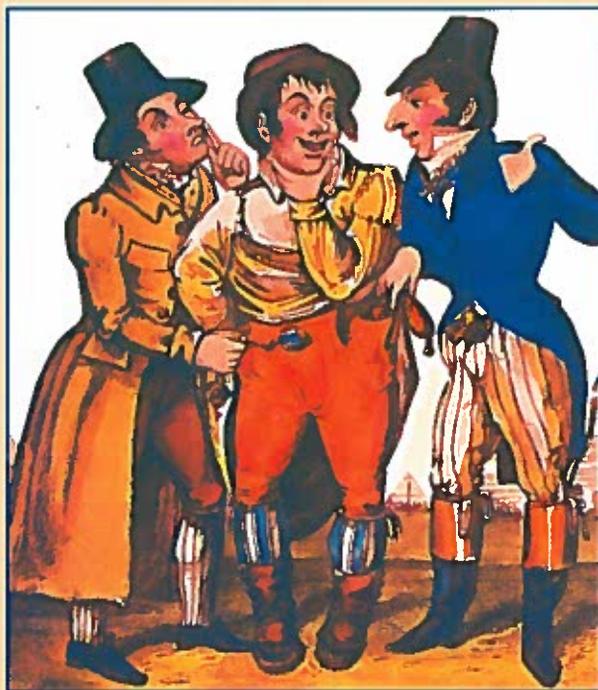


LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: ASPECTOS CONFLICTIVOS



**VI CONGRESO UNIVERSITARIO
DE ALUMNOS DE DERECHO PENAL**

Salamanca 16 al 18 Marzo 1994

©
Universidad de Salamanca. Cursos Extraordinarios

ISBN: 84-600-8801-4
Depósito Legal: S. 130-1994

Universidad de Salamanca. Cursos Extraordinarios
Apartado 325
E-37080 Salamanca (España)

Impreso en España-Printed in Spain
Imprenta Varona
c/ Rúa Mayor, 44
Teléf.26 33 88 - Fax 27 15 12
E-37008 Salamanca (España)

*Todos los derechos reservados.
Ni la totalidad ni parte de este libro
puede reproducirse ni transmitirse
sin permiso escrito de
Universidad de Salamanca. Cursos Extraordinarios*



CEP. Servicio de Bibliotecas

La REFORMA del Código Penal : aspectos conflictivos /
[trabajos presentados en el VI Congreso Universitario de
Alumnos de Derecho Penal de Universidad de Salamanca].
- Salamanca : Universidad, 1994

1. Derecho Penal-España-Códigos-Congresos y asambleas
I. Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal
(6º 1994. Salamanca)

343 (460) (094.4) (063)

Los Delitos de Omisión Impropia

NIEVES SANZ MULAS
Licenciada en Derecho
Universidad de Salamanca

I. LA OMISIÓN COMO FORMA DE APARICIÓN DEL DELITO DISTINTA DE LA COMISIÓN. CONCEPTO Y CLASES PENALMENTE RELEVANTES

Según el art. 1.1 del Código Penal no solo la «acción», sino también la «omisión» dará origen a un delito o falta si está «penada por la ley». Así nos encontramos con dos modalidades de tipo penal: tipo de acción y tipo de omisión con dos conductas diferenciadas, no por el carácter activo o pasivo de la conducta, sino por su distinta estructura y distinto significado como base positiva del injusto ya que, en lo que a la estructura se refiere, mientras los tipos de acción se dan si se realiza la conducta descrita, los de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta o realización de una conducta distinta a la prevista; en el sector de la base del injusto, la diferencia radica en que, en la acción se infringe una norma prohibitiva «hacer lo que la norma prohíbe» y en la omisión se infringe una norma preceptiva «hacer algo distinto a lo obligado por una norma preceptiva» siempre que, en ninguno de los casos, exista una causa de justificación.

Por consiguiente vemos que la omisión no requiere la pasividad física del autor sino que, por el contrario, suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta a la ordenada; sírvanos como ejemplo el abandono de un compañero de excursión en situación de grave peligro para su vida donde la conducta activa del autor sería el marcharse.

Estructuralmente la omisión es la infracción de un deber jurídico. Lo esencial por tanto en el delito de omisión, es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y esperada en el Ordenamiento Jurídico.

MIR PUIG¹ considera que la ubicación sistemática de la omisión debe estar en el seno de la teoría del tipo del injusto como una de sus modalidades según la clase de norma que puede infringir, y no según la especie de la conducta existiendo, por tanto, omisiones fuera del derecho penal. Apreciándose que en ningún caso debe ubicarse en el capítulo del comportamiento humano.

¹ MIR PUIG, 1985, p. 252.

El mismo autor manifiesta que en los tipos de omisión también se presupone la realización de una conducta humana que posea el carácter de toda acción: *La voluntariedad*, la cual ostenta la conducta positiva en lugar de la ordenada, ej. marcharse del lugar del accidente o quedarse sin prestar auxilio sin existir ninguna justificación como en el caso de fuerza irresistible, actos reflejos o inconsciencia.

Para MUÑOZ CONDE² acción y omisión no son dos formas ontológicamente distintas del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no A) de dicho comportamiento, siendo la posibilidad de acción el elemento ontológico conceptual básico común a ambos comportamientos (comisivo y omisivo). Este último punto, el de la imposibilidad de realizar la conducta, para la mayoría de la doctrina, es un límite tácito del deber de actuar del tipo de omisión, ej. la ley penal no califica como delito de omisión el que un telespectador londinense vea en la TV un accidente en el rally París-Dakar y sin embargo no haga nada ya que aquí no se puede imponer el deber de auxiliar debido a la imposibilidad de actuar (geográfica, material...).

Por consiguiente, y concretando en el punto que nos ocupa, podemos decir que al lado de la acción como conducta humana, se encuentra la omisión como fórmula igualmente válida para dar lugar a un delito punible, siempre que esté penado por la ley y no exista ninguna causa de justificación en dicho comportamiento (ej. fuerza mayor) encontrándose el autor en cualquier caso, en posición de actuar.

No podemos dejar este asunto sin hacer notar que la precisión de si estamos ante un delito de acción o de omisión no siempre está clara ya que hay casos como el del asesino que apuñala a su víctima dejando que se desangre hasta morir, en que tan eficaz como la apuñalada en la producción de la muerte, ha sido el no contener la hemorragia (aparecen conjuntamente acción y omisión). En estos casos dudosos, según RODRÍGUEZ DEVESA³, hay que tener en cuenta, para la fijación del momento en que comienza el actuar jurídico-penalmente relevante, la intención del sujeto en los delitos dolosos: si el médico al comenzar la intervención tenía intención de dejar desangrarse al operado estaríamos ante un hacer positivo o acción, pero si la intención surge después de haber practicado la incisión hay comisión por omisión u omisión impropia que ya calificaremos mas adelante.

Concepto

Después de lo dicho anteriormente no es difícil llegar a una concepción del delito de omisión no como un simple no hacer nada, sino como el no realizar una acción jurídicamente exigida, o el actuar de forma contraria a la obligada estando en

² MUÑOZ CONDE, 1993, p. 222.

³ RODRÍGUEZ DEVESA, 1991, p. 222.

posición de hacerlo, y sin que medie ninguna justificación como fuerza mayor, inconsciencia...

Conforme a todo esto, y en líneas lo más sencillas posibles, vemos que la omisión no es otra cosa que la infracción de una norma preceptiva o imperativa basada en un no hacer o hacer algo distinto a lo ordenado teniendo la posibilidad de actuar y hacerlo.

Clases de omisión penalmente relevantes: propia e impropia

Partiremos de que la omisión penalmente relevante no es sino otra que la omisión de la acción esperada porque se le impone el deber de realizarla.

La distinción entre omisión propia e impropia fue inaugurada por LUDEN hecho que marcó una nueva época en la evolución⁴ de la problemática que ahora nos ocupa.

MIR PUIG por su parte prefiere la terminología omisión pura y comisión por omisión respectivamente, pero aun así se sigue manteniendo la terminología anterior⁵.

Pasemos ahora a descubrir individualmente cada una de estas clases:

1. Omisión propia o pura

Son la contrapartida de los delitos de mera actividad en los delitos de acción que se traduciría en «el no hacer algo determinado pese a que el sujeto pudiese haberlo hecho». No se requiere la producción de un resultado en el sentido de una modificación del mundo exterior.

Para LUZÓN CUESTA⁶ es una expectativa de actuación impuesta por el Ordenamiento Jurídico de modo que dichas conductas omisivas vienen expresamente tipificadas por la ley. Ejs. art. 338 bis: omisión de impedir determinados delitos y art. 489 bis en cuyo caso se pena la omisión del deber de socorro.

DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO⁷ consideran que la omisión pura es la conducta típica concretada en la no realización de la acción impuesta para neutralizar el peligro que se cierne sobre el bien jurídico para lo que es necesario que el obligado a actuar esté en «condiciones personales de hacerlo».

Tres elementos son, por tanto, los que componen este tipo de omisión: la existencia de una situación típica, la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizar esa acción medida con arreglo al baremo del hombre mentalmente normal.

⁴ HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 32 y ss.

⁵ En España está más extendida la expresión «comisión por omisión» que la de «omisión impropia». Cfr., por ejemplo, Antón ONECA, PG, p. 170; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión de socorro*, p. 77.

⁶ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal*, PG, 1986, pp. 56 y ss.

⁷ DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, PG, 2ª ed., 1986, pp. 565 y ss.

Esta figura, al venir expresamente tipificada, no plantea excesivos problemas lo cual no puede, sin embargo, predicarse de la siguiente clase de omisión u omisión impropia que definiremos ahora en grandes líneas y trataremos en profundidad más adelante.

2. *Omisión impropia o comisión por omisión*

En estos delitos, como contrapartida de los delitos de resultado en los delitos de acción, se pena que «el no hacer» dé lugar a un resultado prohibido como ocurre en el art. 340 bis donde se castiga al que «origine un grave riesgo para la circulación» siendo ese grave riesgo el resultado producido.

El problema para MUÑOZ CONDE está en que, por lo general, este tipo de omisiones no están previstas como tales en los tipos de lo injusto constituyendo un problema de interpretación dilucidar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que si se menciona expresamente en la ley⁸.

Para dar solución a este conflicto, la opinión dominante se centra en la figura de la posición de garante de acuerdo a la cual tiene el deber de actuar y, por ello su omisión se equipara al deber activo, aquel que con arreglo al Ordenamiento Jurídico esté constituido en garante de que el resultado no se produzca. Equiparación que debe ser realizada con sumo cuidado si no se quiere lesionar el principio de intervención mínima que impide equiparar con la misma sanción comportamientos cualitativos distintos.

Por lo tanto, como hemos podido comprobar, la posición de garante además de ser un punto estratégico en este asunto, se alza como un tema complicado que exige un estudio mucho más amplio y detallado que abordaremos en su momento.

II. REGULACIÓN POSITIVA

1. *En el Código Penal*

En nuestro actual código penal, se hace referencia general al delito de omisión en el art. 1.1 que nos dice: «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley».

Las citas particulares, escasas por cierto, generalmente se centran en los delitos omisivos propios que son, como ya hemos dicho antes, los que siempre están expresamente tipificados, ej. art. 489 ter: omisión del deber de socorro y art. 338 bis b u omisión del deber de impedir determinados delitos; sin embargo, en lo que respecta

⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, p. 227.

a las conductas omisivas impropias, cuya dificultad descansa precisamente en esa falta de tipicidad, encuentran su asiento legal –indirecto– en los tipos de resultado, ej. art. 407 «el que matare a otro» que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones, equivalencia aplicada siempre de forma muy restrictiva para no contravenir el principio de legalidad y evitar, en la medida de lo posible, la inseguridad jurídica que la falta de una disposición general en este tema pueda provocar.

2. En el Proyecto de 1992

En su artículo 9 el proyecto nos dice que «son delitos o faltas las acciones dolosas e imprudentes penadas por la ley» como mención general al delito de omisión.

Su mención individual al delito de comisión por omisión u omisión impropia está en el art. 10 que literalmente establece: «los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, es este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido de la ley, a su causación». Es ésta una fórmula a la que se ha llegado mediante la adaptación de la cláusula de equivalencia del art. 13.1 del StGB o código penal alemán de 1975 que, aunque no soluciona en su totalidad la falta de regulación positiva o vacío legal existente en nuestro código penal actual, significan un punto de apoyo legal y suaviza el conflicto habido con el principio de legalidad.

De la omisión propia trata en el Título VIII del Libro II (arts. 196 y 197) donde habla de la omisión de socorro y cuya diferencia con el código penal está en la atenuación de las penas y la inclusión de un nuevo artículo, el 190, que dice: «*el que denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derivare riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses*».

La regulación de este tema en el Anteproyecto solo tiene un salvedad respecto al Proyecto, el orden de los artículos en los que se trata la omisión propia varía ya que, aunque sigue tipificada en el Título VIII del Libro II en esta ocasión cubre los arts. 189 y 190.

III. LA OMISIÓN IMPROPIA: CONCEPTO Y ASPECTOS CONFLICTIVOS

Concepto

Son los delitos de omisión, en su mayoría, no descritos expresamente por la redacción legal y cuyo asiento jurídico ha de buscarse en los tipos de resultados que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del

resultado en ciertas condiciones caso, este último, en que es preciso añadir un requisito no previsto en los tipos de resultados: *la posición de garante*.

Con esta figura se ha conseguido una construcción dogmática de la comisión por omisión «supralegal» que intenta llenar el vacío de expresa regulación legal.

En España, como ha observado GIMBERNAT, esta omisión supralegal ha encontrado muy restringida resonancia en la doctrina y jurisprudencia razón por la cual los manuales suelen limitarse a citar casos extremos como el de la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido⁹ y son muy pocas sentencias en las que el TS ha admitido la omisión dolosa sin encontrar, sin embargo, ningún obstáculo a la hora de equiparar la acción imprudente y la omisiva.

MIR PUIG¹⁰ cree que es precisamente la doctrina la encargada de concretar los supuestos en que se da ese específico deber jurídico de evitar el resultado, es decir la posición de garante.

Si lo que queremos es conceptualizar de forma sencilla este delito de omisión para hacernos una idea más o menos clara de ella, la definiríamos como un delito de omisión no previsto en la ley y consistente en un no hacer que origina un resultado típico el cual, para ser objetivamente imputable a un sujeto, no es necesario haya sido causado por éste en un sentido físico¹¹ (relación de causalidad naturalista entre la omisión y el resultado) sino que basta con que el sujeto hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante.

De aquí se deduce un nuevo problema: no puede decirse con absoluta seguridad si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado ante lo cual, la doctrina dominante se contenta con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con «una probabilidad rayana en la seguridad»¹².

Son dos, por tanto, los aspectos destacados en la estructura de la omisión impropia: el primero lo conformaría la relación de causalidad existente entre la omisión y el resultado producido de modo que, de haberse realizado la conducta omitida, ese resultado no habría tenido lugar; el segundo aspecto vendría dado por la existencia de una obligación de actuar o posición de garante que convierte al autor en garante de la indemnidad del bien jurídico correspondiente¹³.

Luego son tres los elementos necesarios para la imputación objetiva del resultado: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de haber evitado ese resultado interponiendo la acción que debía¹⁴.

⁹ Cfr. Antón ONECA, PG, p. 173; CUELLO CALÓN, PG, p. 348.

¹⁰ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 256.

¹¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 226.

¹² Cfr. MIR PUIG, *op. cit.*, p. 274.

¹³ Cfr. LUZÓN CUESTA, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; MUÑOZ CONDE, pp. 226 y ss.

¹⁴ Cfr. MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

Todo esto sería en lo que al tipo objetivo del delito respecta, lo que al tipo subjetivo se refiere, la particularidad radica en que el dolo deberá abarcar no solo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción, además habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de posición de garante en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituiría error de tipo sino de prohibición.

Como vemos son muchas las dificultades que plantea este delito de omisión impropia y que pasamos a analizar seguidamente.

Aspectos problemáticos

1. *La posición de garante*

Aunque ya nos es una figura familiar no vendría de más el definirla como el deber de actuar, por parte del autor, cuando le corresponde a éste una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro en determinadas condiciones; situaciones, estas dos, que convierten al autor en garante de la indemnidad del bien jurídico correspondiente. Son dos, por tanto, los elementos que concurren en los casos más inequívocos de posición de garante: *atribuibilidad del riesgo en su autor y correcta dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante*¹⁵.

Esta figura es la salida que la doctrina ha encontrado para llenar el vacío legal del que adolece la omisión impropia suprallegal y es necesaria para que, la no evitación del resultado pueda equipararse a su propia causación positiva; todo lo cual hace plantearse si es compatible con el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

Esto no significa que quede impune quien omite sin encontrarse en la posición de garante sino que su conducta puede constituir un delito de omisión pura si algún precepto como el art. 338 bis le obliga a actuar (en este artículo, en concreto, se le obliga a actuar impidiendo determinados delitos).

La seguridad jurídica, por su parte, aconseja limitar la admisión de verdadera posición de garante a los casos más evidentes en defensa del principio *in dubio pro reo*.

Pero ¿por qué se es garante?, para DE TOLEDO Y UBIETO y HURTADO TOCILDO¹⁶ se es garante porque se está en situación de proximidad no solo física sino tam-

¹⁵ *Ibidem*, p. 263.

¹⁶ DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO, op. cit., p. 579.

bién social, a una persona o cosa que puede representar un peligro para los bienes jurídicos más importantes (normalmente vida y salud e integridad personales) y, por tanto, se está en mejores condiciones que otras personas para evitar que el peligro llegue a suponer la afectación de los bienes jurídicos en forma de resultado típico con la consiguiente dependencia del titular del bien jurídico en peligro, respecto a la prestación del resultado por parte de quien se halla en tales condiciones.

Como ya hemos dicho antes, la omisión impropia exige un resultado lo que también plantea un problema ya que, la relación de causalidad entre omisión y resultado no se puede hallar porque, como dice RODRÍGUEZ DEVESA¹⁷, ésta solo se puede dar entre dos fenómenos físicos por lo que se ha llegado a la «causalidad hipotética» como fórmula con resultados satisfactorios, y que equipara la omisión con la acción cuando, si se hubiera realizado la conducta esperada, el resultado se hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza (TORIO exige un 100% de seguridad); pero aun así no estamos ante una verdadera causalidad sino ante un criterio de imputación objetiva del resultado al omitente-garante basado en la idea de incremento del riesgo: cuando la infracción del deber de actuar, por parte de quien está en posición de garantía, haya incrementado el riesgo de aparición del resultado típico y no porque lo haya causado, sino porque no lo ha evitado pudiendo hacerlo. Luego es la evitabilidad el criterio que nos permite imputar un resultado al sujeto activo que tenga el deber jurídico específico de evitarlo por encontrarse en posición de garante equiparándose esa «no evitación» a la propia comisión.

El fundamento de esta equiparación y sus límites, debido a las consecuencias que puede conllevar, es una de las cuestiones más discutidas en la dogmática jurídico-penal que ha creado diversas fuentes de nacimiento de los deberes de garantía como son: *la ley*, ej. alimentar a los hijos no emancipados (art. 154.1 del CC), *un acto por el que se asuma el deber de actuar*, ej. un contrato por el que uno se obliga a vigilar la ejecución de unas obras, o *la precedente producción de una situación de peligro (o injerencia)* que parte con la idea de que, quien crea una situación de peligro está obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar que se produzca el resultado dañoso, ej. el que enciende un fuego en el bosque para calentarse ha de tomar las medidas oportunas para no provocar un incendio.

Para QUINTERO ésta es tan solo una solución aparente pues tales fuentes de nacimiento no serán unánimemente aceptadas.

Los siguientes son los supuestos de posición de garante admitidos por la ciencia jurídico-penal¹⁸:

1. Función de protección de un bien jurídico por distintos motivos: *estrecha vinculación familiar* (ej. padres-hijos pequeños), *comunidad de peligro* donde se

¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 387.

¹⁸ Seguimos la clasificación que recoge Jescheck, tratado, pp. 856 y ss.

asume el riesgo de esa actividad con la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes (ej. expedición alpina) y *asociación voluntaria* (ej. el profesor de natación es garante de la vida del niño que de hecho se le ha confiado aunque luego se demostrase que el contrato llevado a cabo entre los padres y el profesor fuera nulo).

2. Deber de control de una fuente de peligro: la doctrina alemana incluye aquí tres supuestos: a) *el actuar precedente (o injerencia)* donde quien ha creado, por una conducta precedente, unan situación de peligro para un bien jurídico está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión (ej. el que atropella y después huye); en estos casos una importante corriente doctrinal estima que con la sola conducta precedente no basta para fundamentar una posición de garante, por lo que esta posición requiere que, por una u otra vía, tenga lugar una creación o aumento del peligro que sea atribuible a su autor. Generalmente la omisión de estos deberes dará lugar a una comisión por omisión imprudente (como ocurriría en el caso de la hoguera en el bosque). b) *El deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio por el peligro que éste pueda producir* (ej. el que tenga un animal salvaje es responsable del peligro que éste pueda producir). Y c) *Responsabilidad por la conducta de otras personas* donde se exige que el deber de vigilancia abarque la obligación de controlar una específica peligrosidad del vigilando (ej. el tutor de un demente peligroso es responsable de sus actos delictivos).

Podemos observar que en todos los supuestos es otro sujeto el que materialmente comete el hecho antijurídico planteándose seguidamente la cuestión de ¿convierte la posición de garante en autor del delito o en partícipe por omisión?; MIR PUIG se inclina por la segunda opción por entender que el dominio del hecho, de lo que depende la autoría, corresponde sólo al sometido a vigilancia, que no puede considerarse utilizado como instrumento por la sola omisión del titular de la vigilancia. Así, las STS 30 de enero de 1945 considera al padre coautor del delito de robo materialmente ejecutado por su hija de 14 años¹⁹.

MUÑOZ CONDE²⁰ ha llegado a la conclusión de que la diversidad y complejidad de las situaciones que pueden darse dificultan una solución de este problema en la parte general debiéndose tener en cuenta el ámbito de protección del respectivo tipo delictivo en la parte especial en la que, unas veces el legislador ha resuelto expresamente el problema (art. 340 bis c, art. 348 bis a, etc.) y otras lo ha dejado en manos de la doctrina y jurisprudencia que, por la vía de la interpretación deben resolver el caso concreto sin recurrir a la analogía, cuando la no evitación del resultado equivale a su causación según el sentido del texto de la ley (fórmula empleada en el art. 10 del Proyecto de CP de 1992).

¹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Introducción, pp. 138 y ss., donde se pone de manifiesto la inseguridad del TS en referencia a la participación omisiva.

²⁰ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 229 y ss.

Vemos pues que la posición de garante es un arma peligrosa que puede chocar frontalmente con los principios de legalidad, tipicidad y seguridad normativa convirtiéndose por ello en un tema ampliamente discutido y tratado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Es por tanto aconsejable la introducción en nuestro Derecho Penal de una disposición legal que expresamente reconociese y fijase las bases de elaboración dogmática de la comisión por omisión no haciendo uso de la analogía sino de una interpretación que, aunque extensiva sigue siendo lícita por respetar «los límites del sentido literal posible». Entre tanto la seguridad jurídica exige restringir la omisión supralegal a los casos en que resulte su equivalencia social al hacer activo (*in dubio pro reo*)²¹.

Todo esto nos podía servir como conclusión pero no podemos zanjar este punto sin tratar el tema de las penas en los delitos de omisión que nos ocupan; problemática ésta resuelta de distinta manera por los escritores: algunos, como RODRÍGUEZ DEVESA²², se decantan por una pena igual a la del hacer positivo ya que consideran que una vez afirmada la equiparación entre no impedir y causar, no hay razón alguna de peso que induzca a un trato más benévolo; otros autores, sin embargo, afirman que los delitos de omisión son merecedores de una pena intermedia a la que se puede llegar de dos formas: agravando la pena de omisión pura o atenuando la del delito de resultado correspondiente (en España sólo existe la agravación del art. 489 bis).

Todo lo dicho hasta ahora nos sirve como introducción al siguiente aspecto problemático y poseedor de una extraordinaria importancia por ser el tema matriz de este Congreso:

2. Adaptación de la cláusula de transformación alemana en el Proyecto 92

Para ARMIN KAUFMANN los delitos de omisión impropia chocan frontalmente con las exigencias del principio de legalidad situación que no hallará remedio auténtico hasta que no se proceda a la tipificación expresa, a través de su descripción singularizada en la parte especial, de las hipótesis punibles de comisión por omisión.

Con las cláusulas generales quizás no se vaya mucho más lejos dado que las posiciones de garantía permanecen no escritas y tampoco se sabe muy bien que tipos de la parte especial son susceptibles de omisión impropia y cuales no con la consiguiente dosis de inseguridad jurídica. Pero, si nos ceñimos al código penal español y la situación en que se encuentran en él los delitos de omisión impropia, cabe decir que más valdría tener una cláusula similar a la alemana que ninguna como es el caso; y esta ha sido la propuesta llevada a cabo por el Proyecto de código penal.

El Informe General del Poder Judicial considera que la fórmula adoptada en el art. 10 del Proyecto de CP es una resonancia del art. 13.1 del StGB que intenta satis-

²¹ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 259.

²² RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 390 y ss.

facer las distintas aspiraciones de la doctrina española resumidas en dos: sujeción de la punición de omisión impropia al principio de legalidad a través de una fórmula general de habilitación y exclusión de los fundamentos materiales que la sustentan debido a las complicaciones que suscitan.

La redacción resultante quizás no sea la mejor pero, probablemente, es la única de las propuestas que puede, generalmente, ser aceptada como una mejora.

Con la idea de «equivalencia» en el art. 10 se está dando cabida a cualquier fundamento material que pueda sustentarse, y con la de «el sentido del texto de la ley» se dice que la equivalencia ha de ser jurídica y poder inferirse de las palabras del legislador al menos contextualmente.

La atenuación facultativa que contiene el art. 13.2 del StGB, se suple, en buena parte por la regulación del delito de omisión del deber de socorro (Título VIII del Libro II del Proyecto).

Todo esto como solución parcial está bien, pero si de lo que se trata es de alcanzar una solución completa, el modo más adecuado sería el de incorporar a la parte especial los correspondientes tipos de omisión impropia que se estimen incriminables mediante un sistema de *numerus clausus* de delitos de comisión por omisión.

En resumen, el Proyecto de ley nos aporta una solución, que aunque no sea del todo satisfactoria, viene a atenuar en mayor o menor medida el conflicto habido entre la omisión impropia y el principio de legalidad, y el de tipicidad como expresión dogmática del primero.

IV. CONCLUSIONES

Aunque somos conscientes de que la discusión aún no está zanjada y el conflicto todavía está servido, estamos obligados a valorar el esfuerzo llevado a cabo por la doctrina con su aportación al tema a través del Proyecto 92 como fórmula que, aunque no sea del todo satisfactoria por no cumplir todos los fines perseguidos, sí ha logrado suavizar el ya tradicional choque entre el delito de omisión impropia y los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica que tantos problemas ha planteado por su gran relevancia y significación jurídicas.

Por todo esto, se puede afirmar con la suficiente certeza que la redacción del nuevo Proyecto de CP es un paso decisivo en el tema porque viene a limar en la medida de lo posible las múltiples asperezas que la actual falta de regulación del delito de omisión impropia suscita, creando una base legal que, aunque un tanto insegura sigue siendo una base, lo cual a todas luces, siempre será mejor que el existente vacío legal como fuente de inseguridad jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 2ª ed., 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP, 1987, pp. 579 y ss. (y en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 182 y ss.).
- GONZÁLEZ SERRANO, *Delincuencia de omisión*, ADPCP, 1951, pp. 303 y ss.
- HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987.
- MIR PUIG, *Derecho Penal* (PG), 1985, pp. 261 y ss.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal* (PG), 1993, pp. 221 y ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Comisión por omisión* (voz), NEJ SEIX VI, pp. 469 y ss.
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal* (PG), 14ª ed., 1991.
- TORIO LÓPEZ, *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, ADPCP, 1984, pp. 693 y ss.