

En los delitos de comisión por omisión (u omisión impropia) se hace responsable a alguien de la producción de un resultado por incumplimiento de un deber de actuar; más aún, se le hace responsable con la misma valoración que si lo hubiera causado activamente. Así, la madre que no alimenta al hijo recién nacido, o el vigilante de un paso a nivel que no baja la barrera cuando se aproxima un tren, pueden ser hechos «responsables en comisión por omisión» de las muertes y lesiones que se produzcan. Esto es lo propio de estos tipos de comisión por omisión: hacer responsable de un resultado a alguien por su inactividad: en ellos responde el omitente igual que si lo hubiera cometido de forma activa (con otras palabras: *dejar morir se equipara a matar*).

Ciertamente, algo nos dice que existe cierta relación entre la producción de un resultado lesivo y un deber previo de evitarlo. Los dos ejemplos anteriores se refieren a casos de claros deberes de actuar (por una estrechísima posición familiar o expresa vinculación contractual) en amparo o protección de una fuente de peligro. Se trata de casos en los que la atribución del resultado no parece violentar el sentimiento de justicia. Sin embargo, más allá de casos como los mencionados, es dudoso que siempre que hay un deber de actuar se pueda hacer responsable a un sujeto del resultado producido y no evitado. Hacer responsable a alguien por un resultado no evitado se presenta, de entrada, como una interpretación amplia de la tipicidad que requiere una sólida base legal. No basta con afirmar que había deber de actuar, algo que podría dar lugar a un delito de omisión pura (N.62), pero no a decir que es *igual* que haber actuado.

El legislador prevé en ocasiones tipos de comisión por omisión mediante su definición expresa. Así sucede, por ejemplo, en el Derecho español cuando se define que el funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permite, o no impide, que otras personas cometan delitos de tortura, responde con la misma pena del respectivo delito de tortura (art. 176; cfr. también arts. 391 y 615 bis). Se trata de casos de comisión por omisión expresamente previstos.

Además de tales casos expresos, el legislador ha arbitrado otra vía *general* para definir tipos de comisión por omisión. Es la que se da a través de la llamada «cláusula de correspondencia» (art. 11). Dicha cláusula hace posible que el resultado se atribuya a la inactividad o incumplimiento del deber en todo delito de resultado (los que «consistan en la producción de un resultado»). Dicho precepto fue introducido por el legislador español en el código de 1995 para acallar las críticas de que la atribución de un resultado a la inactividad sin un precepto semejante atentaría contra el principio de legalidad. La seguridad jurídica en materia penal obligaría a definir expresamente los casos de omisión típica, también los de atribución de un resultado. De lo contrario, se estarían previendo responsabilidad penal (en virtud del tipo de comisión por omisión) sin suficiente base legal. En efecto, en varias ocasiones y casos del pasado la jurisprudencia española había recurrido sin tal apoyatura legal a la comisión por omisión para atribuir un resultado a la inactividad de un sujeto; exigía para tal atribución un específico deber de actuar, que, de acuerdo con la doctrina se denominaba «posición de garante». Pero se criticó que tal modo de proceder encerraría una creación judicial de un delito, lo cual atentaría contra los postulados del Estado de Derecho (regla *nullum crimen sine lege*: principio de legalidad). Por estos motivos, se entendía que la estructura de la comisión por omisión requería de una expresa definición legal. Esta era la interpretación de cierta doctrina española en el momento de redactarse el CP, y contaba además con el precedente del § 13 StGB alemán, que ya preveía una cláusula de

correspondencia. La elaboración del código penal español de 1995 fue el momento propicio para incluir una *cláusula general de correspondencia* entre comisión por omisión y comisión activa en los delitos de resultado, el actual art. 11.

En esencia el precepto establece que los delitos consistentes en la producción de un «resultado» «se entenderán» cometidos por omisión, cuando la no evitación del resultado «equivalga, según el sentido del texto de la ley» a su causación activa, existiendo un «especial deber jurídico» de actuar.

En dicho texto hay que prestar atención: i) a que se refiere a delitos que consistan en la producción de un *resultado* separado espacio-temporalmente de la acción; por lo que no sería posible entender cometido por omisión un tipo de mera actividad. ii) La cláusula posibilita «entender» cometidos por omisión, pero –precisamente por eso– no supone necesariamente la identificación de la comisión por omisión con la comisión activa; sólo a que el delito de resultado en cuestión *se tome como –se valore como–* realizado activamente. iii) En cuanto a la razón de la equivalencia, el legislador parte de la base de que tal equivalencia se extrae del sentido del texto de la ley en cada delito. Así, para el homicidio, hay que prestar atención al texto del respectivo precepto para interpretar si el legislador estaba incluyendo ya la producción de la muerte omisiva. Para el caso del homicidio no evitado por un pariente próximo parece claro; y de hecho era uno de los supuestos que históricamente habían sido castigados en comisión por omisión (el de la madre que no alimenta al hijo recién nacido). Para otros delitos puede ser aventurado extraer la consecuencia de que el legislador incluye la omisión como vía de responsabilidad para atribuir el resultado. Pero, aun cuando se logre afirmar que el legislador quería incluir dichos casos, la consecuencia será que entonces la omisión *se equipara* a la comisión activa *cuando omitir equivale* a cometer activamente. Lo cual encierra una argumentación circular (cometer equivale a omitir cuando lo primero vale lo mismo que lo segundo). Dicha conclusión no puede ser más desalentadora para el intérprete, pues para superar un supuesto problema de seguridad jurídica se recurre a la cláusula de correspondencia legal, que no hace sino aportar más inseguridad.

Para intentar concretar más, el legislador añade iv) dos casos de deberes jurídicos de actuar en los que habrá equivalencia «según el sentido del texto de la ley»: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; y b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico. Pues bien, lo cierto es que aun en esos casos –añadidos al contenido del primer párrafo al final de la tramitación parlamentaria– no queda clara la equivalencia, porque ambas situaciones no satisfacen cumplir lo exigido poco antes en el mismo precepto (que, según el texto de la ley, cometer *equivale* a omitir), sino que lo presuponen, es decir, saber cuándo equivalen acción y omisión. Y determinar la equivalencia es lo que debe hacer el intérprete. Luego seguimos como al comienzo: determinar cuándo es equivalente. No basta con la mera existencia de alguno de esos deberes (a) y b]) para afirmar la equivalencia entre actuar y omitir. La confusión se incrementa al constatar que en algún delito omisivo (art. 195.3 CP) el legislador ha definido como típica la conducta de crear un riesgo y a continuación omitir el socorro a quien va a padecer ese riesgo, cuando en coherencia debería tratarse como la segunda de las situaciones (la descrita en b]) del art. 11 CP, pero ¡la pena es muy dispar por la vía de uno y otro precepto! Se da por tanto una situación de contradicción de normas (antinomía). Queda así claro que el legislador no ha resuelto el problema de la supuesta carencia de seguridad en la aplicación de la comisión por omisión, sino que la ha aumentado.

En realidad, como había puesto de relieve la doctrina especializada (SILVA), la cláusula de correspondencia no sería necesaria si la comisión por omisión se aprecia restrictivamente y sin tratarla como un expediente abierto para que la existencia de cualquier deber convierta toda situación en comisión por omisión (N.64).