

LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

María Luisa Cuerda Arnau¹

RESUMEN

El trabajo pretende poner de manifiesto que determinadas interpretaciones de la comisión por omisión vulneran el principio de legalidad al extender la responsabilidad más allá de donde permite la norma. La comisión por omisión se fundamenta en una equivalencia de significado entre la omisión y las conductas descritas en los verbos activos de los diferentes tipos. Lo determinante para decidir si alguien ha matado no es si estamos ante una omisión o una conducta activa sino si, desde el punto de vista del sentido, podemos decir que mató, esto es, que la muerte le es imputable, entendido este término como atribución de la realización de ese concreto sentido. Sin embargo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia consideran que lo determinante es que se trate de conductas materialmente equivalentes con independencia de lo que diga el tipo. De esa manera se destroza la tipicidad y se sustituye por la particular valoración de cada intérprete, por lo que a cada uno le parezca que merece el mismo reproche. Ello implica una vulneración del principio de legalidad y, por tanto, supone traspasar los límites constitucionales de la comisión por omisión.

Palabras clave: Acción. Comisión por omisión. Concepción significativa de la acción. Criterios de imputación de la comisión por omisión: límites constitucionales. Principio de legalidad.

ABSTRACT

The article aims to show that some interpretations of commission by omission violate the principle of legality to extend responsibility far away from where the standard would allow. Commission by omission is based on an equivalence of meaning between the omission and the actions described in the active verbs of different Tatbestand. The determining factor in deciding whether someone has killed is not whether we have a omission or active action but whether, from the point of view of meaning, we can say that he killed, which means, that death is attributable, understood this term as attribution the realization of that particular sense. However, a sector of the doctrine and jurisprudence consider that what matters is that it is materially equivalent behaviors regardless of what the person says. Thus the "Tatbestand" is shredded and replaced by the particular valuation of each performer, so everyone seems to deserve the same consequence. This implies a violation of the principle of legality and, therefore, is to traspas the constitutional limits of the commission by omission.

Keywords: Action. Commission by omission. The meaningful conception of action. Imputation criteria: constitutional limits. Principle of legality

¹ Profesora titular de derecho penal Universitat Jaume I (Castellón).

Cuando se condena a alguien al margen de los principios constitucionales se nos está condenando sin garantías a cada uno de nosotros. Si pudiéramos conseguir que la sociedad comprendiera que eso es así tendríamos casi todo el camino recorrido. A eso ha dedicado Tomás Vives parte de su vida, y, por tanto, somos todos quienes estamos en deuda con él.

LA PROPUESTA DE VIVES ANTÓN: UNA NUEVA PERSPECTIVA CONCEPTUAL

La concepción significativa de la acción que Vives Antón ha formulado en sus *Fundamentos del sistema penal* y en trabajos posteriores no pretende ser una opción dogmática más.² Es ante todo una propuesta de reflexión sobre nuestras prácticas doctrinales y jurisprudenciales, sobre la situación a que nos ha conducido la dogmática y sus verdades. De algún modo, lo pretendido ha sido abrir el debate sobre la conveniencia de sustituir esas supuestas verdades por consensos estables y bien fundados, es decir, consensos que apelan a los principios y garantías constitucionales en lugar de hacerlo a categorías materiales que deforman el texto de la ley. A tal efecto, Vives ha comenzado por describir el panorama resultante de la pretensión dogmática de clarificar el sentido del texto de la ley distanciándose del lenguaje común en el que la ley se expresa. El lenguaje común y el uso común del lenguaje, considerados indignos de confianza, se sustituyen por un método que, sin embargo, resulta incompatible con el objetivo declarado.

Este es el primer problema del que adolecen nuestras sistemáticas. Lo pretendido es ofrecer una mejor y más segura aplicación del derecho pero resulta que para alcanzar tal objetivo recurrimos a un “lenguaje” pretendidamente superior, que se sobrepone a lo que dice la ley. Es así como una norma redactada en lenguaje común pasa a ser leída en “lenguaje” dogmático y, a partir de ahí, se extraen consecuencias impredecibles para el ciudadano con la consiguiente quiebra de la seguridad y la certeza en la aplicación de la ley.

² Vid. además de la obra del propio Vives que aparece en la relación de sus publicaciones, las valiosas aportaciones de JIMENEZ REDONDO, M. Estudio preliminar. In: VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 33-98; MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ, C. La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, v. 1, n. 2, p. 1-13, 1999. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc>>; del mismo autor: Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal. In: GARCÍA VALDÉS, C. y otros (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1.237ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Un interesante desarrollo de las pretensiones de validez específicas en .ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio de derecho penal: parte general e especial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

La segunda dificultad que tienen nuestras sistemáticas para alcanzar su objetivo trae causa de su huida desde el concepto de acción hacia el concepto de responsabilidad. La pregunta por la acción se sustituye por la pregunta acerca de la responsabilidad. No se pregunta quien mató, sino quién es el responsable de la muerte. Pero, claro, para esta última pregunta existen tantas respuestas como opiniones acerca de la justicia material. La concordancia, el consenso, no es fácil cuando se trata de opiniones. Sin embargo, la concordancia es posible en el lenguaje, no en las opiniones. Así pues, pese a las zonas de penumbra que indiscutiblemente tiene, carece de sentido desplazar la concordancia en el lenguaje por la discordancia en las opiniones, una discordancia, hay que subrayarlo nuevamente, contraria a la idea de previsibilidad consustancial al principio de legalidad.

El tercer problema que aqueja a las sistemáticas es la vanidosa pretensión de que nuestros conceptos y nuestras ingeniosas construcciones puedan limitar al legislador. Sin embargo, resulta obvio que ni las sistemáticas, ni las estructuras objetivas se pueden imponer a aquél. Los límites sólo nacen de los principios y garantías constitucionales, que condensan derechos básicos de la convivencia en libertad.

Por último, no es menor la disfunción que genera la creencia de que el sistema nos dará explicaciones para problemas que son problemas políticos y constitucionales. La punibilidad o no de la tentativa inidónea o la extensión que la ley decida conferir a la comisión por omisión, por limitarme a dos ejemplos, no es un problema dogmático, sino un problema de hasta dónde quiero y hasta dónde puedo constitucionalmente castigar. Es, pues, un problema de discusión argumental. Al legislador puedo decirle que existían opciones más eficaces o que su decisión es inconstitucional pero lo que desde luego no puedo espetarle es que ha seguido una sistemática equivocada y, en su virtud, imponer ésta con independencia de lo que diga la ley.

Y si ese diagnóstico es exacto – y, desde luego, a mi me lo parece – ni los dislates a los que asistimos, ni la solución a los mismos depende de que nos adscribamos a una u otra corriente. Es por eso que la crítica de Vives no pretende desacreditar a nadie. Es una crítica contra el método de la dogmática, en la medida en que no puede haber ningún método “científico” que garantice la estabilidad en la interpretación de la ley.

1 LA DOGMÁTICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

De cuanto se lleva dicho se deduce sin dificultad cuáles son esas consecuencias prácticas a que conducen las pretensiones dogmáticas de conceptualización. La cuestión es que éstas no son una especie de juego intelectual al que la doctrina se entrega, sino que impregnan las decisiones de nuestros tribunales, cada vez, por cierto, más inclinados

a hacer – ellos también – “dogmática”. Recientemente, un ilustre penalista decía que “los tribunales tienden, por principio, a ampliar la punibilidad; hacen uso de construcciones dogmáticas desarrolladas en la ciencia, como si se tratara de un supermercado en el que siempre escogen únicamente lo que desean de manera intuitiva”.³ No voy a discutir que eso sea así. Sin embargo, el hecho de ser parte de “la doctrina” y el llevar casi diez años compartiendo estrados con jueces que procuran desempeñar bien su trabajo me obliga a asumir la responsabilidad que otros rehusan. Habría que preguntarse quiénes han convertido el panorama en un supermercado de opiniones, abandonando para ello el contexto de uso en el que cobran sentido las palabras de la ley.⁴

En este sentido, la comisión por omisión es un inmejorable ejemplo de cómo todos, la doctrina y la jurisprudencia, hemos olvidado que la seguridad jurídica exige usos estables y que, por tanto, nuestra principal función es precisar cuándo se siguen las reglas contenidas en la ley y cuando no, lo cual no es un problema lógico sino práctico. Ahora bien, hay que insistir en que para que nuestras prácticas sigan las reglas contenidas en la ley no podemos invertir los términos, esto es, no podemos pretender que sea la ley la que se pliegue a nuestros conceptos. Sin embargo, en la comisión por omisión se advierte sin dificultad la tendencia de las nuevas sistemáticas a huir del concepto de acción como sentido hacia el concepto de responsabilidad. La gramática de la imputación objetiva – el “lenguaje” de los criterios de atribución de la responsabilidad – sustituye al lenguaje ordinario y con ello toma cuerpo la imprevisibilidad y, por consiguiente, pierde el principio de legalidad. Ese es un problema de orden constitucional que afecta a las sistemáticas y que Vives ha expuesto de manera magistral. No se trata, pues, de abundar más en lo que él ya dicho, sino de contribuir muy modestamente a mostrar los efectos que nuestras construcciones pueden llegar a tener en la vida de las gentes.

³ SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión: GARCÍA VALDÉS, C. y otros (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1.626.

⁴ Me interesa insistir en la responsabilidad de la dogmática porque lo cierto es que por la vanidad de ser únicos eliminamos cualquier posibilidad de consenso, creando un universo de teorías que sustituyen a otras teorías que pronto se verán desplazadas por otras que no son ni más ni menos convincentes pero sí son nuevas. Los jueces se han limitado a seguir nuestro ejemplo, sin reparar – eso sí – en que la impredecibilidad de sus decisiones tiene en la libertad del ciudadano un impacto del que carecen las diferentes opciones dogmáticas

2 LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO EXPRESIONES DE SENTIDO. UNA PREMISA EXACTA DE LA QUE SE EXTRAEN CONCLUSIONES DISCUTIBLES

Voces muy autorizadas comparten con el Prf. Vives la preocupación por mostrar que los denodados esfuerzos que se han hecho para explicar la comisión por omisión traen causa en realidad de una toma de posición equivocada: el empeño en diferenciar acción y omisión sobre la base del sustrato óptico. La perspectiva cambia cuando la atención se desplaza del sustrato al sentido. La acción, ha dicho Vives en lugares diversos, no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato. El sustrato es inesencial. La asimetría lo es, por tanto, en algo secundario, de manera que los intentos por acortar la distancia existente entre la acción y la omisión no sólo trataban de salvar una diferencia óptica aparentemente insalvable sino que son innecesarios desde el momento en que “acciones y omisiones funcionan de modo idéntico en cuanto a aquello que las hace ser acciones: la expresión de significado”⁵.

Por lo que respecta a la comisión por omisión esta es, desde la perspectiva del sustrato conductual, un no hacer. Lo relevante es lo que no se hace y es precisamente eso que no se hace lo que debe comportar un significado de acción positivo encerrado en el verbo típico. En consecuencia, lo determinante para decidir si alguien ha matado no es si desde la perspectiva del sustrato conductual estamos ante una omisión o una conducta activa sino si desde el punto de vista del sentido podemos decir que mató, esto es, que la muerte le es imputable, entendido este término como atribución de la realización de ese concreto sentido.

Ese desplazamiento del sustrato al sentido es, sin embargo, sólo el primer paso de un camino que no todos recorren en la misma dirección. Es más, no creo que Vives refrendase los presupuestos, en algún caso, o las conclusiones, en otros, a que llegan algunas de las propuestas que también abogan por tal desplazamiento pero difieren de la suya en lo esencial: buscar el sentido a través del significado de las palabras de la ley.⁶ Con todo,

⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S.; COBO DEL ROSAL, Manuel. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 386.

⁶ No obstante, no puedo ocuparme de separar las propuestas de mi maestro de otras que se le asemejan o más bien parecen asemejarse. Si que diré, sin embargo que en el fondo de algunas propuestas que coinciden en concebir acción y omisión como expresión de sentido sigue latiendo la idea de la acción positiva como movimiento corporal. Eso explica que justamente para ejemplificar la inesencialidad del sustrato, algunos llamen acción al hecho de acelerar y atropellar a un peatón y omisión al de no pisar el freno y atropellarlo igualmente, pese a que, como es obvio, la acción es atropellar a un peatón y frenar y acelerar no son sino concreciones o momentos de esa acción que es de la que derivamos el significado.

- Por otra parte, conviene no desconocer que bajo apariencias similares pueden ocultarse concepciones distintas (cfr. vg la interesante propuesta de BUSATO, P. C. **Derecho penal y acción significativa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, y su reformulación de la acción como valoración de un sustrato) o diametralmente opuestas. Eso último es, a mi modo de ver, lo que acontece, por limitarme a un caso evidente, entre la propuesta de Vives y ALCÁCER GUIRAO, R. Como cometer delitos con silencio: notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad. In: TOLEDO Y UBIETO, E. O; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS

sí que creo importante poner de manifiesto algunas consecuencias indeseables que en ocasiones se extraen de la certera premisa de que la diferencia entre acciones y omisiones estriba en la relación del sustrato con el sentido, lo cual ciertamente, es inesencial. Ahora bien, afirmar lo anterior es algo bien distinto a decir que la diferencia entre acciones y omisiones resulta superficial. La cuestión no es menor por cuanto a partir de la supuesta irrelevancia de la distinción no sólo se da paso a construcciones dogmáticas discutibles, sino también a vulneraciones de derechos constitucionales. En primer lugar, eso es, a mi modo de ver, lo que propicia la idea de que, puesto que estamos ante una diferencia superficial, lo determinante es que materialmente se trate de conductas equivalentes con independencia de lo que diga el tipo. De esa manera se destroza la tipicidad y se sustituye por la particular valoración de cada intérprete, por lo que a cada uno le parezca que merece el mismo reproche⁷. En segundo lugar, hay que destacar que relegar a un plano secundario el sustrato naturalístico no obliga a hacer lo propio con la diferencia de sentido que existe

BECHIARELLI, Emílio (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón**. Valencia: Tirant lo Blahch, 2004. p. 21-54 . Pese a que este último autor se empeñe en emparentarlas (p. 38, nota 73), lo cierto es que las separa una importante diferencia de planteamiento porque, sin duda, los autores hablan del significado en sentidos muy distintos (sobre las concepciones del significado, vid la acertada exposición que VIVES ANTON ofrece en sus **Fundamentos**, p. 208ss). Por lo demás, es evidente que si Alcacer hubiera entendido bien la propuesta de Vives nunca hubiera caído en la tentación de decir que aquél “otorga una excesiva relevancia al lenguaje cotidiano como canon de interpretación [...]”, dejando caer que lo que defiende es sustituir “la construcción de criterios de imputación dogmáticos por una aproximación intuitiva a los términos de la ley” (p. 51). Con ello, entre otras cosas, se sugiere que la concepción de Vives es algo así como una simple remisión a los usos lingüísticos del lenguaje cotidiano, sin advertir la sustancial diferencia que media entre semejante cosa y la apelación al uso común del lenguaje, que, desde luego, ni se reduce a un mero enunciado lingüístico (ya que es obvio que de las meras palabras como simple enunciado lingüístico no emana el significado), ni, desde luego, excluye los usos especializados en la medida en que éstos contribuyen a fijar el significado en el ámbito específico al que se refieren. Por lo demás, Vives no discute que el lenguaje tenga – como tiene – zonas de penumbra. La diferencia con lo que otros proponen es el férreo convencimiento de que lo más garantista es salvar esas zonas de penumbra con prácticas de uso uniformes. Ese es el único cometido legítimo de los criterios de interpretación: servir como criterios de uso que alumbren esas zonas de penumbra.

⁷ Si nos fijamos, esta confusión que subyace en algunos planteamientos de la omisión no es distinta de la que se advierte en una extendida concepción de la autoría. En ambos casos, un importante sector de la doctrina ha renunciado a responder a la pregunta de quien realizó la conducta – activa u omisiva – y la ha sustituido por la de quién es el responsable. Para ello nada mejor que utilizar la infracción del deber como momento general de la autoría y banalizar la diferencia entre acción y omisión, sustituyéndolas por las ideas de competencias de autorganización y competencia institucional. Para construir la autoría con esos mimbres lo esencial es determinar la competencia, esto es, analizar si puede imputarse a alguien la infracción del deber. En virtud de tal razonamiento, la competencia precede a la determinación de si se realizó la acción o la omisión. Así se entiende que acabe por banalizarse la diferencia entre la acción y la omisión, pues, a fin de cuentas, no es su realización lo que determina la autoría. Vid un inteligente análisis crítico sobre el modo en que tradicionalmente se ha planteado el problema de quién puede ser tenido por autor, en GÓRRIZ, E. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, con prólogo de Vives. (vid. especialmente, apartado 5).

entre prohibiciones y mandatos (vid STC 154/2002, FJ 12). Si eso se olvida, se posterga cualquier política criminal regida por el principio general de libertad y, por tanto, se da un paso más hacia lo que ya es una intolerable expansión del derecho penal.

Esas son, creo, las principales consecuencias – aunque no las únicas – que hay que extraer de cuanto dijo Vives en un artículo en el que abordaba algunos aspectos de la propuesta de Jakobs sobre la omisión y en la que el autor concluía apostando una vez más por el mantenimiento de los principios del derecho penal liberal.⁸ Innecesario es subrayar la importancia que tiene esa apelación al liberalismo en un momento en que parece olvidarse que aquellos constituyen la esencia misma del proceso democrático y que, por tanto, cualquier condena impuesta despreciando sus exigencias es sólo un arbitrario castigo y no una pena.

3 LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

3.1 LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES COMO FRONTERAS LÓGICAS DEL PODER PUNITIVO

Pese a lo que el título pudiera sugerir, advierto ya al lector de que bajo el mismo no se esconde un vano empeño por reconsiderar cuantas formulaciones se han hecho de la comisión por omisión con el fin de limitar su alcance. Por una parte, esa sería una empresa abocada al fracaso dado el breve espacio de que se dispone. Pero sobre todo, sería inútil al objetivo que aquí se persigue que no es en modo alguno hacer ni una exégesis del art. 11 CP, ni enjuiciar el conjunto de las que se han hecho.⁹ Lo que se pretende es poner sobre la mesa las razones que, a mi modo de ver, convierten en ilegítimos determinados modos

⁸ “Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis”, en **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón**, cit., p. 1.113ss. Sobre la posición que reduce acción y omisión a una mera delimitación de naturaleza técnica y, por ende, califica de superficial su diferencia, vid. por todos JAKOBS, G. La competencia por organización en el delito de omisión: consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”. In: _____. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997, JAKOBS, G. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996 .

⁹ No se vea, pues, en la omisión de referencias bibliográficas obligadas en un estudio de esa otra naturaleza nada que pueda parecerse al desprecio intelectual o a la ignorancia.

de entender la ley. En realidad, se trata de subrayar que, como magistralmente expusiera Hobbes, lo que entonces se concebía como determinadas exigencias básicas de justicia determinan el propio concepto de delito y de pena, de suerte que en ausencia de dichas exigencias no hay verdadero ejercicio del derecho del Estado a castigar. Como en tal sentido ha dicho Vives, los límites constitucionales no son límites axiológicos externos sino que tienen un carácter definitorio de lo que entendemos por delito y pena, de manera que cuando aquellas fronteras lógicas se sobrepasan dejamos de hablar de delito y pena y hablamos de otra cosa.¹⁰ Quiere decirse con ello mucho más de lo que pudiera parecer en una aproximación apresurada. No es que la ley o la presunción de inocencia limiten lo que es delito o lo que se puede castigar como tal. Es que sin ley y sin presunción de inocencia no hay delito. En esa medida, cuando castigamos al margen de lo que dice la ley o cuando lo hacemos pese a la existencia de dudas sobre los hechos – o incluso sobre el significado de la ley –, la reacción no puede ser tenida legítimamente por pena. Faltando el delito, su presupuesto, aquella no es otra cosa que un acto de hostilidad o de venganza. Por eso no es posible ninguna teoría jurídica del delito o de la pena en la que los principios constitucionales salgan perdiendo. Así de sencillo.

3.2 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA CERTEZA SOBRE LOS HECHOS Y SOBRE EL DERECHO

En lo que sigue me limitaré a apuntar cómo a cuenta de la comisión por omisión se vulneran dos exigencias que se implican mutuamente y que constituyen la clave de bóveda del sistema de garantías.

Atendidos los límites que deben respetarse, no me detendré a abundar sobre el contenido y alcance de dos principios sobre los que se han escrito algunas páginas memorables. Sí que, sin embargo, me parece importante traer a colación algo que Vives ha dicho y que merece que se le preste una singular atención. Me refiero a la indisoluble vinculación que existe entre ambos principios, toda vez que de no existir el derecho a la presunción de inocencia se volatilizaría la garantía representada por la legalidad puesto que las acciones podrían atribuirse a quien no las hubiera realizado, conculcándose así la exigencia básica en que la legalidad consiste: la realización de una acción prevista en

¹⁰ Sobre tal cuestión, Thomas. **Leviatán**: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil. Tradução de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 1989. Segunda parte, caps. 27-28. VIVES, **El ius puniendi y sus límites constitucionales**, Tol 817272.

la ley como delito. De igual modo, cuando conculcamos la legalidad atribuyendo, por ejemplo, la posición de garante a quien la ley no se la impone estamos también vulnerando el derecho fundamental previsto en el art. 24 CE puesto que condenamos sin la prueba de un supuesto elemento del delito. La referida vinculación se comprende con solo pensar en que su fundamento último no es otro que la exigencia de certeza o, lo que a estos efectos es lo mismo, una verdad de la que no es razonable dudar. De ello deriva Vives una conclusión que es, a mi juicio, de la máxima importancia: la verdad, la certeza objetiva no sólo debe predicarse de los hechos, sino también del derecho. El mismo canon de certeza que exigimos para tener los hechos por probados debemos requerirlo cuando decidimos sobre la aplicación de la ley, pues de ambos modos puedo conculcar el derecho fundamental a ser tenido y tratado como inocente. Por consiguiente, no sólo se vulneran garantías constitucionales cuando se condena, por servirme de un ejemplo tópico, pese a las dudas sobre si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino también cuando aquellas versan sobre si lo que se hizo es lo que la ley define como delito. Precisamente por eso, sólo tradicionales hábitos escolásticos explican el que separemos cuestiones que se entrecruzan y que son indistintamente problemas de legalidad y de presunción de inocencia.

3.2.1 Comision por omisión, principio de legalidad y libertad interpretativa

A) La lógica de la equivalencia, la lógica lingüística y la lógica del deber. La STC 154/2002 como ejemplo.

Cuando el art. 11 CP dice que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo “equivalga según el sentido del texto de la ley a su causación” está subrayando la especialísima significación que el principio de legalidad tiene en la comisión por omisión.

En realidad, con esa fórmula está todo dicho y, a la vista de la deriva interpretativa que ha seguido el precepto, todo hace pensar que hubiera sido preferible no decir más.¹¹ En cualquier caso, el precepto está ahí y, al menos, sí que hay algo en el mismo sobre lo

¹¹ Creo que acierta SILVA SANCHEZ cuando dice que lo mejor hubiera sido incluso no decir nada (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás S. **Derecho penal**: parte general 5. ed. corr. y aum. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 457ss) porque lo cierto es que la introducción de la cláusula en lugar de generar certeza ha creado inseguridad, por lo que el balance desde una perspectiva constitucional no puede ser positivo (Cfr. S. Huerta TOCILDO, S. **Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 47ss).

que no es razonable dudar: la posibilidad de la comisión por omisión deriva del significado de una conducta. No puede, pues, haber un concepto general. Será en cada caso a partir de los verbos típicos y del contexto valorativo específico como habrá que decidir si el sustrato conductual omisivo que se enjuicia resulta subsumible en la formulación legal del delito. La equivalencia apela a todas esas exigencias: las valorativas y las lingüísticas, que, son, en el fondo, inescindibles por cuanto como, ha dicho Vives recordando a Beling, las palabras de la ley expresan las valoraciones materiales del pueblo.¹²

Recordada así la obviedad de que el principio de legalidad es la clave de bóveda de la legitimidad de la comisión por omisión, hay que preguntarse en qué medida algunas extensiones de la misma se compadecen con dicha garantía en un modelo que, a diferencia de lo que favorece el §13 StGB, exige una absoluta equivalencia, lo que explica, por otra parte, que no se autorice género alguno de atenuación. Las dudas sobre la equivalencia hay que resolverlas, pues, excluyendo la aplicación del precepto.

Eso es, por ejemplo, lo que procede en determinados casos en los que podemos coincidir en entender que la gravedad de una determinada omisión va más allá de la que se predica de una omisión pura del deber de socorro o de impedir un delito pero, al mismo tiempo, somos capaces de reconocer que desde la perspectiva del sentido del texto de la ley hay un abismo de significado entre la conducta a que el tipo se refiere y los deberes de salvación omitidos. Siendo así, falta la equivalencia¹³

¹² **Comentarios al Código penal**, op. cit., p. 526 y VIVES ANTON, T. S.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (Dir.). Principios constitucionales y dogmática penal. In: _____. _____. **Estudios sobre el Código penal de 1995**, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 1996. p. 50. Así puede entenderse mejor que la posición de garante sea un momento constitutivo de la equivalencia porque si quien omite no está en posición de garantía es imposible entender que su omisión equivale a la causación y, del mismo modo, esa perspectiva evidencia muy claramente por qué ciertas clases de posición de garante no permiten afirmar la comisión por omisión. Por ello, aunque en ocasiones se aluda a la lógica de la equivalencia, a la lógica lingüística y a la lógica del deber, esa triple referencia no puede llevarnos a creer que se trata de lógicas enfrentadas, lo que indudablemente no son

¹³ Por mucho que valorativamente la conducta pueda merecer desde una perspectiva social un reproche idéntico al que resultaría de haberse alcanzado el resultado a través de una conducta activa. En suma, como bien ha defendido Silva en diversos lugares, en el art. 11 no tienen cabida las llamadas omisiones de gravedad intermedia, que, en su caso, habrá que residenciar en las llamadas, en la atinada terminología del mismo autor, omisiones puras de garante. Claro está, sin embargo, que si resulta que el legislador no ha previsto una cualificación del tipo de omisión pura que permita sancionar más gravemente el caso en cuestión, lo que no podemos es imponer nuestra valoración frente a lo que dice la ley (Vid. el trascendental VIVES ANTON, T. S. **El delito de omisión**: concepto y sistema. Barcelona: Bosch, 1986. p. 344ss., así como posteriores trabajos suyos que abundan en la misma idea, vg., además de los ya cit. SILVA SANCHEZ, J. M. **El nuevo Código penal**: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona: Bosch, 1997. p. 70ss).

La equivalencia falta también en los grupos de casos en que el resultado es directamente imputable a la conducta dolosa de un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de articular, según los casos, una responsabilidad omisiva a título de partícipe. En este sentido, si algo nos obliga a reflexionar seriamente sobre la deriva a que hemos conducido a la comisión por omisión son las condenas que cada vez más frecuentemente recaen sobre madres a quienes se imputa la coautoría dolosa de los malos tratos infligidos a los hijos propios por el otro progenitor o por el compañero sentimental de la misma.¹⁴

Los ejemplos en que se desprecia el sentido del texto de la ley son muchos¹⁵ pero me contentaré con referirme al empeño de la doctrina por zanjar “lagunas” con el propósito de “mejorar técnicamente” el Código, como si las pretendidas mejoras pudieran

¹⁴ Vid. vg. SSTS 15/04/1997 (Tol 407.627), 26/06/2000 (Tol 272.745), 22/01/2001 (imputando también la tentativa de homicidio, Tol 130.154,) 31/10/2002 (Tol 229.918). Esa vinculación básica entre autoría y acción se rompe también en los casos en que se condena al garante como coautor por omisión de delitos contra la libertad sexual de menores realizados por terceros o en los supuestos de abusos a menores ante la pasividad de los padres o de uno de ellos (vid, vg, la STS 10/10/2006, donde, además, se les impone una pena superior a la que corresponde al autor material de los hechos, Tol 1.009.754).

¹⁵ Pensemos, vg, en la interpretación que en ocasiones se hace del término “resultado” o, para ser más exactos, de la fórmula que el art. 11 emplea: “delitos que consistan en la producción de un resultado”. Nótese que lo que el legislador ha pretendido ha sido solventar lo que, acertadamente o no, se ha considerado siempre que era la problemática específica de la comisión por omisión, esto es, la referida a la causalidad material de la omisión. Si por “delitos que consistan en la producción de un resultado” hubiera que entender cualquier tipo de resultado, desaparece el problema (o, pseudoproblema, cuestión en la que no se va a entrar), puesto que también la omisión puede “causarlos” y, por ende, pierde sentido cualquier tipo de previsión expresa. No es que a la doctrina se le escape que todo ello obliga a desterrar concepciones amplias del término “resultado”, con la consiguiente reducción del ámbito de la comisión por omisión. Lo curioso es que, incluso quienes dicen manejar un concepto restrictivo de resultado, acaban por aceptar la comisión por omisión en hipótesis en las que en modo alguno puede decirse que estemos ante una conducta descrita en el tipo por referencia a la modificación del mundo exterior que la misma provoca (y de ahí que la equivalencia se establezca entre la no evitación de ese resultado y su causación). Paradigmática por muchas razones la STS 25/03/2004 (Tol 448.588): inducción por omisión de un delito de inducción al abandono del domicilio familiar.

Lo mismo cabe decir, por ir terminando, del modo en que se solventan las dudas que versan sobre la posición de garante o sobre su contenido y límites. La feliz expresión con que Gimbernat se refirió a los miembros de la familia como “focos de peligro andantes” (ADPCP, 1994, III, p. 58) para criticar evidentes excesos me parece que expresa muy gráficamente cómo también por esa vía nos hemos ido apartando de la equivalencia lingüística para ampliar la comisión por omisión en contra del reo. La cuestión es que la clase y el número de “focos de peligro” aumenta de manera alarmante hasta el punto de que alguna sentencia imputa en comisión por omisión un delito de tráfico de drogas al padre por ser el titular del domicilio donde su hija traficaba con esas sustancias (STS 7/12/2000, Tol 117.354, cfr., vg, con la STS 29/01/2008, Tol 1.292.773, que paladinamente afirma que “una posición de garante de esta naturaleza no cuenta con el menor respaldo legal”, FJ12 o STS 12/06/2008, Tol 1.347.092, con ulteriores citas). Vid asimismo STS 28/05/2004 (Tol 452.890): garante obligado a evitar el resultado es el amigo de la víctima por ser esa amistad el motivo por el que ella accedió a acudir al domicilio de un tercero que la agredió sexualmente; STS 28/02/2007 (Tol 1.049.920): responsabilidad en comisión por omisión del delito de homicidio por el hecho de haber sido quien dio pie al enfrentamiento entre la víctima y el autor material de los golpes que le produjeron la muerte. Como es obvio, la crítica no se opone a la posibilidad, según el caso, de exigir responsabilidad por otros conceptos. Sobre el particular resulta de singular interés la obra de. Lascuraín SANCHEZ, J. A. **Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía**. Madrid: Civitas, 2002.

realizarse al margen del marco constitucional en el que cualquier dogmática está obligada a moverse. Un caso paradigmático de cuanto aquí se dice es, a mi juicio, la polémica sobre el carácter taxativo o abierto de la enumeración de las fuentes de la posición de garante. Y lo curioso de tal polémica es el modo en que se desenvuelve: de lo que se discute no es sobre lo que dice el inciso segundo del art. 11 CP, sino sobre lo que, según un sector, debemos entender que dice para dar entrada a los casos de efectiva asunción fáctica de la contención de un riesgo, supuestos que, a juicio de ese mismo sector, deben ser abarcados por la comisión por omisión, de modo que no resultaría admisible que el legislador los hubiera dejado fuera del precepto.¹⁶ Y si para llegar a la conclusión de que están dentro hay que entender que la enumeración es meramente ejemplificativa, pues se entiende así, con independencia de que lo que el precepto parece decir sea justamente lo contrario. Jactarse como ha hecho un admirado discípulo de Roxin de que la “ciencia” penal española no rindiera “ninguna obediencia esclava” al art. 11 CP y diera entrada a “posiciones de garante que ciertamente no encajaban”¹⁷ es una intolerable manifestación de desprecio por lo que en una democracia representa el sistema de fuentes.

La STC 154/2002 ya vino a decir, aunque en los términos en que podía decirlo el TC, mucho de lo que aquí se ha dicho.

Como se recordará, la referida sentencia fue dictada al conocer del recurso de amparo interpuesto contra la STS 950/1997, de 27 de junio, en la que se condenaba a unos padres como autores de un delito de homicidio en comisión por omisión por el hecho de no haber convencido a su hijo de trece años para que accediera a recibir una transfusión sanguínea imprescindible para salvarle la vida pero contraria a las creencias religiosas que profesaban tanto los progenitores como el menor. El TC otorgó el amparo por entender que la condena impuesta vulneraba el derecho a la libertad religiosa de los padres, pues, dadas las circunstancias del caso, imponerles la obligación de convencer a su hijo afectaba al núcleo mismo de tal derecho fundamental. Desde la perspectiva constitucional que corresponde a tal órgano, el TC fue taxativo al afirmar que “los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales” (FJ 11). El reproche por haber configurado el contenido de esos deberes del

¹⁶ Sobre tal cuestión, vid, vg, los pareceres de RODRÍGUEZ MESA, J. **La atribución de responsabilidad en comisión por omisión**. Cizur Menor (Navarra): Thompson Aranzadi, 2005. p. 91ss), HUERTA TOCILGO, S. **Principales novedades de los delitos de omisión en el código penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanche, 1997. cit., p. 34ss) o el propio VIVES ANTON, T. S. **Comentarios al Código Penal**, op. cit, cap. 1, p. 529. Cfr., por todos, Silva SANCHEZ, J. M. **Comentarios al código penal**, op. cit , v. 1, p. 462ss)

¹⁷ Vid nota 2.

modo en que se hizo no es algo, por otra parte, que el TC derive exclusivamente del hecho de que los padres profesasen una confesión determinada que prohíbe aceptar las transfusiones. El TC no dice que el derecho a la libertad religiosa comprenda sin más el derecho de los padres a rechazar por motivos religiosos las transfusiones que puedan prescribirse a sus hijos menores. Es del análisis del conjunto de circunstancias concurrentes en el caso que deriva la conclusión de que la aplicación judicial de la ley al caso concreto vulneró el referido derecho constitucional. Ese conjunto de circunstancias, que aúnan la lógica del deber, la lógica de la equivalencia y la lógica lingüística, son, a fin de cuentas, las mismas que sirven para poner de manifiesto que el TS al condenar por un delito de homicidio no respetó el sentido del texto de la ley.

Y es que, en efecto, a tenor del tipo que resultó aplicado, para entenderlo respetado hubiera sido preciso poder decir que los padres “mataron”, algo a lo que se oponen todo un conjunto de consideraciones¹⁸ que hubieran permitido el que la sentencia se hubiera revisado desde el prisma del principio de legalidad.¹⁹ Objetar, como hizo el Ministerio Fiscal, que la problemática que planteaba el caso era una cuestión de legalidad ordinaria y que la sentencia no podía ser revisada desde la perspectiva del referido principio es fruto de una confusión frecuente que Vives ha criticado en lugares distintos y por cuya virtud

¹⁸ Entre otras, las siguientes: en primer lugar, el hecho de que los padres adoptaran todo un conjunto de medidas dirigidas a evitar la muerte. Así, no sólo trasladaron a su hijo a diversos hospitales y lo sometieron a cuidados médicos, sino que buscaron en todo momento tratamientos alternativos “siendo su deseo- según el hecho probado- que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico”, actuaciones todas ellas que parecen contradecir el significado que el TS atribuyó a su conducta. En segundo lugar, los padres nunca se opusieron a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar la vida del menor e incluso acataron desde el primer momento la decisión judicial que autorizaba la primera transfusión, siendo los médicos quienes rechazaron realizarla, desechando la utilización de algún procedimiento anestésico que la hubiera hecho posible pese a la abierta negativa del niño. Por último, hay que subrayar las circunstancias referentes a la oposición del menor, pues, con independencia de que ésta no vinculase a los padres por no constar el grado de madurez del mismo, se trata de un extremo que resulta trascendente a otros efectos. Concretamente, a la hora de pronunciarse sobre la posible eficacia salvífica de la conducta omitida, cuestión que el TS ventila dándola por supuesta y, por si lo anterior no bastara, combinando esa presunción con el criterio del incremento de la situación de peligro para la vida que supuso lo que califica – contraviniendo los hechos probados – como “oposición” al tratamiento transfusional. Frente a lo anterior, lo menos que puede decirse es que resulta harto discutible que la actuación suasoria de los padres fuera eficaz a los efectos que se pretendían, toda vez que se trataba de una persona de trece años que – según los hechos probados – rechazaba “consciente y seriamente la realización de una transfusión en su persona”, hasta el punto de que, cuando le iba a ser practicada tras la primera autorización judicial, “la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación”, sin que el personal sanitario lograra, pese a intentarlo repetidas veces, que la aceptase. Ante ese estado de cosas resulta inadmisibles concluir que la omisión en la que los acusados incurrieron – no convencer al menor para que aceptase la transfusión – equivale a la causación de la muerte en el sentido del texto de la ley.

¹⁹ No es casual que el propio TC, haciendo uso de las facultades concedidas por el art. 84 LOTC, dictase una providencia a fin de que las partes alegasen lo que estimasen pertinente “sobre la relevancia que, para la decisión del recurso de amparo, pudiera tener lo dispuesto en el art. 25.1 CE” (antecedente 9). Modestamente entiendo que las partes no entendieron el planteamiento y por ello desaprovecharon la oportunidad que se les brindaba, lo que tal vez explica la parquedad argumental con que el TC declaró igualmente vulnerado el principio de legalidad sin entrar a hacer un pronunciamiento más expreso (FJ 16).

“se confunde la legalidad con el principio de legalidad, la interpretación y aplicación de la ley con las exigencias que la Constitución proyecta frente a la ley misma y a la aplicación judicial de la ley”.²⁰ Poner fin a esa confusión tiene en el caso de la materia penal una importancia singular dado el hecho de que la reserva de ley establecida por la Constitución obliga a aplicar con singular rigidez el canon de legalidad. No basta con que la interpretación realizada no sea arbitraria o irracional. Es preciso, además, que no ensanche más allá del tenor literal el ámbito del tipo. El principio de legalidad penal se alza así como garantía frente a una libertad interpretativa incompatible con la vigencia de aquél.

B) Los límites de la interpretación

Sin duda, no es deseable que la doctrina se aparte de la equivalencia lingüística para ampliar la comisión por omisión en contra del reo. Ahora bien, tal cosa es intolerable cuando eso lo hace un tribunal, pues lo que está haciendo es cambiar una regla por otra de manera ilegítima y, por tanto, aunque ese nuevo uso llegara a consolidarse, no por ello dejaría de ser un cambio ilegítimo. Este es, claro está, el gran problema que encierra la idea de que los jueces gozan de una supuesta libertad interpretativa bajo cuyo paraguas cabe todo. Esa creencia incurre, de un lado, en un equívoco sobre lo que significa interpretar y, de otro, no repara en la incompatibilidad de semejante pretensión con nuestro modelo normativo.

Hay, pues, que empezar por aclarar qué se puede querer decir cuando se afirma que interpretar es “fijar el sentido del texto de la ley”. Esa clásica fórmula ritual puede seguir siendo utilizada pero siempre que quede bien claro que sólo es admisible en esos términos en tanto se entienda como una explicación de la regla. No si lo que se quiere decir es que es la interpretación la que dota de sentido a la ley. La pregunta sobre cuál sea el papel de la interpretación en la fijación del significado no es una pregunta que se pueda ventilar en un momento, pero si algo es claro es que la interpretación por sí sola no puede determinar el significado.²¹ Si el significado de la regla pudiera quedar librado a la interpretación, no podríamos hablar de regla. Para que pueda hablarse de regla es necesario que, al menos una parte nuclear de la misma, pueda aplicarse ciegamente sin interpretación alguna. Eso sólo se obtiene con usos estables ya que seguir una regla es una práctica.²²

²⁰ “El ius puniendi y sus límites...”, cit.

²¹ Sobre la imposibilidad de identificar el seguimiento de reglas con la interpretación, vid. WITGENSTEIN, L. **Investigaciones filosóficas**: n. 198 y 202. Tradução de A.García Suárez y U. Moulines. Barcelona: Crítica, 1988; VIVES ANTÓN, Tomás S. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; GARCÍA AMADO, J. A. (Coord.) **Estudios de filosofía del derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 304ss; del mismo, prólogo a la obra de RAMOS VÁZQUEZ, cit., p. 24.

²² Vid las consideraciones que sobre el particular realiza VIVES ANTON a partir de un aparato bibliográfico que no puedo aspirar a manejar mejor que él (además de lo dicho en los **Fundamentos...**, cit., singularmente en p. 213ss, vid el más reciente “Reexamen del dolo. In: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.). **Problemas actuales del derecho penal y la criminología**: estudios en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 375ss.

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que debe rechazarse cualquier interpretación que no se apoye o contradiga esa parte de la regla que es clara. De igual modo, hay que tener presente que si no hay una parte clara de la regla, lo que realmente sucede es que no hay regla y, por tanto, ninguna interpretación podría dotarla de sentido. En tales casos, lo que procede no es apelar a la interpretación como método de creación de una regla inexistente, sino reconocer sin más que no se está en presencia de regla alguna, por mucho que ello obligue en algunos casos a decretar la absolucón.

Lo que en demasiadas ocasiones sucede es, sin embargo, lo contrario. La libertad interpretativa colma “lagunas”, sustituye por certezas *contra reo* ambigüedades sin cuento y en esa confusión generalizada pierden de nuevo las garantías del ciudadano. Ese es el núcleo de todo cuanto se viene diciendo. Por decirlo resumidamente: la libertad interpretativa es al principio de legalidad lo que la íntima convicción a la presunción de inocencia. Precisamente por eso no puedo dejar de insistir en cuanto decía sobre la ilegitimidad de cualquier cambio fundado en una libertad interpretativa entendida como a menudo se entiende. El juez ordinario no puede enarbolar una libertad por cuya virtud se deje de aplicar la regla típica tal y como la hemos entendido hasta ahora y la sustituyamos retroactivamente en contra del reo por otra distinta, por mucho que pueda parecernos – o incluso ser – técnicamente mejor. Si eso no se ve claro de poco va a servir que el TC luche por afianzar el nuevo paradigma que en materia de legalidad instauraron las SSTC 111/1993, 137/1997 y 151/1997²³, ya que es obvio que, en un panorama en el que la libertad interpretativa parece ser la regla, el canon de previsibilidad no cumple función alguna, pues, en ese marco cualquier interpretación es, a fin de cuentas, previsible. Precisamente por ello ese es un ámbito en el que, como le gusta decir a Vives, la práctica debe cambiar.

²³ Con ellas, el Tribunal Constitucional vino a poner fin a una época de ampulosas declaraciones y déficit aplicativo y abrió otra de control más intenso, en la cual las exigencias de la legalidad ya no se detienen en la constatación de que la subsunción realizada no es ajena al significado posible de los términos empleados por la norma aplicada, sino que se extienden a la imprevisibilidad de la decisión para sus destinatarios” (STC 137/1997 FJ 7^o). Esa doctrina constitucional obliga a cerrar el paso a cualquier decisión judicial que, explícita o implícitamente, se asiente sobre una libertad interpretativa que haga ineficaz la garantía representada por la previsibilidad (sobre cuyo verdadero alcance queda, por cierto, mucho por decir, vid., vg, STEDH Pessino contra Francia, 10 de octubre de 2006, Tol 996612).

3.2.2 Comisión por omisión y presunción de inocencia

Comienza Vives uno de sus artículos más recientes diciendo que “la presunción de inocencia es la clave de bóveda del sistema de garantías en materia penal”, cuyo contenido básico “es una regla de juicio, según la cual nadie puede ser condenado a un castigo a menos que su culpabilidad resulte probada, más allá de toda duda razonable, tras un proceso justo”.²⁴

No creo que nadie discuta que esto es así con independencia de la modalidad de conducta que se juzgue. Lo que sucede es que tal vez los términos en que se ha planteado la vigencia de la presunción de inocencia en la comisión por omisión no son del todo adecuados. Baste pensar en el modo en que tradicionalmente se plantea la llamada prueba del nexo causal entre la conducta omitida y el resultado, un extremo que prácticamente ha monopolizado la discusión acerca de la efectividad del derecho constitucional que nos ocupa en el ámbito de la comisión por omisión.

A) La prueba del nexo causal como paradigma

Sin duda, la doctrina es consciente del debilitamiento que en esta sede padece la presunción de inocencia y, de hecho, entre los nuestros son muchos los que han criticado la tendencia a dar por probada la eficacia salvífica de la conducta omitida, reivindicando por ello para la omisión impropia un modelo de prueba de la causalidad que se pretendía más riguroso. Los esfuerzos dogmáticos empleados en tal tarea son en verdad ingentes. Frente a la tradicional fórmula de la “seguridad rayana en la certeza” se alzan las voces de quienes reclaman “seguridad absoluta” a la hora de decidir si la conducta omitida hubiera evitado el resultado. A tal efecto, se arbitran criterios distintos, desde el incremento o la no disminución del riesgo hasta la no estabilización o desestabilización de un foco de peligro preexistente, con la pretensión de que sea la aplicación de esos criterios lo que ponga fin a la incerteza que en la práctica rodea la determinación de la causalidad en la omisión. La cuestión es si esas concepciones logran de verdad superar al modelo que atacan o si, por el contrario, incurren en los mismos defectos que aquél.

En este sentido, lo primero que Vives objetaría es, según creo, el hecho de que, al igual que cuando se aborda la causalidad en la conducta activa, se pretenda resolver la cuestión desde una perspectiva que se autoconsidera científica, a partir de criterios

²⁴ “VIVES ANTON, T. S. Más allá de toda duda razonable, **Teoría y derecho**, n. 2, p. 167, 2007.

generales que persiguen unificar en un concepto unitario de “causa” cosas que son distintas. Eso es algo que en la omisión impropia se pone especialmente de manifiesto ante la evidente imposibilidad de manejar el mismo concepto de causa que utilizamos para las conductas activas. Por tanto, si, al igual que en la acción²⁵, tampoco en la omisión es posible manejar un concepto general de causa, resulta que algunos de los intentos de resolver el llamado problema de la causalidad en la comisión por omisión estaban tan desenfocados como lo están la mayoría de los planteamientos tradicionales del nexo causal en las conductas activas. Ahora bien, aquel falso problema desaparece una vez que queda clara la inesencialidad del sustrato, esto es, que tanto la acción como la omisión son expresiones de sentido y que, por consiguiente, la causalidad hay que explicarla en el seno de cada concreto contexto de acción porque es un momento interno de la acción típica y no admite – como tampoco la acción – una formulación previa y general. Por tanto, no hay que elaborar una teoría científica, sino acudir a los procedimientos ordinarios de fijación del sentido de las acciones, esto es, al lenguaje y al contexto social y axiológico en el que concretamente es usado. Habrá quien piense que eso conlleva un cierto margen de incertidumbre pero lo cierto es que tampoco la infinidad de teorías elaboradas y todas sus variaciones ofrecen más seguridad.²⁶

Por lo demás, haríamos bien en reconocer, en primer lugar, que, como dice Vives²⁷, cuando abordamos procesos sociales o jurídicos la generalidad tiene un límite, y que, por otra parte, no hay nada que obligue a determinar esta exigencia del tipo de manera distinta a cómo determinamos la concurrencia del resto. Por consiguiente, para estimar concurrente la relación causal debe ser suficiente con poder afirmar más allá de toda duda razonable que una conducta es causa del resultado. Esa es la conclusión a la que llegan muchos de quienes comparten la preocupación por la quiebra que la presunción de inocencia experimenta en la omisión impropia. La diferencia es el camino que cada uno sigue para llegar a ella. La cuestión es decidirse por aquél que

²⁵ La propia imposibilidad de construir un concepto general de acción se opone a la posibilidad de elaborar una categoría general de causa. Es más, operar con un concepto general de causalidad es, como Vives ha dicho, incompatible con el principio de legalidad en la medida en que distorsiona lo único que a la luz de aquél es importante: la determinación del significado de las palabras de la ley, lo que remite el concepto de causa al seno de las diferentes acciones (vid **Fundamentos**, cit., p. 301ss, **Principio de legalidad...**, cit. p. 311ss y **Derecho penal**, cit, p. 419).

²⁶ La propia teoría de la imputación objetiva se pierde en una maraña de criterios que no generan seguridad alguna y demuestran de manera palmaria la inutilidad del intento de resolver el problema con criterios generales.

²⁷ **Fundamentos**, cit., p. 306.

resulte no sólo metodológicamente más adecuado, sino, ante todo, más transitable para los principios constitucionales que busca salvaguardar.

En cualquier caso, es un avance llevar la discusión al terreno de los principios y reconocer que, en realidad, la vieja cuestión de la prueba de la causalidad en la omisión remite, como en la acción, a la presunción de inocencia como criterio de justificación del castigo. La clase de prueba del nexo causal a que nos referimos, la verdad perseguida, no es tampoco en la omisión “una cuestión de correspondencia con ninguna clase de realidad absoluta, sino una de garantía argumental”²⁸ El auténtico problema -naturalmente común a la acción y a la omisión- es el referido al grado de certeza constitucionalmente exigible para estimar que un juicio es verdadero²⁹. Lo que importa es, pues, asumir con todas sus consecuencias que la presunción de inocencia como criterio de verdad obliga a que sólo prediquemos ésta de aquellos enunciados respecto de los cuales es lógicamente imposible la duda o respecto de aquellos de los que no es razonable dudar.³⁰ Es desde el rigor que impone tal canon que debemos enjuiciar muchas de las propuestas que se han hecho para “solventar” el problema de la prueba de la causalidad en la omisión. Comprobaremos entonces que no todas resultan compatibles con aquél.³¹

²⁸ VIVES Anton. **Más allá de toda duda**, cit., p. 171.

²⁹ La enjundia del tema exigiría entrar en el debate sobre cuándo nos hallamos ante una creencia racionalmente garantizada o en la ardua polémica relativa a los usos que se han hecho de los términos “verdad” y “verdadero”. Sin embargo, el lector gana si le remito a cuanto sobre esto ha dicho el Prf. Vives y me limito a subrayar la futilidad de perderse en interminables debates sobre las supuestas diferencias entre la causalidad omisiva y la causalidad activa y la imperiosa necesidad de centrarse en reclamar el mismo estándar probatorio que exigimos cuando de una conducta activa se trata

³⁰ **Más allá de toda duda**, cit., p. 183.

³¹ Para ello no estaría de más volver los ojos hacia Italia y prestar atención a cuanto dijeron las Sezioni Unite en la conocida como sentencia Franzese (SU 10 julio 2002, dep. 11 septiembre 2002, n. 30328, en Cassazione penale, 2002, p. 3643ss) ¿No es tal vez momento ya de decir – como se dijo en Franzese (FJ 4º, 6º y 11º.2) que criterios como el del incremento del riesgo (o su no disminución) no tienen cabida en nuestro sistema constitucional? La trascendencia práctica que ello puede tener en todos los ámbitos pero muy especialmente en el de la responsabilidad médica resulta incuestionable. Sobre el alcance y trascendencia de Franzese se han escrito ríos de tinta pero baste citar el inteligente artículo de F. Stella, “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, en **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, n. 2, p. 767ss. (de entre los comentarios al Código, destaca en este punto el Codice penale commentato coordinado por E. DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. **Codice penale commentato**. Vicenza: Ipsoa, 2006. p. 309-368.

B) La prueba de la posición de garante, el incumplimiento de deberes y la participación omisiva.³² La STC 171/2000

Resulta ocioso remarcar que cuanto se lleva dicho sobre la regla de juicio aplicable a la causalidad de la omisión debe predicarse del resto de exigencias típicas, lo que excluye dar por supuesta la posición de garante o la infracción de deberes. Pese a tal obviedad, no es infrecuente edificar condenas sobre supuestos deberes de control, como, por servirme de un ejemplo clásico, los que a veces se predicán sin matices de los encargados de locales de ocio en relación con el tráfico de drogas que pueda realizarse en su establecimiento.

Como es sabido, la cuestión fue objeto de análisis en la STC 171/2000, de 26 de junio (Tol 81.336), dictada al conocer un recurso de amparo contra la STS 106/1996, de 10 de febrero (Tol 406.826)³³, que condenaba al recurrente como autor por omisión de un delito de tráfico de drogas en función de “su posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave que puedan ser cometidos en dicho ámbito” (FJ 6º). Ciertamente, la STC 171/2000 no entra de lleno en el conjunto de problemas que suscita la titularidad de un local como fuente de la posición de garante. Pese a ello, se trata de una sentencia imprescindible para lo que ahora importa, que es, en primer lugar, para enfatizar que la presunción de inocencia es un criterio de la verdad *de la culpa* y no a la inversa. En segundo término, la sentencia evidencia una vez más la vinculación legalidad-presunción de inocencia. En cuanto a lo primero, ya dijo Vives³⁴ que la verdad a que se alude cuando se afirma que la presunción de inocencia es un criterio de verdad es la

³² Las tres cuestiones que dan título al epígrafe están, como es obvio, íntimamente vinculadas y exigirían un tratamiento conjunto. Aquí no se dispone de espacio pero no quería renunciar a poner tal cosa de manifiesto. El problema de la participación omisiva y el nefasto efecto que el art. 11 CP ha tenido en el tratamiento que nuestra jurisprudencia le depara exigiría un estudio independiente. Déjese decir al menos que ese es un problema que no puede resolverse desde el art. 11 sino desde los correspondientes tipos, graduando, como es lógico, la responsabilidad en función de la concreta aportación a la ejecución del mismo (vid. la interesante y reciente aportación de PORTILLA CONTRERAS, G. Complicidad omisiva de garantes en delitos omisivos. In: GARCIA VALDEZ, G. y otros (coord.) **Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat**, cit., p. 1519ss).

³³ La anterior sentencia desestimaba así el recurso interpuesto contra la dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 23 de diciembre de 1992, puesto que, si bien entendió que no existía prueba sobre la participación activa del recurrente en el tráfico, sí podía sostenerse una condena por omisión. No lo entendió así el Tribunal Constitucional, quien anuló las referidas sentencias por estimar que ambas habían incurrido en una vulneración de la presunción de inocencia: la primera por estimar probada la participación activa y la segunda por presumir que el acusado conocía las actividades delictivas que venían realizándose en su bar

³⁴ **Más allá de toda duda...**, cit., p. 182.

de la culpa, no la de la inocencia, pues demostrar la inocencia no es el objetivo de los procedimientos criminales. Sin embargo, nada de eso se toma en consideración en las sentencias anuladas. Tampoco en la sentencia dictada en casación, donde se elude la prueba de la participación en el hecho, que exige la contribución, aunque omisiva, al hecho, lo cual, como es obvio, reclama el conocimiento de que el mismo está teniendo lugar. El Tribunal Supremo considera que no hay base probatoria para estimar acreditada la participación activa pero no traslada ese razonamiento a la probanza del conocimiento del tráfico pese a que ambas inferencias se basan en lo mismo: las declaraciones de los encausados en que reconocen haber adquirido el bar y asimismo conocer a otros coencausados asiduos del local. Eso, como dice el Tribunal Constitucional, no permite concluir unívocamente que el recurrente conociera las actividades delictivas que se dice venían realizándose en su bar (FJ 5º). Faltando lo anterior, resulta no acreditada la verdad de la culpa³⁵ El Tribunal Constitucional no va, como se ha sugerido, más allá de los límites de su jurisdicción. Es más, ni siquiera podría objetársele tal cosa si el amparo hubiera discurrido por el cauce del principio de legalidad, pues, como decía, el caso que analiza la STC 171/2000 sirve también para poner de manifiesto que, como Vives ha señalado, la verdad exigida por la presunción de inocencia se proyecta asimismo sobre el derecho, sobre la certeza del derecho, exigencia inmanente al principio de legalidad³⁶. Y, desde luego, si algo queda bastante más acá de toda duda razonable es que pueda asignarse la posición de garante al titular de un local por el simple hecho de serlo. Si se quiere, se puede considerar que decidir sobre eso queda sujeto al libre criterio del juez ordinario pero creo que con ello pierden una vez más los principios constitucionales al relegar al terreno de la libertad interpretativa la proyección que la presunción de inocencia está llamada a tener en el entendimiento y aplicación de las normas vigentes.

³⁵ Por ello, no resulta procedente exigir “un principio de prueba de que el omitente intentó, por lo menos, cumplir con su deber de impedir la lesión del bien jurídico que debía garantizar”, ni es correcto achacar al TC que excedió los límites de su jurisdicción (J. M. Zugaldía, en **Presunción de inocencia y subsunción**, Aranzadi BIB 2000/768).

³⁶ **Más allá de toda duda...**, cit., p. 184.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Debemos abandonar la vanidosa pretensión de sustituir con nuestros conceptos el lenguaje que hablan las leyes y reconocer de una vez por todas que cualquier gramática basada en una concordancia de opiniones dogmáticas es intrínsecamente más indigna de confianza que el lenguaje ordinario. Así es por cuanto la concordancia sólo es posible en el lenguaje, forjado por generaciones de hablantes en situaciones distintas a partir de prácticas originarias que remiten a nuevas prácticas y que, a fin de cuentas, es una concordancia de forma de vida.

Si lo anterior es exacto, lo es también la incapacidad de los diferentes criterios materiales propuestos para explicar la comisión por omisión. Si el fundamento último de la comisión por omisión es una equivalencia de significado entre la omisión y las conductas descritas en los verbos activos de los diferentes tipos y no hay un significado común de todos los significados posibles, es claro que resulta inútil intentar conceptualizar la equivalencia. Sólo nos queda indagar caso por caso en la fórmula empleada por la ley y en su significado. A partir de ahí, la única seguridad posible es la que nos depara una práctica estable y bien argumentada.

A la jurisprudencia ordinaria, en primer lugar, corresponde garantizar esos usos estables interpretando las normas desde la efectividad de los principios constitucionales. A la doctrina compete junto a una tarea de ardua vigilancia, la de sugerir propuestas que, lejos de distorsionar el panorama, contribuyan a que los niveles de seguridad jurídica no queden nunca por debajo de lo que resulta tolerable. La dogmática penal española siempre ha contado con excelentes cultivadores. Sólo se trata de dirigir los esfuerzos en una dirección distinta.

En la que estimo la dirección adecuada he dirigido los míos aunque bien es verdad que mi contribución es muy modesta. A fin de cuentas, me he limitado a apuntar alguno de los problemas y de las posibles propuestas de solución. En realidad, no descubro nada que no estuviera dicho ya antes en la obra de Vives Antón. Es más, basta leerla con detenimiento para advertir que se puede ir mucho más lejos. Estoy segura de que su retirada de las aulas será sólo un recogimiento a sus cuarteles desde donde seguirá enriqueciendo el pensamiento jurídico con la brillantez de sus mejores tiempos.

Gracias, Tomás, por estos veinte años, que lo son todo cuando se ha tenido la fortuna de poderlos pasar a tu lado.

REFERÊNCIAS

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Cómo cometer delitos con el silencio. In: TOLEDO, O. et al. (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. corr. y aum. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Codice penale commentato**. Vicenza: Ipsoa, 2006.
- GÓRRIZ ROYO, Elena. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- HOBBS, Thomas. **Leviatán**: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil. Trad. de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 1989.
- HUERTA TOCILDO, Suzana. **Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- JAKOBS, Günther. Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis. In: TOLEDO, O. et al (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JIMENEZ REDONDO, M. Estudio preliminar. In: VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión**: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal. In: GARCÍA VALDÉS et al. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008.
- _____. La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, v. 1, n. 2, p. 1-13, 1999.
- ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luiz. **Compendio de derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Complicidad omisiva de garantes en delitos omisivos. In: GARCÍA VALDÉS et al (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RODRÍGUEZ MESA, José. **La atribución de responsabilidad en comisión por omisión**. Cizur Menor Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. In: GARCÍA VALDÉS et al **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Comentarios al Código penal. In: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). **Comentarios al Código penal**. Madrid: Edersa, 1999. v.1.

_____. **El delito de omisión**: concepto y sistema. Barcelona: Bosch, 1986.

_____. **El nuevo Código penal**: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997.

STELLA, Federico. Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, n. 4, p. 770-771, 2002.

VIVES ANTÓN, Tomás S.; COBO DEL ROSAL, Manuel. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del derecho penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. Más allá de toda duda razonable. In: **Teoría y Derecho**, n. 2, p. 167-188, 2007.

_____. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; GARCÍA AMADO, J. A. (Coord.). **Estudios de filosofía del derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

_____. Reexamen del dolo. In: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.). **Problemas actuales del derecho penal y la criminología**: estudios en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

_____. **Comentarios al Código penal**. dir. Cobo, T. I. Madrid: Edersa, Madrid, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Trad. de A.García Suárez y U. Moulines. Barcelona: Crítica, 1988.

