nivel; en el nivel del proceso judicial, por ejemplo, la expectativas son cognitivas: ante el juez las partes se muestran dispuestas a aprender (cfr. LUHMANN, *Normen*, p. 46); las expectativas normativas aseguradas jurídicamente enseñan que no hay que aprender pero esto se aprende (es decir, cognitivamente) en el proceso (con la sentencia). Otro momento en que hay un aprendizaje cognitivo es cuando se producen cambios legislativos; sobre esto, en general, véase LUHMANN, *Das Recht*, pp. 77 y ss., 80.

—lo que podría llevar, a su vez, a la frustración de ulteriores expectativas, v. gr.: la víctima no puede «emprenderla» contra el autor—, sino que la propia expectativa ya posee un mecanismo contra la frustración; la pena es la estabilización contrafáctica (34) frente a la defraudación de una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente. «El supuesto defraudador se prevé —uno se sabe en un mundo complejo y contingente—, pero de antemano se explica como irrelevante para el esperar» (35). La estabilización necesaria para poder seguir orientándose —puesto que el conflicto ocurrido demuestra que la expectativa que se tenía del mundo y la realidad, no coinciden— se lleva a cabo mediante la atribución o imputación de la defraudación (36): se atribuye la defraudación de la expectativa no a un error del expectante, sino del delincuente; no es que el expectante esperase de forma inadecuada, sino que el autor actuó incorrectamente (37). En nuestro ejemplo: se atribuye el error al conductor, y la expectativa de no resultar atropellado cuando se camina por la margen izquierda de las calzadas se mantiene. El supuesto defraudador —atropello— se explica como irrelevante para el esperar.

La expectativa queda en entredicho, incluso cuando es defraudada sucediendo algo mejor de lo esperado. También en estos casos, se demuestra que la expectativa no era en definitiva más que una expectativa, y que por tanto, es necesaria como tal para otras ocasiones, al haberse evidenciado que efectivamente se puede obrar de otra manera. En definitiva, toda defraudación hace peligrar la continuidad de la expectativa y en verdad con independencia de la bondad del suceso defraudador: «Toda defraudación irrita la expectativa» (38); sobre esto, volveremos más adelante, al hablar de las posiciones de garantía. Con esto, nos damos por satisfechos sobre la generalización temporal de expectativas.

2. Materialmente se generalizan las expectativas mediante la identificación de su sentido y fundamento, con independencia de la situación concreta. La generalización material de expectativas es nuevamente la respuesta al problema de la doble contingencia: puesto que no se puede participar de la conciencia de álter, sólo son posibles las expectativas de expectativas, consolidando un mundo en común en el cual se

(34) JAKOBS, *AT*, 1/9 y ss.; DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin 1992, p. 175. Refiriéndonos claro está entonces a las normas como un factum y no como un suceso del mundo exterior causal; cfr. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Frankfurt am Main 1986, pp. 21 y s.

(35) LUHMANN, *Normen*, p. 37; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 43.

(36) Sobre otras formas de estabilización de la expectativa, no consistentes en comportamientos (sanciones) sino en aclaraciones de la defraudación, no tomar en consideración el conflicto, etc. véase JAKOBS, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, Regensburg 1982, pp. 72 y s.; EL MISMO, *AT*, 13a y ss.; LUHMANN, *Normen*, pp. 38 y s.

(37) Al contrario de lo que ocurriría si la expectativa se hubiese fijado como cognitiva; véase LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 55 y ss.; LESCH, *Das Problem*, pp. 243 y ss.

(38) LUHMANN, *Normen*, p. 38; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 53.

establezcan expectativas colectivas. Mediante la generalización material, no es necesario tener presente en todo momento las expectativas de los otros, lo cual además resulta imposible en sociedades complejas. Por ello, se crean «principios de identificación» sobre los que basar la expectativa, es decir, referencias abstractas que logran que la expectativa permanezca indiferente ante las particularidades del caso concreto (39). Ejemplo (40): El que da una moneda no se para a pensar, cómo le parece o es esperada por el que la recibe, siempre y cuando se vea en él una orientación general hacia la interacción. Un comportamiento desviado todavía no es, por regla general, motivo suficiente para renunciar a la expectativa con todas las adquisiciones en ella simbolizadas. Si al que se le dio la moneda no la reconoce como tal, y se la cuelga al cuello a modo de amuleto, de todas formas, no hay que renunciar a la expectativa de que una moneda sea generalizada como forma de pago. La expectativa permanece indiferente ante las particularidades del caso: no tengo que pararme a pensar en las expectativas de álder; en si él también espera que la moneda es y significa pago.

Según sea el grado de complejidad del sistema social, hay diversas posibilidades de identificar las expectativas. El problema en general, cuando de generalización de expectativas se trata, consiste en saber qué grado de abstracción han de poseer éstas, en otras palabras, con qué plano deben ser identificadas. En derecho penal, lo habitual —aun sin hablar de expectativas— es tomar como punto de referencia la persona (41), entendiendo por tal, la persona física; como a continuación quiero demostrar, este criterio es inadecuado, y debe ser sustituido por un principio de identificación con un grado de abstracción superior, y por tanto, más adecuado: el rol (42).

(39) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 85; en derecho penal, JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 19 y ss.; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 536; EL MISMO, *Grundkurs Strafrechts, Allgemeine Strafrechtslehre*, 4.^a ed., Berlin/New York 1992, p. 146 y s. (para la omisión); en sentido parecido opina DUX, *Rechtssoziologie*, p. 41 y s., que en gran número de expectativas, debido a su rutina, el emisor parte de que el receptor conoce y sigue la expectativa, de forma que ésta sólo es de nuevo activada, precisamente cuando se produce una defraudación.

(40) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 81 y s.

(41) Excepciones, por ejemplo, son: la punibilidad del garante (=rol) en la comisión por omisión, el deber de decir la verdad en virtud de una determinada posición (=rol) en algunos tipos de estafa (ej. el solicitante de un crédito (véase por todos, CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, § 263, not. marg. 23 y ss.)), etc; cfr. WÜSTMANN, *Rolle und Rollenkonflikt im Recht*, Berlin 1972, p. 66 yss.

(42) JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 21 y ss., y pasim; DERKSEN, *Handeln*, 179 y s.; véase también, OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 536 y s.; JAKOBS, *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, *ZStW* 101 (1989), p. 518 y s.; cfr., sólo sobre la terminología, LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, p. 121; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 85 y ss.; EL MISMO, *Soziale Systeme*, p. 429 y ss. Para evitar malentendidos: se coincide con LUHMANN en parte de la terminología y en el tratamiento de la creciente abstracción entre persona y rol, nada más. LUHMANN clasifica los puntos de referencia en cuatro escalones: personas, roles, programas y valores. Respecto de estos últimos parece también acertado el tratamiento que de ellos hace Luhmann; si se estableciese

Cuando el esperar se relaciona con una persona, la expectativa queda vinculada con lo que pueda ser imputado a esa persona como su experiencia y actuar. A simple vista, esta identificación expectativa-persona podría parecer lo óptimo: si se conoce a la persona, se puede esperar con gran seguridad; el peligro de defraudación es mínimo, sin renunciar por ello a la necesidad de orientación. Sin embargo, este punto de partida es, cuando menos, ingenuo: seleccionado el punto de identificación-persona, lo anterior es cierto, pero como contrapartida no puede haber contactos sociales anónimos (43); en caso de haberlos, se está expuesto a continuas defraudaciones, por lo que la expectativa decae: hay tantos hechos que no coinciden con la expectativa, que ésta deja de servir de orientación. Para poder esperar con una cierta seguridad, hay que conocer a esa persona; la generalización es imposible de no tratarse de sistemas muy reducidos en que todos se conocen, tienen una historia de interacción común, etc. Por otra parte, las expectativas que se tengan de una persona basadas en el conocimiento que de ella se posea no pueden, evidentemente, ser transferidas a otra persona. Además de lo dicho hasta ahora, las expectativas penales tampoco pueden estar referidas al grado de abstracción-mínimo persona, puesto que de una persona *como tal* no se puede esperar, que espere, que yo espere de él, etc, el cumplimiento de la norma jurídico-penal. Se sabe que hay personas que no se motivan de acuerdo a Derecho (44); otras, que no pueden hacerlo (niños, inimputables...) (45). Respecto de ciertas personas, por ejemplo, se sabe que su

el contenido de las expectativas de forma muy abstracta no se sabrá con exactitud que hechos ponen en peligro la expectativa. En primer lugar, algo sobre el establecimiento de expectativas demasiado abstractas: en derecho penal, no son utilizables; si se fijan las expectativas con base en valores, estos son demasiado abstractos y no permiten una identificación correcta de la expectativa; pueden dar lugar incluso a expectativas, pero estos valores son tan abstractos que las expectativas no podrán ser generalizables, incluso pueden extraerse expectativas opuestas (¿qué ha de entenderse en el caso concreto por bienestar?, ¿cómo he de orientar pues mi comportamiento?, ¿y si los demás no entienden lo mismo que yo respecto de ese valor?, son cuestiones que permanecen abiertas).

(43) Sobre su necesidad, JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), *ADPCP* 1992, p. 1076; EL MISMO, *AT*, 6/22, 1/11.

(44) Si el punto de referencia fuese la persona y no el rol, ante el delicto habitual, cabría el peligro de volver al derecho penal de autor (sobre éste, como "principio del autor", véase, en vez de muchas críticas, BACIGALUPO, *Principios*, p. 81 y ss.). Fijando la expectativa en el rol y no en la persona es más sencillo distanciar a la persona, como tal, de su hecho, cfr. WÜSTMANN, *Rolle*, p. 72; a la vez, empero, el rol explica porque el Derecho no ha de atender necesariamente a una distanciación material del autor respecto de los hechos (ibíd. p. 78).

(45) Por ello estos no defraudan expectativas normativas, sino simplemente cognitivas (a modo de factores perturbadores pertenecientes a la Naturaleza); sus comportamientos no son sancionados; hay que aprender, y por cierto, tomando precauciones, por ejemplo, custodiándoles en un sanatorio y procurando curarlos, si de enfermos mentales se trata, educándolos, si son niños, etc.; se trata de personas, pero no son competentes; véase JAKOBS, *AT*, 1/12, i 7/50; EL MISMO, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, p. 41 y s., especialmente not. 40; EL MISMO, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?* p. 75; EL MISMO, *Schuld und Prävention, en: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* 452/453, Tübingen 1976, p. 17 y s.; EL MISMO, *ZStW* 101 (1989),

respeto por la propiedad ajena es mínimo; si se fijasen expectativas tomando como principio de identificación la persona, además de todos los obstáculos señalados, la estabilización misma de la defraudación también resultaría, en gran medida, problemática: el ciudadano no se conformaría con una estabilización normativa (sin necesidad de aprender) sino que probablemente, y precisamente porque la expectativa se fijó de forma demasiado concreta, requerirá una estabilización cognitiva, esto es, aprendiendo para la próxima vez, lo que en todo caso, no puede compaginarse con el derecho penal; o lo que es peor, y si es que la víctima considera una estabilización normativa insuficiente: tomándose la justicia por su mano. Ya que se trata de saber -y con esto resumo lo dicho hasta ahora- qué esperan los demás de mí, para poder esperar yo también, y de esta forma orientar mi comportamiento, no podré tomar como punto de referencia la persona: no puede tomarse como principio de identificación y con base en ella configurar las expectativas jurídico-penales; la generalización no es factible (46).

Puesto que el derecho penal se ocupa de conflictos sociales, el principio de identificación material no ha de ser la persona, el individuo como tal, sino en su papel en Sociedad, en el rol que desempeña. De esta forma se facilitan contactos anónimos, y las expectativas se coordinan mejor mediante la anticipación (47). Por rol se entiende un haz de expectativas cuya extensión está delimitada por el hecho de que, aunque son ejecutadas por personas, no se encuentran unidas necesariamente a éstas, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social según lo que se espera de tal posición (48). Los roles definen qué se espera de un médico, de una secretaria, de un conductor, etc, esto es, como deben comportarse dichos sujetos. Las conexiones de expectativas en derecho penal —las propias y las que los demás tienen de mí— no se fijan entre personas, sino entre roles. El rol es lo único que podemos considerar suficientemente abstracto, esto es, relativamente constante, y por tanto, generalizable. Lo dicho nos lleva en definitiva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué roles son los que entran en consideración para el derecho penal? La respuesta es: todos, o más exactamente, el rol en el que se actúa, el que está presente en el momento de hacer la imputación. Una persona desempeña tantos roles como grupos

p. 520; LUHMANN, *Normen*, pp. 43, 45, sobre la reacción, p. 62; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 47.

(46) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 85 y s., 98.

(47) Cfr. JAKOBS, *AT*, 1/8; EL MISMO, *La imputación objetiva*, p. 17 y ss.; DUX *Rechtssoziologie*, p. 52 y s.

(48) Los roles son pues definidos con base en las expectativas: cfr. DAHRENDORF, *Ralf*, *Homo Sociologicus*, 15.^a ed., Opladen 1977, pp. 32 y s., 56; RÖHL, *Rechtssoziologie*, p. 309 y ss.; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 86; WÜSTMANN, *Rolle*, p. 21; KISSLER, Leo, *Recht und Gesellschaft*, Opladen 1984, 112 y s.; y también así desde la perspectiva sociológica del individualismo, cfr. en vez de muchos, WEEDE, Erich, *Mensch und Gesellschaft*, Tübingen 1992, p. 65 y ss. (algo crítico, empero, p. 70 y s.); cfr. también, OTTO, *AT*, p. 146; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 526 y s.

(sistemas) a los que pertenezca. Así pues, hemos de reformular la pregunta de la siguiente manera: ¿qué expectativas de las pertenecientes a los roles sociales actuados (presentes) son relevantes en derecho penal? Evidentemente, y para centrar la cuestión, no todo lo que se espera de un rol puede ser relevante desde un punto de vista jurídico-penal; ejemplo: del rol de médico en el consultorio se espera, entre otras cosas, un diagnóstico correcto, que nos reciba a la hora que nos había citado, etc; esto último, empero, no tiene (así formulado el ejemplo) ninguna relevancia jurídica. Como definición provisional diremos pues, que las expectativas de que se trata en derecho penal, se dirigen, *no al no quebrantamiento del rol con que se participa en la interacción* (también se quiebra cuando el médico no recibe media hora tarde), sino a que nadie mediante dicho quebrantamiento lesione esferas jurídicas ajenas.

Comencemos con el rol mínimo jurídico-penalmente relevante: no se espera de otra persona, por ejemplo, que respete mi propiedad, sino de su rol de ciudadano, esto es, de otra persona en su rol de ciudadano, o lo que es lo mismo, de una persona que ha aceptado las reglas mínimas de la interacción. En palabras de *Jakobs*: "la expectativa —y sólo por eso es una expectativa normativa— no se dirige al comportamiento de un Hombre como es, sino como debe ser (...), el Hombre es imaginado como portador de un rol, esto es, como ciudadano perfecto" (49). Con la fijación del punto de referencia en el rol y no en la persona, se renuncia a la garantía que supone poder esperar de quien se conoce (persona concreta), puesto que no siempre se puede conocer al *partner* de la interacción (las más veces: persona desconocida), pero se gana en poder esperar también de quien no se conoce (ciudadano). El rol, desde el punto de vista de la Sociedad, es sólo parte del comportamiento del Hombre, y en este sentido, más concreto que la persona: no se espera todo de cada persona; a la vez, empero, y desde la perspectiva del individuo, el rol puede ser desempeñado por muchos e intercambiables sujetos, y en este sentido, es más abstracto que la persona misma —facilitación de contactos anónimos—: de cada persona se espera su rol y no sus especialidades como persona. Como ya se ha señalado, el rol mínimo con el que se puede actuar en Sociedad es el de ciudadano; pero esto ya es suficiente —y en cualquier caso, cualitativamente más que la persona— como respuesta al problema de la doble contingencia: yo puedo esperar que el otro, ¡como ciudadano!, espere de mí lo mismo que yo espero de él: la no extralimitación de la esfera de libertad propia a costa de la de los demás. La determinación de la expectativa mínima es pues formulada de una forma negativa: no inmiscuirse en el ámbito ajeno. El rol de ciudadano es el mínimo pero no el único que entra en consideración en derecho penal. Sobre las consecuencias que tiene el comportarse

(49) JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 39; cfr. EL MISMO, *El principio*, ADPCP 1992, p. 1076; EL MISMO, *La imputación*, p. 63 y *passim*.

o no de acuerdo a otros roles hablaremos al tratar las posiciones de garantía.

3. Por último, y con esto llegamos a la tercera forma de generalizar, la generalización social de expectativas tiene lugar mediante la institucionalización. Cuando una expectativa ha sido institucionalizada, el expectante puede partir de un consentimiento sin tener que revisar opiniones y motivos individuales (50): la expectativa goza de consenso (51). Se trata de nuevo, de dar respuesta al problema de la doble contingencia que preside toda vida en Sociedad, a saber, ¿qué esperan los demás de mí? y ¿qué puedo yo esperar de los demás?; en cualquier caso, un consenso fáctico total sobre este esperar de expectativas es imposible de lograr en un sistema complejo, incluso mediante la institucionalización, puesto que la capacidad de atención es limitada: no se puede pensar en todo momento lo que los demás esperan, y viceversa. De esta manera, el consenso, al menos, se presupone. Una de las formas de institucionalización de expectativas en derecho penal es, por ejemplo, la asunción; es el propio que asume quien reduce complejidad; el sistema reduce complejidad precisamente con base en el que asume; por ello responde de esa expectativa por él mismo creada en forma inmediata. ¿Cómo no habría de responder quien crea en un tercero la expectativa normativa de que llegado el caso va a actuar? Todavía más: el problema de la doble contingencia en estos casos se ve reducido considerablemente: el expectante puede esperar precisamente lo que está seguro que el tercero espera que se espere de él. En otros casos, la generalización suele venir determinada por el legislador.

4) El Derecho comprende la generalización en las tres dimensiones —social, material y temporal— (52). Resumiendo lo dicho, se trata de facilitar el comportamiento en un mundo complejo y contingente, generalizando expectativas. Temporalmente, se generalizan cuando a pesar de la frustración permanecen estables y ello por medio de la pena; en lo material, dotándolas de puntos de referencia lo suficientemente abstractos, a saber, los roles; de esta forma se garantiza a la expectativa una cierta identidad a pesar de la diversidad de los casos concretos; en lo social, por último, se generalizan las expectativas mediante el consenso. Para terminar como empezábamos, en palabras de *Luhmann*: "Se entiende por Derecho de un sistema social, las expectativas de conducta normativizadas y congruentemente generalizadas" (53). "El Derecho ha quedado como un medio de integración de la Sociedad en conjunto y

(50) LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, p. 122.

(51) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 67 y ss. Mediante la institucionalización pues, el consenso es supuesto; se trata de "hacer el consenso esperable" (EL MISMO, *Normen*, p. 41). Por ello, "quien quiere esperar contra la institución tiene contra sí el peso de una supuesta obviedad" (EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 69).

(52) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100; EL MISMO, *Das Recht*, p. 131.

(53) *Ibid.*, p. 99.

representa, al menos en las fronteras territoriales de los sistemas políticos, la expectativa de cualquiera" (54).

2.3. NUEVAMENTE: LIBERTAD DE ORGANIZAR

1) En general, puede ser esperada tanto una omisión, como una acción. Formulado a *grosso modo*, una acción es esperada, cuando se espera que la situación sea modificada; una omisión, cuando se espera que la situación no sea modificada. El incumplimiento de una expectativa de acción conduce, en su caso, a un delito propio de omisión; si se trata de una expectativa de omisión, empero, a un delito de comisión o de omisión, indistintamente (55). Que el incumplimiento de una expectativa de omisión (se espera que la situación no sea modificada) pueda conducir a un delito de omisión (donde se dice que se responde precisamente "porque la situación no se modificó"), puede parecer absurdo, pero es absolutamente correcto. Tan sólo la terminología es confusa y en verdad, porque *hay que distinguir entre expectativas de omisión y formas de defraudación por acción o por omisión*. Puesto que las expectativas están referidas como mínimo al rol-ciudadano, y éste viene definido en el Estado liberal en un sentido negativo —no dañar—, los delitos de organización sólo devienen de defraudaciones de expectativas de omisiones, en otras palabras, que *no se modifique la situación*, esto es, que *no se dañen esferas jurídicas ajenas* (56). Sólo: *estas defraudaciones (la modificación) pueden producirse tanto por acción, como por omisión* (57). Lo

(54) *Ibíd.*, p. 79.

(55) En caso de tratarse de una expectativa conjunta de omisión y de acción nos encontramos ante un delito de infracción de deber; ejemplo: de una madre se espera tanto que recoja a su hijo que se encuentra en la calle (acción), como que no le abandone ella misma (omisión). En cambio en los delitos de organización se espera tan sólo una expectativa de omisión —no dañar esferas jurídicas ajenas— si bien esto podrá dar lugar tanto a un delito de comisión como de omisión, según la defraudación se produzca mediante una acción o mediante una omisión, respectivamente; sobre esto, a continuación en el texto.

(56) En las normas jurídico-penales, estamos ante una determinación negativa: no dañar. La situación normal de la Sociedad no es, pues, la guerra de todos contra todos. Cuando las lesiones o el homicidio son formulados negativamente, es porque no existe ninguna Sociedad en que la situación normal sea la falta de respeto por la integridad corporal del otro, o por su vida. Así pues, lo lógico es que se formule la ley negativamente, puesto que de desviaciones se trata (cfr. DUX, *Rechtssoziologie*, p. 37 y ss.). Más allá de esta explicación que puede resultar incluso banal, no hay motivo para hacer diferenciación alguna de si la defraudación de una expectativa de omisión se produce mediante una acción o una omisión.

(57) Esta distinción entre expectativas de acción y de omisión, por un lado, y formas de defraudación mediante una acción o mediante una omisión, por otro, se ha pasado por alto desde FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 24, cuando se habla de una supuesta iliberalidad de la punibilidad de la comisión por omisión. Lo que quizá tenga que ver con una cierta iliberalidad del Estado es la generalización de expectativas de acción (delitos propios de omisión), pero no que las expectativas de omisión puedan ser defrauda-

esperado es siempre el respeto a ese rol mínimo de ciudadano —expectativa de omisión—: si para cumplirlo se requiere una acción o una omisión, es absolutamente irrelevante. Esto, como ya hemos visto, depende del *statu quo* de la organización. Explicado mediante el caso que ya expusimos: del encargado de una presa puede ser esperada una acción o una omisión. (a) Una *acción* es esperada, por ejemplo, cuando se produce una situación de la que él no es garante, pero de todas formas, y con base en la solidaridad debe intervenir, v. gr., cuando camino del trabajo encuentra una persona en peligro... El incumplimiento de tal expectativa conduce a un delito propio de omisión. (b) Tan sólo, en cambio, es una *omisión lo esperada*, cuando como ciudadano en un Estado liberal, tiene libertad de organizar: la *omisión de no dañar esferas jurídicas ajenas cuando organice*, a saber, cuando conduzca un coche, juegue al tenis, trabaje, etc. Así pues, cuando trabajando debe apretar el botón que impide la apertura automática de las compuertas, para evitar daños en esferas jurídicas ajenas (porque otro trabajador se encuentra en las cercanías), y no lo hace, defrauda esta expectativa de omisión —no dañar...—, mediante una omisión (no apretar el botón). Si en cambio, el *statu quo* es así, que su labor consista en no apretar el botón, igualmente para no dañar esferas jurídicas ajenas (asimismo porque hay cerca otro trabajador), y lo hace, defrauda la misma expectativa de omisión —no dañar—, pero por acción. En realidad pues, y dejando ya de lado el ejemplo, en los delitos de omisión se responde porque se defraudó la expectativa de omisión y esta defraudación se produjo a su vez por omisión; en los comisivos, se defraudó también una expectativa *de omisión*, pero la defraudación se produjo por acción. Precisamente porque hemos definido el Derecho con base en las expectativas, podemos decir que la forma en que una expectativa sea defraudada (por acción o por omisión) es totalmente irrelevante. Lo que cambia es la forma de la defraudación —activa u omisiva— pero no la expectativa. La expectativa defraudada es siempre la misma. Existe esa libertad de organización de la que hablamos, pero como contrapartida hay que cuidarse de que nuestro comportamiento, es decir, que nuestro ámbito de organización, no dañe esferas jurídicas ajenas. La expectativa siempre es la misma, por cuanto se espera que mediante la regulación normativa cada ciudadano se comporte de acuerdo con esos límites: Derecho como generador de expectativas (58). La defraudación, empero, puede no ser externamente igual: unas veces se produce por omisión, otras por acción. Pero esta desigualdad tan sólo exterior de la clase de defraudación no es relevante: en ambos casos las expectativas no son satisfechas. "La conducta que interesa al Derecho

das por una omisión (delitos improprios de omisión, o mejor, delitos de omisión en virtud de un ámbito de organización). En estos casos no se trata de si el Estado es más o menos liberal, sino de cómo está determinado el *statu quo* de la organización, en otras palabras, de cómo se desenvuelve la vida en Sociedad.

(58) Cfr. JAKOBS, *AT*, 1/4 y ss., y también BACIGALUPO, *Principios*, p. 10.

penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad..." (59). En palabras de *Luhmann*:

"No existe importación de cualidad normativa [consecuencias jurídico-penales] por parte del ambiente al sistema [al Derecho], y en verdad ni del ambiente en general (Naturaleza), ni del ambiente de dentro de la Sociedad (v. gr. la religión o la moral). Ningún sentido del ambiente es *como tal* normativamente obligatorio para el sistema jurídico (...). Cuando el sistema jurídico se remite a normas extrajurídicas (...) [por ejemplo a normas de la Naturaleza como la causalidad, ser o no causal], estas normas adquieren mediante esta remisión cualidad jurídica [pero sólo entonces] (60)". "Todos los sistemas sociales que se constituyen dentro de la Sociedad, están obligados a constituir sus elementos fundamentales como comunicaciones. También el sistema jurídico consta sólo de acciones comunicadoras que dan lugar a consecuencias jurídicas-no, por ejemplo, de sucesos físicos ni tampoco de conductas particulares aisladas, que nadie ve ni oye; sino precisamente sólo de la tematización de tales y otros sucesos en una comunicación que *los* trata como jurídicamente relevantes y que se agrega a sí misma por ello al sistema jurídico" (61).

Lo que se quiere decir es lo siguiente (62): el Derecho, como sistema, tiene su propio código y por ello no se ve afectado por su ambiente ni por otros sistemas, hasta que él, lo recibido de fuera, lo tematiza como comunicaciones mediante este código. Un código propio es lógico y necesario, si es que estamos hablando de ciencia jurídica y no, por ejemplo, de ciencias de la Naturaleza. Que en el "ambiente" exista una acción o una omisión es irrelevante, puesto que lo fundamental es la tematización que mediante su código realiza el sistema jurídico. Este código se basa en las expectativas -téngase en cuenta sobre todo lo que se dijo de los roles-; *el sistema jurídico interpreta "comunicaciones" con base en expectativas y no, acciones u omisiones*. La expectativa en el ámbito de los delitos de organización es que no se dañen las esferas jurídicas ajenas; esta expectativa, que es siempre la misma, no puede decirse que sea tan sólo dañada por acción (al modo de las ciencias naturales), puesto

(59) REYES, *Fundamentos, ADPCP* 1992, p. 951, véase además, pp. 948, 956 y s., 967.

(60) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 357 (sin cursiva en el original, los corchetes son míos).

(61) LUHMANN, *Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie* 14 (1983), p. 137; véase también, EL MISMO, *Das Recht*, p. 124 y s.

(62) Cfr. además, LESCH, *Das Problem*, pp. 255 y ss., 265 y ss., 304; EL MISMO *ZStW* 105 (1993), p. 274. El propio LUHMANN, *Die Einheit*, p. 135, afirma que lo dicho tiene consecuencias en torno a un concepto jurídico de acción, a problemas de la omisión, de la imputación (=entiéndase posición de garante), etc., aunque evidentemente sin analizarlo.

que lo recibido de fuera (acción/omisión) es tematizado por el Derecho, de forma que es interpretado o no, como un daño a la esfera jurídica ajena. Ejemplos de ello, hemos visto ya suficientes. Con base en lo anteriormente expuesto, afirmamos pues que una diferenciación entre acción y omisión carece de relevancia; lo relevante será si se defraudaron las expectativas y no cómo éstas fueron defraudadas (63). Si en el caso concreto el sujeto se arrogó un ámbito de organización ajeno es indiferente que ello sea consecuencia de una acción o de una omisión; incluso cómo ya se vio en nuestro ejemplo, la víctima puede desconocer y por supuesto, no le interesa, cómo esté organizado el sistema interiormente.

2) *Pormenores*. Cuanto más automático sea el medio empleado para organizar, para configurar el mundo, así menos tendrá que hacer el poseedor de dicha organización —el que lo configuró—; esto jurídicamente significa: habrá más posibilidades de que se produzca una extralimitación de las propias fronteras —del ámbito de organización— en la esfera de libertad de los otros ciudadanos, mediante una omisión. El sobrepasar las fronteras mediante una omisión o mediante una acción no responde como ya se ha visto a causa jurídica alguna, sino a la meramente naturalista de cómo se configure el mundo exterior (mediante acciones propias, mediante animales, máquinas automáticas, mediante sistemas en los que cada persona tiene una función totalmente específica, de forma totalmente individual, etc). En cualquier caso esto no afec-

(63) La idea de una imputación penal centrada en el sistema social y tomando como referencia el rol de ciudadano ya aparece ocasionalmente en la literatura antigua, precisamente para explicar casos de responsabilidad por la extensión del ámbito de organización en casos de omisión; como botón de muestra, una cita:

"Todo ciudadano aspira a la contención de sus energías, esto reside en sus propios intereses y en el del Estado mismo. Igual que dos cuerpos no se pueden encontrar en el mismo espacio, así cada ciudadano tiene su esfera jurídica concreta, cuyos límites se determinan de acuerdo con la de los otros conciudadanos (...). La labor de la legislación es delimitar claramente estas fronteras, de forma que cada uno sepa lo que puede hacer, y qué es lo que se puede interdecir a los demás. Si nosotros los Hombres queremos conceptuar siempre correctamente los comportamientos, entonces podríamos decir: *hasta aquí y no más allá. Pero las cosas no son tan sencillas*. Muy a menudo creemos, que no hay nadie junto a nosotros, pero de pronto, nos damos cuenta que nuestro obrar pone en peligro desde hace tiempo al conciudadano, o tal vez, ya le ha dañado. *Con quedarse quieto no basta*, de lo que se trata, en cambio, es de paralizar nuestro comportamiento mediante otro comportamiento de efecto contrario. Mas ¿quién puede obligarme a mí a actuar o a no omitir una acción? Se dice también en efecto, que una omisión sólo sería entonces, una contraria al deber, por consiguiente, sólo podría ser punible, cuando excepcionalmente la ley me encomendase obrar, me exigiese, que yo dispusiese un cambio en el mundo exterior (...) *Pero con esto no basta*. Si no, el conductor de un carruaje podría omitir volver a tomar las riendas que había soltado en su derecho en caminos solitarios, cuando el carruaje se desvíe a una concurrida calle, en caso de que en el código civil vigente no hubiese artículos referidos a la conducción de carros. *La coexistencia de ciudadanos es tan sólo posible, en cambio, cuando cada cual organiza en todo momento su obrar y su dejar de obrar de tal forma que los intereses ajenos no resulten dañados*." (ROTTERING, Über die Verbindlichkeit, p. 206 y s.; sin cursiva en el original).

tará a las expectativas. Con un ejemplo: si voy corriendo por un camino público y veo que un niño se encuentra en medio del mismo, mi obligación es no seguir corriendo —"reorganizar" dejando de organizar—: si no lo hago, arrollando al niño, responderé por un delito de comisión (¡seguir corriendo!); puesto que he configurado el mundo exterior por medio de mi propio movimiento corporal —correr—, sobrepaso los límites de mi ámbito mediante una acción, se trata de un delito de comisión. En cambio, también puede suceder, que haya organizado dejándome llevar por mi caballo. He organizado igualmente, pero digamos, de forma semiautomática: he "puesto en movimiento" el caballo, y es éste ahora, el que si no existe una contra orden, si no tiro de las riendas, no para. Mi comportamiento debe pues variar correspondientemente (64), en caso de que encuentre al niño en el medio del camino, para atenerme a una expectativa, *que tanto antes como ahora, es la misma*; allí donde antes sólo era necesaria una inactividad —dejar de correr—, ahora es necesaria una actividad: tirar de las riendas —también "reorganizar" dejando de organizar, puesto que tanto se organizaba antes (corriendo), como ahora (montando a caballo)—; la valoración jurídica de ambos casos es lógicamente unitaria, y en verdad, porque en los dos supuestos se trata de mi propia organización y de las expectativas que sobre ella se ciernen —en el caso: la expectativa-mínima ciudadano—. Sólo varía la forma exterior de la organización -antes organizaba corriendo, ahora corriendo con mi caballo-, y por esa variación exterior las fronteras de que antes hablábamos se quiebran ahora de distinta manera. Esta diferencia de comportamiento (seguir corriendo —acción—, no tirar de las riendas —omisión—) (65) es totalmente irrelevante: en ambos se trata de la propia organización, de la configuración que del mundo hace el sujeto, de sobrepasar o no, las fronteras de la libertad de los demás cuando se configura, de las expectativas de que esto no suceda...

3) *Consecuencias*. Por todo ello, resulta injustificada una atenuación general de la pena para los supuestos de comisión omisiva. Como se ha señalado, si se atenúa la pena en la omisión, incluso propugnada por quienes establecen una equivalencia entre [la comisión] y [la omisión+la posición de garante] ¿dónde queda esa pretendida equivalencia? (66). Desde la posición aquí sostenida, en todo caso, la posibilidad de tal atenua-

(64) Igual, por ejemplo, que cuando el caballo se encabrita y ya no es dominado por el jinete, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, ADPCP 1970 (p. 35 y ss.), p. 44; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 255 y s.

(65) ¡¿Por qué no incluso: no parar de correr —omisión—, seguir sosteniendo las riendas —acción—!?

(66) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *recensión a: Bacigalupo Zapater, Enrique, Delitos improprios de omisión*, ADPCP 1970, p. 724 y ss., p. 726; HUERTA, *Problemas*, pp. 154 y s., 162; recientemente, en contra, PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho Penal, Límites a la eficacia del Derecho penal en comportamientos de conciencia*, Granada 1994, p. 148 y s.

ción no es defendible. Asimismo resulta igualmente infundado calificar de delitos especiales a los delitos de comisión por omisión, ya que, en contra de lo que a veces se argumenta (67), pueden ser cometidos por cualquiera (68); puesto que todos pueden organizar con entera libertad —salvo niños, enfermos mentales, etc.— mientras no lesionen esferas jurídicas ajenas, todos pueden entonces también ser en principio sujetos del delito. Tampoco parece razonable limitar la comisión omisiva a la protección de un número restringido de bienes jurídicos (69).

Por último, una discusión sobre la posibilidad de establecer una diferencia entre la comisión y la omisión, argumentando que son conceptos pertenecientes a planos distintos, esto es, que la acción pertenecería al plano ontológico y la omisión al normativo, resulta estéril (70): en cualquier caso la acción jurídico-penalmente relevante no es la de la esfera ontológica, sino —como se indicará al hablar de la posición de garantía— la acción en sentido normativista. En este sentido ya hemos visto como el Derecho no se ve afectado por su ambiente sino que tematiza mediante su propio código lo recibido del ambiente. Por su parte, la omisión jurídico-penalmente relevante tampoco es, aun aceptando su existencia, el comportamiento pasivo de la esfera ontológica (71), sino en cualquier caso la omisión igualmente en sentido normativo. Así, y adelantando lo que se dirá a la hora de hablar de la posición de garante en la comisión, entiendo que entre los conceptos de acción y omisión, no

(67) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlin 1969, p. 208 y ss.; HUERTA, *Problemas*, p. 173; recientemente, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP 1992, p. 969 y ss., p. 970.

(68) No nos referimos, claro está, a los delitos de comisión por omisión en virtud de una institución (cfr. *infra C*) que sí habría que considerar como especiales.

(69) En contra, por ejemplo, HUERTA, *Problemas*, p. 166 y s.

(70) Otro punto de vista ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3.^o del artículo 489 bis del Código Penal*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 24 (1984) (p. 571 y ss.), p. 573 con not. 7; cfr. además, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* (en adelante PG), 3.^a ed., Barcelona 1990, p. 321 y s.

(71) Véase, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP 87, p. 579 y ss. En su estudio, gana GIMBERNAT un concepto de comportamiento que "abarca tanto a los activos como a los pasivos, tanto a los axiológicamente indiferentes como a los valiosos como a los desvaliosos (dentro de estos últimos, los comportamientos jurídicopenalmente relevantes constituyen, en virtud del principio de intervención mínima, una especie numéricamente insignificante)", (ibíd. p. 593 y s.). No podemos entrar aquí a discutir, lo que en un principio nos parece plausible: que existe el comportamiento pasivo también en el plano ontológico (ej. no sentarse en un sillón, no dar las gracias, no ridiculizar al tartamudo). En cualquier caso, lo que importa al derecho penal no es ese primer escalón ontológico que señala GIMBERNAT, comportamiento activo/pasivo, sino, como se señaló, la tematización que el propio Derecho hace mediante su propio código, de lo recibido: la acción/omisión en sentido normativista. Sobre la discusión, cfr. BACIGALUPO, *Delitos impropios*, p. 53 y ss.; últimamente, HUERTA, *¿Concepto ontológico o normativo de omisión?*, CPC 17 (1982), p. 231 y ss.

se trata de A y no-A como señalase *Radbruch* (72), ni no-A y no-A como en el concepto negativo de *Herzberg* (73), sino que los conceptos jurídico-penalmente relevantes de acción y omisión son B y B, siendo B el comportamiento que, desde un punto de vista normativo (jurídico-penal) interesa al Derecho penal —entre otras cosas, por la existencia de una posición de garante—. Resumido: concepto normativo de acción vía concepto normativo de omisión; en otras palabras, búsqueda de un concepto normativo de acción *versus* búsqueda de un concepto ontológico de omisión (74). Todo esto será estudiado a continuación al hablar de la posición de garantía en la comisión.

Pero incluso sin hablar de la posición de garante en los delitos activos (formas de defraudación por acción) podemos ya concluir, que los "mandatos" que no tienen su base en una solidaridad especialmente asegurada, originan delitos de comisión por omisión, en los que el fundamento de la responsabilidad es el mismo que el de los delitos comisivos: la extensión del ámbito de organización de forma no permitida (75), y ello, porque se trata de la defraudación de expectativas, y no de la forma en que éstas son defraudadas.

3. *Excurso. Delitos en virtud de una relación institucional: solidaridad especialmente asegurada*

Junto a la responsabilidad en virtud de un ámbito de organización, *Jakobs* señala, como un segundo fundamento de la responsabilidad, la "incumbencia en virtud de una competencia institucional" (76). Se trata,

(72) RADRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1904, p. 142.

(73) HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin/New York 1972, p. 170; lo aquí sostenido se distancia pues del concepto negativo de acción de HERZBERG.

(74) En cualquier caso no podemos extendernos más en estos breves apuntes; sobre el tema, y en las conclusiones como aquí ("[...] puede extraerse, [...], la naturaleza normativa, tanto de la acción como de la omisión"), con amplias referencias de la literatura, HUERTA, *¿Concepto ontológico...?*, p. 231 y ss., p. 254 y s. (publicado también en *Problemas*, p. 281 y ss.).

(75) JAKOBS, AT, 28/14, 29/28.

(76) JAKOBS, AT, 29/57 y ss., 29/15 y s., 7/70 y s.; EL MISMO *Handlungsbegriff*, p. 31 y s.; EL MISMO, *La competencia*, pp. 12 y s.; LESCH, *Das Problem*, 268 y s.; EL MISMO, *ZStW* 105 (1993), p. 287 y ss. El primero en formular esta categoría fue ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Göttingen 1963, p. 352 y ss., que sin embargo, y en contra de lo propuesto en el texto, incluye la comisión por omisión en esta categoría sin realizar delimitación alguna (ibíd. p. 459 y ss.); sobre el estado actual de la cuestión y considerando palusible la propuesta de JAKOBS de dividir en dos el fundamento de la responsabilidad (en virtud de organización y en virtud de una relación institucional), EL MISMO, en la 5.^a ed., Berlin/New York 1990, pp. 651 y ss., 659 y s.; cfr. también, críticos, HUERTA, *Problemas*, p. 129 y SILVA, *Aspectos de la comisión por omisión*, CPC n.º 38 (1989), p. 387 con nota 94.

por ejemplo, de la responsabilidad de los padres derivada de sus relaciones paterno-filiales, de las relaciones del Estado con sus ciudadanos, etc. En general, la responsabilidad en estos casos se basa en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas (ej. como funcionario, padre, etc), se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de como se haya organizado. Ejemplo: la madre que no alimenta a su hijo, de forma que éste muere de inanición, responde de la muerte en comisión por omisión, según "el deber general que incumbe a los padres frente a los hijos" (77). Todo lo referido al bien jurídico que protege la institución es, *per se*, de su incumbencia y conduce a la autoría. Ejemplo: si una madre facilita al asesino de su hijo el cuchillo con el que aquél quiere dar muerte a éste, responderá como autora a pesar de que su aporte, desde el punto de vista de lo organizado, es valorable como un aporte participativo (complicidad), y en verdad, porque responde *qua* relación institucional; en este sentido, podemos hablar de una *prohibición de minusvaloración del aporte*, cuyo desarrollo, de todas formas, sobrepasa los límites que nos hemos propuesto en este trabajo en donde tan sólo investigamos los delitos de organización (78).

II. La posición de garante en los delitos activos (comisión)

1) La comisión de propia mano conduce habitualmente a la autoría (79) o, generalizando, a la responsabilidad penal. Esta correlación entre autoría y realización de propia mano es el supuesto nor-

(77) STS 30 de junio de 1988 (A. 5387). Estos casos son reconocidos como punibles en comisión omisiva por el Tribunal Supremo Español desde hace tiempo; cfr. estudio histórico de su jurisprudencia, ALASTUEY, *Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ADPCP* 1992, p. 974 y ss. (diversos casos de infanticidio por omisión cometidos por la madre [y en algunos casos incluso ampliando la posición del garante a la abuela materna], y p. 978 y ss. (también supuestos omisivos pero de parricidio por faltar el "ánimo de ocultar la deshonra").

(78) Según este principio de prohibición de minusvaloración del aporte, se conjetura la crítica que realizada GIMBERNAT en su recensión al libro de BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, en *ADPCP* 1970, p. 725. Cuando el especialmente obligado omite, su responsabilidad como autor en virtud de un delito de infracción de deber es, en Doctrina y Jurisprudencia, generalmente aceptada; no así, en su modalidad comisiva, esto es, cuando en aplicación del principio de prohibición de minusvaloración del aporte, la facilitación comisiva del delito conduce, pese al "aporte participativo", de todas formas a la autoría. Parece de acuerdo, HUERTA, *Problemas*, p. 60 not. 164: "un padre entrega un cuchillo a otro para que mate a su hijo... [;] la conducta del padre es calificable de autoría de parricidio en comisión por omisión y no de participación activa en el delito comisivo". Contradictoria, sin embargo, *ibíd.* p. 59 not. 162: "el padre que no impide, pudiendo hacerlo, que otro lesione a su hijo menor de edad, no responderá de autoría en comisión por omisión de unas lesiones del art. 420 CP, sino de una participación omisiva en dicho delito". Cfr. además JAKOBS, *La competencia*, p. 43 y s.

(79) Cfr. JAKOBS, *AT*, 21/37 y s.

mal (80) pero no el necesario; el que "realiza" de propia mano lo descrito en el tipo *suele* responder, es *normalmente* autor, pero esta consecuencia no es, ni mucho menos, obligada (81).

Aunque no se presentan con frecuencia, hay de todas formas supuestos en que esto no es así, como veremos a continuación: supuestos en los que a pesar de una "realización" de los elementos externos del tipo, no se responde (82), y ello, ni como autor, ni como partícipe.

Todo ello es la consecuencia lógica de lo expuesto anteriormente sobre la imputación con base en la defraudación de expectativas y la tematización que el Derecho hace mediante su código de lo recibido del ambiente —tematización en vez de simple recepción—. Se trata de la aplicación al delito de comisión -formas de defraudación por comisión- de criterios que en un principio se pensaron para la omisión; más exactamente, de la utilización tanto en las formas de defraudación por omisión, como en las comisivas, de un concepto hasta ahora sólo referido a los primeros: *la posición de garante*. En efecto, si bien en un principio se construyó el delito de omisión con base en el delito de comisión, actualmente se produce el movimiento contrario, empleándose en la comisión, las categorías de la omisión; y en verdad, porque se tiene conciencia en mayor o menor medida, de que lo decisivo no es ya la simple causación —naturalismo, plano fáctico (descriptivo)—, sino la imputación —normativismo, plano valorativo— (83). Este normativismo que en la comisión omisiva es una necesidad, debe presidir también, como seguidamente estudiaremos, la responsabilidad comisiva activa. Según quiero demostrar, el acercamiento de los criterios empleados en la omisión a los manejados en la comisión debe producirse ya en sus bases; en otras palabras, ¡también en la comisión es siempre necesaria una posición de garante como base de la responsabilidad! (84).

En la omisión la posición de garantía no resulta problemática, por ser aceptada, salvo contadas excepciones (85), tanto por Doctrina, como

(80) Cfr. por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin 1988, p. 591.

(81) Cfr. JAKOBS, AT, 21/17; EL MISMO, *La competencia*, p. 18 y s.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 70 y ss.

(82) En cualquier caso, y si es que existe una posición de garante en virtud de una institución, ésta siempre fundamentará una responsabilidad aun cuando la posición de garante por organización no pueda ser fundamentada.

(83) Cfr., en esta dirección —aunque sin llevar la idea a sus últimas consecuencias—, TORIO LÓPEZ, Ángel, *Límites político criminales del delito de comisión por omisión*, ADPCP 1984 (p. 693 y ss.), p. 696; MIR, PG, p. 346.

(84) Cfr. JAKOBS, AT, 7/56 y ss.; REYES, *Fundamentos*, ADPCP 1992, p. 949.

(85) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, Poder Judicial 2.^a época, n.º 2 (1986), p. 73 y ss. De forma absolutamente aislada niega LUZÓN la posición de garante. Exige LUZÓN, en cambio, "que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a su realización activa" (ibíd. p. 79), lo que se traduciría en que también en la comisión omisiva el peligro ha de ser producido por la omisión, esto es, la omisión debe crear la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro, o no en ese peligro concreto de lesión. Argu-

menta LUZÓN con base en varios casos en los cuales, a su juicio, esta identidad no se produce y otros en que sí; antes de entrar a considerar la opinión de LUZÓN, *ibíd.* p. 81 y ss., presentamos brevemente dos de estos supuestos: "Tampoco "mata" y por eso no hay comisión por omisión —dolosa o imprudente—, la conducta del vigilante o socorrista de una piscina que, malintencionadamente o por distracción, no se lanza a salvar a una persona que se está ahogando en el agua: pues lo que provoca su muerte —el origen del peligro concreto— no es la inactividad del socorrista, sino el corte de digestión o el nerviosismo del propio bañista por haber perdido pie y no saber nadar, lo que hace que se hunda". En cambio: "hay, por supuesto, casos en los que la omisión constituye comisión por omisión. Nadie niega que comete homicidio (...) el guardaguas que no cambia la aguja cuando viene otro tren por la misma vía, provocando el choque de ambos". Según LUZÓN la diferencia estriba en que en el caso del socorrista el peligro no proviene del omitente (sino del corte de digestión, p. ej.), mientras que en el del guardavías la omisión es la que "provoca un funcionamiento deficiente del sistema y, con ello, la que crea el peligro de choque de trenes o, si se considera que siempre existe de modo abstracto y remoto ese peligro, la que aumenta y concreta de modo decisivo el peligro, que escapa al control anterior". Así, aunque en ambos casos existe posición de garante, ésta carece de relevancia pues en el primer caso ("no-creación del peligro") y no hay comisión por omisión, en tanto en el segundo ("creación o aumento del peligro") sí. Ante esto, cabe decir:

1. En el supuesto del socorrista existe un peligro previo igual que en el de los trenes: igual que hay un peligro derivado del tráfico ferroviario, existe uno derivado de la piscina (probablemente sea incluso mayor el número de accidentes producidos en éstas). Si en una piscina no existiese un peligro previo a conjurar, ¿para qué habría socorristas?

2. No resulta tampoco convincente diferenciar los dos supuestos alegando que en el tráfico ferroviario se trata del correcto funcionamiento del sistema: si el tráfico ferroviario es un sistema en el cual un guardavías conjura el peligro de un posible accidente, el bañista también está inmerso en un sistema en donde el socorrista impide también la concreción de peligros. Se trata de poder orientarse en ambos casos: si no hubiese guardavías, el tráfico ferroviario se haría tan peligroso que no sería posible; sin socorristas, el baño en una piscina sería de igual forma tan peligroso, que resultaría prácticamente vedado para determinadas capas sociales: niños, ancianos, etc.

3. Señala LUZÓN repetidas veces es su artículo, que para la discusión en cualquier caso habrá que estarse a "un punto de vista social, normativo —no naturalístico—". Pues bien, nos resulta difícil encontrar un ejemplo de naturalismo más claro que el del propio LUZÓN, cuando señala que el socorrista no "mata" puesto que el origen de la muerte es un corte de digestión. Aplicando igualmente un criterio naturalista, lo que provoca el accidente de trenes no es tampoco la omisión del garante, sino el que las agujas en vez de estar en la posición A estaban en la posición B: y esto, es tan "naturalístico" como que a un bañista le de un corte de digestión.

4. Aplicando un criterio normativista, como propone LUZÓN, y que según él tan sólo obliga a afirmar en el segundo supuesto la comisión omisiva, hay que sostener indefectiblemente la punibilidad en comisión por omisión también en el primer supuesto, como es, además, la solución correcta. Los "argumentos normativistas" que LUZÓN señala como determinantes para la resolución del caso de los trenes son, en efecto, igualmente aplicables al caso del socorrista. Así, arguye este autor que *hay comisión omisiva* porque la omisión crea o aumenta de modo concreto y decisivo el peligro "cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro o que, dada su función social absolutamente normal y habitual o específica para eso, sí hay un cierto peligro abstracto (o incluso concreto), social y normativamente se considere ese peligro como perfectamente controlado, o incluso conjurado o prácticamente inexistente mientras —y sólo con que— el sujeto cumpla su función normal o específica. En estos casos, [prosigue LUZÓN] si el sujeto de pronto omite, dolosa o imprudentemente, cumplir su deber y desempeñar su función, entonces y por ello —es decir, no por ello algo diverso cronológicamente y en origen— la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena y descontrola (...); o si se considera que ya había un cierto riesgo, pero controlado, la propia omisión, al descontrolarlo

por Jurisprudencia. Así, se suele argumentar: "(...) la omisión es, en esencia, una 'nada' que únicamente alcanza significado, en el terreno normativo, cuando se pronuncian determinados juicios de valor sobre dicha "nada""(86). "(...) La mera constatación de que no se está haciendo algo determinado no tiene significado penal alguno; para que lo obtenga es preciso poner a esa omisión en relación con un deber de actuar" (87). Pues bien, como va a ser demostrado, exactamente lo mismo sucede en la comisión. El resultado logrado hasta ahora, del Derecho como generador de expectativas, nos sirve para demostrar la necesidad de la posición de garante en la comisión; para ello ejemplificaremos, en primer lugar, en un ámbito reducido: el de una fábrica.

2) Que un trabajador rompa contra el suelo (acción) un valioso jarrón de cerámica (si bien con un pequeño defecto) tiene por sí, tanto o tan poco significado de un delito de daños en las cosas, como lo tiene que no evite (omisión) que un valioso jarrón, que a causa de una corriente de aire amenaza con caerse al suelo, se rompa. Sin embargo, ante dicha situación, los legos (y por tanto naturalistas) y los representantes de una dogmática penal aún no liberada por completo de criterios naturalistas, afirmarían inmediatamente, si bien con posteriores posibilidades de rectificación (v. gr. a nivel de justificación), la responsabilidad en el caso de la acción, mientras se preguntarían (¡paradoja!) en el supuesto omisivo, si el omitente era garante, como *conditio sine qua non* de una posible responsabilidad. Los más prudentes, y por tanto imbuidos en criterios normativos —se trata de responsabilidad *jurídico*-penal!—, se cuestionarían en cambio, si ese deber de actuar en la omisión, en otras palabras, si ese deber de evitar —posición de garante—, también concurría cuando el trabajador rompió el jarrón contra el suelo —deber de evi-

eleva enormemente las posibilidades de lesión". Dichos criterios son, punto tras punto, igualmente aplicables al caso del socorrista, por lo que de ser LUZÓN consecuente, debería sostener también en este caso la comisión omisiva. O: ¿es que en una piscina no hay un peligro abstracto e incluso, para ciertos grupos de personas por sus especiales deficiencias, concreto?, ¿es que la función específica del socorrista, función social, no hace que ese peligro se encuentre controlado?, ¿es que, en definitiva, cuando el socorrista no cumple con su función, eleva enormemente, al descontrolar el peligro, las posibilidades de lesión?

5. Por último, si cuando el sujeto omite cumplir su deber y desempeñar su función, "la propia omisión crea el peligro hasta ese momento conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena o descontrola", entonces, y evitando el juego de palabras empleado por LUZÓN, la creación es igual a no impedir el surgimiento del peligro, lo cual, evidentemente se produce tanto en el caso del socorrista, como en el ejemplo ferroviario: si en el supuesto del choque de trenes, el guardagujas "crea, permitiendo que surja", el peligro del choque (ante dos trenes que circulan por la misma vía, si el guardagujas actúa, no hay peligro de choque), cuando el socorrista no actúa ante el corte de digestión también "crea[ría], permitiendo que surja", el peligro de ahogarse (ante un corte de digestión, si el socorrista actúa, no hay peligro de ahogarse). Véase también, BACIGALUPO en: *Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, ed. por GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, Madrid 1994, p. 31 y s.

(86) HUERTA, *¿Concepto ontológico...?*, CPC n.º 17 (1982), p. 243.

(87) HUERTA, *¿Concepto ontológico...?*, CPC n.º 17 (1982), p. 246.

tar, en este caso, lo realizado—. El deber de evitar en la omisión habrá de basarse en una expectativa normativa: el sujeto es garante, tiene que evitar el daño del jarrón mediante un actuar positivo. Para imputar pues hay que atender a si el sujeto se comportó dentro de su rol, si desempeñó el papel que se correspondía con la expectativa, o si, por el contrario, se arrogó un ámbito de organización ajeno al defraudar una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente. Si esto es así, y en esto en el campo de la omisión reina una cierta unanimidad, ¿por qué el autor no ha de tener igualmente un deber de evitación como presupuesto de la responsabilidad comisiva? ¿Por qué no preguntarnos también si defraudó o no expectativas? Imaginemos, y siguiendo con nuestro ejemplo, que el trabajador es parte de una cadena de producción en una fábrica de cerámica.

Se pueden producir alguna de las siguientes situaciones:

a) La labor del sujeto es precisamente romper los jarrones que le son enviados mediante una cinta transportadora, puesto que son defectuosos, con objeto de impedir su venta fraudulenta como no defectuosos (posibles falsificaciones). Si un jarrón es defectuoso o no, y por tanto si debe o no ser roto, es decidido por otros; él tan sólo se limita a destruir los que recibe a través de la cinta.

b) Su labor consiste en un control general de la nave de producción para evitar que se dañen jarrones a lo largo del proceso de elaboración.

c) Su cometido se centra no sólo en la evitación de daños al producto durante la fabricación (*b*), sino también en eliminar los jarrones que de todas formas resulten defectuosos (*a*).

d) El trabajador se encuentra allí para revisar, y en su caso reparar, el correcto funcionamiento de la maquinaria (ni *a*, ni *b*, ni *c*).

Planteadas estas posibles formas de división de trabajo, cuando el trabajador deja caer al suelo o rompe, los jarrones (el de la cinta o el que cae), la respuesta no será ni muchos menos igual en todos los casos; como se señaló al comienzo, será irrelevante que el trabajador haya actuado u omitido, siendo por el contrario sólo de interés el rol que éste debía desempeñar; en otras palabras, si ha defraudado las expectativas ligadas a su rol. Estudiemos pues detenidamente la responsabilidad del trabajador, cuando no impide la caída de un jarrón que amenaza caer al suelo por una corriente de aire, y la misma, cuando rompe un jarrón contra el suelo, y ello, atendiendo a como sea la forma en que el trabajo esté dividido en la cadena de producción (roles).

En el supuesto *a* el trabajador no tiene una posición de garante en la versión omisiva, porque no se le ha confiado la custodia de los jarrones, en otras palabras, ha de hacerse una valoración normativa del suceso "omisión" ("nada"); la mera constatación de su omisión —no impedir la caída del jarrón— es jurídico-penalmente irrelevante, y en verdad, porque sin el deber previo de evitar que los jarrones resulten dañados no ha defraudado expectativa alguna; aun cuando dejó que el jarrón cayese al

suelo, se ha comportado dentro de su rol; esa parte de trabajo no le está asignada, no es garante. Del mismo modo ha de argumentarse en la versión activa, cuando el trabajador rompe el jarrón: tampoco aquí ha defraudado expectativa alguna, tampoco aquí tenía un deber de evitar, tampoco aquí, en definitiva, era garante. Si no es garante, menos aún ha podido extender su ámbito de organización de forma no permitida; la rotura no le incumbe. Se ha de realizar un enjuiciamiento del suceso en el terreno normativo con base en las expectativas existentes: siendo esa precisamente su labor, no sólo no ha defraudado, sino que se ha comportado de acuerdo a su rol. Como se observa, toda valoración del suceso basada en criterios naturalistas, y por tanto, que no tenga en cuenta las expectativas que recaían sobre el interviniente están abocadas al fracaso; en nuestro supuesto *a*, si no se realiza una valoración también en la versión comisiva, tendría que afirmarse, en principio, la tipicidad: el trabajador ha roto el jarrón = delito de daños. Las cosas son, empero, muy distintas: el trabajador no es garante aunque actúa, y si no es garante, no defrauda expectativas, ergo ¿qué se le va a imputar? *Todavía más*: incluso en el caso de que el jarrón que el trabajador rompiera y que por tanto *se encontraba en la cinta transportadora, no fuera defectuoso*, el trabajador se ha comportado de todas formas *dentro* de su rol; en caso contrario la producción se paralizaría, se obligaría al trabajador a comprobar lo que precisamente no tenía que comprobar: si los jarrones eran o no defectuosos. Se podría preguntar: ¿por qué el rol general de ciudadano no entra en consideración a pesar de que ha roto un jarrón que no se debía romper?; en otras palabras, cómo es que la expectativa ligada al rol mínimo ciudadano —esto es, no dañar esferas jurídicas ajenas— no fundamenta ya su responsabilidad; breve: ¿por qué no ha defraudado esta expectativa? La respuesta es clara: el jarrón no debía romperse, pero él *sí* debía romperlo. Si el rol de ciudadano es descrito negativamente, esto es, no son pedidas acciones solidarias (para eso ya están los delitos propios de omisión) (88), entonces es evidente que no se le puede reprochar al trabajador que cumpla con lo estrictamente a él asignado. El fallo —el jarrón sin defecto en la cinta transportadora— no puede imputársele. Si él cumple con la labor que tenía asignada, no puede hablarse de extralimitación en esferas jurídicas ajenas, y por tanto las expectativas ligadas al rol de ciudadano no son defraudadas. ¿Cómo podría hablarse de extralimitación por parte del que cumple con pulcritud lo que se le ha asignado: su rol social? No hay tampoco pues, respecto de esta última alternativa planteada, posición de garante (89) (y por

(88) Es decir, los delitos propios de omisión (la omisión del deber de socorro, por ejemplo) se pueden llevar a cabo, pues, tanto por omisión como por acción. Cfr., sobre esto JAKOBS. *AT*, 7/50, 7/57, 7/67, 24/21, y la nota siguiente.

(89) La importancia de lo dicho es enorme, y sobrepasa con creces la aparente banalidad del ejemplo; en éste, y debido a la escasa entidad de los bienes en juego, la solución no repugna; en realidad la solución no puede ser otra en los casos más problemáticos de conocimientos especiales. Si el coste que supone en ciertas ocasiones los lí-

ello, ni extensión del ámbito de organización de forma no permitida, ni incumbencia respecto de lo sucedido).

En *b*, donde la labor consiste en un control general de la nave de producción para evitar daños, la situación es la siguiente: a pesar de su deber de garante respecto de los posibles daños al producto durante el proceso de fabricación, el trabajador no evita la caída de un jarrón al suelo: responsabilidad omisiva; no ha cumplido su rol, ha defraudado las expectativas en él depositadas (garante); ha extendido su ámbito de organización de forma no permitida; la rotura pues, le incumbe. Por otra parte, y se puede —aunque no necesariamente se debe— formular así, a pesar de su deber de garante respecto de los posibles daños a los jarrones, el trabajador ha roto uno de ellos. Pero en realidad lo relevante aquí —y por eso digo "no necesariamente debe formularse así— no es que el trabajador tuviese la labor de evitar daños —ese es un rol que afecta, como se vio, al supuesto omisivo— sino que no tenía la labor de romper los defectuosos, y por tanto se ha arrogado una competencia que no le correspondía; ha quebrantado su rol general de no inmiscuirse en esferas jurídicas ajenas; esta distinción es importante: si fundamentásemos su responsabilidad por la rotura sólo con base en su labor de evitar daños, entonces —como se verá más adelante— no podríamos fundamentar una responsabilidad de un tercero cualquiera que irrumpiese en la nave y rompiese los jarrones —éste no tendría la labor de cuidar la producción y sin embargo responde—. Evidentemente, de cualquier forma, la comprobación de la posición de garante en el caso que nos ocupa resulta más sencilla apoyándonos en ese otro rol: que siendo otra su labor, no se ha comportado de acuerdo a su rol —aquí: el de ciudadano—, resulta palpable. En ambos casos ha defraudado las expectativas, en ambos era garante. Imaginemos por último, y por recoger todas la situaciones posibles, que el jarrón que *b* rompe fuese de los defectuosos, de los que precisamente debían romperse —aunque no por *b*—: la expectativa se ve igualmente defraudada, puesto que, como ya se indicó, éstas también se ven defraudadas aunque ocurra algo *mejor de lo esperado*. En este caso, de todas formas, no es necesaria la estabilización de esta expecta-

mites del rol es demasiado alto para la Sociedad, deberán redefinirse nuevamente los roles; pero precisamente antes y no después; en nuestro ejemplo: si los costes son demasiado altos —esto es, en nuestro ejemplo ocurre con frecuencia que un jarrón no defectuoso se encuentra en la cinta transportadora— deben redefinirse los roles de forma que, por ejemplo, la labor del trabajador también consista en comprobar que el jarrón enviado es defectuoso. En estos casos de conocimientos especiales es, de todas formas, de aplicación lo dicho en la nota anterior: no se descarta la aplicación de alguno de los preceptos que regulan delitos propios de omisión; en nuestro caso: si existiese un delito de omisión del deber de socorro, referido también al que no socorriese (salvare) la propiedad ajena en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero..., sería de la misma forma aplicable si el sujeto rompe el jarrón no defectuoso que se encuentra en la cinta transportadora (acción), que cuando no salve el jarrón que está a punto de caer (omisión); sobre esto, cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 54 y ss.

tiva defraudada —al menos jurídico-penalmente—; y no es necesaria porque, como también se estudió, no todo lo que se espera de un rol, esto es, todas las expectativas a él ligadas son tema del derecho penal, sino sólo las que no respeten al otro en Derecho (90). Pero esta defraudación nos sirve de algo: con ella se demuestra que la expectativa era eso, nada más que una expectativa, y que es necesaria para estabilizar comportamientos divergentes en otras ocasiones.

Según lo dicho, sencilla es la situación en *c*, donde el trabajador debe no sólo evitar daños al producto durante la fabricación (*b*), sino también eliminar los jarrones que de todas formas resulten defectuosos (*a*). En este caso, el sujeto se encuentra sólo en una posición de garantía en la versión omisiva, no así en la comisiva. Para el derecho penal la rotura en sí del jarrón (acción) es una "nada", igual que lo es una omisión; sólo si existe un deber de evitación del resultado, se puede hablar de responsabilidad; puesto que en este supuesto el trabajador rompe un jarrón, y según el reparto de trabajo su papel a desempeñar es la eliminación de jarrones defectuosos, se ha comportado de acuerdo, precisamente, a su rol: no hay defraudación por acción. Así pues, en *c* sólo se deriva responsabilidad del comportamiento omisivo (defraudación omisiva, ya que no impide la caída de un jarrón que no se encontraba en la cinta transportadora, esto es, un no defectuoso). Cuando no impide la caída, extiende su ámbito de organización de forma no permitida. Se trata siempre de responder a la cuestión del deber de evitación.

Interesante resulta la situación *d* por ser problemática para la concepción tradicional. Recordemos que en *d* la función del trabajador consiste en revisar la maquinaria. En el supuesto omisivo es indudable la falta de posición de garante: si el trabajador no está allí para controlar que los jarrones no se dañen, no responde; o ¿es que todos debemos estar pendientes de todo? En la versión activa, se ha de comprobar igualmente si existe un deber de evitar el resultado. Si no existiese tal deber ¿de qué respondería entonces el trabajador? Aquí es precisamente donde comienzan las confusiones. *Se argumenta que no es necesaria una posición de garante*. En realidad no es que no haga falta la posición de garantía en los delitos de comisión, sino que en la mayoría de éstos, tal posición deviene ya de la propia acción. El sujeto se suele colocar en posición de garante a causa de su propia acción, lo cual no significa, que de todas formas *siempre haya que comprobar, si se defraudaron o no ex-*

(90) Otro ejemplo: el no garante que al ver una casa deshabitada en llamas avisa a los bomberos defrauda igual la expectativa, que el garante al ver la casa en llamas no avisa a los bomberos. Ninguno de los dos se comporta de acuerdo a su rol, pero sólo el segundo *al no comportarse según su rol (al defraudar la expectativa)* daña esferas jurídicas ajenas. Formulado de otra manera: si se habla del daño en esfera jurídica ajena, ha de haber *quebramiento del rol*, defraudación de expectativa, se puede hablar de daño en esfera jurídica ajena. Recuérdese aquí, el caso del médico que recibe al paciente media hora más tarde: defraudación de la expectativa, sin intromisión, empero, en esfera jurídica ajena. El quebrantamiento del rol es pues el *mínimum*, pero no basta.

pectativas, en definitiva, si el sujeto se comportó o no de acuerdo a su rol. Así, hemos demostrado que el trabajador en *a* y *c* no defraudaba expectativa alguna a pesar de romper el jarrón (acción); incluso en la alternativa presentada en *a*, donde el sujeto rompía un jarrón que no era defectuoso, hemos comprobado igualmente que no se defraudaba ninguna expectativa, que no respondía. El hecho de que en *d* el trabajador responda, *no se debe a que actúe* —esto también sucedía en *a*, en *c* y en la alternativa *a*— sino a que hay una expectativa defraudada. El hecho de que se defraude una expectativa, *no se debe de nuevo a que el sujeto actúe* —también actuaba en *a*, en *c* y en la alternativa *a*—, sino a que no se ha comportado de acuerdo a su rol, en este caso, el de todo ciudadano de no dañar esferas jurídicas ajenas. Se podría cuestionar por qué cuando el técnico no impedía la caída del jarrón no se recurría a este deber general de ciudadano para fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión, pero sí cuando él mismo rompe el jarrón; la solución ya la hemos expuesto: en los delitos de organización, el rol mínimo siempre está determinado negativamente, esto es, no dañar (Estado liberal). Pero de nuevo: no siempre que se actúa pues se quiebra el rol de ciudadano (y así, ni en *a*, ni en *c*, ni en la alternativa *a*).

Con todo ello se quiere decir: lo relevante no es el cambio del mundo exterior (romper el jarrón, acción en sentido naturalista, una "nada") o el no-cambio del mundo exterior (no impedir la caída del jarrón, omisión "en sentido naturalista" [¿?], también una "nada"), sino si se han defraudado las expectativas que los roles sociales conllevan y que se encuentran jurídicamente protegidas. Sólo el que se encuentre en posición de garante puede defraudar expectativas (sobre el no-garante no hay expectativas), y ello, indistintamente mediante una acción o por omisión. Esa defraudación se produce cuando *el garante* extiende su ámbito de organización (por acción o por omisión) de forma no permitida. Al sujeto le incumbe entonces el delito.

3) Lo dicho es generalizable, como ya se adelantó, a un sistema más complejo y que, como se exponía al principio de este trabajo, es objeto de protección penal: la Sociedad. Pruébese a sustituir v. gr. en nuestro ejemplo, fábrica, por Sociedad; favorecimiento de contactos sociales, en vez de posibilitar la producción; jarrones, por cualquier bien jurídico; división de trabajo en la fábrica, por los distintos roles actuados en la interacción social; etc. Posición de garante existe cuando la Sociedad tiene sobre el sujeto depositadas una serie de expectativas; cuando el sujeto extiende su ámbito de organización de forma no permitida, le incumbe pues el delito. La posición de garante en los delitos de comisión suele venir fundamentada, de todas formas, por la acción, porque se ha actuado, pero esto no es, como acabamos de comprobar, ni mucho menos obligado (91). A conti-

(91) Y con ello nos separamos radicalmente del concepto negativo de comisión (y de acción) de HERZBERG, que también exige posición de garante; cfr. también supra not. 73.

nuación veremos también un ejemplo en que esto no es así. En cuanto a la terminología, manteniendo la que tradicionalmente se emplea en los delitos de omisión, hablamos de posición de garante también para los delitos de comisión (92). Planteadas así las cosas, se confirma de nuevo la intrascendencia de que el agente, que no se comportó dentro de su rol, lo hiciera por acción o por omisión. Este deshacerse de criterios causal-naturalistas que evidentemente es, *per se*, una necesidad en el delito de comisión por omisión donde no existe causalidad, es también un acierto en el ámbito de los delitos comisivos, y en verdad por medio de la imputación objetiva (93). Lo decisivo no es la causación sino la imputación; imputación que por tanto se divide en imputación del comportamiento (94) —sólo se imputa lo que incumbe al sujeto y, por tanto, hace falta una posición de garante—, e imputación del resultado (95) —que falta, v. gr., en casos de ausencia de concreción del riesgo creado— (96).

4) La exigencia de tal posición de garantía en el comportamiento comisivo es normalmente pasada por alto en la doctrina mayoritaria lo cual es, tomando su propio punto de vista, sorprendente: si se identifica la posición de garante en la omisión con un deber de evitar el resultado y, si al autor de un delito de comisión no se le exige ser garante, es decir, no está obligado a evitar el resultado, ¿cómo es posible entonces que responda? Como ha sido puesto de manifiesto por *Jakobs*: entonces, si no estaba obligado a evitar el resultado... ¿por qué responde? (97) Este olvido de la posición de garante en los delitos de comisión es hasta cierto punto comprensible, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los su-

(92) Esta posición de garante es independiente de que el autor tuviese dolo. Cfr. en este sentido ya TORÍO, *Límites, ADPCP* 1984, p. 696 (sin cursiva en el original): "La vieja idea de que causación —incluso causación dolosa— equivale a responsabilidad por el hecho, a tipicidad, experimenta en la doctrina actual importantes modificaciones". Un ejemplo llevando esta idea, que consideramos correcta, a sus últimas consecuencias: igual que cuando un trabajador, que no tiene asignado el control general de la producción, no responde si no evita que un jarrón caiga, y ello aunque tenga dolo; igual que un trabajador, que tiene como labor romper los jarrones defectuosos, no responde, incluso aunque al golpear el defectuoso tenga dolo; ¡igual!, tampoco responde en la alternativa a *a*, el trabajador que debiendo romper los jarrones defectuosos que le son enviados, rompe uno, no defectuoso pero enviado, ¡con dolo!

(93) Cfr. TORÍO, *Límites, ADPCP* 1984, p. 693 y ss., p. 695 y s.; cfr. también SILVA, *El delito*, p. 121 y s., 133 con not. 790.

(94) En caso contrario no hay responsabilidad por un delito de organización (al no ser garante); una responsabilidad en virtud de algún delito propio de omisión permanece, de todas formas, abierta.

(95) En su defecto, queda de todas formas la posibilidad de una responsabilidad como tentativa.

(96) REYES, *Fundamentos, ADPCP* 1992, 961 y s.

(97) JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 31; en sentido parecido, al menos en lo que respecta a su concepto de acción basado en la evitabilidad, BACIGALUPO, *Principios*, 113 y s.: "...en la medida que, en realidad, la función del concepto de acción es sólo negativa, pues sirve para la eliminación de hechos totalmente irrelevantes para el derecho penal, se formula sobre el aspecto del poder evitar y no sobre el del poder dirigir. En lo sustancial se trata únicamente de dos aspectos de la misma cuestión."

puestos tal posición no resulta problemática (98), pero en ningún caso, justificable: no se pueden aplicar criterios naturalistas a la teoría del delito. Un ejemplo relevante del callejón sin salida a que conduce la aplicación de criterios naturalistas a la teoría del delito lo encontramos en el llamado "caso del reanimador". En él nos detendremos brevemente.

5) Cuando un paciente entra en coma *irreversible* (¡en sentido estricto!), el médico no tiene obligación alguna de prolongarle artificialmente la vida (99). Así pues, si el enfermo ingresa en el hospital ya en situación de coma irreversible y el médico no toma medidas para prolongar *artificialmente* su vida, no se puede imputar el resultado de muerte al facultativo; su inactividad es jurídico-penalmente irrelevante, igual que lo sería, si hubiese omitido iniciar tales medidas para prolongar *artificialmente* la vida de un paciente en estado terminal mediante transfusiones de sangre, inyecciones u otras medidas semejantes (100); en ningún caso existe la —al menos en el ámbito de la omisión— unánimemente exigida posición de garantía.

Pues bien, ¿qué acontece si el paciente en coma irreversible se encuentra ya conectado a una unidad de cuidados intensivos y el médico la desconecta? ¿Se trata de un problema, que donde antes había una omisión ahora nos encontremos con una acción? Para aquellos que se basan en criterios naturalistas, efectivamente lo es; según estos, los comportamientos causales de un resultado típico son ya —si bien con algunas correcciones— motivo de imputación. Por ello habría que atribuir el homicidio al médico, pues es evidente, o al menos así se argumenta, que

(98) Aquí se puede establecer un paralelismo con la relegación que sufre la imputación objetiva, en general, en el ámbito del delito doloso frente al culposo: como ha sido señalado, REYES, *Fundamentos, ADPCP* 1992, p. 965, esto se debe a que en los delitos dolosos la creación del riesgo desaprobado es tan clara que rara vez presenta problemas, mientras que en la mayoría de los delitos culposos la imputación objetiva es un elemento de difícil determinación.

(99) El caso es absolutamente *excepcional* pero si el coma es irreversible, un mantenimiento artificial de la vida constituiría un atentado contra la dignidad de la persona; cfr. p. ej. JUANATEY DORADO, Carmen, *Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto de Ley orgánica del Código Penal de 1992, Poder Judicial* 2.^a época, n.º 28 (1992), p. 109 y ss., p. 109 con not. 1, con más referencias a la literatura española; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, p. 964; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial-Delitos contra las personas*, Madrid, 1989, p. 96 y s. (en adelante PE); MIR, PG, p. 324. De otra opinión, sólo, BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart 1968, pp. 112, 114 y s. (referido al trasplante de órganos).

(100) Cfr. por ejemplo, HIRSCH, Hans Joachim, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Festschrift für Karl Lackner*, Berlin 1987 (p. 597 y ss.), p. 602; ESER, Albin, *Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht*, en AUER/MENZEL/ESER, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, Köln-Berlin-Bonn-München 1977, p. 75 y ss., 138; absoluta doctrina mayoritaria. No puede mantenerse sin embargo, como principio general de imputación, que la vida no sea merecedora de protección cuando esté irremediadamente perdida; cfr. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *La Culpa en la Actividad Médica, Imputación Objetiva y Deber de Ciudadano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1988, p. 39; BACIGALUPO, *Principios*, p. 123.

se trata de un acortamiento de la vida del sujeto (101), esto es, de la llamada eutanasia activa —prohibida—, y no de la denominada ortotanasia, consistente en dejar que la muerte se produzca de manera natural sin aplicar medios artificiales —permitida— (102).

Para solucionar esta problemática, gran parte de la literatura sostiene que nos hallamos ante una omisión (103). Englobando estos supuestos, como pretende este sector doctrinal, allí donde en general se exige una posición de garantía para fundamentar la responsabilidad, dejan de ser problemáticos, puesto que resultaría relativamente sencillo negar la concurrencia de ésta. "Se evita así tener que castigar por homicidio (o asesinato) al que realiza o participa en la desconexión del paciente —solución inevitable si se afirma que la muerte se produce por acción positiva— (104)." A la vista de esto, más que de aportar una solución dogmáticamente convincente, parece que se trata, tan sólo, de llegar al resultado deseado. En este sentido se han intentado numerosas soluciones, sobre todo en la

(101) Cfr. por todos, STOFFERS, Kristian F., *Die Formel "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?*, Berlin 1991, pp. 386 y ss., 458. Sólo en los casos en que ya no exista una protección penal no se podrá hablar de acortamiento: no se trata de coma, sino de muerte; así por ejemplo, el art. 10 del Real Decreto de 22 de febrero de 1980, sobre la extracción y trasplante de órganos establece, como requisito para la determinación de ésta: "1) Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida de conciencia. 2) Ausencia de respiración espontánea. 3) Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotomía muscular y midriasis. 4) Electroencefalograma "plano", demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral." A este respecto, cfr. COBO/CARBONELL, en *Derecho Penal, Parte Especial*, COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, 2.^a ed. 1988, Valencia, p. 489; BAJO, *PE*, p. 26 y s.

(102) En derecho español, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, art. 15, Madrid 1982, p. 78 con nota 28.

(103) Mención aparte merece la opinión de SILVA, *El delito*, p. 249 y ss., 257 y s.; EL MISMO, *La responsabilidad*, p. 966. SILVA acepta en los casos de desconexión una sucesión de ambos planos, el omisivo y el comisivo; existiría la modalidad omisiva ("desistimiento de tentativa acabada de cumplimiento de un mandato"), si bien no cabría hablar de omisión punible: pese a que el mantenimiento de la vida de esta forma, tiene como objetivo precisamente "reanimar" y por tanto debe ser considerado como un curso causal salvador, en casos de estado irrecuperable, en donde la reanimación es imposible, no puede haber "interrupción de un curso causal salvador" pues dicho curso no es precisamente capaz de salvar. Tampoco existiría tipicidad en el plano comisivo puesto que "acabar con una vida vegetativa sin conciencia ni actividad cardiorespiratoria ni cerebral autónoma no es realización típica de un homicidio activo". Lo afirmado por SILVA creo que en una interpretación dogmática correcta conduce, adelantando lo que se va a decir en el texto, a la misma solución que aquí se defiende: tanto si la desconexión se considera acción, como si se considera omisión, no hay en ningún caso posición de garante. Hablar empero de dos planos, el comisivo y el omisivo, resulta absolutamente innecesario: si no hay posición de garante (que es en definitiva lo que hay que sostener cuando, como SILVA, por un lado se argumenta que el curso causal no es capaz de salvar [en la omisión], y por otro que la desconexión no es "realización típica de un homicidio activo" [en la comisión]), si no hay posición de garante, repito, no hay expectativa alguna que pueda ser defraudada, y ello, ni por omisión ni por acción. La cuestión de la posición de garante es previa a la del modo de la defraudación (por omisión o por comisión).

(104) MIR, *PG*, p. 324.

doctrina científica alemana (105); de algunas, nos ocupamos a continuación:

Una primera construcción señala que lo relevante es el significado social de la conducta en su conjunto, lo cual permitiría hablar de omisión en estos supuestos, puesto que el aparato desconectado no deja de ser, afirman, más que una "*longa manus*" del médico (106).

Como ha sido señalado por la doctrina (107), esta solución, que no se apoya en categoría dogmática alguna, se presenta pobre, y parece más bien el intento de llegar a un resultado deseado desde un principio —la impunidad del médico—. Pero además: si el aparato es una "*longa manus*" del médico, ¿no habría que condenar, cuando el mecanismo fue conectado por un médico, pero otro lo desconecta, por ejemplo, por razones de turno de trabajo? (108).

Otro argumento de peso para intentar aclarar el problema se basaría en la llamada "omisión mediante hacer" u "omisión por comisión" (109), categoría propuesta por *Roxin* para la resolución de estos supuestos. Según él, la desconexión, que indudablemente es una acción, puede de todas formas ser considerada una omisión ateniéndose a una fundamentación específica jurídico-penal, y ello, bajo la rúbrica de la "interrupción de un curso salvador propio". Así, cuando por ejemplo un obligado al salvamento arroja una cuerda al que se ahoga, pero antes de que éste pueda agarrarla, la retira, deja la situación igual que en un principio, esto es, la misma que si no hubiese actuado. Si bien concurre una acción que es causal para el resultado —retirar la cuerda—, esta acción se dirigiría contra una prohibición, que como norma secundaria, se encontraría contenida en un mandato-norma primaria contra la que realmente se habría dirigido la omisión. Esto significa para nuestro caso en particular, continúa la deducción de *Roxin*, que el médico puede desistir de aquellas medidas de las que también antes podría haber desistido, actuando siempre por ello en el marco de una omisión impune, puesto que a causa de la situación del paciente no existiría —en ese momento anterior— la posi-

(105) Sobre la discusión del tema en Alemania, que ha dado lugar a gran número de tomas de posición por parte de la doctrina —y que no pueden ser reproducidas en el marco de este trabajo—, cfr. por todos, STOFFERS, *Die Formel*, p. 386 y ss.

(106) BAJO, *PE*, p. 96 y s.; GEILEN, Gerd, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme. Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht, *JZ* 1968, p. 145 y ss., 151; EL MISMO, *Euthanasie und Selbstbestimmung, Juristische Betrachtung zum Recht auf eigenen Tod*, Tübingen 1975, p. 22 con nota 36; EL MISMO, *Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ* 1968, pp. 121 y ss., 126 nota 35.

(107) Cfr. SAX, Walter, *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung*, *JZ* 1975, p. 137 y ss., p. 138; SAMSON, Erich, *Begehung und Unterlassung, en Festschrift für Hans Welzel*, Berlin/New York 1974, p. 585.

(108) En el mismo sentido, SAMSON, *Welzel FS*, pp. 585 con not. 38 y 603 not. 92.

(109) Aquí y en lo siguiente, ROXIN, Claus, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift*, Frankfurt an Main 1969, p. 380 y ss., pp. 395 a 401.

ción de garantía, necesaria para la punibilidad de esta —y de cualquier— omisión.

Entre las diferentes críticas que se han realizado contra dicha construcción nos parece definitiva la siguiente: el argumento de que el mandato contendría en sí la prohibición que dio lugar en definitiva al resultado (110), arroja a su vez la pregunta de por qué, de todas formas, no se ha dirigido ese comportamiento contra esa prohibición a la misma vez; formulado de otra forma, por qué motivo las prohibiciones de retirar la cuerda de salvamento o de desconectar el aparato, que se dirigen en realidad contra todo el mundo (al menos según *Roxin*), no se dirigen también contra el que la lanzó o contra quien conectó el aparato (111). El otro argumento de *Roxin*, esto es, que las energías positiva y negativa se anularían, no aporta ninguna fundamentación convincente de por qué no, junto al cumplimiento del mandato no puede haber una desobediencia de la prohibición (112).

Desde la perspectiva que hemos adoptado, la solución resulta mucho más sencilla. En primer lugar, no creemos necesarias complicadas construcciones que tratan de calificar la actividad de la desconexión como un comportamiento omisivo, para obtener una —desde el principio deseada— impunidad del médico. Aun manteniendo desde el derecho penal que el comportamiento del médico en estos casos es un conducta activa (113), resulta indudable que la solución no difiere del supuesto omisivo en que el paciente está todavía por conectar. En efecto, si se parte de la perspectiva normativista aquí sostenida, el hecho de la desconexión no conlleva automáticamente responsabilidad, y en verdad porque puede que el tratamiento médico no fuera necesario. Si no existe un deber de llevar a cabo el tratamiento, no se puede hacer depender la solución del caso, como pretende un amplio sector doctrinal, de que aquél ya se hubiese iniciado, y por tanto haya que desconectar los aparatos —acción—, o de que todavía estuviese por comenzar, y entonces sólo se haya de omitir el inicio del mecanismo —omisión— (por ejemplo, porque el enfermo ingrese en el hospital ya en situación de coma irreversible).

El médico que desconecta los medios artificiales que prolongan la vida de un paciente en coma irreversible, "ejecuta de propia mano", pero no responde como autor de un homicidio porque no tiene posición de garantía (114). Y no responde, pues no es competente para el mantenimiento artificial de dicha vida, en otras palabras, *su realización de pro-*

(110) ROXIN, *Engisch FS*, p. 383.

(111) SAMSON, *Welzel FS*, P. 583; ENGLISH, Karl, *Tun und Unterlassen, Festschrift für Gallas*, Berlin/New York 1973, p. 163 y ss., 183.

(112) SAMSON, *Welzel FS*, p. 583.

(113) Aunque repetimos una vez más: resulta intrascendente.

(114) JAKOBS, *AT*, 7/64; EL MISMO, *La competencia*, p. 19; en sentido parecido, FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 69 y ss.; OTTO, *AT*, p. 141.

pia mano —la desconexión— *no determina por sí misma la requerida posición de garante*. Aquí es donde radica la diferencia con aquellos sectores doctrinales que encuentran problemáticos tales casos si son calificados como comisivos. Según estos, imbuidos del pensamiento naturalista, la desconexión *per se*, determina que el sujeto, primero, sea garante, segundo, que haya extendido su ámbito de forma no permitida, y tercero por tanto, que le incumba la muerte del paciente; la desconexión, como momento activo verificable causalmente, decide la incumbencia. Si se parte, en cambio, de que el delito de acción también exige posición de garante, no se atribuye al médico el resultado de muerte, porque no entra dentro de su ámbito de competencia prolongar artificialmente la vida (no es garante). Si el médico debe todavía continuar con las medidas mecánicas de prolongación de la vida, v. gr. porque el coma no es irreversible, decimos que tiene posición de garante. En estos supuestos, si desconecta dichos aparatos, sí extiende su ámbito de organización de forma no permitida: así, responde. Para evitar malentendidos, todavía una palabra más sobre esto: entonces, no es la desconexión en sí, empero, la que le convierte en garante —y la que determina su incumbencia—, sino que se encuentra en dicha posición porque no siendo el coma irreversible, debe continuar con el tratamiento. Así pues, y como siempre, lo relevante no es el par omisión/comisión, sino si se ha defraudado una expectativa, que en ningún caso depende de si se actúa o se omite, sino, en nuestro ejemplo, de si la situación clínica del paciente es o no irreversible. Resumiendo: se puede hablar de una falta de posición de garante y ello a pesar de que evidentemente en nuestro ejemplo la acción del médico es causal (115).

6) *Pormenores*. Allí donde el criterio naturalista y el jurídico coinciden, es decir, en la defraudación omisiva, se reclama la posición de garante; allí en cambio, donde el pensamiento naturalista —basado en la causación— conduce a una valoración positiva del suceso —positiva, en el sentido de que existe una modificación en el mundo exterior—, se tiende generalizadamente a apreciar lo mismo desde el punto de vista jurídico, como si éste —lo jurídico— fuese consecuencia necesaria de

(115) Problema parecido presenta MONTEALEGRE LYNET, *La Culpa en la Actividad Médica*, p. 38; se trata de determinar la responsabilidad del hematólogo que autoriza sin haber realizado el análisis previo preceptivo, una transfusión de sangre que resulta ser portadora del virus del SIDA, por las lesiones que el paciente así infectado pueda producir a terceros. Acertadamente tan sólo afirma MONTEALEGRE la posición de garante del médico respecto de esos terceros que también puedan resultar infectados "cuando la ley expresamente convierte al médico en garante de bienes jurídicos de personas distintas al enfermo. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Art. 38, literal c) de la Ley 23 de 1981. En esta ley se impone al facultativo el deber de diligencia de revelar el secreto profesional a los interesados "cuando por (...) enfermedades graves infectocontagiosas (...), se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia...". Así pues, de no tratarse de esta posición de garante "(...) los deberes de diligencia del médico están instituidos para evitar daños al enfermo; no a personas distintas", por lo que no habría posición de garante, esto es, responsabilidad, a pesar del actuar del facultativo.

aqué —el naturalismo—, sin tener en cuenta, que si bien lo normal es que así sea, no es una consecuencia necesaria. Lo que desde un criterio naturalista es valorado como algo positivo, puede que desde un criterio jurídico sea neutro, en otras palabras, que carezca de relevancia. En nuestro ejemplo: si el enfermo llega al hospital en coma irreversible, y el médico no conecta ningún aparato, la valoración naturalista es coincidente con la jurídica: no ha hecho nada —valoración naturalista—, no tenía nada que hacer, no tenía posición de garante —valoración jurídica—. Por el contrario el desacierto de las concepciones naturalistas se produce cuando ambas valoraciones no coinciden, aunque el supuesto base —la irreversibilidad del coma— sea el mismo: si el paciente ya está conectado al mecanismo, el médico ha hecho "algo", desconectar el aparato —criterio naturalista—, y por tanto se tiende a concluir erróneamente que también ha hecho "algo" desde el punto de vista jurídico, que su comportamiento es relevante; no se tiene en cuenta, que el pensamiento aplicable no es el naturalista; se descuida que siendo irreversible el coma tanto antes como ahora, no hay posición de garante, tanto si no se conecta aparato alguno, como si se desconecta el ya en funcionamiento.

7) Concluamos pues: dentro del marco teórico aquí presentado resultaría falso que la acción por sí misma, coloque al actor en la misma situación en que se encuentra el omitente garante. Sería asimismo incorrecto que la acción *per se* convierta al actor en garante, en otras palabras, que la acción logre el milagro de que todo actuante extienda de forma no permitida su ámbito de organización y por tanto le incumba el delito. Sería falso, en definitiva, que no se requiera posición de garante como presupuesto de responsabilidad en los delitos de comisión (116). Afirmar que el suceso siempre incumbe al interviniente que actúa, mientras que sólo ocasionalmente al que omite —cuando éste está en posición de garante—, se corresponde con un pensamiento naturalista, y por tanto ajeno al Derecho: en la "acción" siempre se "organiza" algo desde el punto de vista naturalista, pero no necesariamente según un criterio normativista, que, en todo caso, es el jurídico. Para el derecho penal, con una acción se organiza tanto como con una omisión, es decir, se organiza lo que el sujeto pueda organizar, lo que pertenezca, en fin, a su ámbito de organización. Mediante un comportamiento activo, un sujeto garante responde de todo lo que se corresponde con su ámbito de organización, pero no de todo lo que sea causal. Como ha señalado *Jakobs*: lo que decide no es la forma de comportamiento, sino si el proceso causal se puede ordenar dentro del ámbito de organización del sujeto (117).

(116) JAKOBS, *AT*, 7/56 y ss.; EL MISMO *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, *GS Armin Kaufmann*, p. 285 y ss.; LESCH, *Das Problem*, pp. 263 y 265 y ss.; REYES, *Fundamentos*, *ADPCP* 1992, *passim*.

(117) Véase JAKOBS, *La competencia*, p. 19.

8) Sin embargo, en la mayoría de los casos la posición de garante en los delitos de comisión viene determinada precisamente por la realización de propia mano (118). Para evitar confusiones: sólo en la mayoría de los casos. En el supuesto base de los delitos de comisión activa, se fundamenta por tanto la incumbencia del sujeto en el momento en que éste actúa, puesto que ésta actuación supone ya normalmente la extensión de su ámbito de organización de forma no permitida (quebrantamiento del rol), y *de esa extensión no puede ser distanciado el actuante, porque ni puede ser atribuida a la casualidad, ni a un ámbito de organización ajeno, ni especialmente, al de la propia víctima* (119). Ejemplos, empero, en los que esto no es así, hemos visto ya suficientes, como para que nuestras afirmaciones ahora puedan conducir a error.

9) Por último, una palabra sobre la participación donde por supuesto también debemos hablar de posición de garante. En efecto, la falta de posición de garantía como "partícipe" (por tanto no-partícipe) se produce con más frecuencia que en la autoría. Ejemplos: si un periodista escribe un reportaje —dentro de los límites del ejercicio profesional del periodismo—, se le imputa un buen o mal trabajo, según la calidad de su estilo, la novedad y oportunidad de la noticia, etc. Si más tarde un tercero, aprovechando la información recogida en el reportaje planea y lleva a cabo una acción delictiva, no es incumbencia del periodista, no es su obra, no es garante. Las expectativas que entran en consideración son, por ejemplo, que el reportaje informe, que sea entretenido, que esté escrito con claridad y buen estilo, etc, y sobre todo: que se ajuste a los límites del ejercicio de la profesión periodística; sólo esta última expectativa es relevante, esto es, si esta expectativa no se vio defraudada, el periodista no responde del uso que otros puedan hacer de la información (120). Otro ejemplo: el dueño de una tienda de caza puede vender una escopeta bajo la condición de que el comprador tenga licencia de armas. Si más tarde el comprador utiliza el arma para asesinar a un tercero, el vendedor no responde como partícipe a pesar de que ha facilitado el arma, lo que supone el típico caso de participación. El motivo no es otro que el arriba indicado: el vendedor no es garante, se ha mantenido dentro de su rol. Las expectativas son: que la escopeta funcione, que su precio se corresponda con su calidad, etc (de eso sí es garante, y así le podrá incumbir, v. gr., una estafa si extiende ese ámbito de forma

(118) Cfr. JAKOBS, AT, 7/58.

(119) JAKOBS, AT, 7/57.

(120) Cfr. STS 29 de enero de 1983 (caso Vinader); además: St. del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1983 (105/1983), BOE n.º 298 (no podemos entrar aquí en la cuestión de si en el caso concreto la información constituyó la extensión no permitida del ámbito de organización por parte del periodista). Aquí, y en lo siguiente, cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 29 y ss., 71 y s., 76; EL MISMO GS Armin Kaufmann, p. 283 y ss.; DERKSEN, *Handlung auf eigene Gefahr*, p. 81 y ss., 199, 217 y ss. (casos de falta de una quasicomplicidad puesto que la víctima y el *partner* de la interacción son iguales).

no permitida). Lo contrario haría los contactos sociales (precisamente lo que el derecho penal trata de proteger) imposibles: el vendedor debería averiguar las intenciones del comprador, si no lo hiciera correctamente podría responder por imprudencia, etc.

2.^a PARTE LA INTERVENCIÓN OMISIVA

Hemos logrado en el capítulo anterior una conclusión fundamental para el tratamiento de la intervención omisiva: ésta se rige por las mismas reglas que la intervención comisiva. En efecto, en el ámbito de los delitos de organización, no existe diferencia jurídico-penal entre la acción y la omisión, o más exactamente, entre las formas de defraudación de omisión (Estado liberal) mediante una acción o una omisión. Así pues, las reglas de la intervención delictiva no deben variar. Ahora nos ocupamos de resolver el problema que dejamos planteado en la introducción: la prohibición de sobrevaloración del aporte. Con base en ello se obtendrán algunos principios generales sobre los límites de la autoría y de la participación.

I. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión activa

1. Planteamiento del problema

Vayamos con los casos en que el interviniente *es garante*. Nos encontramos ante la siguiente disyuntiva: el partícipe que facilita la realización del hecho principal se encuentra inmerso en una posición de garante derivada de un actuar precedente (ingerencia); a pesar de ello resulta indiscutido que la posterior omisión de impedir el hecho principal no implica responsabilidad omisiva. Fundamentos y explicación del porqué, vendrán más adelante; de momento y para centrar la cuestión demos ya un nombre a esta problemática: prohibición de sobrevaloración del aporte; y una definición provisional: según esta prohibición, el aporte realizado por el partícipe no se debe sobrevalorar en virtud de una omisión posterior, de forma que el partícipe se convierta en autor omisivo, y ello a pesar de la existencia en su persona de una posición de garantía según el pensamiento de la ingerencia.

Ejemplificativamente: E, encargado de una fábrica de material pirotécnico, facilita al terrorista T, quebrantando las normas sobre la venta de explosivos, la carga suficiente de los mismos como para cometer un atentado. T coloca los explosivos en la vivienda del ministro M que pasa unos días de vacaciones fuera de la ciudad. Por ello la bomba dispone de un temporizador de forma que explotará automáticamente en una sema-

na. Durante ese tiempo tanto E como T esperan el desenlace del atentado. E, que sabe que la bomba tardará todavía una semana en explotar, pudo en todo momento impedir el atentado llamando a la policía, avisando a M, o incluso, desactivándola él mismo.

Como el ejemplo muestra, el que ha prestado colaboración en un delito tiene también habitualmente la posibilidad de impedir el resultado. En los casos de tentativa, ésta situación se produce igualmente sin dificultades en el autor —en tanto la tentativa es inacabada, el autor tiene igualmente la posibilidad de impedir el resultado, en otras palabras, de desistir; si la tentativa es acabada esto resultará más problemático, pero igualmente posible—. Tanto T como E pudieron en todo momento impedir el resultado. Que su posterior omisión resulta irrelevante a la hora de determinar la intervención de ambos es sencillamente indiscutido (121). No se sostiene que T, tan sólo porque ha omitido impedir el resultado, en vez de responder por un asesinato comisivo, deba responder por un asesinato en comisión por omisión. Lo mismo podemos decir de E: nadie trataría de afirmar una participación pasiva, por el hecho de que a éste le fuese igualmente posible impedir el resultado (122). Y ello, a pesar de que en ambos casos se fundamenta sin dificultad una posición de garante en virtud del comportamiento anterior (ingerencia): en E, el facilitar los explosivos, en T, la colocación de la bomba. La obviedad de que en tales casos se deba responder con base en el "aporte activo" y no en la posterior omisión es tal, que la doctrina tan sólo se ha ocupado ocasionalmente de una fundamentación detenida. Analizaremos a continuación alguno de sus argumentos.

2. Algunas de las soluciones propuestas por la doctrina

1) Una primera explicación ha sido intentada por Grünwald (123). Según su opinión, la omisión de evitar posteriormente el resultado, que conlleva la prestación de ayuda al hecho principal por parte del partícipe, se corresponde con la omisión del que se encuentra en una posición de garante en virtud de un actuar precedente, esto es, ingerencia. Sólo se diferenciaría del caso normal de ingerencia, en que en los casos de prestación de ayuda, el partícipe, ahora omitente, ha creado el peligro de forma dolosa: su actuar precedente no es imprudente, sino doloso. Por el

(121) Véase por ejemplo, RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen 1966, p. 146; HERZBERG, Rolf Dietrich, *Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen*, JZ 1988, p. 183; SILVA El delito, pp. 195 not. 193, 246.

(122) Sobre esto, detalladamente, véase WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 331 y ss.; cfr. también RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, p. 147.

(123) GRÜNWALD, Gerald, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, GA 1959 (p. 110 y ss.), p. 113.

contrario, el caso normal de la ingerencia se produce cuando el actuar precedente es imprudente. La posterior omisión del partícipe es por ello más grave -o al menos, no menos grave- que la omisión del que ha creado el peligro de forma imprudente y después omite. Hasta aquí estamos totalmente de acuerdo. Lo dicho por *Grünwald*, explicado mediante un ejemplo nuestro: el que imprudentemente dispara a un compañero durante una cacería, deberá socorrerlo: se trata de un claro caso de ingerencia. Por otra parte, el que ha facilitado dolosamente el arma para la comisión del hecho, es también ingerente a raíz del actuar precedente que supone su aporte —facilitación del arma—. Si en el supuesto imprudente lo es, con más firmeza hay que sostener tal condición en el supuesto doloso. Además, a lo mantenido por *Grünwald* sobre la gravedad de estas posteriores omisiones también le asiste la razón, a la luz de nuestro ejemplo: la omisión tras entregar el arma es más grave, o por lo menos, y esto seguro, no es menos grave, que la de aquél que cazando disparó imprudentemente y después no ayudó al compañero herido. Si no se tiene de todas formas en cuenta, continúa *Grünwald* argumentando, esa posterior omisión del partícipe, a pesar de que debería conducir a una punibilidad en calidad de *autoría* por omisión según el pensamiento de la ingerencia (¡sic!), es porque la intervención omisiva, en general, es una forma de intervención en el delito con un desvalor incluso menor al de la complicidad. Para este autor pues, existirían tres tipos de intervención delictiva, que, ordenados de mayor a menor gravedad, serían: *autoría*, *participación*, y por último, y como forma menos grave, la *intervención omisiva*.

Según lo expuesto en la primera parte de este trabajo obviaremos objeciones generales, por otra parte, no difíciles de imaginar (¿intervención omisiva menos grave que participación activa?!). Nos limitaremos pues, a una sola crítica: a nuestro juicio, la argumentación de *Grünwald* es circular:

La omisión del partícipe activo, arguye *Grünwald*, no es tenida en cuenta, a pesar de que es más grave que la omisión del que sin dolo ha creado también un peligro, porque esta última omisión frente a la propia participación activa no tiene importancia: a pesar de que "esta [posterior] omisión en ningún caso es más leve [incluso más grave] que aquella del que no ha prestado complicidad", es —así continúa razonando— "la intervención omisiva, respecto del desvalor, una forma de intervención en el delito, menos grave que la propia complicidad" (124).

2) *Roxin* también ha aportado una propuesta de solución (125). Criticando una sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (126),

(124) GRÜNWARD, *ibidem*.

(125) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.^a ed., Berlin 1989, pp. 483 y ss., 499 y ss., 503.

(126) BGH 2, 150 y ss., 157. Se trata de un caso en que el marido se colgó para suicidarse, mientras la mujer no hizo nada por impedirlo, e incluso tampoco, cuando

se cuestiona, si la mera posibilidad de impedir el resultado significa estar ya en posesión del dominio del hecho, como la sentencia objeto de su recensión afirma. Señala *Roxin*, que si se quisiese sostener el dominio del hecho de aquél, que teniendo en el suceso un significado secundario (v. gr. cómplice) podría haber evitado el resultado mediante un actuar positivo, entonces generalmente ni habría lugar para la complicidad ni para la instigación: casi siempre se estaría ante una autoría, porque ésta, para *Roxin*, se asienta precisamente en el dominio del hecho. Concluye pues: el dominio del hecho real, no tiene nada que ver con tal dominio del hecho en el sentido de una posibilidad ("potencial") de impedir el resultado (127). Señala además, apoyándose en *Gallas* (128), que por otra parte, tal posibilidad de impedir el resultado es inherente a toda forma de comisión omisiva.

Ante este dilema se le presentan a *Roxin* dos posibles vías de solución. La primera, afirmar que no todo omitente es punible como autor; esto contradiría, empero, lo sostenido por él mismo para resolver la intervención omisiva en general (129). La segunda y única alternativa factible consistiría pues según *Roxin*, y resumidamente, en lo siguiente: en el supuesto base, esto es, cuando el interviniente-omitente no ha facilitado el hecho principal, su punibilidad se rige según las penas establecidas para la complicidad (aminoración de la pena), y ello a pesar de que en realidad dicho interviniente es autor de una omisión (130). Por otra parte, y en caso de que el garante omita impedir el resultado, habiendo colaborado en el delito mediante un hacer positivo, la punibilidad se rige tan sólo, independientemente de la omisión, por el actuar positivo como cómplice, y ello porque resultaría más grave ayudar a la comisión del hecho que tan sólo omitir impedir el resultado; la omisión de impedir el resultado que se encuentra junto al aporte positivo sería así subsidiaria (131).

Una crítica general al tratamiento que *Roxin* da a la intervención omisiva, ocupa otro lugar en este trabajo. Así pues, solamente algo sobre su propuesta de solución a la cuestión de la prohibición de sobrevaloración del aporte:

No se explica por qué una omisión con *desvalor de complicidad* tiene sólo una atenuación facultativa de la pena, y en cambio, una acción con igual *desvalor de complicidad* tiene esa misma atenuación de la

aquél se encontraba sin conocimiento pero aún con posibilidades de ser salvado. Se discutía: ¿tiene el marido el dominio del del hecho —del suicidio—?, y cuando ya ha perdido la consciencia ¿lo tiene entonces su mujer?; sobre esto, cfr. en el texto.

(127) ROXIN, *Täterschaft*, p. 463 y s.

(128) GALLAS, Wilhelm, recensión a BGH 2, 150, JZ 1952, p. 372; ROXIN, Claus, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, NSiZ 1987, p. 345 y ss., p. 346.

(129) Véase infra *Capítulo III, I*.

(130) Esto que en un principio fue formulado por *Roxin* de lege ferenda, es ya de lege data posible gracias a la inclusión del § 13 en el StGB, cuyo segundo párrafo prevé la posibilidad de una minoración de la pena.

(131) ROXIN, *Täterschaft*, p. 503.

pena pero con carácter obligatorio (132). Por otra parte, si se produce una aminoración de la pena que se rige por las reglas de la complicidad: ¿para qué seguir hablando de autoría? En cualquier caso conviene destacar, que esta solución presentada por *Roxin* es permitida por el derecho positivo alemán, mientras que en derecho español resultaría desconocida.

3. Propuesta de solución

Si, como se ha demostrado, sólo al garante le incumbe el suceso; si sólo en virtud de esa incumbencia se responde del delito, resulta evidente el porqué las posteriores omisiones no deben afectar, en principio, a la forma de intervención en el delito. El motivo por el cual el aporte del partícipe —y en general, del interviniente— no se sobrevalora con base en estas posteriores omisiones, responde a la forma en que el garante quebranta su posición, a cuál sea el acto de organización mediante el que se desconoce la posición de garantía, y por tanto, en razón a qué comportamiento, el interviniente queda unido (incumbencia) al suceso.

Para evitar confusiones sobre la terminología: como se habrá observado al hablar en el *capítulo I* de la posición de garante, el momento en que se fundamenta dicha posición puede no ser igual al momento en que se extiende el ámbito de organización, que es el que verifica que al sujeto le incumba lo sucedido como su obra; ejemplo 1.^o: comprar una pistola fundamenta una *posición de garante*, facilitársela a un tercero, o no impedir que éste la tome, la *extensión del ámbito de organización* de forma no permitida; al dueño de la pistola le *incumbe* entonces lo que suceda. De todas formas, ejemplo 2.^o: pegar un puñetazo, empero, fundamenta una posición de garante (se organiza fuera del rol) y *a la vez* supone la extensión del círculo de organización. Ejemplo 3.^o: desconectar el reanimador en los casos vistos, no fundamenta posición de garante alguna —el médico no tiene obligación de ese prolongar artificialmente—, luego tampoco puede suponer una extensión del propio ámbito; al médico no le incumbe el suceso (la muerte). La forma de intervención en el delito se determina de acuerdo al comportamiento en virtud del cual el sujeto ha extendido su ámbito de organización.

El interviniente queda *siempre vinculado* al suceso, y *siempre según el aporte realizado*; las posteriores omisiones no lo convierten en autor del acontecimiento. El *quantum* de la intervención (es decir, si se trata de autoría o de alguna de las distintas forma de la participación)

(132) Así también, SCHULTZ, Michael, *Amtswalterunterlassen*, Berlin 1984, p. 188.

sólo puede variar, cuando los posteriores comportamientos (acciones u omisiones) constituyan una *nueva* extensión del ámbito de organización. En otras palabras, cuando no se trate del mantenimiento de la situación y sí de una nueva relación de riesgo. En nuestro ejemplo: T ha extendido su ámbito de organización (ha entrado en esferas jurídicas ajenas) precisamente mediante la colocación de una carga explosiva. De esa forma defrauda las expectativas ligadas a su rol. La posterior omisión, en tanto en cuanto *no se creen nuevos riesgos*, no supone una nueva defraudación de expectativas —no hay una nueva extensión no permitida del ámbito de organización— (133); ¡siempre y en todo momento se defrauda la misma expectativa!, y por tanto es irrelevante para la determinación de su aporte (si no sucede nada más) (134). Del partícipe hay que decir lo mismo: E ha facilitado la bomba por lo que se trata de un caso claro de participación (135). De esa forma extiende su ámbito de organización a costa de los demás. La posterior omisión no crea nuevos riesgos, por lo que no es tenida en cuenta para la valoración del aporte. Esta argumentación es la que realmente explica lo que he llamado «prohibición de sobrevaloración del aporte» (136). Una sobrevaloración del aporte que hace el interviniente al delito, mediante la toma en cuenta de la posterior omisión que casi toda participación conlleva, no es permitida. Sólo atendiendo al fundamento jurídico por el que se encuentra el interviniente unido al delito, se logra una explicación convincente. El partícipe no se convierte en autor por omisión, ni siquiera en partícipe omitente, por el mero hecho de disponer tras su aporte de una opción de impedir el resultado; esta solución, que al menos en sus conclusiones es absoluta doctrina mayoritaria en el campo de los delitos de

(133) Cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 342.

(134) Excepción: que se lleve a cabo un nuevo acto de organización, ergo que se creen nuevos riesgos. Ejemplo: el garante que facilita los explosivos (o no impide que sean sustraídos), tampoco impide después que se cometa el atentado, siendo él garante por asunción —v. gr. guardaespaldas— de la víctima. Este posterior momento omisivo también puede tener influencia, por ejemplo, en caso de desistimiento, pero entonces ya no es la omisión, sino la acción de desistir la que adquiere relevancia; cfr. KIELWEIN, *Unterlassung und Teilnahme*, GA 1955, p. 226; WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 323, 325, 328 y ss.

(135) Cfr. por todos, JAKOBS, *La imputación*, p. 75. Desde la teoría de los bienes escasos, también se trata de participación; véase, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1966, pp. 155 y ss. (cooperación necesaria).

(136) En correspondencia al término usado por VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 283 y ss., y 286, en los casos de omisión: *Aufwertungsverbot* (= prohibición de revalorización o revaloración, aquí se ha preferido, sin embargo, sobrevaloración). Sólo existe coincidencia en el *vocablo*, no en el *concepto*, pues el tratamiento que este autor da a la cuestión, v. gr. en lo referente a la inducción, es muy distinto a lo propuesto en el texto.

(137) Sobre este problema y en las consecuencias como aquí, entre otros: ARZT, JA 1980, p. 558; GALLAS, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, JZ 1960, pp. 686 y ss. y not. a pie n. 56; HERZBERG, *Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen*, JZ 1988, p. 183; EL MISMO, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin/New York 1972, p. 260; JÄHNKE en LK, not.

comisión (137), encuentra su explicación lógica, resumiendo, en la posición de garante de los delitos de comisión y en el modo en que ésta es defraudada, esto es, en la forma en que se ha extendido el ámbito de organización a costa del de los demás. Esto es de especial importancia, como se ve, en lo referente a la determinación de las diversas formas de intervención delictiva. En efecto, *las distintas formas de intervención se determinan según sea esa extensión del ámbito de organización*. Posteriores omisiones, por otra parte inherentes a casi toda forma de participación, no se tienen en cuenta en tanto no fundamenten *una nueva defraudación* de expectativas. Tanto en el momento activo (en su caso, pasivo) de inicio del aporte, como en el posterior pasivo, el interviniente sigue unido al suceso, pero siempre, según ese aporte. Nuevamente, mediante nuestro ejemplo: el encargado E es considerado partícipe, puesto que facilita el explosivo; esta forma de intervención en el delito es así determinada, porque la forma de extensión de su ámbito de organización consiste en la puesta a disposición de los explosivos, esto es, facilitación del hecho "ajeno". La posterior omisión no varía la forma de intervención, repetimos, porque durante esa omisión el interviniente se encuentra ligado al hecho también siempre con base en su aporte. Por último: en contra de lo dicho se podría argumentar que si el interviniente que tiene esa posibilidad de evitación sigue unido según su aporte al delito, entonces debería responder por un delito en comisión por omisión y no por una intervención activa. La crítica, empero, no nos afecta: ya ha quedado demostrado que la forma en que se produzca la defraudación (activa u omisiva) es indiferente. Por tanto, la posterior omisión *es defraudación de la misma expectativa*. Sólo cambia la forma *externa* de la defraudación: al darle el explosivo, por acción; al omitir el salvamento, por omisión. Como ya hemos demostrado a lo largo de este trabajo, que la expectativa sólo se defraude por acción, sólo por omisión, o, como en los supuestos ahora vistos, mediante ambas, es indiferente: siempre se trata de la misma expectativa. En cualquier caso, y por mantener en parte la terminología tradicional, no hay inconveniente en seguir hablando en estos supuestos de intervención comisiva, puesto que al fin y al cabo —y aunque el interviniente siga ligado al suceso en la omisión—, el acto organizativo (facilitación de los explosivos), constituye, desde un punto de vista naturalista, una acción. Sólo: si se quiere ser estricto habrá que hablar, en puridad, de delito de organización, sin hacer diferencia en si la defraudación fue comisiva, omisiva, o, como ahora vemos, un conglomerado de ambas.

marg. 24 antes del § 211; KIELWEIN, GA 1955, p. 226; LESCH, *Das Problem*, p. 71 (ej. 1/8) y 307; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 279; SILVA, *El delito*, p. 246, 195 not. 193; WELP, *Voragegangenes Tun*, p. 335; referido a los casos de suicidio, GRÜNWARD, GA 1959, pp. 121 y ss.; ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme*, NSiZ 1987, p. 346; de la jurisprudencia alemana se puede ver, BGH 11, 353 (355), (= JZ 58, p. 506).

II. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva; a la vez: intervención omisiva en general

1) Modifiquemos ahora el ejemplo de forma que se trate de un caso de omisión, o más exactamente, de un caso en que la expectativa se vea defraudada mediante una omisión. E, encargado de una fábrica de material pirotécnico, como en el enunciado anterior, quebrantando las normas que prohíben el libre acceso de terceros a los explosivos, no impide que el terrorista T tome de la misma la cantidad de ellos suficiente, como para cometer un atentado. Hasta la explosión de la bomba E tuvo siempre la posibilidad de impedir el resultado.

Es obvio que la conclusión obtenida para los casos de intervención activa —prohibición de sobrevaloración del aporte—, también es aplicable a la intervención omisiva (que no presuponga un comportamiento solidario). Para afirmar tal correlación entre la intervención activa y omisiva, nos basamos sencillamente en lo hasta ahora estudiado. Como las formas de defraudación por acción y por omisión son equivalentes, entonces no sólo es posible, sino obligado, tratar la intervención omisiva según los mismos criterios que la activa: los delitos de omisión que se deban equiparar a los delitos de comisión en virtud de una organización, se deben también regir bajo las mismas reglas que éstos en cuanto a la forma de determinación de la intervención, en otras palabras, también para ellos rige, entre otros, el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Recordemos que los delitos en virtud de una organización no se basan en una solidaridad jurídicamente asegurada (=delitos en virtud de una institución), ni en el mínimo de solidaridad que el Estado exige al ciudadano por el hecho de vivir en Sociedad (=delitos propios de omisión), sino en la extensión del propio ámbito de organización a costa del ámbito de organización (libertad) ajeno, es decir, de la responsabilidad que conlleva en un Estado liberal hacer uso de la libertad de organizar.

Al igual que la intervención en los delitos de comisión (en virtud de organización) se rige de acuerdo a la extensión del ámbito de organización, y que las posteriores omisiones no se tienen en cuenta *para sobrevalorar el aporte* si no defraudan nuevas expectativas, en los delitos de omisión se fijan las distintas formas de intervención dependiendo de en qué consista la extensión del ámbito de organización (138). E responde por tanto atendiendo a la forma en que se produce la extensión de su ámbito de organización a costa del de los demás, sin que tenga relevancia alguna el hecho de que esto se produzca mediante omisión o acción. De la misma manera que E, en el primer ejemplo, responde como participe porque extiende su ámbito de organización facilitando los explosivos,

(138) Véase JAKOBS, *La competencia*, pp. 38 y ss.; FREUND, *Erfolgssdelikt*, pp. 118 y s.

así responde E cuando se trata de un caso de omisión, ya que no impedir que T tomase los explosivos que estaban a su cargo, constituye igualmente una extensión no permitida de su ámbito, y en verdad asimismo en forma de facilitación del plan delictivo —participación— (139). Recordando lo que expusimos al hablar de la generalización social de expectativas: El sistema, mediante E en su rol de *encargado* (140), ha reducido complejidad; se espera de él la custodia del material pirotécnico; él mismo, asumiendo el cargo, ha creado la expectativa sobre su persona. Puesto que E no se atiene en ninguno de los dos ejemplos a las normas sobre el acceso de terceros a los explosivos, la defraudación de la expectativa que conlleva el rol de encargado es siempre la misma, y es igualmente defraudada; sólo la forma de la defraudación cambia: antes por acción, ahora por omisión. Resumiendo: tanto antes como ahora E es partícipe, y ello porque el peso del aporte por el que E queda ligado como incumbente al delito constituye participación; en virtud del principio que prohíbe sobrevalorar ese aporte, permanece también como partícipe aunque en ambos casos E tuviese todavía una posibilidad de impedir el resultado. Hay que aclarar no obstante, que esto sólo rige para delitos de organización: si la posición de garante es en virtud de una institución, como ya se indicó *supra*, el garante respondera de todas formas como autor (ej.: un policía).

2) En contra de la aplicación del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte a la defraudación omisiva, podría alegarse que en los casos de ingerencia se tiene en cuenta la posterior omisión, de forma que el omitente ya no responde por imprudencia, sino, precisamente con base en su posterior omisión, responde por un delito de omisión doloso. Ejemplificativamente: Z empuja a S a una piscina sin advertir que éste no sabe nadar; cuando S pide ayuda, Z omite el salvamento. Se condena a Z por un delito de comisión por omisión doloso y no simplemente por el de comisión culposo; en otras palabras, se tiene en cuenta su posterior omisión. En efecto, es absolutamente necesario tener en cuenta la posterior omisión, puesto que de otra forma no hay posibilidad de integrar juntos la acción precedente y el resultado lesivo, sin caer a la vez en la figura del dolo subsequens (141). ¿Es pues falsa nuestra tesis de que las posteriores omisiones son irrelevantes en cuanto a la determinación del aporte? (como siempre, si no hay una nueva extensión del ámbito de organización). Aquí la posterior omisión conduciría sin duda a una punibilidad mayor. ¿O es falso quizá que Z deba responder por un delito de comisión por omisión doloso, y no por el menos grave de un homicidio imprudente?

(139) En las conclusiones, de acuerdo, LUZÓN, *La participación*, PJ n.º 2 (1986), p. 88.

(140) Cfr. la STS 18 de abril de 1990, que recoge en sus hechos probados la explosión ocurrida en una fábrica de explosivos con el resultado de una muerte y varios lesionados, declarando responsables a los encargados de la misma.

(141) BACIGALUPO, *Conducta precedente*, ADPCP 1970, p. 36.

A pesar de que ocasionalmente se niega en la doctrina alemana (142) la existencia del principio de la ingerencia y con mayor frecuencia en la española (143), no parece razonable renunciar a la posición de garante en virtud de un comportamiento precedente. Ejemplo (144): un adulto, A, jugando con el niño N, lo lanza por los aires; cuando éste todavía no ha caído, A, acordándose de una vieja rencilla con el padre de N, decide no volver a cogerlo; N cae al suelo, se golpea en la cabeza y muere. De negarse la responsabilidad jurídico-penal en virtud de un actuar prece-

(142) SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, GA 1974, pp. 233 y ss.; EL MISMO, *Grund und Grenzen der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971, pp. 281 y ss., y 313 y ss.

(143) ZUGALDÍA, *Omisión e ingerencia*, pp. 572 y ss., 586 y ss., LUZÓN, *Revista de Derecho de la circulación*, 1974, pp. 272 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia*, ADPCP 1973, pp. 501 y ss., pp. 512 y ss., como los anteriores, se muestra crítico con el pensamiento de la ingerencia en general, sobre todo con base en la existencia del art. 489 ter. párrafo 3.º del Código Penal español, y en el caso concreto de los delitos con ocasión del tráfico automovilístico rechaza su aplicación, más exactamente, rechaza que la ingerencia en estos casos fundamente una responsabilidad por comisión omisiva. El art. 489 ter párrafo 3.º es un tipo «atípico». Por un lado, reconoce el pensamiento de la ingerencia por cuanto eleva la pena en relación a la omisión del deber de socorro (párrafo 1.º) precisamente en virtud del comportamiento precedente del autor; por otro, no establece la pena que correspondería al delito doloso correspondiente en comisión por omisión, que sería lo consecuente, si es que se acepta, como el art. hace, el pensamiento de la ingerencia. A pesar de las críticas de RODRÍGUEZ MOURULLO, éste ha señalado con acierto, *ibíd.*, p. 514, que, por ejemplo, en el tráfico automovilístico «quienes se deciden a utilizar las vías públicas, como usuarios de vehículos o como peatones, asumen, por ese simple hecho, los riesgos inherentes al tráfico automovilístico», en otras palabras, que hay supuestos de riesgos especiales. Teniendo en cuenta esto, la correcta interpretación a mi juicio por tanto del referido art. es: 1. El primer párrafo recoge el caso normal de quien no socorre (delito propio de omisión del deber de socorro); 2. El tercer párrafo, el caso de quien no socorre, en caso de un accidente fortuito pero causado cuando el autor previamente se había arrogado un riesgo especial, esto es, más del normal pero por distintos motivos, aceptado de todas formas como permitido (ej. la conducción de automóviles); 3. Por último, para los casos de comportamiento anterior imprudente (ingerencia), sería de aplicación el correspondiente tipo de la parte especial en comisión omisiva. Cfr. así ya, HUERTA, *Injerencia y art. 489 bis, 3.º CP, ADPCP*, 1985, pp. 45, 49 y 57 y ss. En efecto, a pesar de que la jurisprudencia alemana (cfr. BGH 25, 218 [221]) y la doctrina mayoritaria (véase por todos, STREE en *Schönke-Schöder StGB*, § 13 not. marg. 35), exigen para la existencia de la posición de garante en virtud de ingerencia que el comportamiento haya sido antijurídico, la doctrina más moderna (JAKOBS, *AT*, 29/42; EL MISMO, *La competencia*, pp. 27 y ss.; HERZBERG, R.D., *Zur Garantstellung aus vorangegangenes Tun*, JZ 1986, p. 988 [si bien, crítico con Jakobs]) afirma también deberes de salvamento en casos de riesgos especiales. Ejemplo: el conductor que, a pesar de comportarse dentro del riesgo permitido, atropella a un peatón está obligado a tomar las medidas necesarias de salvamento, y en verdad, porque la víctima del riesgo especial, que en un principio era tan sólo potencial y determinada vagamente, ahora ya se ha concretado (cfr. JAKOBS, *AT*, 7/37), por lo que la aceptación en la Sociedad de ese riesgo especial se encuentra ya en el pasado (cfr. además, JAKOBS, *AT*, 7/36 y 7/38). Un indicio de cuando estamos ante un supuesto de riesgo especial es la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad —como sucede en el tráfico automovilístico— (véase, JAKOBS, *AT*, 29/42; EL MISMO, *La competencia*, pp. 28 y s).

(144) Cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 63.

dente, la solución del caso es, sin duda, insatisfactoria: cuando A lanzó a N por los aires, no tenía dolo de lesiones u homicidio; se trataba tan sólo de un juego; por dicha acción no se responde jurídico-penalmente. Cuando A decide no actuar para impedir que N caiga al suelo, posee indudablemente dolo, pero, si negamos una posición de garante en virtud de su actuar precedente, A responderá como un no garante, esto es, por la omisión simple del deber de socorro. Una concepción causalista de la omisión es pues totalmente inadecuada para explicar una posición de garante emergente de un hecho anterior (145).

En realidad el pensamiento de la ingerencia no afecta a la determinación de las formas de intervención en el delito, y por tanto en nada atañe a nuestro principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Se trata también en estos casos de un único fundamento de la responsabilidad, el cual no cambia tampoco, cuando el actor tras una organización riesgosa, pero no dolosa —al menos del delito que se imputa en comisión por omisión—, no cumple con las medidas de salvamento (146). Pero la forma de intervención permanece inalterada. Tanto en los casos de prohibición de sobrevaloración del aporte, como en los que tradicionalmente se trataban bajo la rúbrica de la ingerencia (= siempre autoría), nos encontramos ante un único fundamento de la responsabilidad: alguien, tras una organización riesgosa, no cumple con las medidas de salvamento. La diferencia entre ambas figuras está en que en los supuestos tradicionales de ingerencia, se trata de un autor único. Evidentemente, en las hipótesis generales del pensamiento de la ingerencia —cuando hay un solo actor—, la única forma posible de intervención es la autoría; es por ello que en estos supuestos, *no es necesario hablar de prohibición de sobrevaloración del aporte*: un aporte de autoría *no se puede sobrevalorar* (la dogmática no conoce forma más grave que la autoría). Pero si se quiere, se podría —y se debería— formular así: el aporte, v. gr., del que atropella a alguien imprudentemente es de autoría (= supuesto tradicional de ingerencia), y ese aporte no se sobrevalora cuando el sujeto no presta ayuda, a consecuencia de lo cual la víctima del atropello muere —también y *siempre* autoría, ahora de un delito doloso en comisión por omisión, en virtud de la ingerencia—. Cuando se trata de autor único por consiguiente, el principio sencillamente carece de relevancia práctica. Aclarado esto, vayamos de nuevo al principio de prohibición de sobrevaloración del aporte: en nuestros ejemplos de partida

(145) Cfr. BACIGALUPO, *Conducta precedente*, pp. 38 y ss.

(146) Cfr. JAKOBS, *AT*, 32/33, 32/8, 32/5; STREE, *Schönke-Schröder StGB*, not. marg. 107 antes de los §§ 25 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 279; en sentido similar, WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 326 y s., 331; referido a los casos de suicidio, SCHULTZ, Michael, *Aufhebung von Garantienstellungen und Beteiligung durch Unterlassen-BGH*, *NJW* 1984, 2639, *JuS* 1985, p. 275.

tampoco las formas de intervención resultaban alteradas por el hecho de que tras el aporte realizado, el autor o partícipe contasen todavía con la posibilidad de impedir el resultado y a pesar de ello omitiesen dolosamente esta medida de salvamento. Así pues, que se acepte la figura de la ingerencia no obsta para que se afirme a la vez la prohibición de sobrevaloración del aporte, cuando no se trate de autor único. Resumiendo: prohibición de sobrevaloración del aporte como principio limitador de la concepción tradicional de la ingerencia según la cual siempre respondía en calidad de autor. Ejemplos de ello, veremos a continuación (infra 1. y 2.).

Aquí se puede hacer un paralelismo con los casos de *prohibición de regreso*. Está prácticamente fuera de toda duda (147), que aquél que deja un hacha en la esquina de una bodega, no responde cuando no impide que durante una pelea uno de los contendientes tome el hacha para golpear al otro. Dejar un hacha en la esquina de una bodega no fundamenta una posición de garante, por ser el hacha, igual que un cuchillo o una soga —por citar otros dos objetos que también pueden emplearse con fines criminales—, un objeto de «la vida corriente» y por tanto, *en sí*, no sometido a especiales deberes de control. La carencia de la posición de garantía subsiste pues, cuando el que dejó el hacha conoce los planes delictivos de otro y omite impedirlos (148). Si no existe la posición de garante *ab initio*, ésta tampoco nace después. Las posteriores omisiones en estos casos son igual de irrelevantes para «sobrevalorar» como existente «un aporte» inexistente —inexistente, por no ser garante «el que lo aporta»—, como lo son, por ejemplo, para sobrevalorar un aporte de complicidad en autoría. Igual que quien no está vinculado al delito por no ser garante, tampoco lo resulta después mediante una «sobrevaloración», así al que sí incumbe el delito por organizar un aporte de complicidad o de inducción, permanecerá unido según dicho aporte, y no se producirá una sobrevaloración. De nuevo, pero con nuestro ejemplo: la posterior omisión de un partícipe no conduce *qua* sobrevaloración de su aporte a autoría, igual que la posterior omisión del que dejó el hacha no «sobrevalora» como existente el inexistente «aporte» de dejar el hacha (inexistente, porque no siendo el hacha un objeto sometido a especiales deberes de control no fundamenta una posición de garante, ergo, no se aporta jurídico-penalmente algo de lo que no se es garante).

Veamos ahora alguna de las consecuencias que supone el tratamiento de la intervención omisiva desde este punto de vista.

(147) LESCH, ZStW 105 (1993), pp. 284 y s. Y esto, según las distintas concepciones existentes de la prohibición de regreso: FRANK, *Das StGB für das deutsche Reich*, 18.^a ed., Tübingen 1931, I III 2a (puesto que entre la «participación» imprudente y el resultado existe un actuar doloso); WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regreßverbot*, Basel/Frankfurt a.M., 1986, pp. 83 y ss.; ROXIN, AT I § 11 not. marg. 43 y ss.; EL MISMO, LK, § 27 not. marg. 22 y 17; JAKOBS, ZStW (1977), p. 19.

(148) Cfr. JAKOBS, AT, 29/105; FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 237.

1. *La prohibición de sobrevaloración del aporte y la «facilitación imprudente» de un plan delictivo doloso ajeno*

1) La prohibición de sobrevaloración del aporte rige especialmente en los casos de ingerencia, en que se facilita imprudentemente un plan delictivo ajeno. Si el sujeto aclara el error en que consiste la imprudencia (149) y a pesar de todo no impide el resultado, responde por un delito doloso, pero su forma de participación viene determinada *siempre* según la manera en que haya extendido su ámbito de organización. Ejemplo: el que imprudentemente ha dado una bolsa que contiene un arma, de forma que el que ha tenido acceso a ella va a cometer un asesinato, responderá como cómplice doloso en el mismo si aclara el error en el que consistió la imprudencia y no impide el delito; en otras palabras, si se da cuenta de que en la bolsa se encontraba un arma, y que el ahora poseedor va a emplearla en sus planes delictivos. Puesto que el arma no es un objeto de libre disposición fundamenta una posición de garante (150) que trae consigo un deber de impedir que, en caso de no haberse cumplimentado —aun cuando esto haya sido imprudentemente—, conlleva a su vez un deber de salvar (ingerencia). Pero la manera en que se determina la forma de intervención en el delito resulta, como siempre (prohibición de sobrevaloración del aporte), *según como el sujeto extienda su ámbito de organización* (aquí, puesta a disposición de arma). Lo contrario, esto es, la aplicación de las reglas tradicionales de la ingerencia —autoría— sin la limitación que supone el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, lleva a consecuencias, cuando menos, sorprendentes: aquél que proporciona un arma dolosamente responde como partícipe. El que da en cambio un arma imprudentemente y más tarde no impide la comisión del delito respondería como autor (por omisión).

Lo dicho no debe llevar a confusiones: no es que se sea con esta solución partidario del dolo subsequens. Me explico: no se trata, como podría parecer, que se proponga primero el realizar una imputación objetiva determinando entonces la forma de participación, y más tarde, cuando aparezca el dolo, la imputación subjetiva; en otras palabras, que se aplique un dolo subsequens. Esta situación no es, en cambio, la que *supra* se ha descrito. En efecto, si así se argumentara, se atendería a criterios naturalistas y no a jurídicos: se atendería tan sólo al hecho naturalista de cuándo comienza la extensión del ámbito de organización (a veces incluso esto ni siquiera es verificable desde criterios naturalistas, piénsese en los casos de extensión omisiva), y se olvidaría la pauta normativa de *ser competente (al que le incumbe el delito)*. En realidad, lo relevante es que ese aporte supone que al garante le incumbe el suceso,

(149) Sobre la imprudencia como error, cfr. JAKOBS, AT, 9/1.

(150) Cfr. LESCH, ZStW 105 (1993), p. 287; LUZÓN, *La participación*, PJ 2 (1986) p. 88.

y esto, *en todo momento*. La extensión del ámbito de organización supone, como ya se vio, la incumbencia respecto del suceso. Puesto que también durante esta omisión el sujeto está unido al suceso, puede tenerse en cuenta el dolo que surja. Por ello no se trata de responsabilidad sin dolo. Cuando el dolo surge, el comportamiento del sujeto (la omisión) le es imputable, porque tanto antes como ahora es competente (incumbente). Lo único que sucede es que esa incumbencia es siempre (en tanto no se extienda de nuevo el propio ámbito) en virtud del mismo aporte, que por tanto no se sobrevalora. Así, en nuestro ejemplo, cuando surge el dolo, esto es, cuando se aclara el error en que consiste la imprudencia, el sujeto es tan incumbente como cuando facilitó la pistola imprudentemente. No se puede hablar pues de dolo subsequens. Todavía más, y para confirmar lo dicho: esto es también absoluta doctrina mayoritaria en la concepción tradicional del pensamiento de la ingerencia. En efecto, el ingerente es incumbente *en todo momento* y por ello responde por la comisión omisiva *dolosa* y no por una comisión *imprudente*. Ejemplificativamente: el que imprudentemente, durante una cacería dispara a un compañero y después no lo socorre, por ejemplo al reconocer en él a su enemigo, dejándolo morir, está tan vinculado al suceso cuando dispara (acción), como cuando omite el salvamento; por ello, no hay duda en afirmar que aunque el disparo fue imprudente debe responder por dolo, porque cuando éste surgió (después de disparar, al reconocer en la víctima a su enemigo) estaba igualmente unido al delito: era *igualmente* incumbente. No cabe entonces hablar ni aquí, ni en el supuesto de facilitación imprudente de un hecho ajeno con posterior aclaración del error, de dolo subsequens. Brevemente: es correcto que en virtud del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, se limite la tesis según la cual el ingerente responde siempre como autor de un delito de comisión por omisión, y esto, en casos de «facilitación imprudente» con independencia del momento en que se aclare el error.

2) Las mismas reglas, por ejemplo, se aplican en ciertos supuestos en que la colaboración prestada no puede ser calificada de intervención dolosa por ser el dolo demasiado genérico (151).

En este sentido resulta sumamente interesante y en sus conclusiones correcta, la sentencia de 10 de abril de 1981 del Tribunal Supremo español. En el caso se condenó por complicidad omisiva en un asesinato, en vez de por el genérico delito de colaboración con bandas o grupos armados y organizados, a un sujeto, M, que había entrenado a dos terroristas

(151) Cfr. también BGH NJW 1973, pp. 861 y s.; La sentencia relata el siguiente caso: tras regresar de su trabajo de ayudante en un despacho de abogados, una mujer cuenta a su marido, el cual se encuentra en problemas económicos y además es propenso a la comisión de delitos contra el patrimonio, dónde se encuentra la caja fuerte del despacho, en qué lugar está la llave para abrirla y finalmente que ella tiene a su vez la llave del despacho. Cuando el marido abandonó la casa a media noche llevando consigo la llave, la mujer no lo impidió. El tribunal condenó por complicidad omisiva.

en el manejo de explosivos y en general en lo que se denomina, según recoge la propia sentencia, «guerrilla urbana». Un tiempo después del entrenamiento, los terroristas le comunicaron a M su intención de extorsionar a un empresario, para lo cual entre otras cosas le iban a colocar un explosivo en el pecho. M se «mostró contrario», con «una pretendida inhibición más aparente que real», produciéndose finalmente la acción terrorista sin que él hiciera nada por impedirlo, y como consecuencia de la cual, resultó asesinado el empresario.

En primer lugar resulta claro que fue la conducta de M la que facilitó, mediante sus «enseñanzas», el entrenamiento de los terroristas y con ello, el que estos pudiesen más tarde planificar la extorsión y finalmente colocar el explosivo en el pecho de su víctima. Si esta colaboración, consistente en la instrucción de los dos terroristas, hubiese estado encaminada *ab initio* a la preparación de ese concreto asesinato, la cooperación sería precisamente activa y la resolución del caso no problemática(152). No es esto, empero, lo establecido en la sentencia. En efecto, la cooperación de M fue una genérica, destinada a «constituir el núcleo de un futuro “ejército revolucionario”»; las enseñanzas de este sujeto, continúa la sentencia, abarcaban materias de topografía, balística, tiro, falsificación de documentos, seguridad, armamento, explosivos, estrategia y táctica militar. Así pues, la cooperación activa, *per se*, no se dirigía a un asesinato que no estaba ni tan siquiera planificado.

Como acertadamente reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, el comportamiento de M dio lugar a una posición de garante en virtud de un actuar precedente (ingerencia). Y es en este punto donde cobran plena vigencia las conclusiones extraídas del principio de sobrevaloración del aporte. Si M hubiese entrenado a los dos terroristas en el manejo de explosivos, armamento, y en fin, todo lo que facilitó su acto terrorista contra el empresario, con dolo de que dicha acción se produjese, nadie negaría su responsabilidad como partícipe activo. Pues bien, si esto no sucedió así, pero sin embargo, con posterioridad M conoció los planes delictivos de los terroristas a los que había prestado su colaboración, y a pesar de todo no hizo nada por impedirlos (153), responderá como partícipe (154) por omisión en ese delito. Responde, puesto que es garante (ingerencia); responde como partícipe en virtud del principio que prohíbe una sobrevaloración del aporte realizado. En efecto, lo que une a M con el suceso es el entrenamiento de los terroristas, aporte que entendemos es de complicidad (no se descarta la cooperación necesaria). Ese aporte es lo que vincula a M con el suceso, y en verdad, permanece in-

(152) Cfr. LUZÓN, *La participación*, PJ n.º 2 (1986), p. 91. No puede entrarse aquí en si tales actos constituyen complicidad, o, por ejemplo, la forma más grave de cooperación necesaria; en cualquier caso se trata de participación.

(153) Su oposición formal —su negativa— no puede considerarse un desistimiento eficaz de la omisión.

(154) En contra, LUZÓN, *La participación*, PJ n.º 2 (1986), p. 91 (autoría).

variable durante todo su transcurso. Cuando los terroristas comunican a M su intención de cometer el atentado aparece pues el dolo, pero éste no es en absoluto subsequens, puesto que M es incumbente tanto antes como cuando aparece el dolo. O formulado de distinta manera: si al sujeto le incumbe el suceso de igual manera, tanto antes como ahora, y ello en virtud de la extensión de su propio ámbito que supone su actuar precedente, no se puede hablar de dolo subsequens. Esto no obsta, empero, para afirmar que el aporte que une al sujeto con el suceso es siempre el mismo, puesto que no hay una nueva extensión del ámbito (por ejemplo, por haber él mismo colaborado en la colocación del artefacto en el pecho de la víctima).

3) La segunda posibilidad es que el interviniente no aclare el error. Ejemplo: el que imprudentemente facilitó la bolsa con el arma, no llega a conocer los planes delictivos del tercero. En estos casos, según el derecho alemán, se le debe llamar autor, pero sólo porque el legislador ha unificado para los casos de imprudencia, todas las formas de intervención en el delito bajo la única concepción de autoría (155). En cambio, en derecho español, por ejemplo, cabe pensar su punibilidad (156) como partícipe imprudente (157), ya que ni el art. 14 ni el 16 del CP español exigen expresamente dolo, aunque si bien es cierto que proceden de una época en que éste se presuponía. En cualquier caso, presupuesto de esta responsabilidad es también la imputación del resultado (158): la teoría

(155) Así los parágrafos 26 y 27 del Código Penal alemán exigen dolo; véase, por todos, JAKOBS, AT, 21/111 y s.; EL MISMO, *La imputación*, pp. 78 y ss.; cfr. además, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, p. 346.

(156) Punibilidad, y no participación imprudente pero impune, como algunos proponen: LAMPE, Ernst-Joachim, *Täterschaft bei fahrlässiger Straftat*, ZStW 71 (1959), pp. 613 y s.; LUZÓN, ADPCP 1989, p. 889; crítica, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 349.

(157) Cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 236. Esto ha sido poco tratado por la literatura española. Plantea tal posibilidad sin llegar a definirse, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente, Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989, p. 542 con nota 1014; igualmente sin tomar partido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, pp. 347 y 351 (equivoca la situación la autora cuando afirma que es mayoritario el sector doctrinal que admite la «participación imprudente», citando como ejemplo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN; la doctrina mayoritaria admite la «participación en delitos imprudentes», no, empero, la participación imprudente). En general, se suele admitir la participación no dolosa cuando el autor tampoco tiene dolo, es decir la participación en delitos imprudentes, pero no la participación por imprudencia en un delito doloso, como se defiende en el texto; cfr. BACIGALUPO, *Principios*, p. 239; BUSTOS, PG, p. 450. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, III, Valencia 1982, p. 344; MIR, PG, pp. 426, 397 y s., 390.

(158) Cfr., por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 350, proponiendo como requisito mínimo la previsibilidad objetiva del comportamiento doloso. Estos criterios de imputación no pueden ser abarcados por este trabajo. En este sentido, se puede cfr. también CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 528 y ss., que propone diversos criterios para la imputación (en sentido estricto) si bien conduciría ésta, en caso de producirse, y según esta autora, a la autoría imprudente, y no a la participación como se propone en el texto.

de la imputación objetiva bien entendida no es sólo la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado —ocasionado por el garante—, sino también la concreción de ese riesgo en el resultado (159). En otras palabras: puede que el interviniente responda o no, pero si lo hace deberá responder, a nuestro juicio, como partícipe y no como autor. Qué sentido tendría llamar cómplice al que *con dolo* posibilita el hecho, y en cambio llamar autor al que *sin dolo* lleva a cabo el mismo acto de facilitación. Si no es lo mismo matar que ayudar a matar ¿por que habría de ser lo mismo matar imprudentemente que ayudar imprudentemente a matar?

Lo dicho se puede ejemplificar con la famosa sentencia del caso Vnader (160). En primer lugar habrá que determinar si el periodista extendió su ámbito de organización a costa de las esferas de libertad ajenas. Esta acotación tiene que ver con los límites del ejercicio profesional del periodismo, libertad de expresión etc., y no puede ser estudiada ahora. Suponiendo que así fuese, esto es, que la publicación no se encontrase dentro del riesgo permitido —o que se tratase de un riesgo especial—, el periodista debería responder como partícipe imprudente —y no autoría como afirmó el Tribunal Supremo español— en el hecho doloso de los terroristas. En efecto, facilitar información sobre vivienda o actividades de la víctima, que es en definitiva lo que recogía la información, supone un caso de participación —facilitación del hecho—. ¿Por qué debería dejar de serlo cuando la conducta es imprudente en vez de dolosa? ¿Cómo se puede colocar en peor situación a quien actúa imprudentemente —autoría— respecto del que lo hace con dolo —complicidad—? Probablemente se argumentará que no se le coloca en peor posición, puesto que el autor imprudente tiene en cualquier caso menos pena que el cómplice doloso. Entonces reformulo la pregunta ¿cómo se puede colocar en peor situación al que tan sólo facilita imprudentemente el hecho de un tercero y por tanto, indirectamente —autoría—, respecto del que crea imprudentemente el resultado, y por tanto, de forma directa —igualmente autoría—? O considerando nuestro caso: ¿Es lo mismo publicar una información con tal imprudencia que facilita que un tercero cometa un asesinato, que matar imprudentemente a alguien? En cualquier caso, estos últimos argumentos tan sólo refuerzan el principal: existe un principio de prohibición de sobrevaloración del aporte.

Las conclusiones a las que hemos llegado en este punto se pueden resumir de la siguiente manera: La forma en que se extiende el ámbito de organización es lo que decide para determinar las formas de intervención, y esto no sólo cuando la defraudación se produce por comisión, sino también cuando se trata de una defraudación omisiva, y además, in-

(159) BACIGALUPO, *Principios*, p. 121; REYES, *Fundamentos*, ADPCP 1992, pp. 961 y s.

(160) Véase not. 120.

distintamente en los delitos dolosos o en los imprudentes. Así, al igual que en la defraudación comisiva es aceptada por todos una prohibición de sobrevaloración del aporte realizado, tal principio debe regir igualmente en supuestos de defraudaciones omisivas. La consecuencia inmediata que este principio conlleva supone, que en los casos de ingerencia, en que un comportamiento imprudente favorece los planes delictivos de un tercero, se responda tan sólo por complicidad (o cooperación necesaria, o incluso coautoría si el *quantum* del aporte es mayor; en cualquier caso, participación). Si quien favorece imprudentemente no aclara el error, es partícipe culposo; si lo aclara, la participación es dolosa.

2. Inducción en comisión por omisión

1) La doctrina mayoritaria, incluso los autores que en principio admiten la participación por omisión, niega a su vez la posibilidad de una inducción omisiva (161). Según el principio de la prohibición de sobrevaloración del aporte ésta es, en ciertos casos, posible. En general se puede afirmar que existe inducción omisiva, allí donde se ha producido por imprudencia una *comunicación suficiente*, esto es, la que de haber mediado dolo habría supuesto una inducción activa, si después de esa comunicación suficiente, imprudente, el sujeto del que partió descubre los planes delictivos del receptor de la misma y no hace nada por impedirlos. Veamos un ejemplo.

2) El supuesto más evidente se produce cuando el agente provocador, tras haber «inducido» al autor, comprueba que el hecho puede consumarse y de todas formas, no lo impide. Ejemplo: El detective privado, D, ha sido contratado para esclarecer los robos que se vienen produciendo en una sucursal bancaria. Tras algunas averiguaciones, D está prácticamente convencido de que L, un «conocido de la policía», es al que busca. Como ya en otras ocasiones L se ha librado de la cárcel por falta de pruebas, y para facilitar un rápido proceso, D «induce» a L a cometer un nuevo atraco en la sucursal bancaria. D esta seguro de que gracias al nuevo y sofisticado equipo de seguridad instalado en el banco y que él mismo recomendó, el atraco no podrá en ningún caso consumarse con éxito. Poco antes de que L lleve a cabo el atraco, D se entera por el director de la sucursal, de que el «último modelo» en medidas de seguridad se ha estropeado. Como D, debido al cobro de sus honorarios, se encuentra en malas relaciones con el director, omite impedir el atraco a pesar de que ello le hubiera sido posible sin dificultad.

(161) JESCHECK, AT, p. 626; ROXIN, LK, § 26, not. marg. 61; SILVA, *Aspectos de la comisión por omisión*, CPC n.º 38 (1989), p. 390, todos con más referencias. Antes ya, KAUFFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, pp. 292 y ss.

Como del ejemplo se desprende se trata de un caso de agente provocador, puesto que D en un principio no tenía dolo de que el hecho se consumase; no se puede hablar de inducción, sino de provocación impune. Es seguro que ese actuar precedente fundamenta una posición de garante (ingerencia) (162). Por ello, y siguiendo los resultados ganados hasta ahora, en este supuesto planteado del agente provocador que advierte que el plan que ha provocado no quedará en tentativa sino que se consumará, y que de todas formas no lo impide, hay que afirmar con rotundidad una inducción omisiva. La forma en que D ha extendido su ámbito de organización es mediante la «inducción» a L: sólo ese aporte —¿cuál si no?— importa para determinar la forma de intervención; así pues, siendo la forma de organización una «inducción» —de haber mediado el dolo de consumación—, aquélla no cambia —por ejemplo, no se convierte en autoría por omisión— cuando D, después de la provocación —sin duda, riesgosa—, ha podido evitar el resultado y no lo ha hecho (163) (prohibición de sobrevaloración del aporte inductivo).

En contra de esta solución podría argumentarse, que la omisión dolosa no puede explicar la determinación al hecho que ha de tener el inducido; que el autor, en definitiva, no fue motivado mediante la inactividad (164). Según esto, la comunicación del omitente residiría en el pasado; el «inducido» estaría ya resuelto a cometer el delito (omnimodo facturus) cuando surge el dolo del inductor, esto es, cuando el agente provocador omite (165).

Sobre estas objeciones cabe decir en primer lugar, que con este razonamiento también podría atacarse el pensamiento de la ingerencia en

(162) ROXIN, *LK*, § 26, not. marg. 62; JAKOBS, *AT*, 29/33; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 275 y s.; en sentido parecido, CRAMER, en *Schönke/Schröder StGB*, § 26, not. marg. 7. En contra, con más referencias, cfr. en vez de muchos, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 281 y ss.: en contra de la posición de garante con base en el actuar precedente señala RUIZ ANTÓN que es «demasiado artificiosa» y que, además en los casos «de consumación del delito en contra de la voluntad exteriorizada del agente provocador», si afirmamos la condición de garante en virtud de ingerencia, «se exige un deber de garantía superior al *inductor* que quiere que tenga lugar la consumación del hecho principal desde un principio». Lo referido es: el genuino inductor, aunque no impida el delito inducido —lo que es lógico porque desea que se produzca—, responde como inductor, en tanto que el agente provocador, que lo intentase sin lograrlo, o como en nuestro ejemplo, que ni siquiera lo intentase, lo haría como autor (imprudente); no nos afecta la crítica: según lo mantenido en el texto, y en virtud del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, en este último supuesto la responsabilidad del agente provocador debería ser igualmente por inducción; si intenta impedir el hecho pero fracasa, su participación será, si acaso, imprudente.

(163) JAKOBS, *AT*, 29/104; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 276; cfr. también ROXIN, *LK*, § 26, not. marg. 62, que consecuente con sus bases afirma autoría omisiva o, en su caso —por ejemplo en el supuesto de delitos de apropiación como el hurto—, complicidad.

(164) BLOY, René, *Anstiftung durch Unterlassen?*, *JA* 1987 (pp. 490 y ss.), pp. 496 y s.

(165) Así, VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 291.

general. Parafraseando las críticas a la inducción omisiva, mediante nuestro ejemplo de la cacería, igualmente podría argumentarse «que la omisión dolosa no puede explicar la muerte de quien fue víctima del disparo imprudente; que la víctima, en definitiva, no fue “muerto” por la inactividad. Según esto, el disparo del omitente residiría en el pasado; la víctima estaría ya lesionada cuando surge el dolo del autor, esto es, cuando el autor omite.» Que esto no es correcto, además de ser doctrina absolutamente mayoritaria, creemos ya haberlo demostrado a lo largo de la exposición, ... ¿por qué argumentar así entonces cuando el ingerente lo es en virtud de una comunicación suficiente riesgosa?

O yendo a las críticas de forma más general: si bien es cierto que el dolo que aparece tras la ejecución del hecho es irrelevante —dolo subsecuens—, no es menos cierto que a una primitiva ejecución no dolosa —comisiva u omisiva— se puede asociar una comisión dolosa omisiva, cuando el ámbito de organización del autor deba ser definido más allá del comportamiento ya realizado; éste es, como ya se vio, el supuesto normal en el pensamiento de la ingerencia. Puesto que la comunicación es riesgosa y pertenece a su círculo de organización —como en el caso del agente provocador—, se convierte en garante de dicha comunicación, debiendo impedir el resultado lesivo, puesto que tanto antes como ahora es incumbente (166). No nos hallamos ante un caso de dolo subsecuens, pues —igual que en los supuestos tradicionales de ingerencia—, el ingerente (agente provocador) *también está vinculado al suceso cuando surge su dolo*; quizá no en un sentido naturalista (desde este punto de vista sólo lo estaba cuando provocó), sí, empero, en un sentido normativista que es el que importa; en otras palabras, *ser incumbente* (y lo es cuando surge el dolo) *versus ser causal*.

3) La posibilidad de una inducción omisiva del tipo de la descrita, no se limita tan sólo al caso del agente provocador, sino que es generalizable a todos los supuestos en que exista un deber de aseguramiento, por ser la información suficiente como para ser considerada inductiva de un delito. Que en el caso del agente provocador se puede fundamentar la posición de garante en virtud de un comportamiento precedente (ingerencia) (167), no es problemático; en los demás casos, por el contrario, habrá que determinar, ciertamente no sin dificultad, si la información pertenece al ámbito del «inductor» y si fundamenta una posición de garante; si es así, la responsabilidad en calidad de inductor omisivo (si se trata de una información suficiente) se deduce, ya sin dificultad, del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Ejemplo (168):

(166) Cfr. JAKOBS, AT, 29/38.

(167) O en su caso, aun si se quiere afirmar que no se traspasan los límites del riesgo permitido, no resulta problemático sostener que al menos nos hallamos ante un supuesto de riesgo especial.

(168) El ejemplo está así redactado por VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 291, procede, empero, de JAKOBS, AT, 29/104.

un empresario no impide que su secretaria (169) eche al correo lo que era simplemente un borrador por él escrito, mediante el cual pensaba inducir a un empresario amigo a una estafa de subvenciones. Puesto que indudablemente lo escrito por él pertenece a su ámbito de organización, y si el boceto contiene ya, y pese a serlo, todos los elementos como para considerar la comunicación inductiva, el jefe responderá como inductor por omisión de dicha estafa.

3.^a PARTE OPINIONES DISCREPANTES

La solución aquí presentada no se corresponde con la forma en que se viene tratando hasta ahora la intervención omisiva. Si bien otras opiniones difieren entre sí considerablemente, todas coinciden en la necesidad de la posición de garante en la omisión, como fundamento de responsabilidad. Es aquí precisamente donde se encuentra la paradoja. La posición de garante es exigida en el ámbito de la omisión, mientras que en los delitos de comisión se obvia, injustificadamente, toda referencia a ella; por contra, en el caso más concreto de la intervención omisiva, la situación es inversa: el modo en que el garante extiende el ámbito de organización en los delitos de comisión es reconocido, al menos en sus conclusiones, de forma correcta por la doctrina mayoritaria —y así se acepta en sus consecuencias la prohibición de sobrevaloración del aporte— (170), a pesar de que en la comisión activa no se habla de posición de garante; mientras, ese momento no se tiene en cuenta en la omisión, y ello, ¡a pesar de aquí sí se exige la posición de garante!

Las propuestas de solución que a continuación se presentan (171),

(169) Evidentemente la posición de garante viene definida si concluimos que ya un simple borrador es riesgoso —ingerencia—, o si decimos que en todo caso fundamenta la existencia de un riesgo especial —ingerencia en casos de riesgos especiales—; no nos referimos pues a una supuesta posición de garante del jefe respecto de lo que pueda realizar su secretaria.

(170) Véase *Capítulo II, I*.

(171) Una clasificación similar de las distintas posiciones doctrinales es ya recogida por LUZÓN, *La participación*, PJ 1986, pp. 77 y ss., quien sin embargo no incluye la segunda de las soluciones aquí expresadas (HERZBERG); cfr. también, SILVA, *El delito*, pp. 223 y ss.; EL MISMO, *Aspectos de la comisión por omisión*, CPC n.º 38 (1989), pp. 385 y ss., que da cuenta de las distintas posiciones doctrinales sobre el tema —en la que sí incluye a HERZBERG— si bien, a nuestro modo de ver, con una imprecisión; en efecto sostiene SILVA (ibíd, p. 387) respecto de la posición de JAKOBS lo siguiente: «Jakobs (...) distingue entre posiciones de garantía por *responsabilidad organizativa* (Organisationszuständigkeit) —que dan lugar sólo a *participación del omitente*— y las de responsabilidad institucional (institutionelle Zuständigkeit) —que dan lugar a *autoría*—» (sin cursiva en el original). En realidad JAKOBS (p. 696 de la primera ed. del *Lehrbuch*, página citada por SILVA) sostiene para la responsabilidad organizativa tanto la posibilidad de autoría como de participación: «En los delitos de omisión en que es transgredido un deber en virtud de una competencia organizativa, se lleva a cabo la diferenciación de

tratan de encontrar una correspondencia entre la omisión en sí y alguna de las formas de intervención delictiva de la comisión activa.

I. Responsabilidad del omitente, como autor

1) Según *Roxin* (173), los delitos de comisión por omisión pertenecen a los delitos de infracción de deber, que conocen, en principio, sólo de autoría como única forma de intervención —con las excepciones que más adelante se apuntarán—. El «dominio del hecho» como criterio para determinar las distintas formas de intervención en la comisión no es practicable, según *Roxin*, en los casos de omisión (174). Así, si la posibilidad de impedir el resultado, que por otra parte es inherente a toda omisión punible, significase que el omitente posee el dominio del hecho, concluye *Roxin*, que no habría lugar ni para la complicidad ni para la inducción, pues tales formas de participación conllevarían por lo general dicha posibilidad (175). Asimismo tampoco podría ser criterio adecuado poseer un «dominio del hecho social», por la existencia de numerosas excepciones. Éste vendría determinado por la diferencia que ya a nivel del lenguaje existiría entre «matar» o «dañar», que conduciría a la autoría, y el no evitar el resultado (de una muerte, de unos daños) que lo haría a la participación (176). Ejemplo: de la madre que deja morir de hambre a su hijo, se dice que le ha matado, en tanto de la que deja que su hijo se ahogue, cuando este ha caído casualmente al agua, según *Roxin*, no se dice que le haya matado sino que no ha impedido el resultado de muerte.

Puesto que el criterio del dominio del hecho es por tanto inaplicable para delimitar las formas de intervención omisiva, los delitos de comisión por omisión serían estructuralmente autónomos, y en verdad en forma de delitos de infracción de deber. Estos son, según *Roxin*, aquellos en que sólo puede ser autor quien lesione un deber extrapenal asegurado en el tipo (177). Esta concepción, empero, difiere considerablemente de

las formas de intervención en el delito, como en los delitos de comisión. Así pues hay autoría por omisión en todas sus formas y además participación por omisión».

(172) Siempre y cuando no sea desechada ya de principio la posibilidad de una participación omisiva: así, por ejemplo, GRÜNWARD, *GA* 1959, p. 113; KAUFMANN, *Die Dogmatik*, pp. 291 y ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 222; últimamente, NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Berlin 1989, pp. 159 y ss.; cfr. las críticas, por ejemplo, en JAKOBS, *AT*, 29/108; LESCH, *Das Problem*, p. 303.

(173) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 458 y ss.; EL MISMO en *LK*, 11.^a ed., Berlin 1993, not. marg. 201 y ss. del § 25.

(174) ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 207.

(175) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 463 y ss.; sobre esto, también KIELWEIN, *GA* 1955, p. 227; BGH 2, 150 (156); GALLAS, *JZ* 1952, p. 372.

(176) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 465 y ss.

(177) ROXIN, *Täterschaft*, p. 354; EL MISMO, *LK*, § 25, not. marg. 37.

lo ya expuesto sobre estos delitos, especialmente en el tratamiento que la misma hace de la intervención omisiva. En la omisión, el deber especial extrapenal consistiría en la obligación de evitar el resultado que tiene el garante; cuando el garante lesiona este deber, en otras palabras, cuando el garante no evita el resultado, sólo podría ser visto según las reglas que en general rigen para los delitos de infracción de deber, esto es, como autor del delito (178).

De todas formas, existirían dos grupos de casos en que a pesar de tratarse de un delito de infracción de deber, el omitente no respondería como autor, sino como partícipe:

a) En primer lugar, allí dónde las especiales características del tipo impidan su comisión omisiva; este es el caso de los delitos de propia mano. Asimismo, cuando unas especiales características de la autoría son requeridas por el tipo, como en los llamados delitos basados en un deber altamente personal (179), y los delitos que requieren especiales elementos como es, por ejemplo, el ánimo de lucro (180). En estos supuestos, si el garante no cumple su deber de evitar el resultado, existe tan sólo complicidad (181), cuando falte de cualificación requerida para la autoría.

b) Además, según *Roxin* —siguiendo a *Rudolphi*—, excepcionalmente también concurre complicidad omisiva y no autoría, en aquellos supuestos —si bien de poca relevancia— en que el garante no impide un injusto con calidad de participación. Ejemplo: el padre no impide que su hijo menor de edad, favorezca un hecho delictivo ajeno facilitando el arma (182).

(178) ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 206; EL MISMO, *Täterschaft*, pp. 459 y ss.; en parecido sentido, STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 3.^a ed., Köln/Berlin/Bonn/München 1981, not. marg. 1079; BLOY, *Anstiftung...?*, JA 1987, pp. 492 y ss.

(179) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 480 y s.; se refiere ROXIN a delitos como el falso testimonio. En cualquier caso, en Alemania el problema está solucionado puesto que existe un parágrafo en el StGB (§ 153) que regula la situación del partícipe en tales delitos. Lo dicho no impide sin embargo que tales delitos se puedan llevar a cabo perfectamente mediante una omisión: la desertión por ejemplo (otro de los delitos que ROXIN señala como de infracción de un deber altamente personal) puede llevarse a cabo tanto si el autor se aleja (defraudación por acción), como si permanece parado sin seguir a las tropas (defraudación omisiva); sobre esto, cfr. ya, RG 6, 7 y ss.

(180) Cfr. HERZBERG, *Unterlassungsdelikte*, pp. 137 y ss.; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 481 y s.; BLEI, Herman, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18.^a ed., München 1983, p. 318; la discusión sólo tiene sentido si el omitente tiene la intención de poseer la cosa para sí, lo que, cuando la defraudación se produce por omisión, sólo parece posible cuando se entienda el ánimo de lucro como «dolo + conocimiento del plan ajeno»; cfr. sobre esto, JAKOBS, *AT*, 23/20, 8/34 y ss. (en especial, 8/40); LESCH, *Das Problem*, pp. 271 y ss., 291; EL MISMO, *ZStW* 105, pp. 274 y s., 286 y ss.

(181) ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 209; EL MISMO, *Täterschaft*, pp. 477 y ss.; siguiéndole, RUDOLPHI, *SK (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, elaborado por Rudolphi, Horn, Samson, tomo I, Allgemeiner Teil, 6.^a ed., 21.^a entrega, junio 1993) not. marg. 41, antes del § 13; STRATENWERTH, *AT*, not. marg. 1079 y s.

(182) RUDOLPHI, *SK*, not. marg. 42 previa al § 13; ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 210; BLEI, *AT*, pp. 318 y ss.

2) Además de las críticas que pueda merecer la teoría del dominio del hecho en sí (183), el tratamiento que *Roxin* hace de la intervención omisiva no parece plausible, y en cualquier caso se muestra incompatible con los resultados obtenidos a lo largo de este trabajo. Para él, la realización omisiva pertenece a los delitos de infracción de deber, ya que cualquier sujeto no entraría como interviniente en consideración, sino tan sólo aquél que tiene el deber especial de evitar el resultado, en otras palabras, el garante (184). En realidad con tal afirmación se dice más bien poco, y lo que es seguro: no justifica tratar todos los casos de omisión como delitos de infracción de deber. Como quedó demostrado —recuérdese, por ejemplo, el caso del médico—, tampoco en la «comisión» activa todo interviniente entra en consideración, sino sólo en la medida en que se tenga una posición de garante. Cuando falta la posición de garante, el que actúa es tan autor como lo pueda ser el que omite: en ningún caso se responde (185). Así, incumplimientos de «mandatos» que no tengan que ver con un comportamiento solidario, no deben ser incluidos entre los delitos de infracción de deber. Que, por ejemplo, la posición de garante emanada de la ingerencia no se corresponde con un comportamiento solidario por parte del autor respecto de la víctima, creo haberlo demostrado suficientemente en la primera parte de este trabajo; no obstante, lo que creo no necesita demostración alguna, es que la posición de garante en virtud de ingerencia no es un deber especial extramuros del derecho penal, *conditio sine qua non*, propuesta por *Roxin* para afirmar la inclusión de tales supuestos como delitos de infracción de deber (186).

II. Responsabilidad del omitente, como autor o como partícipe, según de que tipo de posición de garante se trate

1) Para una segunda propuesta de solución de la intervención omisiva, existiría una correspondencia entre una clasificación genérica de las posiciones de garante en dos grupos, y las diferentes formas de intervención omisiva. A la clasificación bifronte que de las posiciones de garante formuló *Armin Kaufmann* (187), engarza *Herzberg* (188) las distintas formas de intervención omisiva.

(183) Así, *MIR*, *PG*, 395 y ss.; *GIMBERNAT*, *Autor*, pp. 144 y ss.

(184) *ROXIN*, *Täterschaft*, p. 459. Por tanto el garante realizaría siempre un delito de infracción de deber.

(185) Cfr. crítica similar, *OTTO*, *AT*, p. 264.

(186) Cfr. supra; en el mismo sentido crítico, *TIMPE*, *Strafmilderungen*, p. 200.

(187) *KAUFMANN*, *Die Dogmatik*, pp. 283 y ss.; *BACIGALUPO*, *Delitos improprios*, pp. 120 y ss.; *EL MISMO*, *Conducta precedente*, *ADPCP* 1970, p. 39; siguiéndole, *ZUGALDÍA*, *Omisión e ingerencia*, p. 574; *MIR*, pp. 336 y ss.

(188) *HERZBERG*, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, 1972, pp. 257 y ss.; siguiéndole *ESER*, Albin, *Strafrecht II*, Frankfurt 1971, not. marg. 20 y ss. del n.º 27 A.

a. El incumplimiento del garante, cuya posición emana de un deber de protección de un determinado bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo, conduciría, en principio, a la autoría. En efecto, se dice que el garante aquí debe proteger el bien de posibles daños, y ello sin importar cual pueda ser el curso causal del que provengan; lo relevante sería el resultado y no de qué forma éste se pueda producir. La excepción se encontraría en los casos en que a consecuencia de los requisitos del tipo, sólo sea posible una punibilidad por participación (190). b. En cambio, cuando la posición de garante consista en un deber de cuidado de una fuente de peligro, el omitente que no impida el actuar delictivo de otro, sería tan sólo partícipe (191). Esto se deduciría de que también al partícipe activo habría que incluirlo en este grupo, ya que él tampoco impide el resultado lesivo que se pueda deducir de la fuente de peligro en que consiste su propio aporte (192). Los casos, en que el omitente emplea al que actúa como un instrumento, constituyen, de todas formas, una excepción.

2) Esta forma de resolver la intervención omisiva ha sido criticada mayoritariamente en la doctrina alemana. En efecto, debido a la falta de seguridad existente para clasificar las posiciones de garante bajo una de las dos rúbricas genéricas propuestas por *Armin Kaufmann*, puede suceder que se incluya la posición de garantía en una u otra, según el resultado que en el caso concreto se tenga por correcto (194). Aun sin negar la corrección en sus conclusiones de muchos de los casos en que se ha afirmado que el omitente es garante con base en la citada clasificación, esta ordenación ha sido hoy superada por impracticable: como acertadamente ha señalado *Jakobs*, la protección de una persona es el control a

(189) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 261; OTTO, *Grundkurs*, p. 266; en forma similar, CRAMER, *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 104 antes de los §§ 25 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. 1975, 17/12 (2a).

(190) Así pues, en esto existe coincidencia con ROXIN; HERZBERG, *Unterlassung*, pp. 262 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, p. 266; CRAMER, *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 105 antes de los §§ 25 y ss., que opina que los supuestos afectados serían los mismos que los presentados por ROXIN (véase supra). Cfr. también, JAKOBS, *AT*, 29/78 y ss.; esto ya fue formulado por RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, pp. 63 y s.

(191) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 260; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 17/12; en principio también de acuerdo OTTO, *Grundkurs*, p. 266, no empero en casos en que el interviniente activo actúa precisamente porque sabe que el garante omite (= autoría). En sentido parecido CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 106 y 108 antes del § 25.

(192) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 260; de esta forma resuelve HERZBERG el problema que aquí se solucionó con el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte.

(193) HERZBERG, *Die Unterlassung*, pp. 260 y s.; ejemplo: A se da cuenta de que B ha tomado el revólver que aquél ha dejado sin vigilancia, y que pensando que está descargado quiere disparar en broma: autoría mediata; véase también CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 106 antes del § 25, que en casos de inimputables también hace la misma excepción, pero que además pretende otras excepciones con sus correspondientes excepciones (!!).

(194) JAKOBS, *AT*, 29/105.

su favor de los peligros que puedan amenazarlo, y el control de una fuente de peligro es protección para las personas que respectivamente estén en peligro. Ejemplo: el socorrista de una piscina...¿debe proteger a los bañistas de los peligros derivados de la «fuente de peligro piscina», o debe controlar dicha fuente de peligro? (195).

III. Responsabilidad del omitente, como partícipe

1) Las propuestas de solución hasta ahora estudiadas, buscan la respuesta a la cuestión de la intervención omisiva en el campo de la dogmática de la omisión. Por un lado, afirmando que todo delito de omisión sería un delito de infracción de deber; por otro, intentando determinar las diversas formas de intervención delictiva, con base en una clasificación de las posiciones de garante propia de dicha dogmática. Sin embargo, otras posiciones doctrinales coinciden en señalar que los problemas de los casos en que el omitente no impide el hecho delictivo de un tercero, se deben resolver según las reglas generales que delimitan autoría y participación. Brevemente: para los defensores de esta tercera vía, la teoría que se aplique a la intervención activa debe ser también aplicada a la omisiva. De acuerdo con este punto de vista, en primer termino sustentado por *Gallas*, y hoy representado, entre otros, por *Jeschek*, el omitente que no impide la realización del hecho de un tercero, a pesar de estar obligado a ello por ser garante, es tan sólo partícipe (196). La ex-

(195) JAKOBS, *AT*, 29/27; siguiéndole: HUERTA, *Problemas*, pp. 83 y 148 y s.; ROXIN, *Täterschaft*, p. 659; SOWADA, *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelik*, *Jura* 1986, pp. 406 y s.; SCHULTZ, *JuS* 1985, p. 271; TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 202; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 282 y 340 y s.; ya anteriormente a todos ellos, parecida crítica, ARTZ, *JA* 1980, p. 559; cfr. también en contra de la aplicación de tal clasificación para resolver el problema de la participación omisiva, BLOY, *Anstiftung...?*, *JA* 1987, pp. 491 y ss.; RANFT, *Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, *ZStW* 94 (1982), pp. 860 y s.; RUDOLPHI, *SK*, not. marg. 40 antes del § 13; SEELMANN, *AK*, not. marg. 34 y s. del § 13: todas las posiciones de garante conllevan la obligación de impedir el resultado, sin que pueda hacerse una subclasificación de ellas.

(196) GALLAS, *JZ* 1960, p. 687; EL MISMO, *JZ* 1952, p. 372; JESCHECK, *LK*, § 13, not. marg. 57; EL MISMO, *AT*, p. 630; BOCKELMANN, Klaus/VOLK, Paul, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., München 1987, p. 203; LACKNER, Karl, *StGB*, § 27, not. marg. 5; MAURACH/GÖSSELZIPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2.^o, 7.^a ed., Heidelberg 1987, 50/72; en parte también, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 17/12 (2b); en los resultados también de acuerdo pero argumentando con base en la accesoriedad, RANFT, *ZStW* 94 (1982), pp. 823 y ss.; el argumento de la accesoriedad me parece ya como punto de partida inaplicable para resolver el problema de la intervención omisiva: en efecto, la accesoriedad presupone ya la participación, y la participación en las formas de defraudación omisivas es precisamente la cuestión a resolver. Cfr. asimismo, SOWADA, *Jura* 1986, p. 403, que en parte también está de acuerdo, ya que acepta las críticas a esta solución como plausibles con seguridad, pero a la vez encuentra igualmente convincente, que el «favorecimiento negativo», del omitente, conduzca tan sólo una participación en el hecho activo.

plicación se encuentra en la aplicación de la teoría del dominio del hecho al suceso completo, esto es, en el empleo de tal teoría para determinar el tipo de intervención tanto del actuante como del omitente.

2) Frente a la teoría subjetiva empleada por la antigua jurisprudencia alemana (197) consistente en la «voluntad de ser autor» (198), se propone «el ejercicio fáctico del dominio del hecho». Lo relevante no sería, como hasta entonces, la existencia de un «querer ser autor» o ánimo de autor en el omitente, sino estar o no en posesión del dominio fáctico del hecho. Ejemplo: cuando un omitente no impide un suicidio, es autor de un homicidio, como señor del hecho, si al suicida le falta la voluntad, está inmerso en error, o fuertemente influenciado, esto es, le falta la propia decisión libre sobre la muerte; en otras palabras, si al suicida le falta el dominio de «su propio hecho» (199).

Los problemas comienzan, empero, cuando el que actúa domina la situación. La cuestión entonces debe plantearse en otros términos: ahora se trata de saber si el actuar del tercero impide, por su parte, el ejercicio del dominio fáctico del hecho a un omitente. En primer lugar, se señala para estos supuestos, el omitente jamás puede tener el dominio fáctico del hecho, sino tan sólo un dominio del hecho «potencial»; de esta forma, la escala adecuada para diferenciar la autoría de la participación en la omisión no podría ser el criterio del dominio del hecho, sino que tan sólo se podrá buscar una equivalencia con la intervención activa (200). La corrección de este punto de vista y el punto de apoyo para establecer dicha equivalencia cree Gallas (201) encontrarla en dos argumentos: en primer lugar, igual que en los delitos que requieren una especial cualifi-

(197) Cfr. BGH 13, 162 (166). Por ello los fundamentos de esta solución se encuentran en los comentarios de GALLAS a dos sentencias del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH): GALLAS, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, JZ 1952, pp. 370 y ss., y recensión a BGHSt 2, 150, en JZ 1960, pp. 649 y ss. y 686 y ss. En la jurisprudencia española, como ha señalado BACIGALUPO, *Principios*, p. 213 y nota 364 con referencias jurisprudenciales, se ha recurrido a la teoría subjetiva «calladamente en forma casi continua», por ejemplo, en la teoría del acuerdo previo (crítico ya, GIMBERNAT, *Autor*, pp. 78 y ss. = *ADPCP* 1966, pp. 31 y ss.).

(198) Dejando aparte que la teoría subjetiva ha sido ya totalmente superada (cfr. por ejemplo CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 56 antes de los §§ 25 y ss.; BACIGALUPO, *Principios*, p. 213; GIMBERNAT, *Autor*, pp. 44 y ss., 50 y ss.), se ha dicho de ella que precisamente no sería de aplicación en el campo omisivo, ya que, al tener el omitente algo negativo como objeto, es impensable una voluntad en el sentido de «querer comportarse como autor» (cfr. GALLAS, JZ 1960, p. 650; KIELWEIN, GA 1955, pp. 226 y ss.). En cambio, ROXIN, *Täterschaft*, p. 458 ha considerado que la teoría subjetiva precisamente encajaría bien en el campo omisivo, aunque por su parte también la rechaza (ibíd. pp. 51 y ss.); igualmente, BLOY, *Anstiftung durch Unterlassen?*, JA 1987, p. 491. En la literatura actual, y sobre un punto de vista todavía subjetivo para diferenciar los distintos grados de participación omisiva, cfr. SEELMANN, AK, § 13, not. marg. 94, que encuentra «lleno de sentido» tener en cuenta «el interés en el resultado típico»; en este mismo sentido, OTTO, AT, p. 266.

(199) GALLAS, JZ 1952, p. 372.

(200) GALLAS, JZ 1960, p. 686.

(201) *Ibid.*, p. 687.

cación, sólo puede ser autor aquél que posea dichos requisitos, y en caso contrario, sólo hay participación, en la omisión faltaría «la especial cualificación del dominio del hecho», siendo por ello valorable el comportamiento del omitente tan sólo como participación. Ejemplo: el omitente, y como tal, no señor del hecho, no respondería como autor de un delito de omisión, igual que el no cualificado con ánimo de lucro, y como tal, extraneus, no responde como autor de un robo. Por otra parte, y como segundo argumento, señala *Gallas* que puesto que en los casos de participación activa tampoco se impide el resultado del autor principal, estaría justificada una punibilidad por participación en el hecho del actuante (202). Ejemplificativamente: el terrorista T toma carga explosiva del polvorín. El encargado del mismo, E, no hace nada por impedirlo. E no emprende asimismo ninguna medida, cuando ve desde su ventana como T coloca los explosivos en una vivienda cercana, y tampoco, cuando T en la calle espera a que se produzca la explosión. Así sucede, la bomba estalla, la casa salta por los aires. La solución, según lo dicho, es clara: T, como actuante, posee el dominio del hecho, mientras que E, que sólo omite impedir el resultado posee por tanto un dominio del hecho meramente potencial. La actuación de T impide la posibilidad de que también respecto de E se pueda hablar de un dominio fáctico del hecho. Así como el partícipe activo en general, para esta doctrina, no domina el hecho (203), tampoco se puede afirmar la existencia de tal ejercicio fáctico en el omitente, sino tan sólo uno meramente potencial; por tanto, la punibilidad como partícipe está plenamente justificada.

3) Si por tanto, desde éste punto de vista, el dominio del hecho del actuante impide el dominio del hecho del omitente, habría que concluir *a sensu contrario*, como consecuentemente estos autores hacen, que cuando el actuante ha perdido el dominio, entonces éste queda en manos del omitente, convirtiéndose así, automáticamente, en autor. En estos casos la omisión ya no se correspondería con una participación sino con una autoría activa (204). Veamos pues que sucede si introducimos algu-

(202) De esta forma resuelven aquí la problemática de la prohibición de sobrevaloración del aporte: el omitente siempre es partícipe.

(203) Así al menos según estos mismos autores, cfr. sólo JESCHECK, *AT*, pp. 626 y 590 y s.

(204) De los autores mencionados en la nota 196, así expresamente: JESCHECK, *AT*, p. 630; EL MISMO, *LK*, § 13, not. marg. 57; GALLAS, *JZ* 1952, p. 372; los otros autores allí citados no tratan esta cuestión, pero deben llegar consecuentemente al mismo resultado. En este mismo sentido, numerosas resoluciones del Tribunal Supremo Federal Alemán: BGH 19, 135 («Caso Gisela»), BGH 5.7.1960, *MDR* 1960, pp. 939 y s.; BGH 13, 162 (= *MDR* 59, 1024). GALLAS se retractó de esta posición por él mantenida en *JZ* 1952, en vista de los resultados poco satisfactorios a que conducía en los casos de auxilio al suicidio. Según el nuevo punto de vista de GALLAS (ibíd., p. 692) habría que negar una responsabilidad del omitente, también allí donde el suicida haya perdido la consciencia —y por tanto, el dominio del hecho—, aunque no impida el resultado, pudiéndose aplicar tan sólo una pena en virtud de la omisión simple del deber de socorro —§ 323c del Código Penal Alemán—. Esta consecuencia se deduciría, según GALLAS, de la

nas modificaciones en el enunciado de los hechos de nuestro ejemplo: T espera la explosión igualmente en la calle, esta vez tan nervioso, que sufre un ataque cardíaco y muere. Igual que en la primera formulación del caso, todo es visto por E desde la ventana de su casa. Lo que E no sabe: con la muerte de T, ¡él se ha convertido en el autor del delito! En efecto, una vez desaparecido T, E es el único que domina el curso causal —según las reglas de la teoría del dominio del hecho—. La solución no puede convencer; además, ¿¿por qué cuando T espera en la calle —en la primitiva formulación del caso— domina más el hecho que E, que hace lo mismo (esperar)?!

4) También se ha reprochado a esta posición doctrinal una supuesta arbitrariedad. *Armin Kaufmann* encuentra el motivo en el distinto tratamiento que recibe el garante, que no impide el curso causal creado por la mano del hombre —partícipe—, y aquél que no evita el resultado que deviene de fuerzas naturales —autor— (205). Explicado mediante un ejemplo (206), no debería existir diferencia, cuando el garante de un edificio (v. gr. por aceptación) no apaga un incendio provocado por una persona, o no lo hace, cuando el incendio lo produjo un rayo. Según la solución que ahora criticamos, en el primer supuesto el garante responde como partícipe, puesto que quien actúa domina el curso causal —el incendiario— impidiendo así el dominio del omitente; mientras, en la segunda hipótesis, el garante responde como autor, puesto que es el único que domina el hecho.

A primera vista la crítica parece plausible (207) y para nosotros es de especial importancia puesto que de ser cierta, contradiría los resultados alcanzados a lo largo de este trabajo. En efecto, también nosotros hemos diferenciado si el omitente se encuentra solo, o si lo que hace es no impedir el hecho de un tercero. Sólo en este último supuesto será de aplicación, en su caso, la prohibición de sobrevaloración del aporte: el omitente podrá ser partícipe (o coautor). En cambio, si el omitente se encuentra solo, es decir, si no hay nadie más al que incumba el suceso, responderá, si ha de responder y según lo dicho, siempre como autor (208). Ejemplo: el encargado del polvorín es evidentemente garante de custo-

impunidad del suicidio en sí y de como se encuentra regulada la participación en él —recuérdese que en Alemania sólo es punible el auxilio ejecutivo al suicidio— —autoría—, pero no la participación. Si así se argumenta, empero, se debe concluir, que en los casos en que la participación es punible —esto es, cuando no se trate de ayuda a suicidios—, el omitente es siempre autor y no ya mero partícipe, cuando el autor principal ha perdido «el dominio del hecho» (sic). En otras palabras: GALLAS sólo percibió lo poco aceptable de su solución en los casos de participación omisiva en el suicidio.

(205) KAUFMANN, *Die Dogmatik*, pp. 296 y s., y un ejemplo aclaratorio en pp. 301 y ss.

(206) KIELWEIN, *GA* 1955, p. 227; siguiéndole, NITZE, *Die Bedeutung*, pp. 159 y ss.

(207) Así, SOWADA, *Jura* 1986, p. 403.

(208) De acuerdo, por ejemplo, OTTO, *AT*, p. 264: «... como figura central del suceso, como principal responsable».

diar los explosivos que en él se encuentren. Si ve que los rayos solares penetran en la nave a través de un cristal defectuoso de forma que, produciéndose un efecto de lupa, los explosivos amenazan con incendiarse, y de todas formas no emprende ninguna medida para evitarlo, muriendo un trabajador a causa de la explosión, se trata de un comportamiento omisivo que dará lugar a una responsabilidad como autor. En cambio, cuando el encargado ve como un tercero toma explosivos del polvorín para asesinar a un trabajador, e, igualmente no lo impide, responderá, según el criterio aquí defendido, como cómplice (209) (o coautor): en cualquier caso, de forma accesoria. Así, desde nuestro punto de vista, existe también la diferencia criticada por *Kaufmann*: el que no impide un hecho delictivo de un tercero y se encuentra en posición de garante puede responder según cualquiera de las formas de intervención en el delito —ser coautor, cómplice, etc.—, mientras que un omitente que no impide los efectos de una causalidad natural responde, si lo hace —si es garante—, siempre en calidad de autor.

La objeción de que esta distinción en el tratamiento de los casos es arbitraria, es, sin embargo, equivocada. Para demostrarlo se han presentado por la literatura científica diversos casos indiscutidos en los que también en el campo comisivo existe tal discrepancia según se trate de causalidad natural o de «la mano del Hombre». Ejemplo (210): A se coloca en la orilla e impide que los peatones salven a B que se está ahogando. Si B, que no sabe nadar, ha caído accidentalmente al agua, A es responsable de su muerte como autor (211). Si por el contrario B está siendo ahogado como consecuencia de la acción de un tercero, A responde como cómplice (212), en cualquier caso accesoriamente —no como autor, sino en su caso como coautor (accesorio)—. De lo dicho sólo puede extraerse una consecuencia: igual que en la comisión la misma actividad del garante, en nuestro ejemplo impedir el salvamento, puede conducir a una responsabilidad accesoria o no, la misma inactividad del omitente garante conducirá en caso de que se trate de causalidad natural, a autoría, y en caso de que se trate de «la mano del Hombre», a una intervención accesoria. La diferenciación establecida en los casos de omisión no es ninguna peculiaridad de la omisión (213).

La idea de la argumentación anterior es correcta, pero su formulación un tanto imprecisa. En realidad no se trata del mismo comporta-

(209) Cfr. JAKOBS, *AT*, 29/102.

(210) Según HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 259.

(211) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 259. Sobre la interrupción de un curso salvador como autoría, cfr. JAKOBS, *AT*, 21/37, 7/22; LESCH, *Das Problem*, p. 72 (ejemplo 1/10, comportamiento de C), y p. 286 (sosteniendo coautoría).

(212) Así HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 259; en mi opinión se trata más bien de una coautoría.

(213) Cfr. ARTZ, *JA* 1980, pp. 558 y ss., con otros ejemplos; HERZBERG, *Die Unterlassung*, pp. 258 y ss., siguiéndoles, SOWADA, *Jura* 1986, p. 403 (que, sin embargo, también cree plausible la opinión contraria, cfr. not. 196).

miento que unas veces conduce a la autoría y otras a la participación, sino de comportamientos diferentes. Lo que es seguro, y en esto —¡tan sólo en la formulación!— tiene razón *Kaufmann*, es que un mismo comportamiento, ya sea activo u omisivo, no puede conducir a diferentes formas de responsabilidad: unas veces autoría, otras complicidad. Sólo: cómo se debe enjuiciar un comportamiento es valorable desde un punto de vista normativo y no según un criterio naturalista del dominio del hecho. No se necesita pues argumentar con los casos de interrupción de un curso salvador; los comportamientos de que aquí se trata son, desde un punto de vista normativista, diferentes, y eso basta. Si los comportamientos, desde un punto de vista naturalista, son iguales, parecidos o incluso no tienen nada que ver entre sí, no interesa.

6) Con lo dicho, queda también planteado lo que se debe reprochar a la solución que resuelve la intervención omisiva sosteniendo siempre una complicidad del omitente cuando un tercero «domina el hecho», y autoría cuando este «dominio» por parte del tercero no se produce, o cesa. Es cierto, como consecuentemente se argumenta desde esta solución, que en el ámbito omisivo no puede existir un dominio del hecho del omitente *en sentido naturalista*, por faltar la causalidad. Pero, como ya se puso de manifiesto, en derecho penal no se importa cualidad normativa por parte del ambiente al sistema, y en verdad, ni del ambiente en general (Naturaleza, v. gr., causalidad) ni del ambiente de dentro de la Sociedad (¿o es que todo lo que, por ejemplo, interesa a la religión es a la vez materia del Derecho?). La causalidad como tal (ambiente), adquiere sólo cualidad jurídica cuando el Derecho la tematiza mediante su propio código. Así, lo relevante no puede ser un dominio del hecho entendido como «un dominar la causalidad natural», sino el *quantum* del aporte que une al interviniente con el delito (concepción normativista) (214). En efecto, no se trata pues de dominar el hecho en sentido fáctico, como entiende esta doctrina, sino en ser incumbente. Así pues, el fundamento de la responsabilidad es idéntico para todos los intervinientes —todos son igualmente incumbentes—, pero las cuotas de responsabilidad se han de diferenciar según el *quantum* del aporte realizado. El ser competente (la incumbencia) en el suceso por parte del que actúa, no puede tener como consecuencia impedir que el omitente a su vez sea asimismo competente. Con ello se presenta también como errónea la creencia, de que cuando el interviniente activo no domina más el hecho de una forma fáctica, este dominio pase a tenerlo el omitente, cuando él, a su vez, todavía posea influencia sobre el suceso (posibilidades de salvamento). No se trata de en qué punto temporal se pueda realizar el cumplimiento de los debe-

(214) Sobre esta concepción cuantitativa y no cualitativa de diferenciar las distintas formas de intervención en el delito, cfr. LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Colección de Estudios, Universidad Externado de Colombia, 1.^a parte: *Fundamentos de una teoría de la intervención delictiva en sentido normativista* (no publicado en alemán), *passim*.

res de salvamento, sino de si se extiende o no el ámbito de organización, si se es o no incumbente.

RESUMEN DE CONCLUSIONES

Resumiendo lo dicho, someto a discusión las siguientes tesis:

1. Como consecuencia del Estado de Derecho, cada ciudadano ostenta libertad de organizar. Consecuencia a su vez de esta libertad de organizar, es que de nuestra organización no se deriven daños para esferas jurídicas ajenas, y ello para no extralimitarnos en ese uso de la Libertad. Qué pertenece a nuestro ámbito de organización, dependerá de una teoría de la Sociedad, porque siempre que se organiza, se organiza en Sociedad; en otras palabras, es preciso saber cómo se articula la interacción social, para saber qué pertenece a nuestro ámbito de organización, y por tanto, cuándo nos puede ser imputado un ataque con consecuencias en una esfera jurídica ajena.

2. Toda interacción social se basa en expectativas, y en verdad, como forma de reducción para poder orientarse en un mundo complejo. Las expectativas posibilitan la vida en Sociedad, y esto, generalizándose temporal (normalmente a través de la pena), material (mediante su identificación con los roles) y socialmente (consenso). Así pues, lo que pertenece a nuestro ámbito de organización serán las expectativas ligadas a nuestros roles en el momento de hacer la imputación penal.

3. Resulta de lo anterior: los daños en esferas jurídicas ajenas son imputables cuando pertenezcan a nuestra organización, a saber, cuando supongan el quebrantamiento de un rol.

4. Consecuencia del Estado de Derecho es que tales expectativas vengan definidas negativamente: no dañar esferas jurídicas ajenas. Así, podemos hablar en sentido amplio de expectativas de omisión. La forma en que una «expectativa de omisión» puede ser defraudada, depende del *statu quo* de la organización; a saber, si el sujeto ha de actuar u omitir para no extralimitarse, para cumplir, en definitiva, lo esperado de su rol. Si no colma esta expectativas se puede hablar —para mantenernos todavía algo apegados a la terminología tradicional que diferencia delitos de comisión y de comisión por omisión— de formas de defraudación (de las expectativas) omisivas o comisivas; en cualquier caso, la expectativa defraudada es la misma, de tal suerte que lo único que varía de modo irrelevante es la forma de la defraudación (activa u omisiva). El Derecho, como sistema con su propio código, tematiza lo recibido del ambiente mediante el código en sus propias comunicaciones; que en el ambiente exista una acción o una omisión carece de importancia, pues lo fundamental es la tematización que de esto realiza el Derecho, en otras palabras, *el sistema jurídico interpreta comunicaciones con base en expectativas y no, acciones u omisiones*. Con ello también se solven-

ta otro —hasta ahora— malentendido: la forma de defraudación omisiva no tiene nada que ver con una solidaridad jurídicamente asegurada, sino simplemente es la consecuencia de la libertad de organizar. Así pues, consecuencia de un Estado liberal que como tal permite organizar, es que cuando el sujeto organice, no defraude, ya por omisión, ya por acción. Una distinción entre delitos de omisión y de comisión en el ámbito de los delitos de organización resulta pues innecesaria, porque la expectativa defraudada es la misma, variando tan sólo la forma de defraudación.

5. Efecto también de que toda interacción social se verifique mediante el establecimiento de expectativas, y de que la generalización material de éstas atienda a los roles, es que en los delitos de comisión también es necesaria una posición de garante como presupuesto de responsabilidad. Como ha señalado *Jakobs*, si por un lado se identifica tradicionalmente posición de garante con un deber de evitar el resultado, y en la comisión no se exige tal posición de garantía, no se explica entonces por qué se hace responsable a un autor (en los delitos de comisión) que no tenía deber alguno de evitar lo que hizo. Sólo el garante puede extender su ámbito de organización de forma no permitida. Sólo lo que se encuentra dentro de su rol incumbe al sujeto socialmente, y por tanto puede suponer una extralimitación a tener en cuenta jurídico-penalmente, y ello, independientemente de que el sujeto actúe u omita. Si no se es garante, no se organiza (normativamente), lo que quizás desde un punto de vista naturalista sí se «organizó».

6. Resulta de 4 y 5: En los delitos de organización en que la defraudación se produce mediante una omisión se admiten todas las formas de autoría y participación, y éstas se rigen bajo las mismas reglas que en la comisión.

7. En las formas de defraudación comisivas es absoluta doctrina mayoritaria (al menos en sus consecuencias) que las distintas formas de intervención en el delito se determinan según el modo en que el garante extiende su ámbito de organización de forma no permitida. Posteriores omisiones, siempre y cuando no supongan una nueva extensión del ámbito de organización, no modifican la forma de intervención así determinada, y ello a pesar de que el aporte del partícipe fundamenta una posición de garante —ingerencia—. Esto es así, porque cuando al garante mediante la extensión de su ámbito de organización le incumbe el delito, queda *siempre vinculado* al mismo, *pero siempre en virtud del aporte realizado*. El quantum de la intervención sólo puede variarse cuando los posteriores comportamientos (acciones u omisiones) constituyan una nueva extensión del ámbito de organización. A este resultado le hemos llamado principio de prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión. Si este principio no operase, esto es, si *qua* ingerencia el aporte del partícipe se sobrevalorase a autoría, apenas quedarían casos de participación, pues cuando el partícipe pudiese evitar el resultado, su omisión siempre conduciría a una responsabilidad como autor.

8. En las formas de defraudación omisivas también rige este principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Ello, en primer lugar, es lógica consecuencia de los resultados alcanzados: si este principio rige en la defraudación comisiva, también se aplica en la omisiva. Por otra parte, según se ha demostrado, lo relevante es la expectativa y no la forma de hecho en la que ésta se vea defraudada. Así, el *quantum* del aporte dependerá de la manera en la que se haya extendido el ámbito de organización, a saber, de la expectativa defraudada y no de la forma de la defraudación. El garante que defrauda por omisión una expectativa que tan sólo le vincula al delito como partícipe, permanece partícipe sin que su aporte se sobrevalore. Queda *siempre vinculado, pero siempre en virtud del aporte en que consista la extensión de su ámbito de organización*.

9. El fundamento de la ingerencia y del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte es el mismo: tanto cuando se extiende el ámbito de organización como con posterioridad, el sujeto queda siempre vinculado al suceso. La diferencia: en casos de ingerencia con autor único, no es necesario hablar de prohibición de sobrevaloración del aporte, pues un aporte de autoría no puede ser sobrevalorado; en supuestos de varios intervinientes, la prohibición de sobrevaloración del aporte supone una limitación al pensamiento de la ingerencia, *en su concepción tradicional*: el aporte no se sobrevalora, no todo ingerente es autor.

10. Por todo esto, cuando se facilita imprudentemente un hecho doloso ajeno, se determina la forma en que se interviene en ese delito doloso, según el garante extiende su ámbito de organización de forma no permitida, a saber, «la facilitación». Por tratarse de una facilitación se responderá como partícipe doloso en el hecho del tercero, si se aclara el error en que consistió la imprudencia (y dependiendo del quantum del aporte, como cómplice, cooperador necesario —en derecho español—, o coautor) ; esto nada tiene que ver con un dolo subsequens, puesto que cuando el interviniente aclara el error (dolo) está tan vinculado al delito, como cuando se produjo el acto de facilitación imprudente —igual que tradicionalmente se venía reconociendo en los casos de ingerencia—. Si dicho error no se aclara, se responderá consecuentemente como partícipe imprudente.

11. También en aplicación del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte se puede afirmar, en ciertos casos, la existencia de una inducción en comisión por omisión. En efecto, si el aporte realizado consiste en una comunicación suficiente (con valor de inducción) pero imprudente, y más tarde el autor aclara el error en que consistió la imprudencia de la comunicación, responderá como inductor doloso en comisión por omisión. También aquí se ha demostrado que no nos hallamos ante supuestos de dolo subsequens.

