

## ¿CUÁNDO Y EN QUÉ MEDIDA ES LA OMISIÓN UN DELITO?

Miguel POLAINO NAVARRETE

En homenaje a la Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Emma MENDOZA BREMAUNTZ,  
maestra de penalistas.

### I.- Formas de la acción con relevancia jurídico-penal

El **concepto penal** de **acción** constituye el **primer elemento** del delito. Cuando nos referimos a él, muchas veces empleamos en término en **sentido amplio**, esto es, no como sinónimo de **acción *stricto sensu*** sino de **conducta** o de **comportamiento** que adquiere una relevancia en Derecho penal. La **acción** penalmente relevante puede consistir en una **acción propiamente dicha** o en una **omisión**: la primera exige la realización de un determinado **movimiento corporal** mientras que la segunda consiste en un **no hacer** específico. No se trata, en todo caso, de un **mero no hacer**, sino precisamente de la **omisión** de una **conducta jurídicamente debida, concreta y posible**, esto es: de un **no hacer algo concreto y determinado**, cuya positiva ejecución es **ordenada** por una **ley penal preceptiva**.

La atención prestada en la Ciencia del Derecho penal a la omisión como forma de conducta penalmente relevante es **ciertamente reciente**: con agudeza señaló SUÁREZ MONTES que “los delitos de omisión han venido siendo **descuidados**. Pero injustamente. Ciertamente es que en la jurisprudencia **preponderan** los delitos de **comisión**, pero este último dato estadístico no desempareja la **importancia dogmática** de los de omisión”. Otro gran dogmático, el penalista alemán Armin KAUFMANN, destacó que la Dogmática de los delitos de omisión se rige por el **principio de la inversión**, pues la omisión nos exige enfrentarnos con la **otra mitad** del **sistema del delito**, de manera que -a juicio de este autor- la **omisión** se enfrenta en cierto modo (estructuralmente) a la **acción *stricto sensu***. Esta postura es, a nuestro juicio, **cuestionable**. Lo cierto es que tanto la **acción** como la **omisión** consisten substancialmente en la **infracción de un deber**: en el primer caso, se infringe una **norma prohibitiva** (*v.gr.* ¡no matar! y se mata) y en el segundo una **norma preceptiva** (*v.gr.* ¡alimenta a tu bebé! y no se le alimenta, muriendo por inanición).

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

Dentro de la modalidad **omisiva** de actuación, pueden distinguirse dos formas de realización del tipo: la **omisión pura o propia** y la **comisión por omisión** (también llamada **omisión impura o impropia**), que se diferencian en función del **deber** que se infringe en cada caso. De ese modo, **tres** son las **modalidades o formas** de la acción en Derecho penal: a) **acción *stricto sensu***; b) **omisión pura o propia** y c) **comisión por omisión**. Veámoslas.

**II.- Acción *stricto sensu* (acción positiva o acción activa)**

La modalidad más tradicional de manifestación de la conducta es la **acción *stricto sensu***, antiguamente conocida como **acción positiva** o **acción activa**. En torno de esta forma de acción, que exige la realización de un **movimiento corporal sensorialmente perceptible**, se ha construido la **Dogmática penal** tradicional. Constituye aquella forma de conducta que infringe una **norma prohibitiva** a través de la ejecución de un determinado **comportamiento positivo** por parte de un sujeto. Las normas prohibitivas son las que imponen un **mandato**. La acción penalmente relevante es, precisamente, aquella que **infringe** mediante un **hacer activo** dicho mandato. Por ejemplo, el mandato de **no matar, no lesionar, no robar o no injuriar** a nadie resulta infringido por la acción de **suministrar** una dosis de veneno, **asestar** un golpe, **apoderarse** de un objeto ajeno o de **insultar** a otro, etc... La norma contiene una **prohibición** y dicha prohibición es puesta en **entredicho** mediante una **conducta exterior** que se opone al mandato normativo. La **modalidad activa** de la conducta no plantea problema alguno, pues su estructura exterior evidencia la **infracción de un deber jurídico**.

**III.- Omisión pura o propia**

**A) Concepto y esencia: el deber de solidaridad mínima**

Los **delitos de omisión pura o propia** consisten en un **no hacer**, pero **no cualquier** no hacer, sino precisamente de **no efectuar** la conducta **normativamente debida**. La doctrina penalista ha resaltado que se trata de un **deber penal** no asumido anteriormente por el sujeto (cualquier sujeto ajeno hasta entonces al hecho), sino que aflora cuando el sujeto se enfrenta a una situación descrita en la norma: es un deber penal que la norma **impone a todo aquél** que se halle en la situación descrita en la misma. Por ello, la omisión pura sanciona la no ejecución de la conducta concreta **socialmente esperada** y **jurídicamente exigida** por la norma al sujeto ante una determinada situación en la que cabe esperar que realice una conducta de **mínima solidaridad** que el sujeto **omite cumplir**.

La **omisión** (y también la **acción**) penalmente relevante consiste siempre en la **infracción de un deber**. La **única diferencia normativa** existente entre acción y omisión (y, dentro de ésta, entre omisión pura y comisión por omisión) no consiste en que una supone un **movimiento corporal** y la otra la **ausencia de ese movimiento**, sino precisamente en el **deber jurídico** en que en cada caso se infringe. Por ello, las **peculiaridades o características esenciales** de la omisión pura o propia hemos de

encontrarlas en torno a la noción de deber, y concretamente en lo que se refiere a: *a)* la **naturaleza**; *b)* la **titularidad** y *c)* el **alcance** de ese deber.

- a)* **Naturaleza del deber** (deber de **solidaridad mínima**): el deber jurídico que se infringe en la omisión pura o propia es un deber de **solidaridad mínima** (*Mindestsolidarität*), esto es, un **deber positivo** que conmina a toda persona a realizar una **conducta positiva** de auxilio, salvamento o colaboración en una situación de necesidad o desgracia (SILVA SÁNCHEZ, CARO JOHN). El deber de solidaridad se diferencia -en tanto **deber positivo**- del **deber negativo**, cuyo contenido consiste en **no dañar** a los demás (*neminem laedere*). En la solidaridad mínima **no basta** con **no causar daño** sino que exige **hacer alguna conducta expresa** de salvamento o de colaboración en **beneficio** de un **tercero** o de la **colectividad**. Con ello, el **deber de solidaridad** persigue la **maximización de los bienes**, mientras que el **deber negativo** se encamina a **garantizar el máximo de libertad** (JAKOBS), o lo que es lo mismo: el deber negativo (no lesiones a nadie!) preserva la **autonomía de la persona**, mientras que el deber de solidaridad obliga a la realización de una **prestación positiva** en favor de **terceros** o de la **comunidad**.
- b)* **Titularidad del deber de solidaridad mínima**: una segunda característica de esta clase de deber es que el mismo afecta u obliga a **todo el mundo** que se encuentre en la situación normativa. **No se trata** de un **deber de garante** (que obliga únicamente a concretos **sujetos especialmente** determinados: los **padres** respecto a los hijos menores, la **autoridad** o **funcionario** respecto del ejercicio de la función pública, etc., y cuya infracción da lugar a la segunda modalidad de la omisión: la llamada **omisión impropia** o **comisión por omisión**), sino de un deber que **no exige relación previa** alguna entre autor y víctima, **ni** conducta **precedente** de peligro al bien jurídico por el autor, sino que otorga una **protección erga omnes** a un bien jurídico. Del **ciudadano** -de **todo ciudadano**- se espera, por el hecho de serlo (esto es: por pertenecer al **grupo social**) una conducta positiva: la **solidaridad mínima**. Por ello, el titular del deber de solidaridad es **cualquier persona**, sin requerirse en el autor una **cualificación** o **rol especial**, sino únicamente el **rol general** o **común** de ciudadano.
- c)* **Alcance del deber**: El Derecho penal **no exige** del ciudadano que sea, siempre y en toda circunstancia, un **héroe**. No le obliga, por tanto, a lo **imposible**, sino únicamente a una **conducta general** y **común** de mínima solidaridad con los demás. El deber de solidaridad tiene, pues, un **límite**: no se imputa cualquier **resultado material** que se derive de una situación peligrosa, sino únicamente **el no haber realizado** una actividad de salvamento o de información. Por ejemplo, si no se salva a quien se halla en **peligro manifiesto** y **grave** no se imputa la muerte (delito de homicidio), sino sólo haber infringido el **deber general** de auxilio o

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

socorro (deber de **omisión del deber de socorro**). Por ello, la solidaridad mínima **no se vincula** con la producción de un resultado material, sino con el incumplimiento de un **deber básico** de **mínima solidaridad**, de manera que la **omisión pura** se equipararía a la responsabilidad por **delitos de mera actividad** (que son aquellos que no exigen para su consumación un **resultado material**, sino que se consuman por la mera realización de la acción penalmente relevante).

El deber de solidaridad **da cuerpo y contenido** a la omisión pura; este deber es un producto del **Estado social de Derecho**: en determinadas circunstancias **se espera del ciudadano** una determinada **prestación** que colabore o coadyuve al **mantenimiento** de la **estructura social** (como en el conocido episodio bíblico del *Buen Samaritano* recogido en el Evangelio de San Lucas); el **ciudadano** tiene este deber por el hecho de pertenecer al **grupo social**. Por ello, el deber de solidaridad resulta del “**deber social** del ciudadano en una **Democracia social**” (WELZEL). En todo caso, y frente a lo que consideraron pensadores como STUART MILL y KANT, la solidaridad mínima **no es un deber moral**, sino un deber **propriadamente jurídico**: “no puede basarse en el **amor entre las personas**, sino en la exigencia de que cada individuo tiene **deberes positivos** de acción para el **bienestar de la generalidad**” (CARO JOHN). Los deberes negativos (no dañar a nadie) **no bastan** para garantizar la totalidad de las relaciones sociales, sino que -en ocasiones- se requiere de estos **deberes positivos** que contribuyan mediante la acción positiva al **bienestar** y al **desarrollo** del mundo social (SÁNCHEZ-VERA).

**B) Naturaleza jurídica**

La **naturaleza jurídica** del delito de omisión pura ha sido discutida en la doctrina, distinguiéndose **varias posturas** diferentes:

- **Teoría de la omisión como un puro “no-ser”**: Algunos autores clásicos, como KOLLMANN y VANNINI, mantuvieron la extrema **tesis naturalística** de que la esencia de la omisión estriba no ya en **no ser acción** sino que en un auténtico **no ser nihista**: un *nullum* ontológico.
- **Teoría de la omisión como concepto negativo de la acción**: Otros autores construyeron la omisión por **contraposición** a la acción, de manera que ambos conceptos, aun siendo **opuestos** (la omisión es la **otra cara de la moneda** de la acción), también **se exigen mutuamente**: esto es, que la omisión no se define como **algo aislado**, sino en **función de algo**, y ese algo es la **acción**. Por ello, la omisión conjuga siempre un **verbo transitivo** (FRANZ VON LISZT). En este sentido, cabe mencionar la doctrina de Armin KAUFMANN, que considera que la omisión se rige por el **principio de la inversión**, de manera que si la acción positiva tiene como notas esenciales la **causalidad** y la **finalidad**, la omisión se caracteriza por la **ausencia** de causalidad y finalidad: la omisión no es **ni causal ni final**, sino **puramente potencial**. Pero aun siendo (estructuralmente) conceptos contrapuestos, KAUFMANN

considera que ambos elementos comparten una **característica común**: la **capacidad de acción** (*Handlungsfähigkeit*), elemento que **permite incluir** la acción y la omisión bajo un **supraconcepto general**, que para ese autor rezaría: “actividad o pasividad corporal integradas en la **capacidad** de dirección finalista de la voluntad”. Por ello, para KAUFMANN la omisión no es causal ni final, pero sí existe una causalidad y una finalidad **potenciales**: la omisión es la **no acción con posibilidad concreta de acción** (en igual sentido, en España, CEREZO MIR, quien -a diferencia de KAUFMANN- cree en cambio que no es posible elaborar un concepto genérico de acción que englobe a la acción y a la omisión).

- **Teoría del no hacer una acción esperada**: Otros autores, como MEZGER, ponen el **énfasis** en que la omisión es, siempre, “no hacer una acción **jurídicamente esperada**”, lo cual exige: *a*) la existencia de una **acción esperada** que se omite y *b*) la **posibilidad** de haber querido dicha acción esperada. Por ello, aunque se realice la acción esperada, no habrá omisión si el sujeto **carecía de la posibilidad** de haber querido la acción esperada (*v. gr.* por encontrarse en estado inconsciente). Pero la omisión no es solo una **acción esperada y posible**, sino también **debida**, esto es, **exigida por el Derecho**: si no fuera exigida, no puede hablarse de omisión penalmente relevante.

### C) Ejemplos de omisión pura en el Código penal

¿Qué casos de **omisión pura** conoce la legislación penal? Los supuestos típicos consignados en nuestro Código penal son **escasos**. El más representativo es la **omisión del deber de socorro** (art. 195 CP). Otros tipos de omisión pura son la **omisión de impedir la comisión de delitos** o de **promover su persecución** (art. 450 CP), y la omisión del **deber de promover la persecución** de delitos (art. 408 CP).

- **Omisión del deber de socorro**: El Derecho espera de todo ciudadano que socorra a quien se halle en **peligro manifiesto y grave**, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero. Se trata de un deber de **solidaridad mínima** que afecta a **todo el mundo** que presencia una **situación de necesidad** y omite prestar el **socorro debido**. En caso de infracción de dicho deber, se imputa la **falta de solidaridad** (no hacer algo, pudiendo y debiendo hacerlo) pero no se imputa al omitente el **resultado material** (la muerte, por ejemplo) que eventualmente se pueda producir: en este delito de omisión de socorro es **indiferente**, a efectos típicos, que la víctima fallezca o sobreviva; el hecho de que la víctima salve la vida (al ser auxiliado por un tercero, o por lo que sea) no afecta al omitente: su delito -no prestar el socorro debido- **ya se ha consumado**.
- **Omisión del deber de impedir la comisión de delitos**: Asimismo, un deber general de **actuación solidaria** es impedir, con intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, la comisión de delitos contra la vida, integridad y

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

salud, libertad o libertad sexual (art. 450.1 CP) así como el de alertar a autoridades o agentes para que impidan uno de los delitos mencionados (art. 450.2 CP).

- **Omisión del deber de promover la persecución de delitos:** En este caso se sanciona a la autoridad o funcionario público que, estando obligado a ello por razón de su cargo, omite promover la persecución de delitos o sus responsables (art. 408).

**IV.- Comisión por omisión u omisión impura o impropia**

**A) Concepto y esencia: el deber de garante**

Junto a los delitos de **hacer activo** y de **omisión pura** aparece una tercera modalidad que participa de la estructura típica de las dos: la llamada **comisión por omisión** (o, para algunos autores, también **omisión impura** o **impropia**). En cierto modo, la comisión por omisión constituye una forma **mixta** o **híbrida** de realización de la conducta: por un lado, consiste en la infracción de una **norma prohibitiva** (como ocurre en los supuestos de **acción activa**) y, por otro, el delito consiste en un **no hacer** (como en los casos de **omisión pura** o **propia**).

Al igual que la omisión pura, también la comisión por omisión viene especialmente caracterizada por el **deber jurídico** infringido por el omitente: en aquel caso era un deber de solidaridad, en este es un **deber de garante**. Veamos las **características** de este especial deber jurídico:

- a)* **Naturaleza del deber** (deber de **garante**): En la comisión por omisión se infringe un deber de **garante** (*Garantenpflicht*). Se trata de un deber que corresponde a aquellos sujetos situados en una **posición de garantía** o de **posición de garante** (*Garantenstellung* en terminología procedente de NAGLER). Mientras el deber de solidaridad se base en un **deber positivo** la posición de garante se vincula con la **creación** de un **riesgo jurídicamente desaprobado**. Algunos autores (como GIMBERNAT) han considerado que la diferencia entre la omisión pura y la comisión por omisión reside en que la primera **se fundamenta** en un **deber estrictamente penal** (como es el que obliga a todo sujeto que, ajeno a la situación, omite prestar socorro a quien se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave), mientras que el deber de la **comisión por omisión** tiene necesariamente **naturaleza extrapenal** (*v. gr.* civil o administrativa: deber de los padres de cuidar a sus hijos, deber de los funcionarios de custodiar documentos, etc.). A nuestro juicio, esta argumentación **no es convincente**, porque supone erróneamente que la solidaridad únicamente encuentra campo de acción en el Derecho penal y olvida que el deber paterno-filial de alimentar al hijo es, también, y preferentemente, un **deber penal**, hasta el extremo de que la infracción de dicho deber de garante es equivalente al **deber penal de salvaguardar la vida** del menor. La diferencia entre la omisión pura y la comisión por

omisión **no se halla**, pues, en la **naturaleza penal o extrapenal** del deber, sino en el **contenido** y en el **alcance** de cada uno de esos deberes (**rol común versus rol especial**, o si se quiere: **responsabilidad penal por solidaridad versus responsabilidad penal de garante**).

- b) **Titularidad del deber de garante:** El deber de garante no afecta a todo el mundo sino exclusivamente **a sujetos especialmente obligados**: por ejemplo, a los **padres** respecto a los hijos menores en cuanto a la alimentación, cuidado, etc.; o la **autoridad** o **funcionario** en lo que se refiere al ejercicio de la función pública, etc. La infracción de este deber especial de garante no origina una responsabilidad general o común de solidaridad mínima, sino una responsabilidad de garante: **comisión por omisión**. El titular de este deber es aquel que desempeña el **rol especial de garante**. De esta manera, el deber de garante se vincula con la idea de **institución jurídica**: por ejemplo, la **relación institucional** padre-hijo (relación paterno-filial), la relación institucional de la función pública, etc.
- c) **Alcance del deber:** En ocasiones, el ordenamiento jurídico no espera de un concreto ciudadano que se comporte como **cualquier otro**, sino que espera **algo más**: ese algo más, ese **plus de responsabilidad** es el **deber de garante**. La principal consecuencia práctica de esta **responsabilidad agravada** es que no sólo se imputa la omisión de un auxilio o de una colaboración debida, sino que se imputa el **resultado material** -la muerte, las lesiones, etc.- como si el omitente garante lo **hubiera causado activamente**: la **omisión impropia** se equipara a la **acción activa**. ¿Por qué es ello así? Pues porque la posición de garante le hace competente de **todo el proceso de salvaguarda del bien jurídico**, desde su puesta en peligro hasta la lesión consumada del mismo. Por ejemplo: El **padre** que deja de alimentar a su hijo menor de edad, de manera que éste muere por **inanición**, no responde por omisión del deber de socorro, sino por **homicidio**: como si hubiera causado él mismo la muerte del menor tirándolo por la ventana o clavándole cinco puñaladas. En consecuencia, la posición de garante **da la medida** de la **propia responsabilidad** del sujeto. Por ello, existe una correlación entre **deber de garante** e **imputación objetiva**: en palabras de JAKOBS: “la imputación objetiva no es sino la constatación de **quién es garante** y **de qué**. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía”: el garante es, pues, **competente jurídicamente** para **evitar lesiones** de derechos, de manera que la posición de garante se vincula con una **especial competencia** para controlar el **riesgo** para los bienes en peligro, con el expreso **deber de evitación del resultado**. Del **ciudadano medio** se espera un **deber de solidaridad** (rol común o general); del **obligado especial** un **deber de garante** (rol especial).

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

**B) Cláusula legal de equiparación de la omisión a la acción (art. 11 CP)**

El Código penal español de 1995 incorpora, en el artículo 11, una importante novedad regulativa en lo que a los delitos de comisión por omisión se refiere: una **cláusula general de equiparación de la omisión a la acción** cuya utilidad había sido destacada por un sector de la doctrina (SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, MARTÍNEZ RUIZ). Este precepto dispone lo siguiente:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un **resultado** sólo **se entenderán** cometidos por **omisión** cuando la **no evitación** del mismo, al infringir un **especial deber jurídico del autor, equivalga**, según el sentido del texto de la ley, a su **causación**. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una **específica obligación legal o contractual** de actuar.

b) Cuando el omitente **haya creado una ocasión de riesgo** para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión **precedente**”.

Desmenuzando esta **cláusula de equivalencia** podemos resaltar los aspectos más relevantes:

- **Ámbito de aplicación** (“delitos que consistan en la producción de un **resultado**”): El tenor legal es -cuanto menos- **impreciso** y **confuso**. La doctrina considera que el legislador limita, con un **criterio restrictivo**, el ámbito de aplicación en que la omisión se equipara a la acción a una **clase específica de delitos**, a los que se refiere aludiendo a aquellos que consisten en la producción de un **resultado**. Sin embargo, esta alusión **no es restrictivo**, sino todo lo contrario: **todos los delitos**, incluso los de mera actividad, exigen la producción de un **resultado jurídico**, que es exactamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sucede que el legislador, al aludir imprecisamente a los delitos que consistan en la **producción de un resultado**, quiere decir realmente decir **delitos que exijan un resultado material** (lesión, homicidio, apropiación, etc...), de manera que es ese resultado material el que se atribuye (imputa) al **omitente garante** como si lo hubiera causado activamente. Pero aun así esta interpretación es **cuestionable**. Pues no se ve por qué razón no ha de operar la cláusula de equiparación para delitos que no consistan en la producción de un resultado material, esto es, los **delitos de mera actividad**, por ejemplo el **falso testimonio**: si A, dueño de una empresa, conociendo la verdad de los hechos, omite denunciar el falso testimonio de B, director general de la misma, a propósito de unas irregularidades cometidas en la empresa, **no se ve bien** por qué razón su silencio (cómplice de la irregularidad) **no puede equipararse** a la acción de falso testimonio, siendo A, además, como es, **garante** de la transparencia en la empresa.
- **Fuentes legales de deber de garante**: El art. 11 CP prevé únicamente **dos fuentes legales** del deber jurídico fundamentador de la comisión por omisión: la

**obligación legal o contractual** y la **creación de riesgo por una acción precedente (injerencia)**. El catálogo **parco y cerrado** de fuentes que incorpora el precepto se muestra **anticuada e insuficiente** en la moderna dogmática jurídico-penal: GIMBERNAT ha afirmado que la regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP “parece **anclada** en el planteamiento de MEZGER de 1933”. En la actualidad se manejan además de las mencionadas, otras **fuentes jurídicas** de la posición de garante. A ellas nos referimos a continuación.

- Finalmente, la doctrina mayoritaria considera que la comisión por omisión se refiere exclusivamente a los **delitos dolosos**; por ejemplo, el padre que deja morir ahogado al hijo sin subirle a la embarcación o la madre que deja de suministrar los alimentos necesarios para la subsistencia de su niño responden de un **delito doloso de homicidio**. En nuestra opinión, no habría problemas en aplicar la comisión por omisión también a los **delitos imprudentes**, ya sea *a*) por negligencia en el **planeamiento** o en la **ejecución** de la conducta evitadora del resultado (*v.gr.* por lanzar lejos el salvavidas), y *b*) por negligencia en el **enjuiciamiento** de la situación típica de peligro (*v. gr.* quien oye el grito de ayuda, pero considera que ésta no es necesaria para el salvamento).

### C) Fuentes de la posición de garante

“La **determinación** de la posición de garante -dice JAKOBS- es una de las tareas **más complicadas** de la dogmática de la Parte general”. Precisamente por ello es especialmente trascendente determinar **quien puede ser** garante. Ello exige un preciso estudio de las **fuentes de la posición de garante**: tradicionalmente se han manejado como fuentes la **ley**, el **contrato**, el **actuar precedente peligroso (injerencia)** y la **asunción de hecho** de la posición de garantía; modernamente se discute si se amplía dicho catálogo a otras fuentes. Veamos cada una de manera particular.

#### I. Norma jurídica o contrato vinculante

La primera e indiscutida fuente de la posición de garante, cuyo origen se remonta a VON FEUERBACH, es la **norma jurídica**, entendida en sentido amplio, que abarca todo precepto jurídico positivo, cualquiera que sea su rango normativo (ley, reglamento, decreto-ley, etc...). A la norma jurídica se le **asimila** el **contrato**, que alude al comportamiento **jurídicamente exigible** proveniente de **acuerdo bilateral** entre las partes. La primera fuente es, por tanto, la **obligación legal o contractual** de actuar, que señala especialmente a un determinado sujeto y le sitúa en una posición de **singular responsabilidad**: se trata de un **deber jurídico**, y no de cualesquiera compromisos éticos o morales. Como ejemplo podríamos mencionar los deberes de asistencia familiar inherentes a la **patria potestad**, a la **tutela** o al **matrimonio** (en tanto sean relevantes para el tipo de abandono de familia), deberes de **cuidado**, **vigilancia** o **educación de menores** (respecto a los delitos de abandono de niños y sustracción de menores), deberes propios de los **funcionarios**, etc. Igualmente, los deberes contraídos por una **niñera (canguro o baby-sitter)** consistente en el cuidado

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

de un menor por virtud de un **contrato** (verbal o escrito) entre ella y los padres del menor.

Como es lógico, la **posición de garante** únicamente afecta al **titular de ese deber jurídico**. La determinación de la **titularidad** del deber especial es **clave** para determinar el sujeto a quien puede imputarse por **omisión** un resultado **como si** lo hubiera realizado **activamente**. Por si ello, si un bebé muere por inanición, enfermedad o frío, **únicamente responderán** de la muerte los titulares del deber de garante (ya sea por causa **legal**: padres; ya **contractual**: niñera), pero **no abarca** en cambio, por ejemplo, al portero de la casa o al vecino de la vivienda contigua o a otras terceras personas (sin perjuicio de que a estos sujetos se le pueda imputar un delito de **omisión de socorro**, que -en todo caso- no engloba la muerte, sino sólo la omisión de un deber de solidaridad mínima).

## 2. Asunción de hecho de la garantía

Junto a la ley y al contrato, otra fuente es la **directa asunción de hecho de la posición de garante** (WELZEL, SCHULTZ). La **asunción** de una posición de garante supone que un sujeto en principio **ajeno** a tal posición **se subroga** en la situación que ocupa alguien que **sí es garante**. Esta **asunción subrogatoria** puede provenir por contrato, por una gestión de negociaciones o cualquier conducta concluyente de la aceptación de aquél, pero la idea clave consiste en la **asunción fáctica** de la situación de garante, que genera una **expectativa social** de conducta fundamentada en una **confianza jurídica** no de solidaridad sino de garante. Por ejemplo: si la **niñera** ha sido contratada para cuidar a un menor entre las ocho de la tarde y la doce de la noche, mientras los padres del menor asisten a un concierto de ópera, y por circunstancias imponderables, el concierto no concluye a la hora prevista regresando los padres a las dos de la mañana, la niñera, al margen de las horas del contrato, **ha asumido de facto**, la situación de garantía, de manera que si se marcha de casa a las doce en punto de la noche y el niño muere en ese tiempo, respondería del resultado material (muerte) por comisión por omisión basada en la **asunción fáctica** de la situación de garantía que ha generado la **expectativa** de que a la niñera no le sea exigible únicamente un deber de solidaridad, sino un **deber de garante**.

Sin embargo, el penalista alemán Reinhard FRANK sostuvo con razón que la situación es completamente distinta en los supuestos en que **no exista** una aceptación previa de una **situación de peligro** ni **compromiso** de superar con la propia intervención un estado peligroso ya existente. Por ejemplo, y a diferencia de la niñera que se comprometió a correr con el riesgo que suponer cuidar a un menor, si un sujeto que pasea casualmente junto a un estanque saca del agua a un bañista medio ahogado que ha caído en el mismo, pero a continuación no prosigue con las posibles labores de salvamento (boca a boca, masaje pectoral, etc.), el hecho de que haya sacado a la víctima del agua **no le convierte** automáticamente en **garante** de la vida del bañista, de manera que si éste muere, la muerte no será imputable a quien comenzó el auxilio.

### 3. Acción u omisión peligrosa precedente (injerencia)

Una **tercera fuente** de la posición de garante es la **actuación peligrosa precedente**, conocida como **injerencia** (al respecto, GIMBERNAT, RUDOLPHI). La injerencia significa que quien realiza una **previa conducta peligrosa** se convierte en **garante** de la **situación de peligro**, debiendo **disminuir** o **neutralizar** el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto. Si **no lo hace**, responde como **garante** de la producción del **resultado material**. Por ejemplo, si un paseante agarra jugando a un bebé y lo lanza al aire, se convierte **automáticamente en garante** de la situación, de manera que **si no lo recoge** con sus manos al descender el bebé, cayendo éste al suelo, **responde de la muerte** del menor como si lo hubiera matado clavándole un cuchillo. El fundamento de esta posición de garante se sitúa en la **previa actuación peligrosa**: el lanzar al menor al aire. En resumen: el pensamiento de la injerencia significa que **quien crea un riesgo se ve obligado a gestionarlo y, en su caso, a responde de él de manera cabal**.

La injerencia se plantea en numerosos casos en Derecho penal. Por ejemplo: si alguien cierra con llave la puerta de un cuarto o un edificio sin saber que dentro se encuentra una persona, pero después de apercibido de la situación y requerido para que abra omite hacerlo, responde por **delito de detención ilegal dolosa** (así, la Sentencia alemana RG 24, 339; sobre ello, GIMBERNAT); o si alguien penetra en un desván lleno de paja o en un almacén de materiales plásticos fumando en pipa y, al saltar unas chispas que originan un incendio, rehúsa hacer uso del extintor que tiene a mano, responde por el resultado material; o el cazador que enciende una hoguera en el monte y no apaga totalmente las ascuas al marcharse, produciéndose por efecto de la brisa un incendio en el bosque, igualmente por el delito de incendio.

Con ello, los problemas más frecuentes e interesantes de la injerencia se plantean en el ámbito del **tráfico rodado**: un conductor -A- atropella sin dolo a un peatón -B- y se da a la fuga; el peatón muere. ¿Se le imputa la **muerte** (homicidio) o se le imputa omisión del **deber de socorro**? Esto es: el conductor ¿es **garante** o no lo es? Las soluciones a este caso pueden resumirse, a la vista del estado actual de la discusión en Alemania (así, GIMBERNAT), de la siguiente manera:

- a) Sólo si el atropello fue **imprudente** (*v.gr.* por ir a más velocidad de la permitida) y **no** si fue **fortuito** (el niño B se precipita sobre la calzada en busca de un balón de fútbol, sin que A pueda hacer nada para evitar su atropello) puede fundamentarse la injerencia, de modo que si A se da a la fuga y B muere **responderá de un delito doloso de homicidio** en comisión por omisión).
- b) Otro sector opina que el atropello no sólo si fue **imprudente** sino también si fue **fortuito** fundamenta -en ambos casos- una especial situación de garantía (por hacer precedente: injerencia).
- c) Por último, otro sector doctrinal sostiene que **ni** el atropello **fortuito** ni el **imprudente** son aptos para fundamentar una posición de

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

garante; de esta opinión es, en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, quien ha rechazado que el hacer precedente fortuito o imprudente (p.ej. atropello) pueda convertir al omitente en garante, sino que todo lo más éste responderá como cualquier ciudadano por la mera omisión pura, pues el omitente se encuentra en la misma posición ontológica que un tercero, de manera que si el conductor atropella fortuita o imprudentemente a un peatón (si hay dolo no hay discusión), y el conductor se da a la fuga, el dolo apreciable en esta **acción de fugarse** es un **dolo carente de base**, un **dolo sin dominio**, de forma que si se le imputara la muerte al omitente se daría entrada a una especie de *dolus subsequens*. Como es sabido, el dolo ha de apreciarse en el **concreto momento** de realización del hecho (*dolo ex tunc*). Se trata de un instante previamente (*dolo antecedens*) ni un dolo apreciable con posterioridad al hecho (*dolo subsequens*).

Esta última opinión **no resulta convincente**. A nuestro juicio la opinión mejor fundamentada es la **segunda** de las formuladas: toda **actuación peligrosa precedente** genera una posición de garante, aunque la conducta sea **fortuita** (y, por ello, no sea culpable). Y ello porque, al margen de la creación o no riesgo (la conducción, aunque sea dentro de la más estricta prudencia, siempre es una actividad de riesgo, quizá inevitable y sin duda permitido, pero una actividad de riesgo al fin y al cabo), el fundamento de la injerencia que a su vez fundamenta la posición de garante reside en la propia significación del **hacer precedente**: el conductor que atropella, aunque sea fortuitamente, a un peatón y se da a la fuga, desde ese mismo instante, es titular de un **deber** (aunque no sea de carácter extrapenal, sino que nazca normativamente) que le **individualiza** y **distingue** en relación a terceros sujetos: el deber del conductor que atropella no es el mismo que el de un viandante ajeno a la situación. Otra cuestión sería la conveniencia **político-criminal** y aun **dogmática** de establecer un criterio de penalidad **más atenuado**, y hacer responder al conductor omitente, por ejemplo, con la pena del delito imprudente o con la pena inferior en grado. Pero hay, a mi juicio, dos cosas seguras: que el deber del conductor que -quiera fortuitamente- atropella a un viandante y el deber de un tercero ajeno a la situación **no son iguales**; y que, como consecuencia, la diferencia en ambos deberes ha de traslucirse en la esfera de **responsabilidad de los mismos**: ya que como la Sociedad espera y exige de ellos conductas con parámetros diferentes, ambos no pueden responder **de lo mismo**, por ejemplo, la mera omisión del deber de socorro, sino que en el caso del conductor ha de ampliarse el ámbito de su responsabilidad.

**4. La estrecha relación vital: comunidad de intereses y de peligro**

Otro criterio que maneja la doctrina entre las fuentes de la posición de garante se halla **estrecha relación** familiar, amical o sentimental entre **víctima** y **ofensor** (omitente). En estos casos, la existencia de una **comunidad de intereses** entre novios, parejas de hecho, progenitores de hijo menor, etc. o de **comunidad de peligro** (como la existente entre los miembros de una expedición al polo norte, o de un grupo

de escaladores del Everest, o naufragos en un bote salvavidas) genera, para algunos autores, un especial deber de actuar que sitúa al omitente en posición de garante.

#### 5. El dominio de la cosa

Un autor alemán, Ludwig TRAEGER, puso de relieve (ya en 1913) las **deficiencias** que, en la práctica, originaba el criterio del **hacer precedente**. Para ello, ponía el siguiente ejemplo: un sujeto penetra, con ánimo de curiosidad o para realizar un robo, en un local ajeno (*v.gr.* bodega), cerrándose a continuación la puerta, que sólo puede ser abierta desde fuera. El dueño del local percibe la situación y **desiste de abrir**. ¿Puede decirse que el propietario tiene un **deber de garante**, a pesar de que **no existe hacer precedente**, puesto que la puerta se cerró por una ráfaga de viento? La respuesta es **afirmativa**: puede el omitente llegar a responder de un delito de detención ilegal por omisión. Esta fundamentación encuentra su base en el criterio del **dominio de la cosa** (*Sachherrschaft*), que obliga al propietario que **domina la situación** a actuar conforme a un determinado rol y en garantía de un determinado bien jurídico. Este clásico criterio no fue tenido en cuenta durante décadas, siendo posteriormente rescatado por algunos autores, entre los que cabe destacar a HENKEL.

#### 6. La expectativa social como fuente de la omisión impropia

Finalmente, otros autores considera que la **expectativa social** genera de por sí un especial deber jurídico de garante, de conformidad con el rol que el omitente desempeña en la Sociedad. En este caso, el garante-omitente será aquel sujeto que **quiebra o defrauda**, por mor de su omisión, la **expectativa social** de actuar, pudiendo y debiendo hacerlo. El criterio de mensuración de la aludida esperanza social es el rol que el omitente desempeña en la sociedad: en función de su posición en el grupo social se determinará la **exigibilidad** de un determinado deber, de una determinada forma de conducta. Como ejemplo puede mencionarse el caso de la niñera que abandona al menor al que cuida sin que los padres hayan regresado a la hora pactada.