

Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

I. EL CONCEPTO DE OMISION

1. El Derecho penal tiene por objeto, siempre y únicamente y tal como señala el artículo 1 CP, acciones y omisiones:

Ninguna de estas dos expresiones es un concepto jurídico, en cuanto que en el lenguaje corriente, del que han sido extraídas, se emplean ambas palabras dentro de los más variados contextos, ajenos por completo al mundo del Derecho penal, y, en general, al mundo del Derecho.

Comer o nadar, por ejemplo, son dos acciones que en principio no tienen por qué ser objeto de valoración juridicopenal alguna; como tampoco tienen por qué ser objeto de esa valoración omisiones como la de no llegar puntualmente al trabajo o la de no pedir perdón cuando, previamente y sin querer, se ha dado un pisotón a otra persona.

La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo —pertenece, pues, a la esfera del ser, y no a la del deber ser—, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es decir: porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceres malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón).

2. La omisión es una *especie* del *género* no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se *debería* hacer (1), o, con otras palabras, la *diferencia específica* de la

(1) En este sentido, de estimar que la omisión es un no hacer desvalorado, cfr., por ejemplo, GALLAS, HARDWIG y SCHMIDHÄUSER, en las citas que se hace de ellos infra nota 6.

omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado.

Un sector de la doctrina prescinde, no obstante, de esa diferencia específica, y entiende que la omisión es un concepto ontológico (2), esto es: un concepto que se puede formular prescindiendo de la perspectiva del deber ser (valorativa=normativa=axiológica). Así, por ejemplo, *Armin Kaufmann* mantiene que «la omisión está constituida por la concreta capacidad de acción y la ausencia de la realización de esa acción. Es evidente que para ello es completamente indiferente la existencia de un mandato jurídico o de una valoración jurídica. De ahí se sigue, a la inversa, que la existencia de la omisión es independiente de que esté mandada la acción determinada a la que está referido el concepto de omisión. El ordenamiento jurídico no puede, de ninguna manera, hacer nacer mediante exigencias o valoraciones algo que, si no, no existiría; el acento valorativo no hace un Algo de una Nada, sino que únicamente puede hacer de un Algo un Algo valorado» (3).

Si *Armin Kaufmann* tuviera razón, entonces se podría decir que la mujer embarazada que no cede el asiento en el autobús a un joven vigoroso *omite* levantarse, y que el turista que en pleno mes de agosto se dispone a bajar a la playa de Torremolinos desde la habitación de su hotel *omite* ponerse la corbata, pues tanto aquélla como éste, te-

Véase, especialmente ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik de unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, p. 68: «Un dejar de hacer (Lassung) sólo se convierte en omisión (Unterlassung) cuando la acción dejada de hacer es una que falta, una no existente, a pesar de que debería existir»; a ANDROULAKIS le sigue ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, *Engisch-Festschrift*, 1969, p. 380 nota 1: «Adhiriéndome a... Androulakis... prefiero hablar de 'dejar de hacer', para poder reservar el concepto de 'omitir' al 'dejar de hacer de una acción que se espera (si bien no necesariamente sobre la base de mandatos jurídicos)'».

(2) Además de los autores que se citan en la nota siguiente, no incluyen tampoco en el concepto de omisión el elemento valorativo de la acción esperada o exigida: v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26 ed., 1932, pp. 169/170 nota 1, ni KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, 1933, pp. 4-5, ni BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª ed., 1985, p. 199.

(3) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 49-50. En parecido sentido ya VOGT, *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, *ZStW* 63 (1951), p. 383, y GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral de Göttingen, 1956, p. 18. Como ARMIN KAUFMANN, WEIZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pp. 200, 202 («Mucho menos aún depende el concepto de omisión de que la acción omitida le estuviera mandada al autor»); ARTHUR KAUFMANN/HASSEMER, *Der überfallene Spaziergänger*, *JuS* 1964, p. 152 nota 19 (cfr., sin embargo, ARTHUR KAUFMANN, *Die ontologische Struktur der Handlung*, *Hellmuth Mayer-Festschrift*, 1966, pp. 104-105 nota 81); SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, 1974, pp. 7-8; OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?*, 1973, p. 176; CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, 3.ª ed., 1985, p. 279 («La omisión, como ha señalado Armin Kaufmann, es la no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta»). SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 32 y 43, define la omisión, prescindiendo también de elementos normativos, como la «no ejecución de una acción posible individualmente». MAURACH/GÖSSEL, *Strafrecht AT, Teilband 2*, 6.ª ed., 1984, pp. 134 y ss. y MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, p. 10, consideran asimismo a la omisión un concepto ontológico.

niendo la concreta capacidad de ejecutar la acción de levantarse del asiento o de anudarse una corbata, no obstante no han realizado ninguna de esas acciones. Sin embargo, no es éste ciertamente el sentido que tiene la palabra omisión en el lenguaje corriente, donde no significa sólo —como piensa *Armin Kaufmann* (4)— no hacer algo que es posible hacer, sino no hacer algo posible cuando, sin embargo, se *debería* (sobre la base de normas jurídicas, religiosas, éticas, convencionales, etc.) actuar: de ahí que —porque éso no lo exige norma alguna— no *omita* ceder el asiento (simplemente, *no cede* el asiento) la mujer embarazada de nuestro ejemplo, y si *omita*, en cambio —porque es lo que se espera de él de acuerdo, por lo menos, con principios convencionales—, el joven que en el autobús no se levanta para permitir que la gestante ocupe su sitio, y de ahí también que —porque tampoco lo exige norma alguna— no *omita* ponerse la corbata (simplemente, *no se la pone*) el turista de Torremolinos, el cual, en cambio, *omitiría* ponerse la corbata —porque ello es lo que exigen las normas de etiqueta— si, en vez de dirigirse a la playa, lo hiciera a una recepción de gala.

Ciertamente que *Armin Kaufmann* tiene razón cuando afirma que la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) (5) de ejecutar una determinada acción; pero ésto sólo no basta: es necesario además, para que se pueda hablar de omisión —si es que no se quiere tergiversar el sentido de las palabras—, que esa acción que se *podía* (aspecto ontológico) se hubiera *debido* también ejecutar (aspecto normativo de la omisión) (6).

(4) En sentido parecido de considerar que la omisión consiste únicamente en no ejecutar una acción posible, independientemente de que ello venga exigido o no, RODRÍGUEZ MOURULLO. La omisión de socorro en el Código Penal, 1966, p. 32: «Puede afirmarse que la omisión entraña una voluntad que se manifiesta al exterior a través de un estado de quietud corporal o bien a través de un movimiento corporal. Un estado de quietud corporal o un movimiento revelan, en todo caso, un cierto non facere. Para captar este no hacer no es preciso recurrir todavía a la norma. Frente a un sujeto en estado de quietud corporal o que se encuentra ejecutando una determinada acción, es posible decir que deja de hacer algo. Obsérvese que no es preciso decir algo esperado, algo debido, algo ordenado por la ley. Antes de todo eso —como señala con acierto Dall'Orá—, yo, como observador de la realidad natural, puedo afirmar que el sujeto no hace algo, y resulta evidente que esto no es un juicio de valor, ni un juicio de conformidad o disconformidad a un modelo legal, ni un juicio de antijuridicidad, sino pura y simplemente una constatación empírica.—Cuando encontré en el cine a un alumno constaté un hecho: que en esos momentos no estudia. Pero con ello no formulé todavía necesariamente un juicio de valor. Si en esos momentos debía estudiar o no es una cuestión distinta sobre la que yo no puedo pronunciarme sin antes hacer una referencia a la norma que disciplina sus deberes de estudio». R. MOURULLO sigue manteniendo su posición en Derecho penal PG, 1977, pp. 224 y ss.

(5) Sobre el requisito de la posibilidad, que no pertenece *específicamente* a la omisión, sino al concepto genérico de comportamiento pasivo, véase infra II 6 a).

(6) Como aquí ya GALLAS, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), p. 9: «No tiene ningún sentido decir de un invitado a una reunión social que transcurre en la mejor de las concordias que ha 'omitido' dar una bofetada al anfitrión, a pesar de que en todo momento tuvo el dominio del hecho potencial final de hacerlo»; HARDWIG, Die Zurechnung, 1957, p. 134 nota 332: «El que no haya hecho algo que hubiera podido hacer, no por ello ha omitido algo. Si yo ahora no fumo un cigarrillo

Rodríguez Mourullo y Córdoba (7) han acudido al Derecho positivo español para intentar demostrar que la omisión es un concepto no normativo: dado que el artículo 1 CP habla de «omisiones penadas por la ley», de ahí deducen esos autores, a contrario, que, como existen también omisiones no penadas por la ley, éstas poseen, por consiguiente, «una realidad prejurídica, es decir, anterior a la norma» (8). Contra esto hay que decir que identificar realidad prejurídica con realidad anterior a la norma (ontológica) supone identificar a la parte (norma jurídica) con el todo (norma) (9); pues fuera del mundo (valorativo) de la norma jurídica no está sólo, como sugieren R. Mourullo y Córdoba, el mundo (no valorativo) del ser, sino ese mundo y también, por supuesto, el mundo (valorativo) de todas las restantes normas distintas de la jurídica. Como se ha tratado de demostrar párrafos más

llo, a pesar de que podía fumarlo y de que lo sé, no por ello he omitido fumarlo. Pero si, a pesar de que podía y de que me apetecía, me he propuesto no fumar, entonces he omitido fumar. Sólo en referencia a un complejo de normas un no hacer se convierte en un omitir»; *el mismo*, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW 74 (1962), pp. 29/30; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, 2.ª ed., 1975, p. 654: «Si la cuestión se contempla, en primer lugar, como problema terminológico, es seguro que el lenguaje corriente sólo habla de omisión cuando no se responde a una expectativa; nadie diría que el estudiante S ha omitido limpiar los rieles del tranvía y que, en lugar de ello, ha ido a clase».

Por lo demás, la doctrina ampliamente dominante está de acuerdo en que la omisión es un concepto normativo y en que, por consiguiente, sólo se omite una acción cuando ésta es esperada o viene exigida; cfr., por ejemplo, BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, 2, 2.ª ed., 1914, p. 106; v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, 1930, p. 153; MEZGER, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2.ª ed., 1933, pp. 130, 132, 137; KIELWEIN, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, p. 229; NOVOA, Curso de Derecho penal chileno I, 1960, pp. 277, 343; *el mismo*, Los delitos de omisión, Doctrina penal 1983, p. 34; ANDROULAKIS, *op. cit.*, pp. 68 y ss.; BOCKELMANN, Betrug verübt durch Schweigen, Eberhard Schmidt-Festschrift, 1961, p. 451; *el mismo*, Strafrecht AT, 3.ª ed., 1979, p. 136; v. BUBNOFF, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, p. 150; QUINTANO, Curso de Derecho penal I, 1963, p. 213; MAURACH, Deutsches Strafrecht AT, 4.ª ed., 1971, p. 586; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, pp. 184-185; SAX, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, p. 139; ETCHEBERRY, Derecho penal I, PG, 2.ª ed., 1976, p. 143; BLOY, Finale und soziale Handlungslehre, ZStW 90 (1978), pp. 619/620; JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts AT, 3.ª ed., 1978, p. 177; *el mismo*, Leipziger Kommentar 10.ª ed., 1978 y ss., antes del § 13 nota marginal 85; ALBERTO A. CAMPOS, Derecho penal, 1980, p. 94; SAINZ CANTERO, Lecciones de Derecho penal, PG, II, 1982, p. 275; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, 1982, p. 405; MAURACH/ZIPP, Strafrecht AT 1, 6.ª ed., 1983, p. 182; BLEI, Strafrecht AT, 18 ed., 1983, p. 74; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito, 1984, p. 60; BUSTOS, Manual de Derecho penal español PG, 1984, p. 278; MIR, Derecho penal PG, 2.ª ed., 1985, p. 136; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 22 ed., 1985, p. 155; COBO/VIVES, Derecho penal PG, 2.ª ed., 1987, p. 265; HUERTA, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987, pp. 294, 299, 307/308; RUDOLPHI, SK, I, 5.ª ed. (cerrada en 1987) antes del § 13 nota marginal 4.

(7) Cfr. Comentarios al Código Penal, I, 1972, pp. 4-5.

(8) RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 24; véase también p. 27. Contra R. MOURULLO ALGA SILVA, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986, p. 143, con una argumentación que no acabo de entender, que lo que se deduce del artículo 1 CP es, más bien, lo contrario: que sólo existen las omisiones jurídicamente típicas.

(9) También HUERTA, *op. cit.*, pp. 288-289, 293, 307, identifica valorativo con jurídico, confundiendo, con ello, prejurídico con ontológico. En parecido sentido, asimismo, ZAFFARONI, Manual de Derecho penal PG, 1.ª ed., mexicana, 1986, pp. 359, 482 («Todos los intentos de fundar una omisión antes de la tipicidad han fracasado»).

arriba, la omisión es siempre un no hacer en contra de lo *exigido* por alguna norma: esta norma es la juridicopenal cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva (de la penada por la ley), y es alguna de las restantes y numerosas normas extrapenales (religiosas, éticas, convencionales, etc.) cuando de lo que se trata es de las demás omisiones (de las no penadas por la ley) (10).

3. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, por consiguiente, puede definirse la omisión como aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara. Ciertamente que además de esta característica conceptual de tratarse de la no realización de una acción esperada, la omisión tiene otros requisitos; pero todos ellos pertenecen ya al género: comportamiento pasivo, y no presentan en la especie: omisión, ninguna clase de particularidad. Por ello, pasamos a ocuparnos ahora con mayor detenimiento del comportamiento y de sus dos formas de manifestarse: activa y pasivamente.

II. EL CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO

1. El hombre no es un mero ser inteligente que dispone de un aparato psíquico, esto es: no es un mero ser espiritual, sino uno que se relaciona con el mundo exterior mediante el comportamiento (= conducta=acción en sentido amplio). Esa relación sólo puede consistir en alguna de estas dos actitudes: o bien *hace* (comportamiento activo), e incide en ese mundo exterior poniendo en marcha cadenas causales, o bien *no hace* (comportamiento pasivo), dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan como estaban. Mientras que la capacidad de hacer es limitada, porque la persona no puede desplegar muchas actividades al mismo tiempo, en cambio la de no hacer afecta en cada momento a un número prácticamente infinito de posibilidades.

Por ejemplo: cada vez que una persona toma un libro (hace) en una biblioteca que dispone de 100.000 volúmenes, está dejando de coger (no hace) los 99.999 restantes; cada vez que en una agencia de viajes se compra (se hace) un determinado billete de avión o de ferrocarril o de barco, se están dejando de comprar (no se hace) otros numerosísimos pasajes que podrían conducir a multitud de destinos nacionales o internacionales.

Si la persona, por consiguiente, sólo tiene dos alternativas para relacionarse fuera de sí misma, entonces para determinar el contenido

(10) Por supuesto que muchas veces la omisión es desvalorada no por una, sino por varias normas a la vez. Ello es lo que sucede —o debería suceder— siempre con las omisiones delictivas, las cuales, además de a la desvaloración juridicopenal, están sometidas —también y por lo menos— a la desvaloración ética, pues un requisito necesario —aunque no suficiente— para que un comportamiento sea tipificado es el de que sea un comportamiento inmoral (sobre esto cfr., mi artículo: «Moral y Derecho», publicado en el diario «El País», de 6 de enero de 1987, p. 24).

de esa relación será necesario tener en cuenta tanto sus actividades como sus abstenciones.

Ejemplos: el comportamiento masoquista puede consistir tanto en la autoflagelación (comportamiento activo) como en (comportamiento pasivo) *no* tomar un analgésico con el que se puede evitar un dolor agudo. Una persona se comporta como un aficionado al deporte cuando acude a presenciar su ejercicio en un estadio y, también, cuando *no* apaga el receptor de televisión *ni* cambia de canal en el momento en que empieza a retransmitirse un partido de fútbol. El comportamiento valeroso de un torero viene determinado no sólo por que se dirige hacia el astado, sino también por que *no* sale huyendo cuando éste se aproxima. El comportamiento de un automovilista se define por cómo incide (pisa el acelerador, mueve el volante) y, asimismo, por cómo *no* incide (*no* levanta el pie del acelerador, *no* frena) en los mecanismos de conducción. El deseo de adelgazar se puede manifestar en el mundo exterior tanto haciendo ejercicio físico (comportamiento activo) como *no* comiendo frutos secos (comportamiento pasivo). Una actitud despreciativa hacia otra persona se pone de manifiesto no sólo escribiéndole una carta grosera, sino también *no* contestando a una correspondencia reiterada. Un comportamiento libidinoso consiste en lo que una persona hace y en lo que *deja* que sobre su propio cuerpo haga la otra persona. La calidad y la clase de educación que recibe un niño sólo puede entenderse tomando en consideración las intervenciones prohibitivas y las *no* intervenciones permisivas de los padres. Existen dos maneras de ganar un punto al tenis: devolviendo la pelota fuera del alcance pero dentro del campo del contrario o *dejando* pasar la que va a caer fuera de las líneas laterales o de fondo del terreno propio.

2. Sin embargo, y naturalmente, para que exista una relación (11) de la persona como ser espiritual frente al mundo exterior es preciso: en primer lugar, que esté *consciente* (12); y, en segundo lugar, que, ade-

(11) Algunos autores, como ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik*, 1959, p. 86, ANDROULAKIS, *Studien*, 1963, pp. 52 y ss., y OTTER, *Funktionen*, 1973, p. 130, hablan del comportamiento como de una «toma de posición». La expresión «toma de posición» me parece, no obstante, demasiado solemne para abarcar a la inmensa mayoría de los comportamientos que en cada momento realizamos. Ciertamente que uno toma posición cuando se matricula en una concreta Facultad universitaria o contrae matrimonio con una determinada persona o cuando lucha clandestinamente contra un régimen totalitario; pero, por lo general, las conductas que realizamos cotidianamente son mucho más triviales (cruzar o no cruzar las piernas cuando se está sentado, acercar un centímetro el plato cuando se come o no, acercarlo, meterse o no meterse la mano en el bolsillo cuando se pasea) como para que pueda hablarse, con propiedad, de toma de posición.

(12) De ahí que no estemos ante un comportamiento, por ejemplo, cuando el sujeto duerme, pues en este caso sus movimientos (o sus no movimientos) no son emanaciones del Yo. Sobre todo ello, cfr., FREUD, *Das Ich und das Es*, *Gesammelte Werke*, tomo XIII, p. 243: Existe «una organización que en una persona acopla los acontecimientos espirituales y a la que llamamos el Yo de ésta. La *consciencia* está vinculada a este Yo, éste domina los accesos a la motilidad, es decir: a la descarga de las excitaciones en el mundo exterior; el Yo es aquella instancia espiritual que ejerce un control sobre todos sus procesos parciales, que se va a dormir durante la noche y que todavía entonces maneja la censura de los sueños» (subrayado añadido); *el mismo*, *Abriss der*

más de estar consciente, sea *físicamente posible* una actitud (hacer o no hacer) distinta de la que en concreto se adoptó.

Si, para acudir a dos ejemplos que ya conocemos, una persona *no* toma un analgésico para calmar sus dolores o *no* se levanta en un transporte público para ceder su asiento a una embarazada, pero, o bien está dormido, o bien, estando despierto, se encuentra atado y no puede soltar sus ligaduras (esto es: está sometido a una vis absoluta), entonces, y porque ambas inactividades no responden a una actitud de un ser espiritual, de ahí que ya no pueda hablarse de que el sujeto (que, consciente y físicamente libre, tal vez sea un hedonista o una persona extremadamente educada) se está *comportando* masoquista o descortesemente: por definición, no existe una *relación* del Yo con el mundo exterior cuando aquél se encuentra desconectado o cuando, sin encontrarse desconectado, no tiene capacidad de motilidad. Del mismo modo que, como acabamos de ver, una *inmovilidad* durante el sueño o una físicamente imposible de evitar no es un comportamiento, tampoco lo es —porque tampoco revela una actitud de un ser espiritual frente al mundo exterior— un *movimiento* realizado en estado inconsciente o físicamente imposible de evitar: si el diestro se acerca al toro en estado de sonambulismo o porque le llevan a la fuerza entre varias personas, éso no puede calificarse ya de *comportamiento* valeroso.

3. Lo expuesto hasta ahora sobre el concepto del comportamiento coincide en líneas generales con las tesis de la peyorativamente llamada doctrina «causal» de la acción (13), la cual, no obstante, precisa de algunas correcciones ampliatorias y modificativas. Ello es así, entre otras razones, porque, independientemente del concepto de acción que se defienda, la doctrina dominante ha puesto de manifiesto, con razón, que deben ser calificadas de comportamientos determinadas actividades, a pesar de que no se puede decir de ellas que sean «queridas» en el sentido que daba a esta expresión la doctrina causal de la acción (ni, mucho menos aún, que sean dirigidas finalmente en el sentido de la teoría «final» de la acción): como la psique tiene una capa-

Psychoanalyse, Gesammelte Werke, tomo XVII, p. 68: «A consecuencia de la relación preformada entre percepción sensorial y acción muscular, el Yo es el que tiene la disposición sobre los movimientos voluntarios».

(13) Entre cuyos representantes figuran, por ejemplo, RADBRUCH, *Der Handlungs begriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904 (cito de la reimpresión de 1967), pp. 95 y ss., 129 y ss. y *passim*; BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906 (cito de la reimpresión de 1964), pp. 8 y ss. («así, la acción debe ser definida abstrayendo de todo el contenido del actuar —también hacia el aspecto externo—, abstrayendo, con otras palabras, de todo lo que hace de una acción una acción jurídicopenalmente relevante», p. 14); *el mismo*, *Grundzüge des Strafrechts*, 11 ed., 1930, p. 12; v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed., 1919, p. 116: «acción es comportamiento voluntario hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado), del mundo exterior mediante comportamiento voluntario»; MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., 1933, pp. 91 y ss.; ANTON, *Derecho penal PG*, 1949, pp. 159 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 7.^a ed., 1976, pp. 213-214; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.^a ed., 1985, pp. 186 y ss. («comportamiento sustentado por la voluntad», p. 191).

cidad de atención más reducida que los movimientos que simultáneamente puede llevar a cabo, muchos de ellos (14) se realizan *automáticamente* (andar, conducir un vehículo) sin que a cada uno de dichos movimientos les acompañe una voluntad actual de ejecutarlos; así, de la persona que pasea por la calle con un amigo, conversando con él y, al mismo tiempo, prestando atención a los escaparates de las tiendas no puede decirse que tiene una voluntad actual de dar cada uno de los pasos con los que se mueve, no obstante lo cual debe afirmarse que su paseo es también un comportamiento, pues a pesar de que el movimiento está siendo dirigido «inconscientemente» (15), en cualquier momento el sujeto tiene la posibilidad de intervenir con la consciencia y, por ejemplo, dejar de andar o tomar una dirección distinta de la que hasta entonces llevaba (16), es decir: estamos ante un comportamiento porque se dan los dos requisitos a que nos hemos referido más arriba: porque no existe la desconexión del Yo que se da en las situaciones de inconsciencia, y porque ese andar no es un movimiento necesariamente condicionado físicamente en cuanto que el pa-

(14) O, tal vez, «la mayoría», como afirma LENCKNER (véase la cita infra nota 16).

(15) Esta es la denominación que utiliza la dogmática actual (véase infra nota 16), aunque sería más preciso hablar de «preconscientemente». Para FREUD, en el aparato psíquico hay que distinguir entre lo inconsciente, lo consciente y lo preconsciente, escribiendo sobre esto último (Das Ich und das Es, *Gesammelte Werke*, tomo XIII, p. 240): «Lo consciente es, en primer lugar, un término puramente descriptivo que hace referencia a la percepción más inmediata y segura. Pero la experiencia nos enseña, a continuación, que un elemento psíquico, por ejemplo, una representación, generalmente no está consciente de manera permanente. Lo característico es, más bien, que el estado de lo consciente pase rápidamente; la representación que ahora es consciente deja de serlo en el momento siguiente, pero puede volver a serlo bajo determinadas condiciones fáciles de establecer. Lo que fue en el entretanto no lo sabemos; podemos decir que estaba *latente*, y con ello queremos decir que en todo momento fue *concienciable* (*bewusstseinsfähig*). También si decimos que era *inconsciente* hemos dado una descripción correcta. Este inconsciente coincide entonces con *latente-concienciable* (*latentbewusstseinsfähig*)» (subrayados en el texto original). Sobre esta distinción entre lo inconsciente (que, en principio, tiene cerrado el paso a lo consciente) y lo preconsciente (que en cualquier momento puede acceder a la consciencia), cfr., también FREUD, *Einige Bemerkungen über den Begriff des Unbewussten in der Psychoanalyse*, *Gesammelte Werke*, tomo VIII, pp. 433 y ss.

(16) Sobre las acciones automatizadas, cfr., por ejemplo, STRATENWERTH, *Unbewusste Finalität?*, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 300: «posibilidad de intercalación consciente en la dirección —que se está desarrollando inconscientemente— del propio comportamiento»; JESCHECK, *Lehrbuch*, 1978, p. 175 considera que son acciones también las automatizadas, «porque aquí el desarrollo que hacia el exterior aparece como mecánico descansa en una dirección (originariamente aprendida) del inconsciente»; MAURACH/ZIFF, *Staufrecht AT I*, 1983, p. 186: La acción «semiautomatizada» es «una reacción 'petrificada' que ya no necesita ser dirigida por la consciencia actual del actuar, pero que, sin embargo, sigue siendo 'dominable'»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LECKNER, *StGB*, 1985, pp. 121-122: «Numerosos, por no decir la mayoría de los comportamientos cotidianos se desarrollan... de tal manera que los procesos de dirección se encuentran por debajo del umbral de la consciencia... La frontera con la no-acción sólo se sobrepasa cuando ya no existe una dirección inconsciente, es decir, cuando está excluida la posibilidad de una intercalación consciente en la dirección que se está desarrollando inconscientemente»; SILVA, *La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas)*, *ADPCP* 1986, pp. 913, 925 y ss.

seante tiene capacidad de concienciar en su Yo la actividad automática y realizar otra conducta (17).

4. Si se me permite interrumpir momentáneamente mis consideraciones sobre el concepto de comportamiento, éste podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien) (18). Modificando en parte el llamado concepto «causal» de la acción, ello significa que lo decisivo para que exista un comportamiento no es que la actividad, como tal, sea «querida», sino que se realice encontrándose el Yo en estado consciente y manteniendo, al mismo tiempo, su capacidad de motilidad: de ahí que sean comportamientos las actividades automatizadas y de ahí que sea un comportamiento, también, el movimiento de quien, queriendo alcanzar un frasco que contiene una sustancia inocua, equivoca la trayectoria de su mano, vierte el recipiente de al lado y derrama un material altamente inflamable provocando un gravísimo incendio (19). En este último caso tanto la doctrina causal como la final de la acción tendrían serias dificultades para fundamentar la existencia de un comportamiento —y, con ello, de un delito imprudente de incendio: todo delito debe ser, por lo menos, comportamiento—, pues la concreta dirección de la

(17) *Físicamente* posible es una constatación fáctica que no tiene nada que ver con *psicológicamente* posible: si, volviendo otra vez a uno de nuestros ejemplos, la persona que sufre está atada, entonces del hecho de que no tome un calmante no se puede deducir si es un masoquista o no; en cambio, si no ingiere el analgésico a pesar de que tiene las manos libres, ello pone ya de manifiesto una determinada relación (comportamiento) con el mundo exterior —en este caso: una relación masoquista— porque *físicamente* le era posible aliviar su sufrimiento, lo cual sólo significa que estamos ante un comportamiento, pero no —porque ello pertenece ya a un plano distinto— que el masoquista sea *psicológicamente* libre y que, si lo quisiera, tendría capacidad para dejar de serlo. Que la presencia de la libertad física (y, con ello, la presencia de un comportamiento) no tiene nada que ver con la libertad psicológica (esto es: con el libre albedrío) puede aclararse, aún más, teniendo presente la correcta tesis dominante de que el movimiento efectuado bajo miedo insuperable es, no obstante, un comportamiento; ello es así porque, como al coaccionado le es *físicamente* posible otra actitud, la decisión que toma —doblegándose o no a la amenaza— supone ya una relación como ser espiritual con el mundo exterior: si el novio de una muchacha, amenazado de muerte por los delincuentes, prefiere no intervenir para tratar de evitar la violación, ello significa que adopta un *comportamiento* de autoconservación en vez de uno heroico, pero no que hubiese tenido capacidad psicológica (libertad) para actuar de modo distinto a como lo hizo.

(18) ARTHUR KAUFMANN (Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 105) escribe, aunque refiriéndose, no al comportamiento pasivo en general, sino al concepto más restringido de omisión, lo siguiente: «En el hacer activo el agente se sirve de la causalidad del propio cuerpo (utilización de la causalidad propia); en el omitir el agente se sirve de un proceso causal ajeno que se encuentra fuera de aquél (utilización de la causalidad ajena). Por consiguiente, hacer y omitir son ambos, en el justo y mismo sentido 'acciones', en cuanto que la persona se sirve de un proceso causal».

(19) Sobre los errores de la acción (Vergreifen) como especie de los actos fallidos (Fehlleistungen), cfr., FREUD, Zur Psychopathologie des Alltagslebens, Gesammelte Werke, tomo IV, pp. 179-211; Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, Gesammelte Werke, tomo XI, pp. 73 y ss.

mano ni fue «querida» ni «finalmente dirigida» (20); por el contrario, para la tesis que aquí se mantiene la fundamentación de la cualidad de comportamiento de las actividades automatizadas y de las erradas «ab initio» no presenta problema alguno: pues lo decisivo no es que el movimiento concreto sea «querido» o «final», sino, primero, que la instancia del Yo se encuentre consciente y, segundo, que el movimiento realizado no esté condicionado físicamente de manera necesaria: como ambos presupuestos concurren tanto en un caso como en otro, de ahí que deba afirmarse que estamos en presencia de conductas.

5. El concepto de comportamiento que se propone sirve asimismo para fundamentar por qué los movimientos reflejos tampoco constituyen —como, con razón, mantiene la doctrina absolutamente dominante (21)— conductas. La razón de ello no se encuentra, sin embargo, y tal como piensa la doctrina causal de la acción, en que dichos movimientos no sean «queridos» —acabamos de ver que existen movimientos no queridos que, no obstante, sí que son conductas—, sino en que frente a un determinado estímulo el movimiento reflejo aparece *necesariamente condicionado*, o, con otras palabras, en que no es *físicamente* posible actuar de otra manera.

6. a) Para terminar estas consideraciones sobre el concepto de comportamiento quisiera hacer unas referencias específicas al no hacer, esto es: al comportamiento pasivo. De él hay que decir, en primer lugar y aplicando los principios hasta ahora establecidos, que, por supuesto, no existe comportamiento cuando el Yo estaba desconectado ni, tampoco, cuando la pasividad estaba físicamente condicionada de manera necesaria; no obstante y a diferencia de lo que sucede en el comportamiento activo, no siempre es la incapacidad del Yo de traducirse en movimientos corporales la que convierte en imposible la ejecución de una determinada acción: en la pasividad esa incapacidad del Yo consciente puede venir determinada no sólo (y como en la actividad) por la vis absoluta y, consiguientemente, por la falta de control de la persona sobre sus movimientos físicos, sino por que —a pesar de controlar sus movimientos— *carece de conocimientos* para ejecutar una determinada acción (acudiendo a un ejemplo expuesto con anterioridad, no puede hablarse de «comportamiento» pasivo despreciativo si la persona a la que se le dirige la correspondencia no la contesta porque no sabe escribir), o por que esa acción no se puede llevar tampoco a cabo *al no permitirlo los datos objetivos de la situación* (es irrealizable tomar un analgésico si esta medicina no se en-

(20) Este supuesto se diferencia de los casos habituales de imprudencia en que en éstos por lo menos existe un (primer) sector del comportamiento que es «querido» —o que ha sido finalmente dirigido—, a saber y por ejemplo: la conducción del automóvil o la opresión del gatillo de la escopeta por el cazador para matar a una pieza, que, no obstante, provocan una consecuencia indeseada como lo pueden ser el atropello de una persona o que el disparo alcance a alguno de los oteadores. En cambio, en el ejemplo del frasco inflamable derramado el movimiento de la mano no es querido ni final *desde un principio*, porque la mano se mueve en una dirección distinta de la prevista.

(21) Cfr. por todos, JESCHECK, Lehrbuch, 1978, p. 178.

cuentra en ninguna de las casas del pequeño pueblo aislado donde vive el que sufre los dolores). En todos estos casos, pues, a pesar de que el Yo consciente tiene intacta su capacidad de motilidad no existe, sin embargo, un comportamiento pasivo porque la ausencia de conocimientos o la situación objetiva condicionan físicamente de manera necesaria la pasividad concreta (22).

La doctrina dominante en la ciencia penal exige también como requisito conceptual de la omisión el de que al sujeto le hubiera sido *posible* realizar la acción mandada (23). De acuerdo con ello y por con-

(22) En parecido sentido, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 1985, p. 199: «Comparable con la vis absoluta es la absoluta imposibilidad de actuar que descansa en otras circunstancias. No puede haber diferencia entre que alguien... sea impedido de intervenir activamente porque está maniatado o porque no pueda emprender nada al encontrarse, por ejemplo, demasiado alejado del acontecimiento causante del daño».

(23) Cfr., por ejemplo, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, p. 141; TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Enneccerus-Festgabe, 1913, pp. 8-9 (cfr., sin embargo, infra nota 36); v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht II*, 1930, p. 153; SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, Frank-Festgabe I, 1930, pp. 213-214 («Con ello se muestra el verdadero motivo por el que no es punible el que no sabe nadar cuando omite la prestación de socorro; justamente no 'omite' en sentido jurídico, porque no estaba en situación de actuar»); *el mismo*, *Das Unterlassungsdelikt*, GS 1940, p. 315; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 31; FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, p. 17; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 170 nota 2; KISSIN, *Die Rechtspflicht*, 1933, p. 2; DROST, *Der Aufbau der Unterlassungsdelikte*, GS 1937, p. 3; DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, ZStW 59 (1939), pp. 179-180; ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., 1950, p. 21; GALLAS, ZStW (1955), p. 9 nota 28; BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat*, ZStW 68 (1956), p. 347; GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, 1956, pp. 9, 10, 124; HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, p. 105; *el mismo*, ZStW 74 (1962), p. 29; ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, 1959, pp. 28, 35 y passim; BOCKELMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 451; *el mismo*, *Strafrecht AT*, 1979, p. 136; ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 215; *el mismo*, *Hellmuth Mayer-Festschrift*, 1966, p. 104; RANFT, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht*, JuS 1963, p. 344; HELLMUTH MAYER, *Strafrecht AT*, 1967, p. 75 nota 3; LAMPE, *Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, ZStW 79 (1967), p. 483; ROXIN, *Literaturbericht*, ZStW 80 (1968), pp. 699, 701-702; RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 86/87; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, pp. 200, 201 («Los habitantes de Berlín no pueden 'omitir' la salvación de alguien que se está ahogando en el Rin. Omitir no quiere decir sólo: no hacer, sino no hacer una acción posible para la persona concreta»); MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, 1971, p. 587; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 30, 33; HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 199 y passim; BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 1974, p. 152; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, 1975, p. 678; *el mismo*, *Studienbuch*, 1982, pp. 396-397; HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 62; RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal PG*, 1977, p. 311; SCHÖNE, *Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit*, JZ 1977, p. 150; JESCHECK, *Lehrbuch*, 1978, pp. 179, 500; *el mismo*, LK, 1978 y ss, notas marginales 85 y 86 antes del § 13 (téngase en cuenta, no obstante, que para JESCHECK, dentro del concepto de omisión hay que examinar sólo si, en general, la acción era posible o no para un hombre medio, mientras que la posibilidad concreta del omitente concreto es ya, no una característica del concepto, sino de la tipicidad de la omisión); BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, p. 132; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, 1982, p. 405; BLEI, *Strafrecht AT*, 1983, pp. 312, 315; NOVOA, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984, pp. 70-71; BUSTOS, *Manual PG*, 1984, pp. 278, 280 MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, p. 29; CEREZO, *Curso*, 1985, p. 279; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1985, p. 155; WESSELS, *Strafrecht AT*, 15 ed., 1985, p. 208; RUDOLPHI, *SK I*, 1987, nota marginal 2 antes del § 13; HUERTA, *Problemas*, 1987, pp. 294, 308.

De esta doctrina dominante se apartaba BAUMANN, para quien la posibilidad de rea-

siguiente, no podría hablarse de que quien está en Madrid *omita* lanzarse al agua para salvar a un bañista que en esos momentos se encuentra en apuros, a cientos de kilómetros de distancia, en el mar Mediterráneo; ni tampoco podría decirse que omite la persona que, aunque está próxima a ese bañista apurado, no acude en su auxilio porque simplemente no sabe nadar. Como en ninguno de los dos casos era posible —bien por la distancia, bien por la incapacidad de nadar— realizar la acción exigida, de ahí que se afirme que no estemos en presencia de las correspondientes omisiones.

No obstante, y aunque existe práctica unanimidad en considerar a la posibilidad de acción un elemento de la omisión, la fundamentación de por qué ello es así no es uniforme. En la doctrina vinculan la posibilidad de acción, como característica conceptual de la omisión, con el requisito supuestamente común a cualquier clase de comportamiento de la «voluntariedad», entre otros: *Sauer* (24), *v. Liszt/Schmidt* (25), *Kissin* (26), *Mezger* (27), *Drost* (28), *Georgakis* (29), *Dahm* (30), *Vogt* (31) y *Maurach* (32). Otros autores, sobre la base de sus teorías sociales o finales de la acción, afirman que cuando es imposible realizar una determinada acción, falta el elemento del comportamiento —común a la acción y a la omisión— de la «dominabilidad» (33), de la «evitabilidad» (34) o de la «capacidad de acción» (35). Un ulterior sector doctrinal identifica posibilidad de actuar con posibilidad de impedir un determinado resultado; de ahí que, si se entiende que la cau-

lizar la acción no era un elemento del concepto, sino de la *antijuridicidad* de la omisión: «La imposibilidad de la actuación sólo tiene significado en el campo de la antijuridicidad, ya que el ordenamiento jurídico mal puede exigir, como debidos, comportamientos imposibles» (*Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 203; véanse también pp. 242 y 280). Esta tesis de BAUMANN no encontró ninguna acogida (en contra, por ejemplo, ROXIN, *ZStW* 80 (1968), p. 699, 701-702; RÖDIG, *op. cit.*, p. 87; HERZBERG, *op. cit.*, p. 199; RUDOLPH, *op. cit.*, nota marginal 2 antes del § 13), y ha sido abandonada posteriormente por el propio BAUMANN (cfr., BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT* 9.ª ed., 1985, p. 199, citada supra nota 22).

(24) Cfr., FRANK-FESTGABE, 1930, pp. 213-214.

(25) Véase *op. cit.*, pp. 169-170.

(26) Cfr. *op. cit.*, p. 2.

(27) Véase *op. cit.*, p. 133.

(28) Véase GS 1937, p. 3.

(29) Véase *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, 1938, p. 26.

(30) Cfr., *ZStW* 59 (1939), pp. 179/180.

(31) Cfr., *ZStW* 63 (1951), pp. 382/383.

(32) Véase *Deutsches Strafrecht AT*, 1971, p. 587 (en relación con pp. 187 y ss).

(33) Cfr., por ejemplo, ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 214-215: «En este elemento de la dominabilidad del proceso causal real que lleva al resultado coinciden, como "acciones", hacer positivo y omitir: en el hacer positivo tiene que ser dominante para el autor la causalidad propia, en la omisión, un acontecimiento causal ajeno que el autor no ha provocado... Por consiguiente, lo que convierte a la mera no evitación del resultado en "omisión" y, con ello, en "acción" es el dominio del omitente sobre el proceso causal: el *poder-evitar* el resultado». Cfr., además, en parecido sentido, JESCHECK (*Lehrbuch*, 1978, pp. 176 y ss, y LK, notas marginales 28 y 29 antes del § 13).

(34) Cfr., por ejemplo, HERZBERG, *op. cit.*, pp. 170-171, 177, 199-200 y *passim*.

(35) Cfr., entre otros, ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 8-9, 27, 83 y ss. y *passim*; WELZEL, *op. cit.*, pp. 31/32, 200-201.

salidad en la omisión viene caracterizada por la probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, se afirma que el elemento que falta, cuando no existía posibilidad de evitar el resultado, sea el de la *causalidad* de la omisión (36).

Frente a todas estas fundamentaciones doctrinales reitero: en primer lugar, que la posibilidad de acción no es una característica *específica* de la omisión (que es el marco dentro del cual la doctrina dominante se ocupa de dicha característica); y, en segundo lugar, que el que un movimiento o un no-movimiento no estén condicionados físicamente de manera necesaria es una característica *genérica* del comportamiento (tanto del activo como del pasivo) y, en consecuencia, tiene que serlo también de todas sus especies, entre ellas, de la omisión, que es una manifestación (desvalorada) del comportamiento pasivo. En cambio, ni la «voluntariedad» (37), ni la «dominabilidad» o «evitabilidad» (38) ni la «capacidad de acción» (39) son requisitos concep-

(36) Cfr., en este sentido, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 63 (posteriormente [supra nota 23] TRAEGER, desvinculándolo de la causalidad, entendió que la posibilidad de ejecución era un elemento conceptual de la omisión); NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS 1938, pp. 72-73; SPENDEL, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, p. 190: «No se puede hablar de una 'no evitación del resultado' ni, con ello, tampoco de una causalidad de la omisión, allí donde al omitente no le era posible en absoluto la evitación»; PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), p. 905: «... una omisión sólo entra en consideración como causa, cuando hubiera sido posible la correspondiente acción, esto es, cuando al menos en el mundo exterior se hubieran dado sus presupuestos».

(37) Cfr., supra III 3 y 4.

(38) En cuanto que se formulan como elementos *normativos* de un concepto (social) de acción que ha de ser rechazado (cfr., GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 115 y ss; ¿Qué es la imputación objetiva?, *Estudios penales y criminológicos*, tomo X, 1987, pp. 173 y ss; e infra IV 2 b).

(39) ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik*, 1959, p. 83, después de establecer como característica positiva de la omisión la capacidad de acción, se formula la pregunta de si «también es esencial a la acción ese poder de hecho potencial final», pregunta a la que responde así: «En efecto, no se puede negar que en toda acción está contenida la 'capacidad de acción', que en toda dominación del hecho está contenido el 'dominio potencial del hecho'. Una persona no puede demostrar más contundentemente que le es posible una determinada acción que precisamente ejecutándola. Por consiguiente, la capacidad de acción no sólo es un presupuesto esencial de la omisión, sino también algo esencial a la acción. El que ello no precise ser especialmente destacado para el concepto de acción deriva de la evidencia de la conexión. Donde se ha actuado sería absurdo plantear la cuestión de la posibilidad de acción». Frente a todo ello hay que decir que en la acción lo decisivo y lo que *se corresponde con la característica* de la omisión —y, en general, del comportamiento pasivo— *de la posibilidad física de actuar* no es que el hecho realizado —por ejemplo, sentarse en un sillón— fuera también posible —y que era posible, afirmaría ARMIN KAUFMANN, es evidente en cuanto que el sujeto de hecho se ha sentado—, sino precisamente si, sobre la base del hecho ejecutado: sentarse, físicamente era posible *otro* distinto del efectuado. Con otras palabras, y partiendo con ARMIN KAUFMANN y con la doctrina dominante de que la posibilidad física de actuar es una característica esencial de la omisión: así como el comportamiento pasivo lo es porque el sujeto pudo físicamente realizar la correspondiente acción, así también lo es el comportamiento activo porque el sujeto pudo *físicamente* no, como piensa ARMIN KAUFMANN, realizar el hecho que llevó a cabo, sino precisamente otro distinto del que llevó a cabo.

tuales del comportamiento; de ahí que tampoco puedan servir para fundamentar la ausencia de éste (40).

b) Finalmente hay que destacar que la contraposición entre comportamiento activo y pasivo no reside necesaria —ni siquiera predominantemente— en que aquél consista en un hacer, en una actividad, en un movimiento corporal, y éste, por el contrario, en una inmovilidad (41). Ciertamente que es imaginable que la persona masoquista aquejada de dolores y hasta que éstos pasen definitivamente, adopte una actitud de absoluta inmovilidad, echándose en la cama y resolviendo no accionar ni un músculo del cuerpo; pero por supuesto que ello es inusual: lo normal es que esa persona, mientras no toma un calmante, se dedique a desarrollar cualquier otro tipo de actividad vinculado a una multitud de movimientos corporales, del mismo modo que el comportamiento pasivo hipocalórico de no tomar frutos secos rara vez consistirá en una inmovilidad, sino que, al mismo tiempo que *no* se efectúa esa acción, el sujeto, por lo general, estará *haciendo* otra cosa, como, por ejemplo, beberse un vaso de leche descremada. De lo expuesto se sigue, por consiguiente, que, si bien es cierto que alguna vez el comportamiento pasivo puede coincidir con una absoluta inmovilidad del sujeto, en la práctica totalidad de las ocasiones éste estará realizando alguna clase de hacer positivo (42). Por ello, la inac-

(40) Los que en estos casos niegan la *causalidad* de la omisión para el resultado se apoyan en la doctrina absolutamente dominante que entiende la omisión impropia como la pasividad de un garante que, mediante la acción omitida, habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. En una próxima publicación espero poder demostrar que esa concepción de la comisión por omisión es insostenible.

(41) Como se ha mantenido por algún sector de la doctrina en referencia a esa especie (desvalorada) del comportamiento pasivo que es la omisión. Cfr., M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923, p. 108 («La voluntad puede manifestarse no sólo moviendo el cuerpo, sino también dejándolo inmóvil... El reposo corporal querido [junto con su resultado] se denomina omisión y es lo contrapuesto a hacer...») y p. 109 («... el concepto de omisión niega el de actividad...»); BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11 ed., 1930, p. 12 («Se entiende por 'acción'... un 'comportamiento corporal voluntario', bien sea un 'hacer' [acción positiva], esto es, un movimiento corporal, por ejemplo, alzar la mano, movimiento para hablar, etc., bien sea un no hacer [omisión], esto es, distensión muscular»); ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., 1950, p. 14 («Al delito no le es esencial un aspecto externo manifiesto. Este falta en los delitos propios de omisión. En cambio, los delitos de actividad se manifiestan en un movimiento corporal sin resultado, los delitos de comisión por omisión en un resultado sin movimiento corporal, y la gran masa de los delitos de resultado en una unión de movimiento corporal y resultado»). Véanse también, COUSIÑO, *Derecho penal chileno* PG, I, 1975, p. 325; MAURACHI/GÖSSEL, *Strafrecht AT 2*, 1984, pp. 138 y 140.

(42) En referencia a la omisión eso es lo que opinan, con razón y entre otros, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, p. 135: «Para ser culpable de una omisión no hace falta no hacer nada, basta sólo hacer algo distinto de lo mandado»; ENGISCH, *Die Kausalität*, 1931, p. 29 nota 1: «El concepto de omisión es plenamente relativo y transitivo, y no absoluto ni intransitivo (pues en otro caso la omisión sería inmovilidad, reposo corporal)»; *el mismo*, *Der Arzt im Strafrecht*, *MonKrimBl* 1939, p. 424 nota 29; ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, p. 25: «El omitir no niega al actuar como tal, sino sólo a un actuar en una determinada dirección, a una acción absolutamente concreta»; NOVOA, *Curso I*, 1960, p. 277: «Nótese que se abstiene de hacer lo que una norma ordena, no solamente aquel que se mantiene en estado de inactividad o de falta de movimiento muscular; también infringe la norma imperativa el que hace algo que es diferente de lo que la regla

tividad corporal, al no concurrir en todos —ni siquiera en la mayoría de— los supuestos de comportamiento pasivo no puede ser tampoco una de sus características conceptuales.

III. CONCLUSIONES

Sobre la base de todo lo expuesto anteriormente, formulo, en referencia a los conceptos de comportamiento y de omisión, y resumiendo, las siguientes tesis:

Primera. La persona se relaciona con el mundo exterior mediante el manejo de procesos causales: bien sea poniéndolos en marcha (comportamiento activo), bien sea dejando que sigan su curso —o que no se inicien— dichos procesos (comportamiento pasivo); de ahí que una concepción del comportamiento que sólo tuviera en cuenta su aspecto activo y prescindiera del pasivo sería incapaz de aprehender en su integridad la conducta que en cada caso concreto está llevando a cabo una determinada persona.

Segunda. La instancia espiritual de la persona de la que depende la consciencia y que domina la motilidad es el Yo. En consecuencia, no puede hablarse de conducta cuando el Yo está desconectado (por ejemplo, durante el sueño) ni cuando, estando consciente, no tiene, sin embargo, acceso a la motilidad porque la actividad o la inactividad concretas están condicionadas *físicamente* de manera necesaria (vis absoluta, movimientos reflejos); en el comportamiento pasivo, el condicionamiento físico necesario de un no hacer determinado (y, por consiguiente, la no existencia de conducta) puede tener su origen también en que la ausencia de conocimientos o los datos objetivos de la situación hacen físicamente imposible la ejecución de la correspondiente acción.

Tercera. Para afirmar la existencia de un comportamiento no es preciso (como lo ponen de manifiesto las acciones automatizadas y las erradas ab initio) que el sujeto «quiera» cada uno de sus movimientos o de sus no movimientos: lo único decisivo es que se lleven a cabo mientras el Yo se encuentra en estado consciente y que dichos movimientos o inmovilidades no estén condicionados físicamente de forma necesaria.

Cuarta. El concepto de comportamiento que aquí se defiende es uno *genérico* (43) que abarca tanto a los activos como a los pasivos,

obligatoria exigía»; RÖDIG, *Die Dekform*, 1969, p. 82: «Que el que omite algo, en lugar de lo omitido hace otra cosa, eso no sólo es una posibilidad. Es, más bien, una necesidad»; MIR, *Derecho penal PG*, 1985, pp. 251, 252.

(43) El establecimiento de un concepto *genérico* de comportamiento es una tarea intelectual perfectamente legítima, que WELZEL (y ahora también OTTER, *Funktionen*, 1973, pp. 149 y ss.) pareció querer poner en cuestión en una determinada etapa del accidentado y contradictorio desarrollo de su teoría final, cuando afirmaba (*Strafrecht*, 8.ª ed., 1963, p. 31; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, p. 4 [el pasaje que se cita a continuación desapareció en las ediciones posteriores del Manual de WELZEL]: «no existen, por consiguiente, acciones finales 'en sí' o 'absolutas', sino sólo en relación

tanto a los axiológicamente indiferentes como a los valiosos como a los desvaliosos (dentro de estos últimos, los *comportamientos* juridicopenalmente relevantes constituyen, en virtud del principio de intervención mínima, una especie numéricamente insignificante). Desde el punto de vista de su intencionalidad o, en su caso, de su previsibilidad, las consecuencias que produce un comportamiento pueden ser queridas, previsibles o imprevisibles. Por lo que se refiere a estas últimas y de acuerdo con nuestro concepto de comportamiento, es elemental que *si un comportamiento* (esto es: un hacer no condicionado necesariamente ejecutado por una persona cuyo Yo se halla en estado consciente) *causa un resultado imprevisible*, ello sólo puede significar lo que de hecho significa: que el resultado era imprevisible, pero no que lo que era un comportamiento (porque reunía todos sus requisitos) de pronto deje de serlo (44).

Quinta. Finalmente y por lo que se refiere a la omisión: Esta, como comportamiento pasivo que es, tiene como requisitos conceptuales todos los que integran el concepto genérico (45), y, además, como *única* diferencia específica frente a su género, la de tratarse de la no realización de una acción que (sobre la base de cualquier clase de norma) se esperaba que el sujeto realizara.

IV. POSICIONES DISCREPANTES

A la doctrina aquí mantenida de que el concepto de comportamiento es uno axiológicamente indiferente que abarca tanto al activo como al pasivo, se oponen, por una parte, los que opinan que es imposible integrar al comportamiento activo y al pasivo en un supraconcepto; y, por otra, los que defienden, como la hoy dominante doctrina social de la acción, que ese supraconcepto existe, pero que tiene carácter normativo. De estas opiniones discrepantes paso a ocuparme a continuación:

a las consecuencias determinadas por la voluntad de realización. Esta relación con determinadas consecuencias establecidas por la voluntad caracteriza el contenido de sentido de una acción final como, por ejemplo, 'construir', 'escribir', 'matar', 'lesionar', etc.». Frente a ello hay que decir que en la realidad no existen ni cepillos de dientes, ni sartenes, ni árboles «en sí», sino sólo cepillos de dientes, sartenes y árboles completamente individualizados, lo cual no impide subir, mediante la abstracción, desde el objeto concreto hasta su concepto genérico; de la misma manera que, tal como se ha hecho aquí, nada impide partir de los concretos comportamientos (masoquistas, libidinosos, deportivos, despreciativos, valerosos, de conducción de automóviles, de adelgazamiento, educativos), examinar sus características y, sobre esa base, establecer cuáles son los requisitos abstractos que tienen que concurrir en cualquier clase de hacer o de no hacer para que puedan ser calificados de comportamientos.

(44) De otra opinión, la doctrina social de la acción. En contra, véase ya GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, pp. 115 y ss.

(45) La omisión es una especie del género comportamiento pasivo, y éste es la especie —a su vez y frente a un concepto más amplio— del género comportamiento sin más (que abarca tanto al pasivo como al activo). El *genus proximus* es, al mismo tiempo, género del concepto inferior y especie del superior, según se vaya bajando o subiendo en la escala conceptual.

1. La supuesta imposibilidad de construir un supraconcepto común a acción y omisión: Radbruch

a) Exposición de la tesis de Radbruch

En 1904 se inicia con *Radbruch* una tendencia consistente en negar la posibilidad de reconducir la conducta activa y la pasiva al concepto superior común de comportamiento. Para *Radbruch* la acción tiene tres elementos: una voluntad, un hecho y una relación de causalidad entre ambos (45a). Según la teoría causal de la acción —de la cual *Radbruch* es uno de sus fundadores—, ello quiere decir que el *hecho* tiene que ser *querido* [sin que importe el contenido de esa voluntad, pues ese contenido es algo que afecta sólo a la *culpabilidad* de la acción (46)] y que es la voluntad la que tiene que haber causado el movimiento corporal que, a su vez, causa el resultado. La omisión, prosigue *Radbruch* su argumentación, se caracteriza precisamente porque ni hay hecho (47), ni es necesario que haya voluntad (48), ni exist-

(45a) Cfr., *Der Handlungsbegriff*, 1904, pp. 75-76 y passim.

(46) Cfr., *RADBRUCH, op. cit.*, pp. 129 y ss.

(47) Véase *op. cit.*, p. 137: «Y finalmente hay que negar también la existencia de un hecho en la omisión. Para nosotros hecho es el comportamiento corporal del autor en relación de causalidad con el resultado. Naturalmente que no puede ser negado que el autor, mientras omite la acción a la que está obligado, se comporta corporalmente de alguna manera, y no hace nada o hace otra cosa. Lo único que se niega es que ese comportamiento pertenezca a la omisión como, por ejemplo, su aspecto externo. En la omisión propia el autor es punible no porque ejecutase un movimiento corporal distinto del mandado o porque no ejecutase ningún movimiento corporal, sino únicamente porque no ejecutó el comportamiento corporal mandado; y en los delitos impropios de omisión el resultado hay que reconducirlo, no a otros comportamientos corporales diferentes o a la absoluta inmovilidad del autor, sino únicamente a la no ejecución del movimiento corporal mandado».

(48) A veces, ciertamente, la no ejecución de la acción mandada puede ser querida: por ejemplo, el autor omite *conscientemente* retirar un frasco de veneno que está al alcance de niños pequeños sabiendo o previendo que ello puede traer las consecuencias fatales que posteriormente se producen; pero en la imprudencia inconsciente por omisión —por ejemplo, el guardabarreras, absorto en la lectura de una novela, olvida que tiene que bajar las barreras— el autor ni ejecuta un hecho ni tampoco *quiere* no ejecutarlo porque no sabe —o porque ha olvidado— que podría realizar la acción omitida. Para la teoría causal defendida por *RADBRUCH*, en la acción, en cambio —también en la constitutiva de una imprudencia inconsciente—, hay *siempre* un hecho *querido*, pues el agente quiere por lo menos el comportamiento corporal —por ejemplo, encender un cigarrillo en una gasolinera— que desencadena el resultado imprudentemente no previsto —la explosión—. Sobre todo ello, véase *RADBRUCH, op. cit.*, pp. 134-136: «Si, por consiguiente, también una omisión... *puede* ser querida, por otra parte no es conceptualmente *necesario* que sea querida. —... Para poder rechazar mediante una decisión de voluntad la ejecución de un movimiento corporal, lo primero que se precisa es haberse lo representado. Pero sólo en el proceder doloso *tiene* que haber surgido la representación de poder realizar el movimiento corporal a fin de evitar el resultado punible. Ciertamente que en el proceder imprudente *puede* haber surgido, asimismo, la representación de ejecutar el movimiento corporal, bien sea para impedir el resultado punible, bien para otros fines —en ese caso, la no realización del movimiento corporal es querida—, pero no es *necesario* que haya surgido. —... Pues para una resolución de voluntad negadora es necesaria la representación de lo que se niega; pero nadie querrá afirmar, con *Landsberg*, que toda persona que no hace nada o que hace algo, se representa simultáneamente todo lo que podría hacer en su lugar y que se decide en contra de ello» (todos los subrayados en el texto original).

te una relación de causalidad entre esa voluntad —en el caso de que concurra— y la ausencia de movimiento, la cual, a su vez, no está tampoco en relación de causalidad con resultado alguno (49). A la vista de todo ello, *Radbruch* establece su famosa tesis (50): «Por consiguiente, la omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de voluntad, hecho y causalidad entre ambos, sino que precisamente se agota en su negación. Si en lugar de aquellos elementos poseyera otros elementos positivos, entonces todavía habría esperanzas de poder conciliarla con la acción. Pero tan cierto como es que no se puede subsumir en un supraconcepto afirmación y negación, a y no-a, tampoco es posible encuadrar a la acción y a la omisión en tal supraconcepto, llámese éste acción en sentido amplio, comportamiento humano o como quiera llamársele» (51).

La idea de *Radbruch* de la imposibilidad de reconducir acción y omisión a un supraconcepto sigue siendo defendida por un amplio y cualificado sector de la doctrina moderna, dentro del cual se pueden mencionar, entre otros, a: *Gallas* (52), *Grünwald* (53), *Quintano* (54),

(49) Cfr., RADBRUCH, *op. cit.*, p. 132: «Otros han demostrado suficientemente que no puede existir causalidad entre la ausencia de un movimiento corporal y un acontecimiento positivo; no tengo nada que añadir a sus argumentos. En cambio, suele pasar desapercibido que tampoco puede admitirse una relación causal entre la voluntad de omitir un movimiento corporal y la no ejecución de ese movimiento corporal... La causalidad enlaza modificación con modificación y, por consiguiente, la no producción de una modificación no puede ser efecto ni causa. De la misma forma que la ausencia de una acción [Radbruch escribe en este lugar, equivocadamente, «omisión»] no puede ser causal para un acontecimiento, tampoco puede ser causal un acontecimiento para esa ausencia de movimiento corporal. La relación causal falta no sólo entre el comportamiento corporal y el resultado, sino también entre el querer y el comportamiento corporal: falta, por consiguiente, la relación causal entre voluntad y hecho».

(50) *Op. cit.*, p. 140.

(51) Un poco más adelante (*op. cit.*, pp. 141-142) RADBRUCH vuelve a formular su tesis con estas palabras: «Tan cierto como que no es posible subordinar bajo un supraconcepto común un concepto y su opuesto contradictorio, afirmación y negación, a y no-a, tan cierto es que acción y omisión deben permanecer desvinculadas una al lado de la otra».

(52) ZStW 67 (1955), pp. 8-9 («Todos los intentos de encontrar un momento común al delito de comisión y al de omisión... al que —tal como exige la pretensión sistemática de un concepto general de acción— pudiera vincularse inicialmente la valoración jurídicopenal, todos los intentos, por consiguiente, que se encuentran en la línea de un concepto de 'acción en sentido amplio', están condenados al fracaso. Pues no es posible extraer, al menos de la estructura del delito propio de omisión, un sustrato previamente dado a la valoración jurídica. Un sustrato 'natural' sólo podría residir en un acontecimiento voluntativo en la persona del omitente. Pero prescindiendo de otras objeciones, ello falta en el caso del delito inconscientemente imprudente de omisión. Para la constatación de que alguien ha 'omitido' algo lo único constitutivo es, por el contrario, la no coincidencia de la realidad fáctica con una imaginada —el 'hacer esperar'—»); p. 11 («Tampoco el concepto de 'comportamiento humano', al que se hace referencia continuamente como una posible salida del dilema, es capaz de establecer una comunidad —previa a la valoración jurídica— entre delito de comisión y de omisión. Un omitente se 'comporta' sólo en tanto en cuanto 'omite', en tanto en cuanto no responde a la expectativa de actuar de una determinada manera. A las distintas posibilidades de cómo fundamentar tal expectativa se corresponden, por consiguiente, las mismas posibilidades de concebir como 'comportamiento' la no ejecución de la acción correspondiente. De acuerdo con lo dicho más arriba, un no hacer se convierte para el

v. *Bubnoff* (55), *Arthur Kaufmann* (56), *Lampe* (57), *Roxin* (58), *Otter* (59), *Cury* (60), *Cerezo* (61), *Schönkel/Schröder/Stree* (62), *Huerta* (63) y *Cobo/Vives* (64).

b) Crítica

Anteriormente hemos expuesto (65) que fuera del campo de los valores —y con ello del Derecho penal (66)—, expresiones como la de ga-

enjuiciamiento jurídico en una omisión —y, con ello, en un 'comportamiento'— sólo cuando contradice la expectativa del ordenamiento jurídico (el mandato de acción). Por consiguiente, el acto de valoración jurídica precede lógicamente a la calificación como 'comportamiento', y no a la inversa»).

(53) Das unechte Unterlassungsdelikt, 1957, p. 18 («Con la definición de la omisión como la no ejecución de una acción determinada queda contrapuesta a la acción en la relación de no-a con a. Ello significa que no hay un supraconcepto común para la acción y la omisión. No hay cualidades comunes para todos los sustentadores de cualidades de desvalor juridicopenales»), p. 19 («Si la omisión, como objeto de la valoración mediante las normas del delito de omisión, se relaciona con la acción como no-a con a, entonces no es posible una aplicación inmediata de las doctrinas que se refieren al delito de acción»).

(54) Curso I, 1963, p. 212: «... la acción y la omisión son conceptos concretos y no abstractos, coordinados pero no unificables».

(55) Die Entwicklung, 1966, p. 87: «El concepto de acción no puede acoger al mismo tiempo a su negación.—En efecto, la diferencia estructural de los delitos de omisión no permite tal supraconcepto... Pero no es propio de la omisión el elemento —entendido en sentido causal— del movimiento corporal. También hay que poner en cuestión su causalidad en el sentido así indicado. Y, finalmente, aunque pueda aportar algo común el momento de la voluntad en el caso de la omisión querida y dolosa, ello falta en la omisión inconscientemente imprudente».

(56) Cfr., Einleitung a la reimpresión de RADBRUCH, de 1967, de Der Handlungsbegriff, pp. X, XI; Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 90. No obstante y contradictoriamente con esta opinión, ARTHUR KAUFMANN mantiene, al mismo tiempo, la posibilidad de integrar acción y omisión en el supraconcepto de la doctrina social de la acción, de la que se declara partidario (cfr., ARTHUR KAUFMANN, Das Schuldprinzip 1961, p. 165 nota 216 y pp. 181-182; Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, p. 214 nota 50, y la cita que de ARTHUR KAUFMANN se hace infra nota 82).

(57) Cfr., ZStW 79 (1967), p. 481.

(58) Véase Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, p. 261.

(59) Véase Funktionen, 1973, p. 137.

(60) Véase Derecho penal, Parte General I, 1982, pp. 205-206.

(61) Véase Curso, 1985, p. 277.

(62) Véase StGB, 1985, p. 154.

(63) Cfr. Problemas, 1987, p. 305 y passim.

(64) Véase Derecho penal PG, 1987, p. 259.

(65) II 1.

(66) Pero también dentro de éste, como lo ponen de manifiesto (cfr., NOVOA, Fundamentos de los delitos de omisión, 1984, p. 49, quien se refiere a los preceptos del Código Penal argentino que se corresponden con los del CP español que se citan a continuación) las tipificaciones del artículo 362 («El funcionario público culpable de *connivencia* en la evasión de un sentenciado, preso o detenido...»), o del artículo 360 («... el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente...»), pues a este último se le puede perjudicar igualmente presentando un escrito que carezca de los mínimos requisitos formales y de fondo como no presentando un escrito para proponer la práctica de una diligencia de prue-

nar un punto al tenis, cuidar las calorías o comportarse como aficionado al fútbol abarcan, sin más y sin necesidad de forzar para nada el sentido de las palabras, tanto a realizaciones como a no realizaciones de acciones: a la vista de todo ello, lo primero que hay que decir sobre la tesis de *Radbruch* es que la cuestión no es ya la de *si* es posible —porque la realidad demuestra que sí lo es—, sino la de *cómo* es posible que por comportamiento o por conducta el lenguaje corriente entienda tanto relaciones activas como pasivas con el mundo exterior.

En lo que sigue paso a examinar el único problema (no el de *si*, sino el de *cómo* es posible ese supraconcepto) que, por consiguiente, ha quedado en pie, problema que hay que resolver aplicando simplemente el concepto de comportamiento que hemos establecido anteriormente. La argumentación de *Radbruch* podría reducirse al siguiente silogismo: La acción consiste en voluntad, hecho y relación de causalidad entre ambos, y la omisión *se agota* en no existir (al menos, en no existir necesariamente) voluntad, ni hecho, ni relación de causalidad entre los dos; luego la omisión es la negación (no a) de la afirmación (a): acción, y no tiene, por tanto, nada en común con ella.

Ciertamente que en la acción existe un hecho [por el que *Radbruch* entiende tanto el movimiento corporal como, además, el resultado que aquél causa (67)] y que ese «hecho» no concurre en la omisión (68), caracterizada por la no realización de un movimiento que, en consecuencia, no puede estar en relación de causalidad con ningún resultado del mundo exterior. Lo que ya no es una característica de la ac-

ba que demostraría un hecho —conocido por el abogado— que acreditaría la inocencia del procesado. Para una exhaustiva investigación de los tipos en los que en el CP alemán «la ley emplea sólo una común descripción de comportamiento para la evitación omitida y para la producción del resultado», cfr., SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsgewandungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 37, 175 y ss. y *passim*.

(67) Véase supra nota 47.

(68) MIR, *Derecho penal PG*, 1985, pp. 134 y ss., y SILVA, *El delito de omisión*, 1986, pp. 136 y ss., mantienen que en la omisión, desde el punto de vista de la conducta, lo relevante es lo que el sujeto «hace» («no existen causas específicas de ausencia de comportamiento humano en la omisión», MIR, *op. cit.*, p. 253) mientras omite: si ese «hacer» es una conducta, el problema queda con ello resuelto: «En el ejemplo que propone este autor (sc. Jescheck), el espectador berlinés que contempla por televisión un accidente deportivo muy alejado en el espacio, pese a su evidente falta de capacidad de intervención, *creo que realiza una acción humana: contemplar la televisión*» (MIR *op. cit.*, p. 253, subrayados añadidos). Con esta teoría MIR y SILVA no resuelven, sino que eluden el problema, pues es perfectamente compatible que una persona, al mismo tiempo, se esté comportando (en referencia a determinadas actividades e inactividades) y no comportando (en referencia a otras), como sucede en el caso propuesto por OTTER, *Funktionen*, 1973, p. 199, de quien no actúa porque bajo vis absoluta es empujado por una persona contra un tercero a quien lesiona, y, al mismo tiempo, actúa, porque, mientras le empujan, pide socorro: que en este caso la petición de auxilio constituya una conducta es compatible con que la causación de las lesiones, sin embargo, no sea reconducible a conducta alguna. De la misma manera, en el ejemplo de MIR, de que contemplar la televisión sea una conducta no se deduce nada sobre si también lo es el no intervenir para impedir el accidente (esa inactividad, que hay que examinar *por separado*, no es, a la vista de la imposibilidad física de actuar, un comportamiento pasivo). Por lo demás, contra la tesis de MIR y de SILVA tiene plena vigencia lo expuesto por RADBRUCH en la cita que se recoge supra nota 47.

ción, sin embargo, y tal como lo ponen de manifiesto los comportamientos activos automatizados y los fallidos (69), es que cada movimiento corporal responda a una decisión específica de la voluntad; por el contrario, aunque esa decisión no concorra, existe una acción siempre que el Yo, por hallarse consciente, pueda intervenir para controlar el movimiento corporal que se está desarrollando automática o fallidamente. De ahí se sigue, sobre esas bases y aplicando los principios que rigen también para la acción, que la omisión inconscientemente imprudente debe ser calificada asimismo de comportamiento; pues también ahí existe un Yo no desconectado que puede controlar el movimiento que no se ha llevado a cabo. Con otras palabras: Que en una clase de omisión (a saber: en la inconscientemente imprudente) la no realización de la acción mandada no sea *querida* es tan cierto como irrelevante, pues que el movimiento corporal sea querido no es tampoco un requisito necesario del comportamiento activo.

La característica de que el Yo no esté desconectado no es la única que debe concurrir tanto en el hacer como en el no hacer para que pueda hablarse de comportamiento: el comportamiento activo y el pasivo y tal como se ha expuesto, tienen también *en común*, como ulteriores requisitos conceptuales, que *ambos* suponen una relación con el mundo exterior consistente en el *manejo* de procesos causales (70) y que *ambos*, finalmente, no deben estar condicionados físicamente de manera necesaria (71).

(69) Como complemento de todo ello, cfr., nuevamente, STRATENWERTH, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 290: «Es indudable que en el automovilista experimentado el comportamiento de conducción está ampliamente 'automatizado'. En el caso normal, los procesos automatizados del comportamiento son absolutamente adecuados. El movimiento de frenado al acercarse a un obstáculo, por ejemplo, constituye evidentemente la reacción normalmente correcta. Hasta qué punto se realiza inconscientemente se pone de manifiesto cuando un automovilista habitual, que excepcionalmente viaja en el asiento del acompañante, intenta pisar enérgicamente el (inexistente) freno cuando repentinamente surge un peligro. En determinadas circunstancias, sin embargo, la reacción automatizada puede ser extremadamente inadecuada, como, por ejemplo, el frenado cuando el coche patina. Y el conductor de automóviles sabe que requiere nuevamente una cierta práctica desconectar la reacción automatizada en aquellas situaciones en las que sería peligrosa».

(70) Permitásememe insistir en ideas ya expuestas. Teniendo en cuenta: primero, que en el mundo exterior existen procesos causales externos a una persona; y, segundo, que ésta, a su vez, tiene capacidad de poner en marcha procesos causales propios, el manejo de esos procesos (y, con ello, el comportamiento de una persona) ha de manifestarse de alguna de estas dos maneras: activa (iniciando o modificando procesos causales) o pasivamente (dejando que los ya iniciados sigan su curso o que los potenciales no se lleguen a iniciar). Dos últimos ejemplos de que para comprender y definir una conducta es preciso prestar atención a sus aspectos activos y pasivos. Para saber cuál es el comportamiento (y la calidad) de un jugador de ajedrez hay que considerar no sólo el movimiento que hace en cada momento, sino también los que no ejecuta: cuanto menor sea el número de las variantes mejores no ejecutadas y mayor la cifra de las jugadas peores no realizadas, mejor será el ajedrecista. La conducta de los intelectuales citados a declarar en los años 50 y 60 ante el Comité McCarthy de Actividades Anti-americanas es imposible de definir sin tener en cuenta lo que aquellas personas, en cada caso, hicieron y no hicieron: comparecer o *no* comparecer, comparecer y delatar o *no* comparecer y *no* delatar a los compañeros con los que compartían o habían compartido la misma ideología política.

(71) Como con razón afirma RÖDIG, *Die Denkform*, 1969, p. 91; «de la circunstancia

Por consiguiente y resumiendo, hay que oponer a *Radbruch*: Como no podía ser de otra manera —porque el lenguaje corriente utiliza un concepto de comportamiento (luego, existe) que contiene tanto elementos activos como pasivos—, hay características comunes que permiten agrupar las dos formas de manifestarse la conducta en una definición también común (72). Ello es consecuencia de que, por una parte y en contra de lo que piensa la doctrina causal de la acción (y, con ella, *Radbruch*), la voluntariedad no concurre en todas las modalidades de acción, por lo que es irrelevante que no concorra tampoco en una particular forma (la inconscientemente imprudente) de omisión; y ello es consecuencia, también, de que la omisión —y, en general y elevándonos más en la escala conceptual, el comportamiento pasivo— tiene una serie de características (Yo consciente, manejo de la causalidad, inactividad físicamente libre) que permiten establecer un concepto de ella con requisitos positivos (73).

2. La supuesta necesidad de que tenga carácter normativo el supraconcepto común a acción y omisión: la teoría social de la acción

a) Exposición

La doctrina social de la acción surge, entre otras razones, para tratar de superar el «inmenso» (74) efecto de las objeciones formuladas por *Radbruch* contra la posibilidad de un supraconcepto de comportamiento, objeciones a las que, con el paso del tiempo, se incorporó una nueva: no pueden encontrar acogida en un concepto unitario uno que es de naturaleza ontológica (la acción) y otro que tiene naturaleza normativa (la omisión) (75).

de que existan algunas características que a un concepto le corresponden y al otro no, no se puede deducir que lo mismo es el caso en referencia a todas las características. Por consiguiente, *Radbruch* no nos aporta la prueba de lo esencial».

(72) «Ciertamente sería muy extraño que no fuera posible, mediante la formación de un supraconcepto apropiado, establecer algunas características comunes para hacer y omitir» (ENGISCH, *Gallas-Festschrift*, 1973, p. 164 nota 1).

(73) En contra de lo que acabo de afirmar aquí y a lo largo de este trabajo, *RADBRUCH*, *op. cit.*, p. 140 (citada supra IV 1 a), parece dar a entender que la omisión no sólo no tiene las características de voluntad, hecho y relación de causalidad entre ambos, sino que, como «se agota» precisamente en no tenerlas, carece de cualquier clase de requisitos positivos. Contra *RADBRUCH* escribe, con razón, *RÖDIG*, *op. cit.*, p. 92: «Si a la 'omisión' no le corresponden ninguna clase de características, entonces no es que sea 'una nada' o una 'nada negativa': entonces y en ese caso es que no es ni siquiera un concepto. Los 'conceptos' que no tienen características no son conceptos».

(74) Cfr., *RÖDIG*, *op. cit.*, p. 90. «El efecto de esta teoría de *Radbruch* es inmenso».

(75) En este sentido, cfr., por ejemplo, *GALLAS*, *ZStW* 67 (1955), pp. 12-13; v. *BUBNOFF*, *Die Entwicklung*, 1966, p. 150 («En sentido jurídico omitir es la no ejecución de una acción exigida, es decir, mandada por el ordenamiento jurídico. Al concepto de omisión le es inmanente una valoración. Elemento constitutivo es la expectativa de acción [en

En otras publicaciones, una de ellas de este mismo año y a las que aquí me remito en su integridad (76), he expuesto y criticado el contenido de la doctrina social de la acción, por lo que en este lugar sólo me voy a ocupar —críticamente también— del procedimiento que sigue esta teoría para agrupar acción y omisión en un único concepto. No obstante y previamente, quisiera hacer una referencia —rápida y de carácter descriptivo— a la evolución que ha experimentado el concepto social en los últimos años.

La normativización del concepto de acción —como rasgo más característico de la doctrina social (77)— ha encontrado un ulterior de-

el campo normativo], que, a su vez, es característica valorativa. En la omisión no existe un sustrato real prejurídico a las valoraciones juridicopenales, tal como lo exige el concepto general de acción. La omisión es en la relación ontológica una Nada. Sólo en el campo normativo alcanza significación, por lo que sólo aquí es posible una equiparación con el hacer positivo. Como principio hay que constatar —y esto rige también para el concepto general de acción entendido finalmente— que cualquier teoría de la acción que se construya previamente sobre datos ontológicos, no puede adecuarse en ningún caso a la forma fenomenológica de la omisión. En el campo pretípico no existe ninguna base común para el actuar y el omitir», p. 150 nota 2 («Los intentos de solución con el concepto de 'comportamiento humano' o en la línea de la 'acción en sentido amplio' [Mezger...] carecen de valor práctico. Entre otras cosas, Mezger no explica de qué manera es posible vincular en tal concepto de acción los elementos normativos con los ontológicos»); BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 1970, p. 71 («Pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad»); ROXIN, Literaturbericht, ZStW 82 (1970), pp. 681/682; SAX, JZ 1975, p. 139 nota 19 («Esta diferencia esencial entre hacer y omitir parece hacer imposible equiparar a ambos bajo un supraconcepto común. Todos los intentos realizados hasta ahora de demostrar lo contrario desembocan en destilar los elementos esenciales de ambos hasta que se obtiene lo que a ambos es 'común', es decir, hasta que se reduce el omitir a un supuesto ontológico o hasta que se transforma al hacer en un supuesto normativo, consiguiéndose así 'destilaciones' con 'iguales propiedades', pero que, desgraciadamente, también tienen la 'propiedad' de no tener ya nada que ver con hacer y omitir»); JESCHECK, Lehrbuch, 1978, p. 177 (citado infra nota 82); WESSELS, Strafrecht AT, 15 ed., 1985, p. 23 («El supraconcepto del 'comportamiento' abarca hacer activo y omitir. Al contrario de lo que sucede desde una perspectiva ontológica, hacer y omitir, contemplados *normativamente*, no son contraposiciones incompatibles, sino únicamente distintas formas de manifestación del comportamiento sustentado por la voluntad», subrayado en el texto original); HUERTA, Problemas, 1987, p. 293 («Evidentemente, con este distinto enfoque de acción y omisión —naturaleza prejurídica de la primera, normativa de la segunda— se dificulta enormemente, por no decir que se imposibilita, la construcción de un superconcepto de acción que las abarque a ambas», p. 305 («La esencial diferencia entre una y otra forma de conducta humana impide que acción y omisión tengan cabida bajo un mismo manto conceptual»).

(76) Cfr., GIMBERNAT, Cualificados, 1966, pp. 75 y ss., 115 y ss.; Estudios penales y criminológicos X, 1987, pp. 170 y ss.

(77) Desde 1966 —y completando la exposición de mi libro Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966, pp. 75 y ss.— se han reafirmado en —o adherido a— la doctrina social de la acción, entre otros, los siguientes autores: ARTHUR KAUFMANN, Hellmuth Mayer-Festschrift, passim; R. MOURULLO, Derecho penal PG, 1977, pp. 209 y ss.; BLOY, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), pp. 619/620; JESCHECK, Lehrbuch, 1978, pp. 176 y ss.; *el mismo*, LK, nota marginal 28 antes del § 13 («acción es... 'comportamiento humano socialmente relevante'», siendo «un comportamiento siempre —y sólo entonces— socialmente relevante cuando ha tenido efectos en el mundo circundante del autor mediante la *lesión* de intereses de otras personas», subrayados añadidos); MAURACH/ZIFF, Strafrecht AT 1, 6.^a ed., 1983, pp. 181/182; GÖSSEL, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 (1984), pp. 326/327 («Tanto hacer como omitir son

sarrollo en, por una parte, el llamado concepto negativo de acción de Herzberg (78), Behrendt (79) y Jakobs (80): estos autores, y precisamente para encontrar un concepto unitario, convierten a toda acción en una omisión, y con ello y siendo la omisión un concepto normativo (desvalorado) (81), a toda acción en un concepto también y necesariamente desvalorado (82), con lo cual, y en consecuencia, se niega la calidad de comportamiento a las actividades axiológicamente indiferentes o valiosas.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer (83), *el comportamiento*

acciones; sólo se diferencian en su forma, según que la *lesión* conscientemente perseguida del bien jurídico se alcance mediante la actividad o la inactividad corporales», subrayados añadidos); MIR, Derecho penal PG, 1985, pp. 133, 136; Wessels, Strafrecht AT, 1985, pp. 23/24; SILVA, El delito de omisión, 1986, pp. 124 y ss.

(78) Véase HERZBERG, Die Unterlassung, 1972, p. 174 («acción es el no evitar evitable de un resultado en posición de garante»), p. 177 y passim; *el mismo*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, p. 91.

(79) Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, pp. 93, 96, 145 («... un sujeto actúa cuando, a pesar de que podía, no interrumpe un comportamiento peligroso para otros»), pp. 155 y ss.

(80) Véase Strafrecht AT, 1983, p. 120: «Comportamiento es la evitabilidad de una diferencia de resultado», entendiéndolo JAKOBS por «evitabilidad»: «dolo o imprudencia» (p. 637). En parecido sentido ahora BACIGALUPO, Principios de Derecho penal español, 1984, p. 41: «acción es un comportamiento exterior evitable».

(81) Véase supra I 2.

(82) Que la teoría social opera con un concepto desvalorado de acción es algo que sus representantes reconocen ya abiertamente: cfr., ARTHUR KAUFMANN, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 90 nota 43: «El 'reproche' de Welzel de que la teoría de la acción de Maihofer es, en realidad, una teoría de la imputación, es un cumplido»; JESCHECK, Lehrbuch, 1978, p. 177: «Las formas con las que tienen lugar la confrontación del hombre con su mundo circundante (finalidad en el hacer positivo y dirigibilidad en la omisión) no se pueden unificar en el plano de la contemplación ontológica, ya que la omisión no es una finalidad, sino que se caracteriza por la aplicación esperada de energía. Ambas formas, sin embargo, pueden ser reunidas en un concepto de acción unitario si se consigue encontrar un punto de vista supraordenado de naturaleza valorativa que unifique en el campo normativo lo que en el campo del ser son elementos incompatibles» (subrayado en el texto original); HERZBERG, Die Unterlassung, 1972, p. 184 («... el concepto juridicopenal de acción es justamente uno juridicopenal, y no uno prejuridico»), p. 185 («La imaginable objeción de que el concepto negativo de acción es demasiado estrecho e hipernormativo, de que no se ajusta a innumerables actividades cotidianas que cualquier persona califica, con razón, de acciones no pone al descubierto ninguna debilidad real de nuestra concepción. Si se me permite hacer uso de un ejemplo aducido en una conversación privada: Ciertamente, sería extraño e inadecuado llamar a comer en la mesa un no evitar evitable en posición de garante. Pero ¿qué daño puede haber en ello si ese hacer se halla en el caso normal fuera del concepto juridicopenal de acción?»); BEHRENDT, Die Unterlassung, 1979, p. 156: «Sin embargo, no se ha alcanzado una ontologización plena del concepto de acción. Pero ella ni es imaginable ni tampoco deseable. El concepto de acción del Derecho penal tiene que cumplir una tarea normativa y por ello nunca podrán faltar en él completamente elementos normativos»; JAKOBS, *op. cit.*, p. V: El concepto de acción se convierte en un concepto del cual «no se puede decir absolutamente nada sin contemplar la tarea del Derecho penal».

(83) Véase supra notas 77 y 82, y también, por mencionar a uno de los primeros y más caracterizados representantes de la teoría social, MAIHOFFER Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, p. 72: «acción' es comportamiento humano que está dirigido a provocar la lesión de bienes protegidos por el Derecho penal; más brevemente: 'acción' es el comportamiento dirigido a la provocación de lesiones de bienes sociales; o, simplemente, teniendo presente la dirección del efecto: 'acción' es el comportamiento dirigido a la lesión de bienes sociales».

to, según la doctrina social de la acción y prescindiendo de los distintos matices entre unos y otros autores, *consiste en la lesión dolosa o imprudente de bienes jurídicos*. Como resulta obvio, sin embargo, que ese concepto coincide —en sus rasgos fundamentales— con lo que hoy se entiende mayoritariamente por «realización del tipo», de ahí que un sector de la doctrina, encabezado por *Roxin* y en lo que podría considerarse la más reciente manifestación de la teoría social, haya decidido, recogiendo opiniones anteriormente formuladas por el último *Radbruch* (84) y por *Gallas* (85), llamar a las cosas por su nombre —lo que siempre es de agradecer—: ese supuesto concepto (social) de acción no es tal concepto de acción, sino, en el fondo, el de «acción típica», careciendo prácticamente de relevancia teórica el concepto de acción sin más (86).

(84) Cfr., *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, Frank-Festgabe, tomo I, 1930 (cito de la reimpresión de 1967), p. 155: «... la realización típica —y no la acción— es el concepto fundamental de la teoría del delito al cual deben ser referidos todos los restantes elementos del delito».

(85) Véase *ZStW* 67 (1955), p. 12: «De lo dicho se sigue que lo más pronto que los delitos de comisión y de omisión pueden reducirse a un común denominador es en el terreno del tipo de lo injusto».

(86) Cfr., *ROXIN, Zur Kritik der finalen Handlungstheorie* (este artículo fue publicado por primera vez en 1962), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 88-89; *el mismo*, *Literaturbericht*, *ZStW* 80 (1968), pp. 699-700: «Y sin embargo, mantengo que es absolutamente correcto el punto de partida de Baumann: la idea de la estructura normativa y de la referencia típica tanto del concepto final como del social de acción (prescindiendo de que los representantes de estas teorías muchas veces lo nieguen). Pero a este diagnóstico correcto se le hace seguir una terapia errónea. En vez de sacar la conclusión de que no son momentos voluntativos pretípico-subjetivos o factores causales objetivos y neutros al valor, sino sólo puntos de referencia normativos los que pueden suministrar una base común para todos los comportamientos delictivos, Baumann intenta 'superar' la referencia valorativa —que él ha percibido correctamente— de los conceptos finales y sociales de la acción, terminando consecuentemente en un concepto de acción ciertamente desnormativizado, pero al precio de carecer completamente de contenido»; *el mismo*, *Radbruch-Gedächtnisschrift*, 1968, pp. 262 y ss. («lo injusto debería ser caracterizado como comportamiento personalmente imputable, antisocial-prohibido, con lo que la cualidad de acción —previa a lo injusto y su evidente presupuesto— ni siquiera necesitaría una mención expresa», p. 263); *el mismo*, *Literaturbericht*, *ZStW* 82 (1970), p. 681; v. *BUBNOFF*, *Die Entwicklung*, 1966, pp. 149 y ss.; *ARTHUR KAUFMANN*, *Einleitung a la reimpresión de RADBRUCH, Der Handlungsbegriff*, p. XII; *SCHÜNEMANN*, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 31: «No hace falta entrar a examinar si la tesis de Radbruch de la incompatibilidad categorial de acción y omisión resiste los ataques que se le han dirigido en los últimos años, pues estamos de acuerdo con Roxin en que en el lugar superior de la sistemática juridicopenal debe figurar un principio normativo de imputación»; *OTTER*, *Funktionen*, 1973, p. 137 nota 568 («Lo más pronto que se puede encontrar algo común entre acción y omisión es en el campo de la tipicidad, es decir, en el campo normativo»), 138-139, 172, 199 («Como desde una perspectiva juridicopenal son relevantes no acciones en sí, sino sólo comportamientos prohibido o mandados y éstos están descritos por el legislador en tipos, de ahí que, desde un principio, la acción sólo interese como acción típica»); *SCHMIDHÄUSER*, *Strafrecht AT, Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975, p. 177; *GÓMEZ BENÍTEZ*, *Teoría jurídica del delito*, 1984, pp. 49-50; *BUSTOS*, *Manual de Derecho penal español, Parte General*, 1984, p. 175 («La acción en el injusto tiene sentido en cuanto es una acción típica, es decir, se puede atribuir desde el bien jurídico a la situación que describe un tipo legal»), 184; *OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA*, *Derecho penal PG*, 2.^a ed., 1986, pp. 23/24 («A nuestro juicio es tarea vana la de buscar un concepto unitario de acción, a un tiempo comprensivo de las ideas de conducta activa y conduc-

b) *Crítica*

A lo largo de este trabajo se han demostrado varias cosas. Primero, que la omisión es un concepto *desvalorado*, y que cuando esa desvaloración tiene un contenido específicamente jurídico-penal, la omisión se convierte en omisión típica. Además, que la no realización de acciones también puede poner de manifiesto una conducta neutra al valor (*no* apagar el receptor de televisión porque el aficionado quiere presenciar la retransmisión de un partido de fútbol, *no* tomar frutos secos una persona que tiene un peso razonable, constituyen comportamientos pasivos en principio axiológicamente neutrales) e incluso una conducta valiosa (*no* comparecer o comparecer y *no* declarar ante el Comité MacCarthy; *no* devolver la pelota que se va por milímetros fuera de la pista de tenis para, como *buen* jugador, anotarse un punto; *no* intervenir con prohibiciones inadecuadas para *no* crear en el niño una perjudicial «represión sobrante» (87)). Y, por último, que en el movimiento corporal pueden manifestarse, igualmente y como en el comportamiento pasivo, una conducta típica (estafar) o desvaliosa pero atípica (mentir) o valiosa (ayudar a un ciego a cruzar la calle) o neutra al valor (sentarse en un sillón).

De acuerdo con todo ello, el concepto de comportamiento que hemos establecido se bifurca, según como sea el manejo de los procesos causales, en activo y pasivo, y de ahí arrancan, hacia abajo, dos escalas conceptuales (88): si añadimos la diferencia específica de que el comportamiento merece *un juicio de desvalor* (89), aparecen, respectivamente, los conceptos de acción desvaliosa y de omisión (90), y si añadimos la ulterior diferencia específica de comportamiento me-

ta omisiva, de hecho doloso y hecho imprudente. Entendemos que la manifiesta incapacidad de ese concepto para servir de punto de partida y necesaria referencia en la explicación jurídica del delito, obliga a una diversificación inicial del sistema que lleva a examinar, individualizadamente, las estructuras peculiares de cada uno de los cuatro modelos delictivos apuntados. Con este enfoque, el estudio del concepto general de acción se sustituye por la reflexión sobre el concepto de acción típica o, mejor, de conducta típica», 37; HUERTA, Problemas, 1987, p. 308: «Ello supone el abandono, por innecesario, de un concepto superior de acción que sirva de base y de enlace a las restantes características del delito, y su sustitución por una teoría del tipo en la que la acción —u omisión— no tengan otro sentido que el de 'acción típica'... Y si lo decisivo es la imputación, ello implica la tesis de la normatividad del concepto jurídico-penal de acción»; COBO/VIVES, Derecho penal PG, 2.ª ed., 1987, p. 254 («Como secuela de lo anterior, la sistemática adoptada no toma en consideración la exigencia de una conducta como un elemento autónomo. Renuncia, por lo tanto, a resolver toda una serie de problemas desde la perspectiva del concepto general de acción, adoptando, en cambio, como punto de partida, la acción típica»), p. 259.

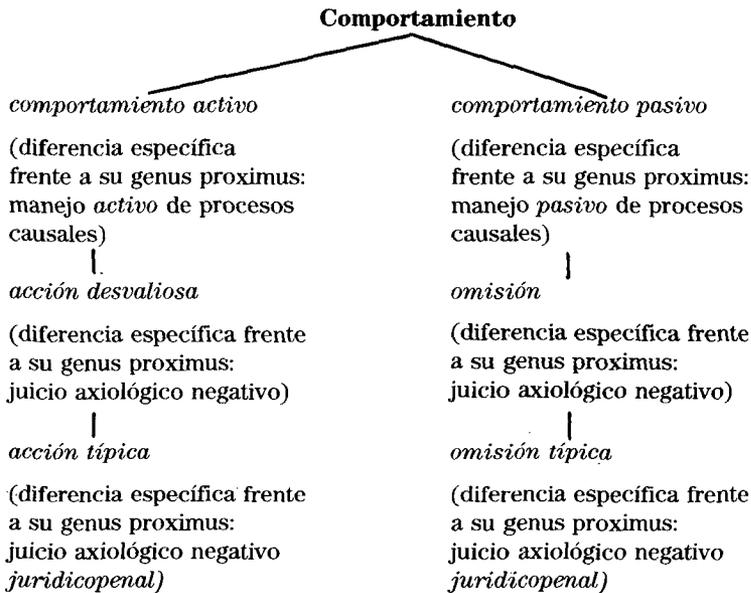
(87) Cfr., MARCUSE, Eros y civilización, México 1965, pp. 50 y ss.

(88) Sobre la formación del concepto y sobre las escalas conceptuales, cfr., LARENZ, Metodología de la ciencia del Derecho (traducción de GIMBERNAT), 1966, pp. 334 y ss.

(89) Por no interesar dentro del contexto de este trabajo, prescindo de la especie del comportamiento (activo o pasivo) que merece un juicio valorativo positivo.

(90) Mientras que tanto en castellano (omisión) como en alemán (Unterlassung) hay una palabra que quiere decir: comportamiento *pasivo* desvalorado, en ninguno de los dos idiomas existe un vocablo análogo, de uso tan familiar, con el que pueda expresarse el concepto: comportamiento *activo* desvalorado.

recedor de un juicio de desvalor *juridicopenal* surgen en los peldaños inferiores de las dos escalas los conceptos de acción y omisión típicas. El concepto genérico y las dos escalas conceptuales que, añadiendo diferencias específicas, arrancan de él hacia abajo podrían representarse, por consiguiente, así:



Como hemos visto, la doctrina social de la acción, para formar un supraconcepto que abarque tanto al ontológico de acción (comportamiento activo) como al normativo de omisión propone, como única solución imaginable, la de unificar ambos conceptos, como comportamiento típico, en los dos últimos peldaños de las respectivas escalas conceptuales. Sin embargo, como la búsqueda del concepto común no se realiza, como debiera ser elemental, subiendo, sino bajando en las escalas conceptuales, el resultado de todo ello no es, en realidad, un supra—, sino un infraconcepto; pues como se elabora añadiendo al concepto de acción las diferencias específicas de: sometimiento a un juicio de desvalor *juridicopenal*, quedan fuera de ese supuesto «supraconcepto», necesariamente, todas las acciones atípicas. Frente a todo ello, el procedimiento que se propone aquí es justamente el contrario: prescindir de las diferencias específicas de sometimiento a un juicio de desvalor, ascender en ambas escalas conceptuales hasta llegar a la correlación: comportamiento activo-comportamiento pasivo, y, una vez en ese peldaño, prescindir de las diferencias específicas: activo-

pasivo, que quedan subsumidas en la característica: «manejo de procesos causales», para llegar así, finalmente y mediante un nuevo ascenso, al auténtico supraconcepto de comportamiento.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La concepción que aquí se mantiene coincide con la causal en que establece un concepto de acción con características extravalorativas, y se diferencia de ella: en que, primero, renuncia, porque no está en situación de abarcar ni a los comportamientos automatizados ni a los fallidos, al requisito conceptual de la voluntariedad; y en que, segundo, del principio del no condicionamiento *físico* del comportamiento, deduce que falta una conducta no sólo cuando estamos ante movimientos reflejos o ante haceres o no haceres sometidos a una vis absoluta, sino también —y en referencia concreta al comportamiento pasivo— cuando, por la incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación, era *físicamente imposible* la ejecución de un movimiento (91).

Frente al procedimiento habitual de la doctrina de contraponer, desde un principio, un concepto ontológico (el de acción) a otro normativo (el de omisión), a lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto que los dos conceptos *correlativos* con los que había que operar eran los axiológicamente neutros de comportamiento activo y comportamiento pasivo: en contra de lo que a veces parece sugerir la doctrina dominante, la no realización de acciones no sólo tiene relevancia dentro del campo del Derecho penal, sino que esa no realización constituye también una referencia imprescindible para determinar el contenido de conductas valiosas y neutras al valor.

Para los que sean sensibles a esa clase de objeciones, podría alegarse contra nuestras tesis que éstas —en cuanto que se mueven dentro del marco del concepto «causal» de la acción— están «anticuadas» y que, en consecuencia, han sido «superadas» por las modernas teorías «final» (92) o «social» de la acción. Sobre ello quiero decir dos cosas.

En primer lugar que, como he tratado de demostrar en otras publicaciones (93), hay que distinguir entre concepto causal y teoría cau-

(91) Análogamente, sin embargo, BAUMANN/WEBER (cfr., supra nota 22).

(92) La teoría final de la acción, de la que me he ocupado críticamente en otros trabajos (cfr., GIMBERNAT, *Cualificados* 1966, pp. 105 y ss.; *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 138 y ss.; *Estudios penales y criminológicos X*, 1987, pp. 169 y ss.), se puede interpretar de dos maneras: si se identifica finalidad con voluntariedad, entonces coincide con el concepto causal; si se identifica finalidad con dolo, entonces es una doctrina *normativa* de la acción, esto es: de la acción *típica*, con el inconveniente frente a la otra doctrina de la acción típica (la social) de que ésta, por lo menos, abarca dentro de su concepto («dominabilidad», «evitabilidad») de acción típica tanto a las dolosas como a las imprudentes, mientras que aquélla ni siquiera es capaz de explicar la acción típica *imprudente*.

(93) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, *Estudios*, 1981, pp. 108 y ss., 141 y ss., 162 y ss.

sal del delito: es perfectamente compatible defender aquél y mantener, no obstante y como yo lo mantengo, una teoría del delito que integre al dolo y a la imprudencia en el tipo, y que rechace la concepción tradicional —y todavía dominante— de entender la culpabilidad como «reprochabilidad».

En segundo y último lugar, que frente a la teoría causal de la acción, la normativización de ésta no supone un avance, sino un retroceso en el tiempo; pues dicha teoría causal surge —a finales del siglo pasado y comienzos del presente— precisamente para combatir el confucionismo que había creado la hasta entonces dominante teoría hegeliana que identificaba acción con imputación (94). Esa nada moderna concepción hegeliana es la que sorprendentemente ha reaparecido ahora bajo la nueva denominación de teoría social de la acción (95).

(94) Sobre la teoría hegeliana de la acción, cfr., entre otros: RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, pp. 85 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 1933, pp. 102/103; v. BUBNOFF, *Die Entwicklung*, 1966, pp. 36 y ss.

(95) El origen de la teoría social de la acción hay que buscarlo en 1927 cuando el civilista LARENZ publica su monografía sobre «La teoría de la imputación de Hegel y el concepto de la imputación objetiva. Una contribución a la filosofía del idealismo crítico y a la teoría de la 'causalidad jurídica'» (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der 'Juristischen Kausalität'*), monografía en la cual se vuelven a identificar acción con imputación; pocos años después, y bajo la influencia de LARENZ, HONIG (*Kausalität und objektive Zurechnung*, Frank-Festgabe I, 1930, pp. 174-201) establece para el Derecho penal las bases de esta renormativización de la acción sobre los resucitados presupuestos del concepto hegeliano (para más detalles sobre el origen de la teoría social, cfr., GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, p. 76).

