

BERND SCHÜNEMANN

FUNDAMENTO Y LÍMITES
DE LOS DELITOS
DE OMISIÓN IMPROPIA

Con una aportación a la metodología
del Derecho penal

Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971)
por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo,
Catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura
(Cáceres)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA , por Luis GRACIA MARTÍN	15
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ALEMANA	29
PRIMERA PARTE	
FUNDAMENTOS	
§ 1 OBJETO Y PROGRAMA DE ESTA INVESTIGACIÓN.....	33
I. Introducción y acotación.....	33
II. Panorámica del curso de esta investigación.....	34
§ 2 REFLEXIONES METODOLÓGICAS PREVIAS, EJEMPLIFICADAS CON EL CONCEPTO DE OMISIÓN	37
I. Panorámica	37
II. Posibilidades de definición.....	38
III. El naturalismo	40
Excurso: el modo de ser de la omisión	42
IV. El sociologismo	47
V. El neokantismo.....	50
VI. Solución propia	54
VII. Valor del concepto de acción con fundamento óntico (concepto descriptivo).....	62
VIII. La trascendencia metodológica de la naturaleza de las cosas	63
IX. Omisión propia e impropia	74
§ 3 LA RELACIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA CON EL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	77

	Pág.
I. El tenor literal de la ley como punto de partida	77
II. Historia de la regulación	79
III. Interpretación sistemática y teleológica.....	83
IV. Interpretación de la ley y delito de omisión impropia en concreto.....	84
V. La compatibilidad formal con el principio de <i>nulla poena</i>	87
VI. Síntesis	91
§ 4 EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE POSICIONES DE GARANTE EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO	93
I. Cuestiones básicas.....	93
II. La «apología del deber jurídico»	96
III. La apología <i>in bonam partem</i>	101
IV. La apología desde la naturaleza de las cosas.....	101
V. Resultado.....	107

SEGUNDA PARTE
CRÍTICA METODOLÓGICA

§ 5 OBSERVACIÓN PRELIMINAR.....	111
§ 6 EL MÉTODO TÓPICO DE PFLEIDERER	113
I. Visión de conjunto.....	113
II. Crítica del método del supuesto básico	116
III. Resultado.....	123
§ 7 EL MÉTODO NEOCAUSAL DE WOLFF.....	127
I. Introducción a los esquemas metodológicos ontológicos.....	127
II. Panorámica del método de Wolff.....	128
III. Utilidad del criterio de normalidad.....	129
IV. El concepto de dependencia de Wolff.....	132
V. Deber jurídico formal y relevancia penal.....	135
VI. Toma de posición final.....	136
§ 8 EL MÉTODO ONTOLÓGICO DE WELP	139
I. El análisis de Welp sobre la posición de la víctima en la acción previa ilícita.....	139
II. Crítica al concepto de dependencia de Welp y de su análisis sobre la posición de la víctima.....	141
III. La posición del autor en Welp; exposición y crítica.....	151
IV. La cuestión de la equivalencia en las acciones previas lícitas.....	154
V. Consideración final.....	157

	Pág.
§ 9 EL MÉTODO NORMATIVO-SOCIOLÓGICO DE BÄRWINKEL.....	161
I. Exposición.....	161
II. Crítica del criterio del bien común.....	164
III. Crítica del «bien jurídico», elemento del bien común.....	168
IV. Crítica del concepto de rol.....	168
V. Crítica de la especificación de roles en Bärwinkel.....	173
VI. Crítica de los «elementos objetivos de valoración».....	176
VII. Resumen.....	179
§ 10 EL MÉTODO FENOMENOLÓGICO DE ANDROULAKIS.....	185
I. Exposición.....	185
II. Crítica del concepto de proximidad.....	188
III. Crítica de la equiparación axiológica.....	191
IV. Resultado.....	192
§ 11 EL MÉTODO SOCIOLÓGICO DE VOGT.....	195
§ 12 EL MÉTODO DUALISTA DE RUDOLPHI.....	199
I. Exposición de su teoría general de la equiparación.....	199
II. Crítica.....	201
III. Exposición y crítica de la solución de la injerencia de Rudolphi.....	204
IV. Resumen.....	210
§ 13 LA TEORÍA MATERIAL DE LOS GRUPOS COLECTIVOS DE HENKEL.....	213
I. Exposición.....	213
II. Crítica.....	215
§ 14 EL MÉTODO NORMATIVISTA DE VAN GELDER.....	221
I. Exposición.....	221
II. Investigación crítica del «deber jurídico de suprimir».....	222
§ 15 EL MÉTODO LEGALISTA DE BÖHM.....	229
I. Exposición.....	229
II. Crítica.....	231
§ 16 EL MÉTODO JURÍDICO-CONCEPTUAL DE LA JURISPRUDENCIA, EJEMPLIFICADO EN LA «COMPLICIDAD POR OMISIÓN EN EL PERJURIO».....	237
I. Tendencias generales de la jurisprudencia.....	237
II. Principios metodológicos de la creación judicial del Derecho.....	239

	Pág.
III. La jurisprudencia relativa a la complicidad por omisión en el perjurio.....	241
IV. Crítica de los demás intentos de limitación.....	250
V. Solución propia.....	255

TERCERA PARTE

SOLUCIÓN PROPIA

APARTADO PRIMERO

Fundamentación

§ 17 POSICIÓN DE GARANTE Y DEBER JURÍDICO FORMAL.....	261
I. Resumen de los resultados alcanzados.....	261
II. Evolución dogmática de las teorías formales del deber jurídico.....	262
III. Posición propia.....	265
§ 18 «EL ÁMBITO DE DOMINIO» COMO DIRECTRIZ MATERIAL SUPERIOR.....	275
I. Justificación del pensamiento tipológico-analógico en Derecho penal.....	275
II. Desarrollo de las condiciones lógico-objetivas de la equiparación.....	277
III. Comprobación en los «supuestos básicos».....	285
IV. El problema de la concreción.....	287
V. La idea del dominio en la dogmática actual.....	291
VI. Controversia con potenciales objeciones.....	294
§ 19 COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	301
I. Planteamiento del problema.....	301
II. Relación entre interpretación y creación de Derecho.....	303
III. Sentido histórico del principio de legalidad.....	305
IV. Interpretación teleológica del principio de legalidad.....	308
V. Controversia con Kohlmann.....	309
VI. Consecuencias del postulado de determinabilidad.....	316
VII. La concepción historicista de Naucke.....	317

APARTADO SEGUNDO

Parte General

§ 20 POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA CUESTIÓN DE LA EQUIPARACIÓN.....	324
§ 21 DEBERES DEL TRÁFICO E INJERENCIA.....	329
I. Fundamento de los deberes del tráfico.....	329

	Pág.
II. Contenido de los deberes del tráfico.....	336
III. El dominio, su adquisición y su pérdida.....	340
IV. En los límites del dominio	348
V. Los deberes del tráfico en la jurisprudencia	351
VI. El ámbito auténtico de la jurisprudencia relativa a la injerencia.....	356
VII. Toma de posición	361
VIII. Apéndice: la tutela o control de incapaces	371
§ 22 PARENTESCO, COMUNIDAD Y ASUNCIÓN.....	383
I. Panorámica de la doctrina y la jurisprudencia dominantes	383
II. Fundamentos de la solución que se propone	390
III. Acerca del dominio sobre el desamparo connatural	392
IV. Acerca del dominio sobre el desvalimiento parcial	398
V. Clasificación de los tipos o categorías de acontecer.....	404
APARTADO TERCERO	
<i>Resultado y perspectivas</i>	
I. Síntesis	409
II. ¿Posiciones de garante por deberes domiciliarios y por deber de cargo? ..	411
III. Indicaciones para una futura Parte Especial	414
IV. Consecuencias para la dogmática de los delitos de omisión.....	425
V. Observaciones <i>de lege ferenda</i>	429
BIBLIOGRAFÍA	433

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Los traductores al español de Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, de Bernd SCHÜNEMANN, han estimado que yo puedo ser una persona apropiada para presentar a los lectores de habla española la obra traducida por ellos y que ahora se publica por Marcial Pons; así lo han entendido mis admirados y queridos colegas y amigos, los Profesores Dres. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, en virtud de su conocimiento de circunstancias objetivas y subjetivas dadas en mi persona que avalarían la corrección de su estimación; y por esa razón, cuando tuvieron la traducción terminada y lista para publicarla, me invitaron a redactar un prólogo para ella. Por mi parte, la conciencia que tengo de la presencia de aquellas circunstancias en mis existenciaríos —sc., los equivalentes en el existencialismo a las categorías aristotélicas o kantianas—, motivó tanto que aceptara de inmediato y sin el menor titubeo la invitación de los traductores, como motiva ahora también que el efectivo cumplimiento del encargo y de mi compromiso los viva como la realización de una tarea altamente reconfortante, la cual me permite hacer honor a aquellas circunstancias tan relevantes de mi existencia y en mi vivencia, y, por eso, me honra y privilegia a mí mismo. Mi familiaridad con la obra y con sus contenidos, así como en general con el tema que se trata en ella tanto en la Dogmática penal alemana como en la española, así como mis estrechas e intensas relaciones personales y científicas con Bernd SCHÜNEMANN, son precisamente las circunstancias mencionadas como avales de mi idoneidad para la realización de este Prólogo que, para decirlo otra vez, me dispongo a escribir con sumo gusto y placer, y también —porque así lo merecen la obra y su autor— con todo rigor y con el mayor esmero. Básicamente serían dos los aspectos que, a mi juicio, y como aquí es el caso, deben ser tratados y resaltados en un Prólogo escrito por persona distinta al autor de la obra: el primero, y desde luego el más importante, el relativo a los contenidos, al significado y a la trascendencia de la obra prologada, pero en segundo lugar, también el relativo a la personalidad del autor, y de todo esto me dispongo a dar cuenta en las percepciones que voy a exponer en lo que sigue, y que comienzan con las atinentes al segundo de los aspectos indicados.

Desde luego que Bernd SCHÜNEMANN no precisa ya de ninguna presentación ante la comunidad de lectores hispanoparlantes familiarizados con las Ciencias penales, pero una comunicación de la percepción de su personalidad y de su obra, de quien, como es mi caso, mantiene con él una muy estrecha relación personal y científica, quizá pueda ser de interés incluso para quienes tengan un conocimiento mayor o menor de aquéllas. Mi relación personal con Bernd SCHÜNEMANN se inicia a principios del año 1991, cuando por invitación de mi maestro José CEREZO MIR, visitó la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y pronunció una profunda conferencia sobre el concepto material de la culpabilidad. Desde aquel momento inicial, nuestro contacto y nuestra comunicación han sido muy intensos y permanentes, y nuestra convergencia tanto en los intereses científicos como en tantas percepciones y vivencias del mundo, forjaron en muy poco tiempo unos lazos científicos y de amistad entre ambos que se han visto fortalecidos cada vez más con el paso de los años, hasta el punto de que, hoy, puedo decir con todo mi orgullo que Bernd SCHÜNEMANN es para mí el amigo entre los amigos, y que su amistad para conmigo ocupa un lugar de los más privilegiados en el registro de mis vivencias.

Bernd SCHÜNEMANN, tras haber desempeñado su Cátedra en las Universidades alemanas de Bonn, Manheim y Friburgo de Brisgovia, ejerce desde el semestre de invierno de 1990-1991 la Cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal, Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho de la Universidad «Ludwig-Maximilian» de Múnich, en la cual, además, es desde su incorporación Director del Instituto para las Ciencias Penales Completas, la Filosofía del Derecho y la Informática jurídica. El actualmente Prof. Dr. Dr. h. c. múltiple Bernd SCHÜNEMANN ha sido distinguido con varios honores en diversos lugares del mundo, lo que acredita la trascendencia y el reconocimiento de su obra científica y de su dedicación universitaria a escala mundial. En 2005 le fue concedido el título de Doctor honoris causa por la Universidad estatal de Mongolia en Ulan Bator, y posteriormente ha obtenido este mismo honor en las Universidades de Zaragoza (2006) y de Moquegua (Perú) en 2008. Es miembro de honor de varias instituciones y entidades científicas, como la Sociedad Japonesa de Ciencias penales y la Academia Mexicana de Ciencias penales; Profesor Visitante de la Universidad japonesa de Chuo (Tokio) y Profesor honorario del Instituto de Ciencias penales de la Universidad Normal de Pekín en China; consultor especializado en Derecho penal, desde 1992 a 1998, en la Comisión de selección de la Fundación Alexander von Humboldt, y consultor del Congreso de Jurisconsultos alemán y del Parlamento alemán.

La obra científica de Bernd SCHÜNEMANN es una de las más importantes y trascendentes de todos los tiempos y a escala mundial. En la actualidad casi se podría afirmar sin exageración alguna que su producción científica es prácticamente inabarcable, y no sólo por la cantidad de escritos que ha publicado en varios idiomas, sino por la pluralidad y variedad de la temá-

tica abordada y tratada en ellos. Treinta y seis libros, ya sea como autor, coautor, o compilador; ciento ochenta artículos en lengua alemana y otros ciento veinticinco publicados en otras lenguas encarnan la obra de este gran jurista alemán. Se podría decir que en la actualidad SCHÜNEMANN es el penalista de vanguardia mundial. Su pensamiento y su obra se mueven en dos direcciones. Por una parte dedica su esfuerzo al tratamiento crítico de los problemas jurídico-penales, procesales y iusfilosóficos de nuestro tiempo, indagando certeramente sobre sus causas y tomando posición cabal sobre el verdadero sentido de los mismos y su adecuado tratamiento. A esta dirección de su pensamiento y de sus publicaciones corresponden sus afinados trabajos críticos sobre los problemas —tan acuciantes hoy como trascendentes para el futuro— relativos, por citar sólo algunos ejemplos, a las respuestas políticas, filosóficas y jurídicas que hay que dar a la protección del medio ambiente, a la globalización económica, a la criminalidad económica y empresarial, a la construcción del Derecho penal europeo, o a la preocupante penetración de algunas prácticas propias del proceso penal americano en el proceso penal de los sistemas jurídicos continentales. Pero por otra parte, y ésta sería la segunda dirección de su pensamiento, a Bernd SCHÜNEMANN se le puede ver como el custodio de los más sólidos fundamentos de la teoría y del sistema del Derecho penal que la Dogmática jurídico-penal ha venido elaborando con ímprobo esfuerzo e intensa polémica a lo largo de más de doscientos cincuenta años. En este sentido, puede verse como capital la lucha metódica de SCHÜNEMANN por alcanzar la síntesis entre la realidad y los valores jurídicos que se proyectan sobre ella, rechazando vehementemente las actuales —y lamentablemente dominantes— tendencias a construir sistemas jurídico-penales puramente normativos. A esta dirección de su pensamiento pertenecen, por ejemplo y sobre todo, este monumental libro sobre los delitos de omisión impropios —que tiene su origen en lo que fue su tesis doctoral, se publicó originalmente en Alemania en 1971, y cuyos contenidos han sido desarrollados y enriquecidos sin cesar por el autor con nuevas aportaciones—, sus investigaciones sobre autoría y participación, sobre los delitos de peligro o, por citar sólo dos ejemplos más, sus trabajos sobre las relaciones entre ontologismo y normativismo en la Ciencia penal y sobre el bien jurídico como referencia central de las normas penales.

En el menester de difundir por todo el mundo su pensamiento y su magisterio, se puede caracterizar a SCHÜNEMANN como un viajero incansable, pues son incontables las conferencias, los cursos y los seminarios científicos que ha impartido y continúa impartiendo en todo el mundo, muy especialmente en España y en Latinoamérica. De la proyección universal de Bernd SCHÜNEMANN da cuenta sobre todo el hecho de que el Instituto para las Ciencias Penales Completas, que él dirige en la Universidad de Múnich, acoge de un modo permanente a penalistas en formación de todas las partes del mundo —especialmente del sureste asiático y de Latinoamérica, y últimamente también de la Europa del Este— que acuden a dicho centro en

busca de la sabiduría y de la hospitalidad de este excepcional maestro alemán. Su impresionante y desbordante personalidad, a la que no escatima ninguna manifestación de generosidad, afabilidad y hospitalidad, hace de SCHÜNEMANN un hombre de bondad y sabiduría incomparables, que, por todo ello, le ha hecho acreedor de la admiración, el afecto y el agradecimiento más sentidos de todos sus discípulos y colegas.

Mi familiaridad con esta obra de Bernd SCHÜNEMANN, y el inestimable provecho intelectual que me ha proporcionado su estudio reiterado y detenido, se remontan a los comienzos de la década de los ochenta del siglo pasado, con motivo de la elaboración de mi tesis doctoral sobre el actuar en lugar de otro en Derecho penal, en la cual, primero asumí la estructura metódica formal del juicio de equivalencia formulada por SCHÜNEMANN para la omisión impropia, y después adapté también a mis coordenadas dogmáticas algunos contenidos básicos dados por él a la estructura de su concepto del dominio sobre el fundamento del resultado para la construcción de mi concepto de dominio social como fundamento de la equivalencia jurídico-penal entre las conductas, respectivamente, de un sujeto formalmente inidóneo y del idóneo para un delito especial. Entre tanto, en su extraordinaria investigación sobre la criminalidad empresarial y la responsabilidad penal, Bernd SCHÜNEMANN había trasladado ya la estructura del juicio de equivalencia y el concepto de dominio al campo de la responsabilidad penal por actuar en lugar de otro, específicamente en el ámbito de la actividad empresarial, y operado aquí fructíferamente con tales instrumentos. Con posterioridad, he dado al dominio (actual) sobre el fundamento del resultado el carácter de punto arquimédico para la construcción de la estructura del tipo de los delitos de comisión por omisión (impropia) de un modo compatible con los principios de legalidad y de proporcionalidad, si bien mi concepto de dominio no coincide plenamente con el de SCHÜNEMANN, pues difiere de éste en algunos aspectos a consecuencia, lógicamente, de las diferencias existentes en nuestras premisas metódicas generales. Con esto, paso ya a ocuparme de los que, a mi juicio, pueden considerarse los aspectos fundamentales de Fundamento y límites de los delitos de omisión impropios, así como del significado y de la trascendencia de la obra.

Especialmente importantes son las páginas dedicadas por Bernd SCHÜNEMANN a definir el concepto de omisión, que ocupan la primera parte del libro, pues con este motivo formula un método para la construcción de los conceptos jurídicos en general, y de los jurídico-penales en particular, con el que trata de sintetizar la realidad y los valores, y de ese modo superar las insuficiencias que aquejaban tanto al naturalismo como al neokantismo, pero también las que, a su juicio, mostraría el finalismo.

El escollo fundamental del naturalismo venía dado por su pretensión, conforme a la concepción positivista, de extraer los conceptos jurídicos exclusivamente de la realidad en cuanto reflejo de ésta, pues la realidad en cuanto tal se encuentra exenta de valoración, y los conceptos jurídicos, por

el contrario, siempre tienen que estar referidos a valores. El método de formación de conceptos jurídicos del naturalismo sólo puede abocar a una falacia (naturalista) desde el momento en que del ser no puede derivarse ningún deber ser. No es que el método naturalista de formación de conceptos no pueda formular éstos, sino que por el contrario puede hacerlo en virtud de la observación de la realidad, pero lo que sucede es que una vez formado el concepto, de éste no es posible inferir nada acerca de su relevancia jurídica. Por supuesto que es posible formar un concepto naturalístico de la omisión, pues es indudable que ésta, al poder ser observada como un supuesto de hecho negativo, es decir, como uno en el que está ausente o falta una acción, tiene un carácter real. Ahora bien, la ausencia de esta acción puede ser meramente fortuita o deberse a que, dadas otras circunstancias, necesariamente tenía que estar ausente de acuerdo con leyes causales científico-naturales, o dicho de otro modo: la ausencia de la acción puede explicarse porque no se realizó pese a que era posible, o porque su realización era imposible en las circunstancias y en las condiciones dadas. Al método naturalístico sólo le cabe entonces formular un concepto de omisión que abarque la totalidad de los supuestos de ausencia de acción tanto posibles como imposibles de realizar, pero dicho concepto nada dice sobre si esta última distinción es o no es jurídicamente relevante. La cuestión de si la posibilidad de acción tiene que ser un elemento del concepto jurídico de omisión no puede resolverse sino mediante una formación de dicho concepto en referencia al valor, por ejemplo, a la antijuridicidad o a la punibilidad. Así, puesto que la antijuridicidad encuentra un límite en el principio jurídico general de que el Derecho no puede exigir lo imposible (impossibilium nulla obligatio), de ahí tiene que resultar que la posibilidad de la acción que está ausente en la omisión tiene que ser un elemento conceptual de la omisión misma.

Como variante del positivismo, Bernd SCHÜNEMANN rechaza asimismo el método de construcción de conceptos jurídicos del sociologismo, ya que la sociología jurídica tiene por objeto hechos sociales y, de acuerdo con su método, puede dar cuenta de los presupuestos sociales del Derecho y de la forma de operar de éste, pero no puede resolver sobre los contenidos normativos del Derecho, porque éstos están determinados por la validez de un ordenamiento de valores que no pueden ser aprehendidos por medio de un método no valorativo como el de la sociología jurídica. Por esta razón no ve admisible un concepto sociológico de omisión, y más en concreto ve también rechazables las construcciones sociológicas (ontológicas o normativas) del delito de omisión impropia, como las de VOGT, ANDROULAKIS o BÄRWINKEL.

Puesto que los conceptos jurídicos tienen que formarse necesariamente en referencia a valores, SCHÜNEMANN se ocupa de las posibilidades de construir el concepto de omisión que ofrece un método normativista como el del neokantismo. Para éste, puesto que la referencia a valores es la caracterís-

*tica de las Ciencias culturales, a las que pertenece la jurídica, la determinación de conceptos jurídicos consiste en destacar los elementos del objeto que son esenciales para un valor de referencia, de tal modo que sólo podrán integrarse en el concepto los elementos que sean relevantes para la valoración. Así, el color del pelo es completamente irrelevante para todo concepto que deba construirse en referencia a los valores de lo lícito y de lo ilícito, pero sería un dato relevante para una formación estética de conceptos. Ahora bien, para un método normativista como éste, la primera cuestión que hay que resolver es la relativa a la elección del valor de referencia al que tiene que ajustarse la formación del concepto. En el caso de la formación del concepto de omisión, entendida como una forma de comportamiento punible, y dado que la punibilidad presupone la antijuridicidad, los valores de referencia entre los que se puede elegir para la formación del concepto de omisión, son el de la punibilidad —que presupone la reprochabilidad— y el de la antijuridicidad. Si se eligiera este último, entonces es obvio que la expectativa de la acción omitida sería un dato que no podría formar parte del concepto de omisión, pues el que alguien espere una acción, por ejemplo el auxilio de otro, es irrelevante para el Derecho porque las normas jurídicas son independientes de su aprobación o rechazo por el individuo, y, por otro lado, la integración en el concepto de omisión de la expectativa jurídica, es decir, la emanada de un mandato jurídico, daría lugar a una tautología, pues la omisión contraria a una expectativa jurídica es por definición antijurídica. En cambio, con referencia a la antijuridicidad, la posibilidad de acción sí tiene que ser un elemento del concepto de omisión, pero ante la disyuntiva de determinar si aquélla ha de ser concebida como posibilidad objetiva o como posibilidad subjetiva, parece que habría que optar por lo primero, pues el principio jurídico general de *impossibilium nulla obligatio* parece que sólo es válido para la imposibilidad objetiva y no para la incapacidad subjetiva. El concepto de omisión será distinto si el valor de referencia que se elige es el de la punibilidad (o merecimiento de pena), pues éste presupone la reprochabilidad, y lo esencial para este valor es la posibilidad individual de llevar a cabo la acción. Sin embargo, el método normativista del neokantismo no proporciona ningún criterio de selección para cuando se dispone de una pluralidad de valores de referencia, razón por la cual incurre en un relativismo valorativo que lo hace inútil para la construcción de conceptos, pues éstos dependerán en última instancia del valor de referencia que se haya elegido arbitrariamente.*

Ya que, por lo dicho, ni el método naturalista ni el neokantiano resultan apropiados para la formación de conceptos jurídicos, SCHÜNEMANN desarrolla las bases de un método general que se caracterizaría por la convergencia en él de los aspectos de aquellos métodos que pese a todo, y a su juicio, no pueden ser ignorados en ningún caso, a saber: la premisa neokantiana de que en la Ciencia jurídica la formación de conceptos tiene que hacerse necesariamente en referencia a valores, y el acertado punto de vista naturalista de que los conceptos sirven para captar mentalmente un supuesto de

hecho de la realidad preexistente con el que no pueden entrar en contradicción. SCHÜNEMANN cree poder superar el escollo fundamental del relativismo valorativo que se plantea a la premisa neokantiana, mediante la fijación de un criterio que permita elegir el valor rector o de referencia desde el que hay que formar el concepto. Este criterio resulta de la asignación de una función —que no está dada a priori— al concepto que se trata de formar, y que constituye, a la vez, el objetivo que es decisivo para la determinación del concepto mismo, de tal manera que el propio objetivo que vaya a desempeñar el concepto en el sistema será determinante del valor de referencia que mejor le corresponda. Ahora bien, hay tres clases de formación jurídica de conceptos en función del objetivo del concepto: la del legislador, la de la jurisprudencia práctica y la de la ciencia jurídica. El legislador goza de libertad para llevar a cabo su tarea reguladora y para elegir los conceptos que emplea al efecto, pero el objetivo de la formación legislativa de conceptos es expresarlos sin modificar el significado natural de las palabras, porque si el legislador empleara un lenguaje demasiado apartado del común haría imposible el conocimiento del ámbito de lo punible para el lego sujeto al Derecho y con ello haría fracasar la función de prevención general del Derecho penal. La formación judicial de conceptos se determina por el objetivo de dilucidar a partir de la norma legal abstracta la regla jurídica concreta para resolver el caso concreto, y para ello debe llevarse a cabo un proceso de concreción orientado, por una parte, a las normas legales y a los principios jurídicos superiores, y, por otra parte, a la naturaleza de las cosas. Y la formación jurídica de conceptos por la ciencia jurídica tiene como objetivo ordenarlos en un sistema, por lo que aquella formación tiene que estar exenta de contradicciones, ser adecuada al complejo normativo que hay que ordenar, y satisfacer el principio de economía conceptual, en el sentido de que el sistema conceptual no debe contener elementos superfluos.

En el caso de la omisión, el objetivo del concepto es abarcar a todas las omisiones punibles, es decir, representar el concepto básico del sistema para todas las omisiones punibles, esto es, las propias y las impropias, y en cada una de estas dos clases tanto las dolosas como las imprudentes. De este objetivo, al menos para el caso de la formación sistematizadora de conceptos propia de la ciencia jurídica, deduce SCHÜNEMANN que el valor de referencia para la formación del concepto de omisión tiene que ser la punibilidad, porque ésta no puede nunca conectarse sólo a la antijuridicidad, sino a ésta y, dada la vigencia del principio de culpabilidad, a la reprochabilidad. Ahora bien, la referencia del concepto de omisión a la culpabilidad no persigue dilucidar la omisión culpable, sino sólo determinar las omisiones que, en su caso, pueden ser culpables. Esta referencia a la punibilidad —que presupone reprochabilidad— es posible porque, como razona SCHÜNEMANN, en el Derecho alemán vigente en el momento de escribir su obra, no habría delitos de omisión que pudieran dar lugar a una medida de seguridad independiente de la culpabilidad, y por eso el concepto de omisión referido a la

punibilidad puede desempeñar la función de elemento básico tanto del supuesto de hecho de la pena como del de la medida de seguridad. Ahora bien, ¿cómo es posible llegar a la formación de un concepto jurídico desde el valor de referencia? La respuesta que da SCHÜNEMANN a esta pregunta es: al concepto se llega mediante una desnormativización del valor y remitiéndolo a sus presupuestos ónticos. Puesto que el juicio de culpabilidad sólo puede proyectarse a una omisión cuando la realización de la acción omitida le hubiera sido posible al autor, porque a nadie se le puede reprochar el no haber hecho algo que no podía hacer, de ahí resulta que la posibilidad individual de acción es el presupuesto óntico del juicio de culpabilidad, es decir, el sustrato de éste. Y puesto que la posibilidad individual de acción es lo que hace que una omisión pueda, en su caso, ser sometida al juicio de culpabilidad, y ser punible si se dan los restantes presupuestos de la culpabilidad, de ahí resulta que el concepto de omisión que puede ser puesto en la base sistemática de todos los delitos de omisión, se tiene que definir como la no realización de una acción individualmente posible. Según SCHÜNEMANN, al tratarse de un concepto básico general, no pueden formar parte de él elementos diferenciales que sólo se presentan en el delito doloso o en el imprudente, por lo que para el concepto de omisión no son elementos constitutivos ni el conocimiento de la situación típica (sólo existente en el delito doloso) ni la cognoscibilidad de dicha situación (sólo existente en el delito imprudente), sino que sólo lo es la posibilidad de acción del autor en función de sus condiciones físicas e intelectivas.

Partiendo del concepto de omisión formulado y utilizando el mismo instrumentario metódico de formación de conceptos, el autor se entrega a la búsqueda de una solución para el problema central de su investigación, que es el relativo a la determinación de la necesaria equivalencia que ha de darse entre una omisión y una acción determinada para que pueda penarse al autor por el tipo de un delito de comisión por omisión (delito de omisión impropia). Se ha de destacar a este respecto que SCHÜNEMANN realizó este trabajo cuando aún no estaba vigente en el StGB la disposición de la Parte General relativa a la equiparación de la omisión, y que si bien la 2.^a Ley de Reforma del Derecho penal había asumido ya el § 13 del Proyecto de 1962, el cual entraría en vigor el 1 de enero de 1975, el autor de esta investigación prescinde de dicho precepto y la lleva a cabo conforme al Derecho entonces vigente porque, como advierte en su prólogo, aquella cláusula no aporta absolutamente nada nuevo con respecto a aquél.

El punto de partida de SCHÜNEMANN es la verificación mediante los métodos tradicionales de la interpretación, es decir, del tenor literal de la ley, del histórico, del sistemático y del teleológico, que en el StGB se encuentra tácita e implícitamente la punibilidad de omisiones impropias, y por cierto, cuando éste es el caso, a partir de los mismos tipos que describen las acciones punibles, pues entiende que aquéllos son únicos y los mismos para las acciones y para las omisiones correspondientes a éstas, si bien a las

acciones las comprenden descriptivamente y a las omisiones correspondientes sólo normativamente. Por esto, en la punibilidad de la omisión impropia no cabe ver ninguna infracción de la garantía de legalidad en sentido formal. Ahora bien, el alcance y el rendimiento de aquellos métodos tradicionales de la interpretación no pueden ir más allá de la verificación indicada, pues la ley no ha regulado expresamente el fundamento y los límites de los delitos de omisión impropia. Por esta razón, y porque tampoco puede remitirse al Derecho consuetudinario la cuestión nuclear y fundamental de la omisión impropia, que es la relativa a la determinación de qué omisiones —y por qué razón— son equiparables a las acciones correspondientes, es una que únicamente puede y tiene que resolverse mediante la creación de Derecho. En realidad, así ha operado la jurisprudencia tanto del RG como del BGH, pero de un modo incompatible con el principio de legalidad en sentido material, porque en la fundamentación de posiciones de garante ha excedido los límites de la analogía creadora de Derecho, esto es, vinculada y, por ello, orientada lógico-objetivamente a la naturaleza de las cosas, y esto ha dado lugar a una hipertrofia de los delitos de omisión impropia, los cuales se han extendido a omisiones que en modo alguno son equiparables a la comisión activa ni, por ello, al sustrato típico.

El detenido estudio crítico de SCHÜNEMANN de las más importantes monografías publicadas en Alemania en el siglo XX sobre el problema de la equiparación, así como de la jurisprudencia, muestra que hasta el momento en que él escribe esta obra, ninguna de aquellas investigaciones analizadas, desde luego sin perjuicio de reconocer los importantes aportes a que han dado lugar en este campo, había sido capaz de resolver aquel problema de un modo plenamente convincente y satisfactorio. Por esto, en la tercera parte de la obra procede a elaborar su propia solución con el instrumental metódico del que se ha provisto y del cual ya he dado cuenta más atrás, es decir, mediante una creación de Derecho analógica vinculada lógico-objetivamente a la naturaleza de las cosas, o dicho de otro modo, vinculada al sustrato ontológico al que remite la desnормativización del valor de referencia seleccionado al efecto. La decisión valorativa que se encuentra en la ley, como resulta de la interpretación gramatical e histórica, es que como omisión impropia hay que castigar no la omisión antijurídica sin más ni la meramente merecedora de pena, sino sólo la omisión igual a la comisión. Esta igualdad no puede entenderse en el sentido de «igualmente merecedora de punición», pues un desarrollo del delito de omisión impropia a partir del merecimiento de pena conculcaría el principio de legalidad. Esa igualdad tiene que resultar más bien de al menos un carácter común a la acción y a la omisión en la esfera prejurídica, es decir, ontológica. Este carácter común remite no a la punibilidad en cuanto valoración, sino más bien al fundamento de la punibilidad, es decir, a la estructura lógico-objetiva relevante para aquella valoración. Procede, pues, identificar la estructura lógico-objetiva en que acción y omisión son comparables y puede fundamentarse la igualdad (prejurídica) entre ambas. A esta comparación no se

oponen ni la falta de identidad en la esfera ontológica, ni el que aquí entre acción y omisión haya una antítesis contradictoria (a y no-a), porque lo que hay que poner en relación no es una acción y la omisión de esa misma acción, sino una acción y la omisión de otra acción distinta, y estos dos términos sí son comparables. Y así describe SCHÜNEMANN el proceso que ha de llevar a la comparación en los delitos de resultado: «1) los delitos de omisión impropia están previstos tácitamente en el Código penal; 2) para serlo, sólo aparecen como candidatas omisiones iguales a la comisión; 3) la igualdad a la comisión depende de qué peculiaridades de la acción fundamentan la punibilidad en el respectivo género de delitos; 4) el fundamento de la punibilidad reside, en los delitos de resultado, en la imputación del resultado a la persona; 5) el fundamento de esta imputación reside en la relación entre la persona y el movimiento corporal como causa inmediata del resultado; 6) dado que, merced a lo establecido tácitamente por el StGB, sería posible la equiparación de acción y omisión precisamente en los delitos de resultado, ésta puede y tiene que tener lugar únicamente si se pone de manifiesto una relación en la omisión equiparable a la relación indicada en el paso 5); 7) tal equiparación sólo puede tener lugar buscando el factor común, esto es, averiguando el principio general cuya especificación se menciona en el paso 5); y 8) Este principio general de imputación es el dominio sobre la causa o fundamento del resultado».

El hecho de que a la omisión le falten tanto el movimiento corporal como la causalidad no impide en absoluto que el dominio sobre el fundamento del resultado sea el principio de imputación común a acción y omisión fundamentado en un sustrato real prejurídico común a ambas formas de comportamiento. Pues hay que aclarar que el principio supremo de imputación no es el dominio sobre el movimiento corporal, sino más bien el «dominio sobre el fundamento del resultado», del cual aquél representa sólo una de sus dos posibles formas. En efecto, el dominio sobre el fundamento del resultado puede constituirse en virtud de un dominio que ya está dado existencialmente con carácter previo, como sucede con el dominio de la persona sobre sus movimientos corporales (acción), pero también en virtud de un dominio que surge de un acto de voluntad, es decir, de la asunción de un dominio antes no existente sobre una fase de un proceso causal que apunta a la producción del resultado o bien sobre la indefensión o desamparo de la víctima, y esta última —el dominio por asunción— es, precisamente, la forma del dominio sobre el fundamento del resultado —independiente, pues, del dominio de un movimiento corporal— que es característica de algunas omisiones: las iguales a la comisión. SCHÜNEMANN lleva a cabo un detenido estudio de todos los grupos de posición de garante reconocidos por la doctrina dominante —tanto por la teoría del deber jurídico formal como por la teoría de las fuentes materiales de la posición de garante— con el estilete crítico de su principio regulativo del dominio, llegando al resultado de una reducción drástica del ámbito de la omisión impropia en relación con la hipertrofia que ha experimentado en la doctrina dominante y, sobre todo, en la juris-

prudencia. Pues para SCHÜNEMANN, únicamente el dominio sobre la causa esencial o sobre el fundamento del resultado constituye el fundamento de toda posición de garante apto para igualar la omisión a la comisión. Pero a este respecto, es muy importante destacar que el punto arquimédico del concepto del dominio sobre el fundamento del resultado reside en la exigencia de que el mismo ha de ser actual, pues ésa es también la característica del dominio de la comisión. Quien tenía la posibilidad de asumir el dominio, y no obstante no lo ha hecho, tenía sólo dominio potencial, pero éste no es el dominio que se requiere para la constitución de la posición de garante que iguala la omisión a la comisión. El dominio sobre el fundamento del resultado tiene que ser actual, y esta actualidad no se da ni en el que ha perdido el dominio que pudo tener en algún momento previo a su omisión, ni en quien nunca lo ha asumido, por lo que las omisiones que tengan lugar en momentos en que el omitente no tiene el dominio actual sobre el fundamento del resultado o sobre el desamparo de la víctima no pueden ser equiparadas a la comisión. Como mucho podrán ser diferenciadas si acaso de las omisiones simples en virtud de circunstancias que las hagan más graves que a aquéllas, pero si no hay dominio actual del omitente no pueden verse como iguales a la comisión. Esto es lo que sucede precisamente en los casos de injerencia. El hacer previo por sí solo nunca puede constituir la posición de garante que iguala la omisión con la comisión. El causante de un peligro previo a su posterior omisión no tiene dominio actual sobre el fundamento del resultado en el momento de omitir la evitación del resultado. Su omisión podrá ser una agravada por razón del hacer precedente en relación con las omisiones quivis ex populo, pero nunca una omisión igual a la comisión.

Hasta aquí he tratado de dar cuenta de los aspectos que, a mi juicio, pueden ser vistos como centrales en la investigación de SCHÜNEMANN. Me daría por satisfecho si mi exposición de conjunto —que desde luego, y a pesar de la extensión que ya ha adquirido este prólogo, no ha podido extenderse a los detalles—, proporciona al lector que se adentre por primera vez en la obra una visión general sobre la dirección en que se mueve y desarrolla en todos sus detalles la creación de Bernd SCHÜNEMANN sobre los delitos impropios de omisión. No quisiera terminar esta presentación, sin embargo, con la omisión de un juicio personal sobre el significado y la trascendencia de tan brillante creación.

Se puede decir sin exageración que este Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, debido a la genialidad de Bernd SCHÜNEMANN, representa una verdadera ruptura con la Dogmática tradicional de la omisión impropia, y constituye, por ello, el punto inicial para un cambio de rumbo de aquélla hacia la búsqueda de las omisiones realmente iguales a la comisión. En efecto, la caótica maraña de construcciones del delito impropio de omisión que ofrece la doctrina tradicional, se puede reducir en apretada síntesis a que la posición de garante, fundamentada de tan diversas maneras, es determinante para la configuración del tipo de aquel delito, mientras que

el requisito de la igualdad de la omisión y de la acción correspondiente queda minimizado y prácticamente relegado al plano de la superficialidad verbal y de la retórica. De hecho, para la doctrina tradicional el delito de omisión impropia queda realizado con cualquier omisión de un garante. Así, realizarían el tipo de homicidio por omisión, por poner sólo dos tradicionales y simples ejemplos de la doctrina dominante, el cónyuge que ante la repentina y letal indisposición del otro cónyuge no solicita el auxilio de los servicios de atención médica, o el que ha provocado un accidente de tráfico y se desentiende completamente de la víctima cuya muerte tal vez habría podido ser evitada si el causante del accidente hubiera requerido a tiempo a los servicios de auxilio médico. Pero la evidencia de que ni el cónyuge ni el causante del accidente, por muy garantes que sean, han podido realizar el tipo del homicidio por omisión, sino únicamente una omisión de socorro que, como mucho, podría ser agravada (omisión pura de garante) con respecto a la omisión quivis ex populo, es algo que resulta de un modo palmario de una valoración de la concreta acción que uno y otro han omitido. Esto se puede argumentar de muy diversos modos, pero aquí basta con decir que en todo caso, y se mire como se mire, la acción (omitida) de requerir el auxilio de los servicios de atención médica de ningún modo podría ser vista como una acción de «autoría» del salvamento de la víctima, sino sólo como una de colaboración, esto es, de participación en la acción salvadora que hubiera podido llevar a cabo quien tuviera la capacidad de realizarla. ¿Cómo la omisión de una acción de mera complicidad o como mucho de inducción a la acción salvadora, podría ser valorada como una constitutiva de autoría del tipo de omisión impropia? Dicho de otro modo: ni el cónyuge ni el causante del accidente tienen dominio ni del (hipotético) curso causal salvador (les falta capacidad de acción, pues no son médicos) ni del curso causal que se desarrolla en dirección a la muerte, respectivamente, del cónyuge (por ejemplo el desencadenado por el ataque de peritonitis o por el infarto) y de la víctima del accidente (por ejemplo la hemorragia del accidentado), y respecto de este curso causal, por cierto, la falta de dominio se debe tanto a la falta de capacidad de acción como también a la ausencia de un acto de asunción voluntaria del dominio por los omitentes. La posición de garante, ya se fundamente en el deber jurídico formal, ya en relaciones materiales de la vida, no dice nada acerca de si la omisión del garante es una realmente igual a la acción y si, por ello, constituye comisión por omisión. El delito de omisión impropia da lugar así a una responsabilidad penal por el estado (por la mera posición de garante). El punto arquimédico del delito de comisión por omisión, sin embargo, como ha visto SCHÜNEMANN, y ésta es la gran aportación que hace en este libro, radica en la igualdad de la omisión a la acción correspondiente, igualdad sobre la que nada puede decir ni resolver el status formal o fáctico del omitente, sino sólo la relación material de éste con respecto al curso causal conducente al resultado y las características de la acción omitida respecto de su adecuación para la evitación del resultado. Sólo una directriz material extraída de la esfera onto-

lógica, como sucede con el dominio sobre el fundamento del resultado, está en condiciones de determinar mediante su concreción aquella igualdad, y, por ello, de reducir el delito impropio de omisión a los estrictos límites que lo hacen conforme con el principio de legalidad en sentido material y, a mi juicio, también con el de proporcionalidad. Aunque SCHÜNEMANN continúa denominando «posición de garante» a la situación de dominio sobre el fundamento del resultado, es evidente que tal posición de garante no tiene nada que ver con la de la doctrina dominante, y por eso cabe plantear la cuestión de si, en una construcción del delito de omisión impropia como la de SCHÜNEMANN, no sería conveniente abandonar tal denominación para referirse a semejante sustrato material, pues la expresión «posición de garante» alude más bien a un status formal o fáctico, mientras que el dominio, como sucede en los delitos de acción comunes, se refiere más bien al proceso del actuar o del omitir. Por eso, en otro lugar he propuesto prescindir de la posición de garante para el delito de comisión por omisión, al menos en el caso de los delitos comunes de resultado, reducir el tipo al dominio sobre el fundamento del resultado, y denominar de un modo neutro a la situación de dominio del omitente como «posición de comisión por omisión».

No me cabe duda alguna de que con el criterio directriz del dominio sobre el fundamento del resultado, SCHÜNEMANN ha abierto el camino correcto para la determinación y concreción del delito de omisión impropia. Lamentablemente, una construcción como ésta es minoritaria en la doctrina penal tanto en Alemania como en España, si bien la misma va cobrando cada vez más importancia y, por cierto, de un modo que trasciende al delito de omisión impropia. En Alemania, la idea central del dominio para los delitos de omisión impropia la han acogido de un modo más o menos amplio y con matices propios por ahora BOTTKE, SANGENSTEDT, en parte FRISCH, y recientemente también ROXIN. En España, asimismo con matices y correctivos, MUÑOZ SÁNCHEZ, SILVA, LASCURAIN, NÚÑEZ CASTAÑO, PAREDES, MARTÍNEZ-BUJÁN y sobre todo el autor de este prólogo incorporan también de un modo más o menos amplio y matizado (incluso en la terminología) la idea del dominio como eje del delito de comisión por omisión. Con posterioridad a la publicación de Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, SCHÜNEMANN ha continuado desarrollando y enriqueciendo su concepto del dominio sobre el fundamento del resultado y lo ha elevado a principio general de imputación jurídico-penal. Así, muy pronto hizo del dominio el fundamento de los delitos especiales (de garante), rechazando así la doctrina de ROXIN de los delitos de infracción de un deber, y con ello hizo del dominio sobre el fundamento del resultado también el criterio rector de la equivalencia en el caso de la responsabilidad del representante (actuar en lugar de otro), y en la actualidad ha dado al dominio el carácter de «base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro». Como ya dije al principio, en mi tesis doctoral sobre el actuar en lugar de otro hice del dominio (social) el fundamento de los delitos especiales, y del «acceso al dominio social» por un sujeto no cualifi-

cado el criterio de equivalencia de la actuación en lugar de otro, el cual es hoy día el criterio dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas.

Aunque me cueste dominar los impulsos, tengo que renunciar aquí a exponer las dudas que, de todos modos, me plantean algunos de los contenidos del libro —por ejemplo, el método, que a mi juicio está demasiado próximo al neokantismo pese a la constante remisión de la concreción a la naturaleza de las cosas y a la estructura lógico-objetiva, la selección de los valores de referencia para la formación de sus conceptos que hace el autor, y, por supuesto, el concepto de omisión al que llega—, pues éste no es lugar adecuado para debatir con el autor sobre aquello en lo que no se está de acuerdo o parece discutible y, además, éste prólogo ha alcanzado ya una extensión que tal vez pueda verse como desproporcionada.

Por ello, termino ya expresando, en primer lugar, mi total satisfacción por la publicación de esta monumental obra en el mundo hispanohablante, la cual tiene que contribuir de un modo importante al avance de la Dogmática de los delitos de omisión impropia, considerablemente más atrasada que la de los delitos de acción. En segundo lugar, felicito muy efusivamente a mi querido amigo y colega Bernd SCHÜNEMANN por este acontecimiento, y dejo constancia expresa de la alegría, de la satisfacción y del honor que me proporciona el hecho de haber prologado esta traducción y, de este modo, ver asociado mi nombre al de mi querido y admirado amigo y colega alemán, y además en la obra que ha constituido para mí desde los primeros años de mi actividad investigadora y que aún constituye hoy una fuente y un referente esenciales de mi formación y de mis conocimientos. Y, por último, expreso aquí también mi felicitación a mis, asimismo, queridos y admirados colegas y amigos, los Profesores Dres. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, por la magnífica traducción que han llevado a cabo de la obra, a quienes además agradezco muy sinceramente que hayan tenido a bien encomendarme la redacción del Prólogo.

María de Huerva (Zaragoza), 1 de diciembre de 2008.

Luis GRACIA MARTÍN

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ALEMANA

La presente obra constituye (con leves modificaciones) mi tesis doctoral, presentada a comienzos del verano de 1970 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga. He procurado, sin embargo, tener en cuenta —al menos en las notas— la jurisprudencia y doctrina aparecidas desde entonces; sólo con la 4.^a ed. de la Parte General de MAURACH no me fue posible hacerlo.

Inicialmente me había propuesto completar para publicarla mi investigación sobre el delito de omisión impropia en dos sentidos: las consideraciones metodológicas, profundizando en el tratamiento de la doctrina al efecto, y la Parte Especial de la problemática de la equivalencia, concretando las indicaciones contenidas en la tercera parte (vid. infra pp. 414 ss.). Sin embargo, he tenido que dejarlo para una ocasión posterior, con objeto de no aplazar la publicación más de lo razonable. Con respecto a las propuestas de lege ferenda que se desarrollan al final de la obra (vid. infra pp. 429 ss.), me pareció importante hacer pública mi concepción de los delitos de omisión impropia antes de que concluyera la reforma del Derecho penal. Aun cuando resulta poco probable que el legislador revise a estas alturas, antes de su entrada en vigor, el § 13 de la Parte General de 1973 (AT 1973), ya promulgado en la 2.^a Ley de reforma del Derecho penal, me considero no obstante obligado a presentar a tiempo una alternativa a mi juicio preferible. Como el § 13 AT 1973 no contiene prácticamente ninguna declaración sustancial que trascienda al actual Código Penal (por eso he basado la presente obra en el Derecho actualmente vigente), no va a suponer ventaja alguna, pero sí un gran peligro: se tranquiliza la «mala conciencia», derivada de la actual falta de una cláusula general en la ley (a la que quizá obedezca la restricción de la jurisprudencia sobre la omisión en los últimos decenios, si bien modesta, urgentemente necesaria), sin que con el texto de la ley se adopten precauciones suficientes frente a una nueva hipertrofia de los delitos de omisión impropia.

Quizá requiera explicación asimismo la extensión relativamente notable de la segunda parte de esta obra. En ella he intentado desarrollar los co-

nocimientos metodológicos (que en las consideraciones de nivel general suelen ser facultativos o pasar inadvertidos) al hilo de la controversia en torno a cuestiones materiales concretas. Lo cual, en comparación con un mero debate material, ha requerido disquisiciones adicionales relativas tanto a la exposición como a la crítica de anteriores proyectos de solución.

Me gustaría agradecer cordialmente a mis dos maestros de mi época de estudiante y de licenciado en prácticas (Referendar), al profesor doctor Claus ROXIN, que en los cuatro años de mi actividad como Ayudante ha sido un maestro tan providente como generoso y ha fomentado mi inclinación por la ciencia, y al profesor doctor Friedrich SCHAFFSTEIN, cuyos seminarios sobre la Ciencia total del Derecho penal me han estimulado desde que empecé a participar en ellos el semestre de invierno 1965-1966.

He de manifestar asimismo mi agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga, que con una generosa subvención de los costes de edición ha hecho posible la publicación de esta obra.

Gotinga / Múnich, septiembre de 1971.

Bernd SCHÜNEMANN

§ 1

OBJETO Y PROGRAMA DE ESTA INVESTIGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN Y ACOTACIÓN

Según una conocida expresión de FRANK¹, que no ha perdido vigencia², en la cuestión de la responsabilidad por omisión no se ha dicho aún la última palabra. En términos relativos, no presentan problemas los supuestos en que la omisión está conminada con pena en el Código Penal (StGB) o en una ley penal especial³; por eso éstos sólo van a interesar aquí en tanto que de su regulación legal pueden extraerse consecuencias para el tratamiento de las omisiones que, por equivaler a un hacer positivo, han de subsumirse, según opinión unánime⁴, incluso sin prescripción legal expresa, en los «tipos comisivos», los cuales *prima facie* sólo abarcan acciones. Así pues, la pregunta que continuamente nos vamos a hacer es la siguiente: ¿en qué condiciones el omitir una acción puede fundamentar la punibilidad por un tipo en cuyo tenor literal no está mencionada expresamente la omisión como forma de delito? Por ello habrá que abordar en seguida la *problemática de la equiparación*, que —sin limitarse a cualesquiera posiciones de garante determinadas— ha de investigarse para todo el ámbito de las omisiones merecedoras de punición. Bien es verdad que no se marginan del todo los problemas

¹ *Kommentar zum StGB*, § 1, nota IV, 2.

² Esto lo ponen de manifiesto las numerosas publicaciones al respecto en los últimos años; *cfr.* simplemente las monografías, indicadas en la Bibliografía, de RUDOLPHI, PFLEIDERER, WELP y BÄRWINKEL.

³ *Cfr.*, p. ej., los §§ 138, 22 I 2.^a alternativa, y 330 c StGB, §§ 3 I a de la Ley del documento personal de identidad, 45 II núm. 1 de la Ley de energía atómica.

⁴ Aun cuando los reparos de constitucionalidad se debaten a menudo, únicamente KRAUS, *ZStW* 23, 763 ss. (789 ss.) ha sostenido que los delitos de omisión impropia sencillamente no existen; todos los demás autores no han compartido esta consecuencia.

ontológicos de la omisión⁵, pero sólo se abordan someramente cuando parece ineludible para resolver la cuestión de la equiparación. Del mismo modo, la «dogmática de los delitos omisivos» (en el sentido de «sistemática de la teoría general del delito»)⁶ sólo presenta un interés marginal, pues en esta obra ha de aclararse antes de todo cuándo se da en absoluto un delito omisivo punible; el que se derive de aquí algún fruto para los problemas dogmáticos, secundarios en el plano lógico, resulta de la conexión entre sistema y sustrato del sistema, entre Parte General y Parte Especial en Derecho penal, sin que sea necesario destacarlo.

Por último, hay que acotar esta obra en una tercera vertiente: la solución de la problemática de la equiparación se realiza sobre la base del Derecho vigente, no aduciéndose consideraciones político-jurídicas *de lege ferenda* a este respecto. Sólo una vez aclarada la situación jurídica actual cabe plantear razonablemente la cuestión de si ésta resulta satisfactoria o, por el contrario, es menester una modificación de las correspondientes normas jurídicas por parte del legislador.

En tanto que análisis dedicado al Derecho vigente, nuestra obra es de naturaleza *dogmática*; la *Política criminal*⁷ sólo nos interesa en la medida en que sea relevante para el conocimiento del Derecho en vigor. Por consiguiente también han quedado al margen las cuestiones criminológicas; antes de que sea posible una Criminología de los delitos omisivos, lo oportuno es aclarar previamente cuándo cabe estimar que se da un delito de omisión⁸.

II. PANORÁMICA DEL CURSO DE ESTA INVESTIGACIÓN

El curso de la investigación se sustenta en el convencimiento de que la labor *de creación del Derecho* que ha de realizarse al investigar la punibilidad por omisión no puede llevarse a término con los medios tradicionales de la hermenéutica jurídica, o sea, en particular con los distintos métodos de interpretación. Pero como la punibilidad tampoco puede basarse en el incierto juego de la intuición, la problemática de la equiparación reside principalmente en la tarea de buscar un *método* para la equiparación que satisfaga todas las exigencias. Por esta razón, los problemas metodológicos cobran en esta obra una extensión poco común; al resolverlos, también pierde sus aristas el problema de la equiparación, no resuelto del todo en los últimos cien años. Para poder abordar con cautela las complicadas cuestiones metodológicas, conviene en primer lugar disponer de una panorámica de las princi-

⁵ Al respecto ANDROULAKIS, *Studien*, pp. 17 ss.

⁶ Acerca de ello GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*; Arm. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*.

⁷ Cfr. acerca de esta antítesis, v. LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, II, p. 80.

⁸ Con lo cual no se discute que la dogmática del Derecho penal se base en muchos casos en conocimientos criminológicos; pero en el ámbito de la omisión hay que encontrar primero una «base de punibilidad» sobre la que sea posible una ulterior comunicación interdisciplinar.

pales corrientes metodológicas, lo cual se intentará —para no perder de vista por completo nuestro principal cometido— en el capítulo siguiente, ejemplificándolo con la determinación del *concepto de omisión*. Si al hacerlo se pone de manifiesto asimismo que el concepto de omisión sólo puede determinar la base, pero no la solución de la problemática de la equiparación, estas reflexiones no serán en vano, pues nos proporcionarán las herramientas teóricas imprescindibles para nuestra verdadera tarea.

En el capítulo subsiguiente buscaremos el necesario conocimiento del problema partiendo de la ingenua pregunta de si existen delitos de omisión impropia no especificados, a fin de formarnos una idea de la extensión de la laguna legal. Enlazando con ello, ha de explicarse la cuestión de en qué medida nuestra investigación está condicionada por el Derecho consuetudinario que eventualmente haya surgido. Tan pronto como lo hayamos verificado, habremos averiguado por fin el alcance *hic et nunc* de la problemática de la equiparación, y hallado los fundamentos para la solución, objeto de la *primera* parte.

En la *segunda* parte, nos ocuparemos de los métodos de equiparación desarrollados en los últimos tiempos, analizándolos críticamente. Toda investigación científica se basa en el legado de sus predecesoras y casi toda idea nueva surge de la controversia con los proyectos anteriores. Por eso procuraremos sacar de la crítica a nuestros predecesores el máximo partido para nuestra solución, la cual se construirá en la *tercera* parte de esta obra. Así estaremos en la afortunada situación de poder conceder a la crítica metodológica un espacio relativamente amplio, pues a diferencia de la mayor parte de las monografías no hace falta que nos detengamos a describir la evolución doctrinal: existen exposiciones tan espléndidas, tanto antiguas como recientes, que pretender añadir una más sería como verter agua en el océano⁹. Por eso la crítica metodológica se limita a la doctrina de después de la guerra, mientras que la doctrina de 1871 a 1945, basada en condiciones estatales y sociales del pasado, sólo se considerará en tanto que contenga planteamientos todavía hoy fructíferos o sea útil para comprender la situación dogmática actual. No cabría, en cambio, establecer una cesura así en la jurisprudencia, porque la relativa a los delitos de omisión posterior a la guerra no es tan fructífera como la doctrina también posterior a la guerra. Para alcanzar una panorámica representativa tanto de los supuestos prácticos como del Derecho vivido que se pone de manifiesto en las resoluciones judiciales, se tuvo en cuenta, pues, toda la jurisprudencia relativa al StGB: más de

⁹ De los más antiguos, cabe citar simplemente los esbozos de historia dogmática de BINDING (*Normen*, II, 1, pp. 521 ss.), TRAEGER (*das Problem der Unterlassungsdelikte*, pp. 28 ss.) y NAGLER (*GS 111*, 3 ss.), así como las obras de Historia del Derecho de HONIG («Die Entwicklungslinie des Unterlassungsdeliktes vom römischen bis zum gemeinen Recht», *Festschr. f. Rich. Schmidt*, I, 3 ss.) y SCHAFFSTEIN (*Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, pp. 56 ss.); de los más recientes hay que aludir a las exposiciones sumarias de ARM. KAUFMANN (*Dogmatik*, pp. 241 ss.), RUDOLPHI (*Gleichstellungsproblematik*, pp. 5 ss.) y PFLEIDERER (*Garantenstellung*, pp. 50 ss.) y las exposiciones detenidas en VAN GELDER (*Die Entwicklung der Lehre con der sog. Erfolgsabwendungspflicht*, pp. 4 ss.) y WELP (*Vorangegangenes Tun*, pp. 26 ss.).

quinientas sentencias seleccionadas, número con una entidad como para garantizar la suficiente referencia a la praxis de nuestras reflexiones teóricas.

Como hoy resultan casi inabarcables la extensión y la multitud de aspectos de la problemática de la equiparación, cabe ya indicar que no podemos desarrollar en todas sus ramificaciones nuestra propia solución de la equiparación en la *tercera* parte de esta obra. Con objeto de no rebasar el marco preestablecido, tendremos que limitarnos a estudiar detenidamente los *problemas básicos*, así como la equiparación del hacer y del omitir, en el grupo de los *delitos de resultado* (el de mayor importancia práctica), y para lo demás pergeñar un breve esbozo, cuya elaboración en detalle ha de reservarse para posterior ocasión.