

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	15
ADVERTENCIA PRELIMINAR	21
 CAPÍTULO PRIMERO MANDATO, DEBER DE ACTUAR E INFRACCIÓN DE DEBER 	
A. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DEL MANDATO.....	23
I. Bien jurídico y valor de hecho	23
II. Valor de acto y obligación de actuar	24
B. OBJETO DEL MANDATO	25
I. La actividad final humana como objeto del deber.....	25
II. Distinción entre mandato y prohibición.....	25
C. EL DEBER DE ACTUAR	29
I. La concreción del mandato en deber de actuar	29
II. Requisitos del deber de actuar	30
III. Equivocidad del concepto de «deber»	31
D. CONTRARIEDAD A DEBER Y ANTIJURICIDAD	34
E. RESUMEN Y PROSPECTIVA	36
I. Resultado provisional de la investigación	36
II. El recurso a «estructuras lógico-objetivas»	37

CAPÍTULO SEGUNDO
LA OMISIÓN COMO MANIFESTACIÓN
DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

A.	PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS	43
B.	LA OMISIÓN DEL ACTUAR FINAL	45
	I. Criterios básicos de la omisión	45
	a) La negación del actuar	45
	b) La referencia a una acción final de un individuo determinado.....	46
	c) La delimitación por la posibilidad de acción	47
	II. Omisión y posibilidad de acción en la doctrina científica	48
	III. Desarrollo de los elementos de la omisión a partir del decurso de la acción	55
C.	LA CAPACIDAD DE ACCIÓN EN PARTICULAR.....	55
	I. La posibilidad física de acción.....	55
	II. La capacidad de dirección final	56
	III. Capacidad de acción y posibilidad de motivación.....	57
	IV. Requisitos intelectuales de la capacidad de acción	60
	a) La base cognoscitiva: conocimiento del fin de la acción	60
	b) La cognoscibilidad de la vía de realización	62
	c) La influencia del error en la capacidad de acción (la «capacidad de tentativa»).....	63
	d) Síntesis	65
	V. Las consecuencias imprevistas de la acción posible y el concepto de omisión	65
	VI. El significado de la capacidad de acción para el concepto de omisión.	68
D.	OBJECIONES AL RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN	69
	I. ¿Es la omisión un mero concepto jurídico?.....	69
	a) Omisión y ordenamiento jurídico.....	69
	b) La teoría de la expectativa	70
	II. ¿Es la persona causal de su omisión?	76
	a) El problema causal en nuestra investigación	76
	b) La causalidad del no hacer	77
	c) La persona no es causal de su no obrar.....	79
	d) La cuestión causal práctica, la cuestión de la causalidad potencial.	82
	II. ¿Hay omisiones finales?	84
	a) Estado del problema	84
	b) ¿Es la dirección final elemento esencial de la omisión?.....	87
	c) La omisión «querida»	90

	Pág.
d) La omisión consciente	95
e) Síntesis	97
E. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO CONCEPTO GENERAL QUE ENGLOBA AL ACTUAR Y AL OMITIR	97
I. Sentido y forma de plantear el concepto de comportamiento	97
II. La capacidad de acción como elemento común.....	99
III. El comportamiento.....	100
F. AVANCE DOGMÁTICO	102
I. Resultado dogmático intermedio	102
II. El principio de inversión	103

CAPÍTULO TERCERO

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA

A. EL TIPO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA CUASI-DOLOSOS....	109
I. El concepto de tipo en los delitos de omisión	109
a) La propuesta de estructura de <i>Finger</i>	109
b) La función del tipo	112
II. La ausencia de la acción prescrita y la capacidad de acción como elementos del tipo.....	113
a) La ausencia de la acción prescrita y la «situación típica» como elementos del tipo.....	113
b) La integración de la capacidad de acción en el tipo	116
III. La tentativa interrumpida de cumplir el mandato	122
a) Observación previa.....	122
b) Significado de la tentativa interrumpida de cumplir el mandato	123
IV. La tentativa fallida de cumplir el mandato.....	125
a) El obrar con tendencia a cumplir el mandato	125
b) Solución deductiva	126
V. Omisión consciente y dolo	127
a) Omisión «consciente» e «inconsciente» («El deber de examen»).	127
b) El límite entre el delito de omisión «cuasi-doloso» y la imprudencia	130
c) ¿Basta con modificar el concepto de dolo?	131
d) La exigencia de dolo por parte de la ley y el obrar con tendencia a cumplir el mandato	136
e) El dolo eventual «inverso»	140
f) Resultados.....	141
VI. ¿Es elemento del tipo el deber de actuar?	143

	Pág.
VII. Resumen de la estructura del tipo	148
a) La incardinación de la tentativa de cumplir el mandato	148
b) Articulación del tipo en el delito de omisión «cuasi-doloso»	149
B. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN CUASI-DOLOSO	150
I. Especiales elementos de la antijuricidad	150
II. Las causas de justificación.....	150
a) Justificación legal	150
b) Justificación supralegal.....	151
C. LA REPROCHABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA	153
I. La doctrina de la culpabilidad y las contravenciones de mandatos	153
II. La cognoscibilidad del deber jurídico en particular.....	154
a) El deber de obrar como elemento de referencia	154
b) «Teoría del dolo» y «teoría de la culpabilidad»	155
c) La evitabilidad del error sobre el deber de obrar	157
d) El límite entre el error sobre el deber y el error excluyente del tipo	161
III. La inexigibilidad	166
a) Alcance de la inexigibilidad	166
b) ¿Comporta la inexigibilidad que quede excluida la culpabilidad?.	168
c) La exigibilidad como problema de la cuantificación de la culpabilidad	170
d) Acerca de la teoría de la responsabilidad por el hecho.....	173
D. EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA IMPRUDENTE	180
I. Observación preliminar	180
II. Imprudencia y principio de inversión	183
a) La realización no querida de la consecuencia pretendida por el mandato.....	183
b) La no realización de la consecuencia pretendida por el mandato y perseguida por el obligado	184
III. La contrariedad a cuidado en el obrar con tendencia a cumplir el mandato	186
a) La estructura de esta infracción del cuidado.....	186
b) Concepciones discrepantes sobre la existencia o el alcance de la imprudencia en el delito de omisión propia	189
c) La punibilidad del delito de omisión propia imprudente	191
d) La «temeridad» del § 138 III en particular	191
IV. El «elemento comisivo» de la imprudencia por omisión	193
a) Problema que se plantea	193
b) Grupos de casos	195
c) Elemento omisivo y elemento comisivo de la imprudencia	197

	Pág.
E. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA	199
I. El omitir la participación en el cumplimiento del mandato.....	199
a) La «participación» como objeto del deber	199
b) Problemas dogmáticos	200
II. ¿Existen formas de autoría en el delito omisivo?	202
a) ¿Coautoría?.....	202
b) ¿«Autoría omisiva mediata»?	203
III. ¿Inducción a, y complicidad en, la omisión?.....	203
IV. El «disuadir del hacer prescrito»	204
a) El fenómeno	204
b) La disuasión y el principio de inversión	204
c) Problemática que se plantea	205
V. ¿Delitos omisivos por comisión?	208
a) Los grupos de casos problemáticos	208
b) Resultados fortuitos	209
c) La cuestión central	211
d) Resultado	215
F. LA OMISIÓN INTENTADA Y EL OMITIR LA TENTATIVA DE CUMPLIR EL MANDATO	216
I. Estado de la doctrina	216
II. Mandato de evitar el resultado y mandato de actividad.....	217
a) Mandatos de evitar el resultado	218
b) Mandatos de evitar una lesión de bien jurídico	220
III. La tentativa de omitir.....	221
a) La piedra de toque de la «tentativa de omisión»	222
b) ¿Existe la tentativa inacabada de omisión?	223
c) ¿Existe la tentativa fracasada de omisión?	229
IV. El omitir la tentativa de cumplir un mandato	232
a) La acción imaginada y negada	232
b) La capacidad de tentativa	232
c) El principio de inversión en el omitir la tentativa de cumplimiento	234
d) El desvío con respecto al curso previsible del suceso en el delito de omisión.....	237
e) ¿Existe el arrepentimiento activo en el delito de omisión?	238
f) El omitir la tentativa de cumplimiento supersticiosa	240
V. Tipos de tentativa con signo inverso	240
VI. Resumen.....	247

CAPÍTULO CUARTO

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

A.	PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN «IMPROPIA»	249
B.	¿ES EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA UN DELITO COMISIVO?	251
	I. Objetivos y vías de los esfuerzos dogmáticos	251
	a) El objetivo de política jurídica	251
	b) Vías de construcción dogmática	253
	II. Crítica de la «solución del tipo»	260
	a) ¿Realiza la «omisión impropia» el tipo del delito comisivo?.....	260
	b) ¿Está abarcada la omisión del garante por la prohibición de realizar el resultado?.....	264
	c) Resultado de la crítica.....	268
	III. Crítica de la «solución de la antijuricidad»	269
	a) La construcción de BELING	269
	b) La «solución de la antijuricidad» de SAUER	272
	IV. Crítica de las soluciones de la causalidad y de la acción	273
	a) Soluciones que fundamentan la causalidad o el carácter de acción en la existencia de deber de obrar.....	274
	b) Las teorías de KRUG, GLASER, A. MERKEL y BINDING	275
	c) La solución de Hellmuth MAYER	276
C.	ESENCIA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA	279
	I. Consecuencias derivadas de las críticas a las soluciones estudiadas	279
	a) Consecuencias negativas	279
	b) Consecuencias positivas	281
	II. El concepto del delito de omisión «impropia» y su delimitación	282
	III. Solución que se propone como continuación del desarrollo de otras concepciones	284
D.	MERECIMIENTO DE PENA DE LA OMISIÓN DE EVITAR EL RESULTADO	287
	I. Taxatividad típica.....	287
	II. Sobre la determinación de los mandatos de garante	289
	a) El resultado dogmático de la investigación y el problema axio- lógico de la equiparación	289
	b) Mandatos de evitar resultados y mandatos de garante	289
	c) La configuración de los tipos de mandato de garante pertenece a la problemática de la Parte Especial	293

	Pág.
III. Acerca de la participación por omisión	297
a) Fricciones dogmáticas de la «complicidad por omisión».....	297
b) La complicidad por omisión y el problema de la equiparación	300
IV. ¿Es la omisión impropia menos merecedora de punición que el correspondiente delito comisivo?.....	306
E. ESTRUCTURA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA	308
I. ¿Presenta especificidades dogmáticas la omisión impropia?.....	308
II. La posición de garante como elemento típico y elemento de la autoría.	309
III. El deber de garante en la estructura del delito	311
IV. Dolo y cuasi-dolosidad en la omisión impropia.....	313

CAPÍTULO QUINTO

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA	325
---------------------------	-----

PRÓLOGO

Hace unos cuarenta y cinco años que Armin KAUFMANN publicó la Dogmática de los delitos omisivos como ejercicio de habilitación. Su esquema conceptual se basa en el trabajo intelectual previo realizado en su tesis doctoral «Lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding» (Gotinga, 1954; trad. española con el título de Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna, de Enrique BACIGALUPO y Ernesto GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977). Como estudiante, me topé con la Dogmática con ocasión de asistir a un «curso de Derecho penal» de Armin KAUFMANN; creo que fue en el Tratado de WELZEL (Derecho penal alemán, 6.^a ed., 1958) donde se me suscitó el interés por esta obra. Tanto me fascinó que la compré y estudié a fondo. De la Dogmática pasé a la Teoría de las normas. En tanto que teoría fundadora acerca de la relación entre las normas (de conducta) y el concepto de la acción final, no se ha visto superada hasta la fecha, y desarrolla un esquema concluyente, desde el punto de vista teórico, de la Parte General del Derecho Penal.

Este escrito de habilitación sobre los delitos omisivos ha estimulado y marcado de manera decisiva el debate posterior. Lo cual se debe a varios factores. En primer lugar, fue la sustancia intelectual la que habló y habla por sí misma y la que —no exagero al decirlo— ejerció efecto revolucionario. Pero había otros factores más.

Karl ENGISCH, junto a MEZGER y WELZEL uno de los dogmáticos más influyentes entonces y que no ha dejado de serlo hasta hoy, aportó en una reseña muy pormenorizada —desde luego no favorable a su contenido— una profunda crítica de las tesis de Armin KAUFMANN (Juriszeitung, 1962, p. 189). Pero consideró la obra, aun impugnando sus tesis, como un logro científico sobresaliente. Esta crítica de ENGISCH constituye un documento de una actitud científica ya rara entonces, pero hoy mucho más.

Cito las dos frases con que se inicia la recensión: «Este trabajo de habilitación presentado en Bonn por Arrmin Kaufmann, discípulo de Welzel, cabe conceptuarlo como una de las monografías más importantes, si no la que más, de los últimos años en el ámbito de la dogmática penal. Con la mayor agudeza, “aplicación paciente” y exhaustiva minuciosidad se exploran todas las cuestiones constructivas vinculadas con los delitos de omisión propia e impropia en Derecho penal y se intenta superarlas en un sistema intelectual cerrado».

*La influencia en el debate posterior se debe también a la circunstancia de que WELZEL asumiera el novedoso esquema de Armin KAUFMANN de los delitos omisivos en su tratado *El Derecho penal alemán a partir de la 7.ª edición*: «La nueva redacción del capítulo dedicado a los delitos omisivos (§§ 25-27) debe lo esencial a los resultados de la investigación de Kaufmann». Según WELZEL, éste «ha puesto del todo de relieve por vez primera la idiosincrasia y los problemas especiales de los delitos omisivos» (op. cit., p. VII).*

Que Armin KAUFMANN ha marcado pautas lo atestiguan numerosos escritos de habilitación y tesis doctorales relativas a los delitos omisivos, publicados en relación con su obra. Por no citar más que unos pocos: SCHÜNEMANN, SCHÖNE, RUDOLPHI, FREUND, etc.

*El interés sustancial se dirigió sobre todo a la fundamentación y sistematización de posiciones de garante. Dado el estado del debate y de la legislación en aquel momento, Armin KAUFMANN se pronunció con reserva acerca de esta cuestión. Sin embargo, propuso una clasificación de las fuentes y del alcance de deberes de garante que aún perdura: *garantes de custodia o de protección de determinados bienes jurídicos o de titulares de bienes jurídicos* (p. ej., el padre respecto de sus hijos), *por una parte*, y *responsabilidad de determinadas fuentes de peligro*, *por otra* [p. ej., *hacer precedente —injerencia— o los denominados deberes de aseguramiento de la relación* (cerramiento de una obra pública), *Dogmatik*, pp. 283 ss.]. Esta clasificación no resuelve, lógicamente, la cuestión normativa de si hay que apreciar posición de garante; pero señala la dirección del problema que ha de resolverse: ¿qué bienes jurídicos se trata de proteger (garante de protección)?, ¿de qué fuente de peligros hay que proteger a un bien jurídico (garante de control)? Esta clasificación se ha impuesto en la actualidad, sin que se cite a su autor. Que una idea haya llegado a ser de dominio público sin que se mencione su autor puede considerarse como una evolución loable de un problema. Y si bien cabe lamentar que se haya perdido de vista la procedencia de esta distinción, así de olvidadiza es hoy una ciencia que no se acuerda de sus orígenes.*

Armin KAUFMANN considera la cuestión de la fundamentación de posiciones de garante, en definitiva, como problema de la Parte Especial del Derecho Penal. Sobre esta base teórica reposa la obra de su (primer) dis-

cípulo, Wolfgang SCHÖNE¹, que ha examinado el Código penal alemán desde la perspectiva de si, y hasta qué punto, los preceptos de la Parte Especial abarcan ya supuestos de omisión. También el Systematischer Kommentar zum StGB² se ha adherido a este planteamiento y, en la interpretación de cada tipo penal, ha tratado específicamente la cuestión de si (y cómo) la realización de las condiciones requeridas es factible por omisión. Tal «pensar por anticipado» —esto es, plantearse la hipótesis anticipadamente, aun cuando no se tenga que decidir aún sobre ella— es especialmente importante para la práctica judicial, pues ésta tiene que resolver en un plazo razonable y no puede invocar que no se ha reflexionado aún lo suficiente sobre el problema.

Con respecto a la estructura conceptual de la omisión desarrollada por Armin KAUFMANN no se ha avanzado nada entre tanto. No hay progresos ni desarrollo ulterior del concepto de omisión que él analizara. Antes al contrario: apenas se tiene en cuenta el análisis de la estructura del comportamiento tributario del concepto de la acción final.

Lo cual tiene —presumiblemente— varias razones. La doctrina final de la acción hasta hoy se ha visto rechazada por la mayoría. Bien es verdad que su resultado más importante y llamativo para el delito doloso es aceptado casi en general por la ciencia en Alemania: el injusto del delito viene constituido por el dolo. Dicho de otro modo: el dolo es elemento del tipo. Sin embargo, siguen aduciéndose reservas estereotipadas con respecto a la estructura del delito imprudente, las cuales se basan en confundir cuestiones de la estructura de la acción con cuestiones de la descripción legal de la conducta típica. Tampoco el esquema de KAUFMANN de la imprudencia y de la omisión imprudente está exento de tales equívocos.

En realidad, hoy se reconoce en lo sustancial que las nociones y preceptos sobre la omisión sólo pueden concretarse y diferenciarse en función de la estructura o las propiedades de la acción que se ha omitido. Sólo la descripción y la captación conceptual de lo que se ha omitido —esto es, la descripción de la acción omitida— permite diferenciaciones. Omitir una acción no significa, en primer lugar, más que la ausencia de una acción, pero la mera constatación de esta ausencia no permite determinar más la propia ausencia, lo que quiere decir: diferenciarla conceptualmente.

En la introducción a la reimpresión del Concepto de acción de RADBRUCH (Darmstadt, 1967) escribe Arthur KAUFMANN (p. XI): «Los conceptos genéricos superiores —p. ej., el concepto de acción y el de omisión— se encuentran meramente yuxtapuestos. La reflexión sobre conceptos genéricos es “reflexión separadora”». Armin KAUFMANN ha aceptado y reforzado esta «reflexión separadora» al oponerse al encanto (conceptual

¹ Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz, 1974.

² RUDOLPHI, HORN, SAMSON et al., SK, 2003.

y terminológico) imperante de la identificación (equiparación) entre acción y omisión (piénsese en el inenarrable debate en torno a la desconexión de aparatos reanimadores, con respecto al que Armin KAUFMANN no se pronunció nunca).

Dicho simplícidamente, KAUFMANN partía de la tesis hoy aceptada en general de que una omisión siempre es la omisión de una acción. Para un finalista era evidente que la acción omitida tenía que ser una acción final. Sobre la base de esta premisa Armin KAUFMANN —bien puede expresarse así— revolucionó el concepto de omisión. Sus análisis sobre el concepto —pre-jurídico— de omisión (capítulo segundo) son fascinantes y hasta hoy válidos.

A la postre, confirman la tesis de RADBRUCH de que acción y omisión están entre sí en la relación «a y no-a». A pesar de ello, Armin KAUFMANN no extrajo, como RADBRUCH, la consecuencia de que acción y omisión se encuentran como «antítesis contradictorias» y «meramente yuxtapuestas». Y es que el concepto de omisión no se agota con la mera negación de una acción (como sugiere el esquema «a y no-a»), sino que supone el omitir una acción que le es posible a la persona concreta cuyo delito se cuestiona.

Armin KAUFMANN ha buscado y hallado los puentes con la dogmática del delito de acción. Quede al margen el que exista o no un «concepto superior» para acción y omisión, como entendía Armin KAUFMANN. En todo caso, hay relaciones conceptuales o paralelismos entre acción realizada y omitida. Este puente lo denominó «principio de inversión». El principio de inversión no constituía la idea rectora de sus investigaciones. Esto me lo indicó Armin KAUFMANN en una conversación personal. Sólo se le «ocurrió», en el más genuino sentido de la palabra, una vez que hubo alcanzado por otras vías los resultados concretos.

El principio de inversión no permite un traslado esquemático de las reglas del delito comisivo a la omisión. Tampoco Armin KAUFMANN lo entendió ni manejó en tal sentido. Sin embargo, representa un instrumento excelente para controlar las ideas acerca de qué reglas son trasladables y cuáles requieren modificación. Que Armin KAUFMANN, en su euforia por haber descubierto este principio, expuso las relaciones en parte de forma asombrosamente simplista lo he intentado demostrar en otro lugar³.

Hasta ahora, de las tesis de KAUFMANN sobre la estructura de la omisión hay puntos esenciales que no se han tomado en consideración o no se han entendido.

³ STRUENSEE, «Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte», *JZ*, 1977, p. 217; traducción española de Beatriz CRUZ MÁRQUEZ y Alejandro KISS, «La estructura de los delitos de omisión imprudentes», en STRUENSEE, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Asunción, 2005 (= *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, núm. 16, julio de 2005, pp. 243 ss.).

Con esto me refiero ante todo a los elementos objetivos de la omisión. La posibilidad individual de realizar la acción posible en concreto se sigue situando aún como requisito independiente, junto a la denominada causalidad de la omisión⁴. Pero en el ámbito objetivo, la cuestión de la causalidad de la omisión es idéntica a la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción. La denominada causalidad de la omisión —adaptando la teoría de la equivalencia— se indaga sobre la base de una hipótesis: ¿habría evitado el resultado típico la acción posible para el obligado? Con lo cual se pone de manifiesto que es absurdo considerar como requisitos cumulativos (distintos) la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción y la de la causalidad de la omisión. También pervive el elemento de la «expectativa» de la acción (ausente) como criterio constitutivo del concepto de omisión, a pesar de la crítica demoledora de KAUFMANN (Dogmatik, pp. 49 ss.)⁵.

Es chocante para un finalista la tesis de KAUFMANN de que en el ámbito prejurídico no hay omisión final y en el ámbito jurídico-penal no hay omisión dolosa. Esta tesis es consecuencia del riguroso análisis del concepto de omisión sobre la base del concepto de acción final. En vez del dolo aparece sólo la representación de circunstancias y procesos típicos. La «voluntad», como elemento del dolo ampliamente aceptado y como columna vertebral de la acción final, carece de papel en la omisión. Materialmente se acepta esto, pero se hace difícil incorporar esta idea en el esquema teórico tradicional del concepto de dolo (desarrollado en el delito comisivo). Lo cual se pone de manifiesto especialmente en el debate que aún perdura acerca de si (y de qué manera) la intención —como modalidad de dolo legalmente requerida o como elemento que se añade al dolo— puede transformarse en requisito de los delitos de omisión. Aquí se hace ostensible —como en tantos otros puntos— que el intento de trasladar reglas del delito comisivo al delito omisivo también localiza puntos flacos en la dogmática de la comisión.

Que «la dogmática de los delitos de omisión» aparezca en español sólo ahora —más de cuarenta y cinco años después de su aparición en Alemania— es de lamentar. Que aparezca, no obstante, después de tanto tiempo, atestigua que pervive como obra estándar clásica. La traducción, además, es señal de la estrecha vinculación secular entre la ciencia del Derecho penal en lenguas alemana y española.

Münster, noviembre de 2005.

Eberhard STRUENSEE
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Münster

⁴ BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht, AT*, 11.^a ed., 2003, núms. margs. 15 ss. y 22 ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Strafrecht, ATm*, 5.^a ed., 1996, § 59.II y III; ROXIN, *Strafrecht, AT*, II, 2003, § 31, núms. margs. 8 ss. y 37 ss.; STRATENWERTH y KUHLEN, *Strafrecht*, I, 5.^a ed., 2004, § 13, núms. margs. 52 ss. y 58 ss.; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht, AT*, 35.^a ed., 2005, núms. margs. 708 ss. y 711 ss.

⁵ Vid. ROXIN, *AT*, I; 3.^a ed., 1997, § 8, núms. margs. 54 ss.; el mismo, *AT*, II, 2003, § 31, núms. margs. 6 ss.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Cualquier investigación acerca de los delitos *omisivos* parece referirse sólo a un sector muy reducido del amplio círculo de los delitos. Pero las apariencias engañan. Ciertamente es que en la práctica del foro los delitos comisivos superan con mucho en número a los de omisión, si bien la legislación va cambiando continuamente esta relación en favor de los delitos de omisión. Pero esta relación estadística no importa para la problemática doctrinal. A este respecto importa más bien —como suele decirse— que cabe cometer también «por omisión» la mayoría de los delitos comisivos. Que esto sea cierto o no, y hasta qué punto, en todo caso requiere comprobación, poniéndose así de manifiesto que en modo alguno puede hablarse de que la investigación se limita, entonces, a un sector reducido de delitos.

Al mismo tiempo, se revela la dificultad que ya existe con respecto a la determinación del objeto de la investigación: no está claro qué puede calificarse como delito de omisión desde la perspectiva dogmática; los casos de «comisión por omisión», según la concepción dominante, están marcados con el estigma de doble ilegitimidad o impropiedad, el de no ser ni delitos de omisión propia ni impropia. También tendrá que aclarar la investigación esta posición híbrida.

No es ésta una cuestión clasificatoria de escaso peso dogmático. Lo sería si el límite del delito de omisión se pudiera trazar del mismo modo que, p. ej., el ámbito de los delitos contra el patrimonio. Aplicando *esta* manera de delimitar, quedaría intacto que la «Parte General» «rige» por igual para todos los grupos de delitos. La línea divisoria entre delitos de omisión y delitos comisivos, por el contrario, como división de *todos* los delitos, es posible que discurra por en medio de la Parte General. Por eso, el planteamiento sólo es suficientemente radical si no se aplica ninguna parte de la teoría general sin reparos a los delitos de omisión, pues es indudable, desde la perspectiva de la evolución dogmática, que «la» dogmática penal se ha desarrollado en primera instancia a la medida del delito comisivo, y para éste. Así pues, una investigación de la *dogmática* de

los delitos de omisión supone nada menos que la tarea de clarificar y —en su caso— configurar la Parte General para «la otra mitad» del sistema del delito.

Pero también nada más: las cuestiones particulares de los delitos de omisión concretos son cometido de la Parte Especial y rebasarían el marco de la investigación. Otro tanto cabe decir de la determinación de los múltiples «deberes de evitar el resultado» y «posiciones de garante». Este cometido *axiológico*, no resuelto por el legislador (y quizá irresoluble), sigue siendo un desafío importante y actual de doctrina y jurisprudencia; pero sería incorrecto, ya desde el punto de vista metodológico, esperar aquí una respuesta exhaustiva en cierto modo como subproducto de una investigación que se ocupa de la *estructura* dogmática del delito de omisión. Ahora bien, precisamente esta clarificación dará sus frutos con respecto al problema del «deber de garante».

Para resolver la tarea así esbozada, la investigación va a seguir el siguiente camino:

Para comenzar, se determinará en el apartado primero la relación, desde la perspectiva de lógica de las normas, entre el delito de omisión y el *mandato*. Aquí simplemente hay que extraer las conclusiones que intenté fundamentar metodológica y materialmente en mi tesis doctoral sobre la teoría de las normas de BINDING. Lo que se expuso en ella acerca de normas, deberes e infracciones de deberes con vistas primordialmente a las prohibiciones, ahora se trata de aplicarlo al mandato y a su infracción.

Ya este breve apartado primero lleva a un resultado dogmático provisional. Dotar de contenido a este esbozo del delito omisivo recurriendo a la *estructura* prejurídica *del omitir* —tras la justificación metodológica de este proceder (pp. 36 ss.)— constituye el cometido del capítulo segundo. Con este análisis ontológico se sientan las bases para las consideraciones dogmáticas posteriores y se aborda al mismo tiempo un problema agudo: se ha desvanecido la controversia en torno a la *causalidad* de la omisión, ha comenzado la lucha en torno al significado de la *finalidad* para la omisión. Es uno de los resultados de la investigación el que la doctrina final de la acción también aquí —«cambiándola de signo»— se revele fructífera.

Lo fructífero que este concepto de omisión, que constituye lo análogo al concepto final de acción, puede llegar a ser para la dogmática tanto de los delitos de omisión propia como de los de omisión impropia, habrá que demostrarlo luego en la parte dogmática de la obra.