

LA CUESTIÓN DEL ERROR EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

Juarez Tavares¹

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2023

Fecha de aprobación: 19 de septiembre del 2024.

RESUMEN: El artículo aborda el tratamiento del error en los delitos de omisión, desde la perspectiva de una acción performativa, con el fin de tener en cuenta las relaciones empíricas y normativas que sostienen los tipos penales. A diferencia de los delitos comisivos, que suelen verse desde el ángulo de una relación entre medio y fin, los delitos omisivos, que previamente vinculan la conducta a un deber de actuar, pero que deben configurarse sobre una relación causal, por imposición del propio Código Penal, implican otra estructura para los errores de tipo y de prohibición bajo el supuesto de una explicación propia de la dogmática causal. A la vista de ello, puede decirse que este error no es simplemente un error de tipo o de prohibición, sino un error de injusto.

PALABRAS CLAVES: Tipos Penales, Acción performativa, Delitos de Omisión, Delitos Comisivos, Errores de Tipo y de Prohibición, Error de Injusto.

ABSTRACT: The article addresses the treatment of error in crimes of omission, from the perspective of a performative action, in order to take into account the empirical and normative relationships that support the criminal types. Unlike commission crimes, which are usually seen from the angle of a relationship between means and end, omissive crimes, which previously link the conduct to a duty to act, but which must be configured on a causal relationship, by imposition of the Criminal Code itself, imply another structure for errors of type and prohibition under the assumption of an explanation of causal dogmatics. In

¹ Profesor Titular jubilado de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Profesor visitante de las Universidades de Buenos Aires, Frankfurt am Main e Pablo D'Olavide (Sevilla). Profesor Honorario de la Universidad de San Martín (Perú). Profesor Visitante del Curso de Maestría de la Universidad de Barcelona. Master en derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Doctor en derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro y de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Post Doctor en derecho de la Universidad de Frankfurt am Main. Subprocurador-General de la República jubilado. Abogado. Agraciado con la Medalla Cesare Beccaria, de la Société Internationale de Défense Sociale. Río de Janeiro, Brasil.

view of this, it can be said that this error is not simply an error of type or prohibition, but an error of wrongfulness.

KEYWORDS: Criminal Types, Performative Action, Crimes of Omission, Commissive Crimes, Type and Prohibition Errors, Unjust Error.

ÍNDICE: 1. La ubicación del problema; 2. Los puntos principales de la discusión; 3. La relación de causalidad; 4. Los elementos del error; 5. Conclusión.

1. LA UBICACIÓN DEL PROBLEMA

En consonancia con las interminables discusiones sobre la teoría del delito, el tratamiento del error en los delitos omisivos ha pasado a primer plano. La cuestión es de vital importancia para el derecho brasileño, que, además de regular legalmente el error de tipo (CP, art. 21) y de prohibición (CP, art. 21), enfatiza la necesidad de demostración de la causalidad en la omisión (CP, art. 13) y opta por un modelo legal de identificación de las fuentes del deber del garante (CP, art. 13, § 2). Aunque la dogmática penal, especialmente la alemana, haya producido una obra exhaustiva sobre este tema, es posible que, a modo de comparación, el presente estudio también pueda hacer una aportación al tema. La cuestión para debatir se refiere, por tanto, a la determinación de las características del error en los delitos omisivos, habida cuenta de su naturaleza y de los elementos empíricos y normativos que les sirven de base.

2. LOS PUNTOS PRINCIPALES DE LA DISCUSIÓN

a) Al abordar la cuestión del error en los delitos omisivos, puede parecer inútil comenzar el estudio discutiendo la relación causal. Pero si el Derecho penal exige que se demuestre esta causalidad y si el error se basa en el conocimiento de los elementos que dan lugar a la responsabilidad por violación de un deber general de diligencia, típicamente codificado, o de un deber especial de evitar el resultado, será importante comprobar si existe o no un cierto vínculo entre esas figuras. La cuestión empieza a presentar dificultades cuando se advierte que en los delitos omisivos no se exige el resultado, lo que llevaría a abandonar toda discusión sobre la relación de causalidad. Pero en

el caso del error de tipo, que se manifiesta por el desconocimiento de los elementos típicos de la omisión, parece que debería incluirse no sólo la referencia a los elementos fácticos que justifican la imposición del deber de actuar, sino también la relación entre la no realización de la acción ordenada y la violación del propio deber. En el delito de omisión del deber de socorro, por ejemplo, existe una situación típica basada en la existencia de un peligro para la vida o la salud de la víctima, que justifica la imposición del deber de salvarla. Así ocurre en el derecho brasileño (CP, art. 135), en el derecho alemán (StGB, § 323c) y en el derecho costarricense (art. 144, CP). Así, en este delito existe una relación entre la situación típica de peligro y la necesidad de actuar, para justificar la responsabilidad por la ausencia de una acción ordenada ante el deber de llevarla a cabo. Aquí concurren un elemento fáctico (la existencia de peligro o situación de necesidad), la necesidad de actuar, la no realización de una acción y la consiguiente violación del deber de actuar. La no realización de una acción y la respectiva violación del deber de actuar están necesariamente relacionadas con el elemento fáctico, que justifica la responsabilidad por omisión. Si el objeto del error de tipo son los elementos del tipo, también deben incluirse las circunstancias relativas a la situación típica, la necesidad de actuar y la propia acción. La persona comete un error sobre los elementos que subyacen a la situación de peligro o necesidad, y también comete un error sobre la necesidad de actuar, o sobre la forma en que debe llevarse a cabo la acción ordenada. Dadas las características de las condiciones que generan el deber de actuar, el error debe referirse a la relación entre la situación típica y el deber de actuar. Así, la persona cree erróneamente que no existe peligro para la víctima y, por tanto, no se molesta en socorrerla y cumplir así el deber de cuidado. Después de todo, ¿cuál es la naturaleza de esta relación entre la situación típica y el deber de actuar?, ¿es de naturaleza puramente lógica, puramente axiológica, puramente normativa o causal? La cuestión puede verse más claramente en los delitos impropios omisivos, en los que se exige además que la acción ordenada sea capaz de evitar el resultado, lo que constituye una referencia obvia a un modelo causal de responsabilidad. Por otro lado, tanto en el derecho brasileño como en el alemán y en Costa Rica, la imposición de deberes está subordinada a un determinado objeto

empírico que sostiene la creación de la necesidad de actuar. Esto está presente en los delitos omisivos propios, como la omisión de socorro o de auxilio, y en los delitos omisivos impropios, cuando la omisión se convierte en un elemento relevante que explica la producción del resultado.

b) Para comprender mejor esta relación y cómo es acogida por la ciencia penal, podríamos utilizar aquí una importante distinción sobre las características de la acción realizada por HABERMAS.² Desde sus primeros inicios dogmáticos, el Derecho penal ha adoptado un modelo de conducta que, utilizando la terminología de HABERMAS, podría denominarse acción instrumental, por estar centrada en la relación entre medios y fines.³ De acuerdo con esta característica, el tipo penal debe estar compuesto por un proceso causal vinculado a la producción de un resultado prohibido. Así, en el delito de homicidio, el tipo consistiría básicamente en la acción de A que produce la muerte de B. Como la relación entre acción y resultado constituiría el núcleo del tipo, todos los otros elementos del tipo sólo constituirían circunstancias complementarias de este proceso causal. La acción instrumental no es, a su vez, un concepto extraído únicamente del dogma causal. Asimismo, en el sistema finalista, la acción final es una acción instrumental, porque está anclada en la relación entre medio y fin, al igual que en la teoría causal. Esta concepción de la acción es muy típica de una visión de la conducta orientada exclusivamente hacia el autor individual, que debe ser visto como un simple productor de efectos. Incluso cuando se dice que la causalidad es ciega y la finalidad es vidente, esta afirmación no se aparta de esta concepción. El autor final es el que dirige su actividad hacia la consecución de un resultado, aunque no lo alcance. Partiendo del concepto de acción instrumental, es difícil aceptar la causalidad en la omisión, especialmente en la omisión propia, que no se basa en una relación directa entre medios y fines. Tampoco puede afirmarse que la no realización de la acción ordenada constituya un medio para alcanzar un fin, porque tal

² Jürgen, HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, (1995), 176.

³ Franz von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, (Berlin: Guttentag, 1914), 13 y 137.

afirmación tropieza al menos con dos objeciones serias: en primer lugar, el fin en la omisión no es un fin real, sino potencial; en segundo lugar, si no existe la posibilidad de que el medio sea dirigido, será imposible establecer la conexión entre la infracción del deber y el resultado empírico que se ha producido.

La noción de acción instrumental puede entenderse más claramente en los delitos orientados a los resultados. En estos casos, toda la conducta está orientada al resultado, que puede tomarse como un cambio real en el mundo exterior o como una mera proposición simbólica para apoyar una tesis finalista. Para caracterizar una acción instrumental basta con ver cómo se realiza en el mundo exterior la manifestación de voluntad del autor. Esta manifestación puede ejercer efectivamente una alteración empírica de los hechos o simplemente una forma de orientación del comportamiento.

Una vez aceptada la acción instrumental como modelo de conducta en el Derecho penal, surge el problema de ajustarla al concepto de omisión. En consecuencia, en el delito de omisión de socorro, la omisión de socorro se asocia a la necesidad de socorro, por lo que el omitente no realiza la acción que, según la necesidad empírica, se vincula a un fin normativo de evitar que alguien necesitado de ayuda sufra un daño personal, sin que un deber general de asistencia pueda intervenir en su favor. Aunque haya un hecho empírico, que es la existencia de una situación de peligro o necesidad, que da lugar a la imposición del deber de actuar, no puede decirse, desde este aspecto instrumental, que haya aquí una relación causal. Lo que hay en realidad, desde el punto de vista de una acción instrumental, es la demostración de la necesidad de actuar y luego el deber de actuar, como su derivado. Así, de acuerdo con este concepto de acción instrumental, la situación típica y los otros elementos del delito de omisión constituyen sólo datos normativos de la imposición del deber.

Sin embargo, la acción instrumental no retrata fielmente la realidad de los comportamientos sociales, especialmente los jurídicos. Desde la aportación de MAX WEBER, las conductas sociales deben ser consideradas como conductas estratégicas, cuya característica básica no es la relación entre medios y fines, sino la referencia a otras personas, determinadas o

indeterminadas, singulares o colectivas.⁴ La conducta estratégica es, por tanto, una conducta que tiene lugar frente a la conducta de los otros. Aunque no esté acoplado al concepto de acción estratégica, y previendo la dificultad de la acción instrumental para poblar el territorio de la omisión, ROXIN ya señala que el concepto personalista de acción, que él adopta, sólo tendrá sentido si está vinculado a una acción esperada.⁵ Si la acción esperada es la que resulta de la situación típica, entonces el concepto de conducta en el caso de omisión no puede prescindir de una valoración jurídica. Existen, por supuesto, otros intentos de superar las deficiencias de un concepto instrumental de conducta, pero todos ellos, incluida la teoría negativa de la acción, no dejan de promover una referencia a una relación entre medios y fines. Así, en la teoría negativa de la acción, en cualquiera de sus vertientes, hay necesariamente una referencia a la evitabilidad del resultado, que condiciona la conducta a esta relación entre medios y fin.⁶ En este sentido, la concepción de ROXIN es la más próxima a una concepción estratégica.

Por otra parte, con la aportación de la teoría del acto de habla, puede decirse que una acción estratégica conduce necesariamente a un acto ilocucionario, en el que el sujeto se compromete a su realización frente a los otros. Una vez que produce un efecto en los otros, o incluso exige un comportamiento de los otros, puede decirse que esta conducta constituye un acto perlocutivo, caracterizando lo que puede denominarse una acción performativa. La afirmación del acto perlocutivo, como acción performativa, puede explicar mejor los motivos de la omisión y las relaciones presentes en el respectivo tipo de delito. En el delito de omisión de socorro, el incumplimiento de la acción ordenada se vincula a un contexto en el que el protagonista no es sólo el omitente, sino también quien se encuentre en una situación de peligro o necesidad. Se observa, entonces, que la situación típica corresponde a un punto de referencia relevante para el comportamiento del sujeto, quien debe

⁴ Max , Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr (1980), capítulos I, II.

⁵ Claus, Roxin, *Strafrecht, AT*, 4. Edição, München: Beck (2006), 261.

⁶ Rolf-Dietrich, Herzberg. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York: De Gruyter, (1972), 174 ; Jakobs, Günther. *Strafrecht, AT*, Berlin-New York: De Gruyter, (1993), 143.

guiarse por ella o, de lo contrario, incumplir el mandato legal. En estos términos, si la situación típica es un punto de referencia o un objeto por el que el sujeto debe orientarse, su inclusión en el tipo no puede ser simplemente complementaria, sino esencial para la relación entre el sujeto y los otros, y también esencial para la imposición del deber de actuar.

3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

a) En Derecho penal, la relación causal se ha tratado siempre según los dictados de la teoría de la condición, así como de la causalidad adecuada, de la relevancia jurídica y, más recientemente, de la suficiencia. Superada la búsqueda de una ley general de causalidad, todas estas teorías constituyen formas de explicación epistémica o lógica de la relación causal, sin correspondencia alguna con su sustrato nomológico, del que sólo puede dar fe la pericia de campo, guiada por criterios de probabilidad. Por lo tanto, la relación causal, en términos nomológicos, es una forma o especie de probabilidad, pero sólo puede ser equiparada en derecho según las perspectivas funcionales de la propia norma jurídica, que traza los elementos de su delimitación. Básicamente, puede decirse que la causalidad no es más que una forma de justificar la imputación de responsabilidad por un determinado hecho, basada en datos empíricos objetivos o subjetivos, centrada en el criterio de probabilidad, que frente a las respectivas explicaciones epistémicas puede conducir a una cadena infinita. Precisamente por eso es importante limitarla por criterios normativos, como los propuestos por las diversas vertientes de la teoría de la imputación objetiva.

b) Dado que la causalidad se considera una forma de probabilidad, de la que se pretende derivar la responsabilidad de alguien por producir un efecto o por dirigir su comportamiento en perjuicio de otros, la comprensión de su significado está necesariamente vinculada al concepto de acción que se adopte. En el caso de una acción instrumental, la causalidad tiene un fundamento empírico basado en la relación entre medios y fines. Sin embargo, en el caso de una acción perlocutiva o performativa, la causalidad cambia de sentido, deja de ser una explicación de la relación entre medios y fines para convertirse en una forma de comunicación entre la norma y su destinatario, a

través de la cual el legislador les proporciona elementos para orientar su comportamiento. Cuando el legislador prohíbe un comportamiento, por ejemplo, prohíbe la acción de matar a otra persona, también indica al destinatario de la prohibición el procedimiento que no debe adoptarse para que no se produzca el resultado prohibido. La información sobre este procedimiento, que puede denominarse procedimiento causal, tiene el sentido de proporcionar al destinatario de la norma elementos de referencia por los que debe guiar su comportamiento de conformidad con el ordenamiento jurídico. La causalidad, en este caso, deja de ser simplemente un componente empírico para servir como elemento de referencia de la conducta.

Este sentido dado a la causalidad permite adoptarla también en los delitos omisivos, porque no se trata de un elemento basado exclusivamente en la relación entre medio y fin, sino de una referencia para que el sujeto actúe, y puede entenderse como una relación de dependencia entre objetos, al igual que ocurre con la relación entre la situación típica y la necesidad de realizar la acción ordenada. La exigencia, por tanto, de causalidad en la omisión deviene de la necesidad de proporcionar al sujeto parámetros de referencia para su comportamiento. Este requisito es, por tanto, una condición de legitimidad de la propia norma imperativa. Una norma no puede imponer un deber de actuar sin especificar previamente las circunstancias o elementos que justifican el mandato mediante la inserción de elementos que puedan orientar la actuación del sujeto.

4. LOS ELEMENTOS DEL ERROR

a) Si la relación de causalidad es ahora una relación orientadora de la conducta, también puede entenderse, en los delitos de omisión, como uno de los elementos en los que debe basarse el error de tipo. En este caso, el infractor yerra en la relación entre la existencia de la situación de peligro y necesidad y el deber de actuar. Sin embargo, también será relevante fundar el marco empírico del error de mandamiento: el sujeto yerra porque entiende que no tiene deber de socorrer, teniendo presente la situación de peligro que subyace a esta errónea comprensión. Ni siquiera se podría pensar en un error

de mandamiento si no hubiera una situación de peligro. Por tanto, esta situación de peligro es también un presupuesto del error de mandamiento.

Las acciones de toda persona se basan en una proyección de sus efectos sobre los otros. Esto ocurre más claramente en los delitos comisivos, pero también está presente en los delitos omisivos. Al proyectar los efectos de su comportamiento, el sujeto es consciente de lo que la ley le impone. Por tanto, el deber de actuar coexiste en el mismo momento de conciencia con la relación causal entre la situación típica y la necesidad de actuar. La realización de una acción ordenada no puede compartimentarse, con la relación de necesidad, por un lado, y el deber de actuar, por otro. Si la relación entre la situación típica y el deber de actuar es consecuencia del mismo proceso de comunicación, no hay forma de entender el deber de actuar sin entender primero la situación típica, ni tampoco se puede entender la situación típica por sí misma sin la imposición de un deber de actuar. La situación típica sin el deber de actuar carecería de sentido para conducir el comportamiento, seguiría siendo un elemento estático, sin relevancia para el sujeto, un elemento suplementario observable y nada más. Lo que le confiere relevancia típica es su vínculo con el deber de actuar.

Todo error es un error en la percepción de la realidad, pero la realidad se configura ahora ya no como una realidad puramente instrumental, sino como el mundo de la vida (Lebenswelt), que incluye también imposiciones normativas. Esto conduce a una relación de dependencia entre la conciencia de los elementos de la situación típica y el deber de actuar. Visto de este modo, el error de tipo en los delitos omisivos también contiene una carga relacionada con el deber de actuar y ya no será un auténtico error de tipo, sino un error sui generis, que puede denominarse error de injusto.

b) En el tipo de delito omisivo existen dos relaciones de dependencia: una relación entre la situación típica y la necesidad de actuar, por un lado, y una relación entre la necesidad de actuar y el deber de actuar, por otro. Se trata de relaciones de dependencia, de antecedente y consecuente, y por tanto de relaciones causales claras. La necesidad de actuar no se crea de la nada. La necesidad de actuar se produce desde las condiciones empíricas concretas

que definen sus datos y contornos y proporcionan al sujeto el material que permite orientar su comportamiento frente a la norma. A su vez, la necesidad de actuar es la base para imponer al sujeto un deber de actuar. Una omisión sólo puede imputarse a alguien cuando existe una necesidad de actuar, pero, por otra parte, la imposición del deber sólo tiene sentido si está anclada en datos empíricos que no sólo puedan justificar la necesidad de actuar, sino también proporcionar al sujeto una orientación sobre cómo cumplir el deber que se le impone. Vista así esta relación, parece imposible hacer una ruptura en su secuencia, de modo que el sujeto pueda diferenciar en su mente entre la conciencia de la necesidad de actuar, por un lado, y el deber de actuar, por otro.

Al analizar la formación de la conciencia de los datos de la realidad empírica y normativa, podemos ver que la explicación de los hechos y la comprensión de la norma forman parte del proceso de socialización del sujeto, que comienza en la primera infancia, a través de las lecciones familiares, y se extiende a lo largo de la edad adulta, ahora mediante recomendaciones, prohibiciones o determinaciones. La socialización no es un proceso acabado. Dada la constante e indefinida variedad de relaciones sociales, el sujeto vive en un continuo proceso de aprendizaje. Para poder realizar correctamente sus acciones sociales, necesita conocer tanto la realidad empírica como lo que la norma le marca como elementos de referencia. Si, además, el proceso de socialización es el resultado de un aprendizaje constante, no basta con que la responsabilidad de una persona se base en demostrar la existencia de unos datos relacionados con el peligro de lesión a los otros, sino en señalar un modo de evitar esa lesión mediante la realización de una determinada acción. Es precisamente en esta relación entre los datos que indican el peligro de lesión y la forma de evitar o sortear esta lesión mediante una acción en la que se fundamenta el deber de actuar y en la que nace y se desarrolla la conciencia individual y se solidifica el proceso de socialización del sujeto. Por ello, la conciencia de los datos empíricos es insuficiente para otorgar al sujeto la responsabilidad de actuar. Dado que la conducta perlocutiva o performativa, que está en el corazón de la formación normativa, está siempre asociada a lo que puede producir en los otros, para bien o para mal, la responsabilidad por

no realizarla no puede estar divorciada de la conciencia de los elementos que componen esa conducta y también, concomitantemente, de la determinación normativa, que pretende disciplinar esos efectos.

En el caso concreto de la omisión de socorro, la responsabilidad de la persona se basa en el hecho de que, ante una situación de peligro de lesiones a terceros, no realizó la acción de socorro necesaria para alejar el peligro. La responsabilidad puede excluirse por error, cuando la persona no era consciente de la situación peligrosa, o cuando no se dio cuenta de que era necesario actuar, o cuando entendió que no se le imponía el deber de actuar. Esto ocurrirá, respectivamente, cuando la persona no sea consciente de la existencia o persistencia del peligro (por ejemplo, no se da cuenta de que la víctima se está ahogando, o de que está herida), o desconoce la actuación de otras personas o de cualquier autoridad que se comprometa a hacer frente al peligro, o cuando piensa que, aunque esté herida, la víctima no necesita ayuda, y, por ende, cuando entiende que una vez que la víctima está frente a un policía no necesita recibir ayuda de un profano. En todas estas secuencias, podemos ver que la relación entre los datos empíricos y la imposición del deber es tan estrecha que no puede separarse. En el caso de que una persona crea que no está obligada a prestar auxilio porque la víctima está siendo ayudada por otra persona o se encuentra ante la policía, el error en cuanto a la exigencia normativa de su actuación no puede desligarse de su conocimiento previo de la existencia del peligro. Si la persona no es consciente del peligro, no hay razón para que sea consciente del deber de actuar; por otra parte, si la persona no es consciente del deber de actuar porque cree que la norma no se le aplica a ella, también es indiferente a la existencia del peligro. El deber de actuar sólo tiene sentido dentro de un proceso de socialización, que aúna datos empíricos y normativos. Si no hay socialización, no puede haber responsabilidad. Por ejemplo, en ciertos países no hay responsabilidad por omisión de asistencia, sólo hay omisión ante un acto que equivale a la comisión, por ejemplo, una madre que no amamanta a su bebé y el niño muere de inanición. Pero la mayoría de los países criminaliza la omisión de socorro, como lo hace Brasil y

Costa Rica.⁷ Si un habitante de ese país que no criminaliza a la omisión de socorro entra en territorio brasileño, no estará suficientemente socializado para interiorizar las reglas de conducta aquí vigentes. Por lo tanto, es posible que entienda que no tiene el deber de prestar auxilio ante el peligro de causar daños a terceros. Para él, tendrá el mismo significado la orientación de conducta que deviene de la norma basada en datos empíricos (la existencia de peligro) que la orientación que deviene de la existencia de datos empíricos y de la necesidad de prestar auxilio a la víctima. Puede decirse, por tanto, que el sujeto se equivoca no sólo respecto a la norma, sino también respecto al propio peligro, que no forma parte de su proceso de socialización.

c) La equivocación entre lo que afirma la norma y el dato empírico del peligro también ocurre en el caso de los delitos de omisión impropia. En estos delitos, el sujeto deja de realizar una conducta que, por las características del dato empírico, debería ser equivalente a la acción. Aunque la doctrina no se preocupe en exigir equivalencia entre acción y omisión en los delitos impropios de omisión, salvo en aquellos delitos con un tipo especial de conducta, parece que esta equivalencia, al menos a la vista de la ley brasileña y de todas aquellas que contemplan expresamente la causalidad en la omisión, es indispensable. Si los delitos comisivos exigen la demostración de la causalidad entre la acción y el resultado (A disparó a B y le causó la muerte), lo mismo debe aplicarse a los delitos omisivos que devienen de éste (A no impide la muerte de B). Esto es prácticamente incontestable en el derecho brasileño, que prevé expresamente la causalidad en la omisión (CP, art. 13). En vista de ello, la necesidad de actuar debe demostrarse como condición para que la omisión haya producido el resultado como si se tratara de una acción.

Esta equivalencia de la omisión a la acción significa que el sujeto ha de ser consciente de los elementos empíricos (por ejemplo, la madre debe saber que no está alimentando al niño y que ello le llevará a la muerte) y también de los elementos normativos, es decir, de que la norma le impone el deber de

⁷ Andreas von Hirsch, *Die Rettungspflicht im englischen Recht*, von Hirsch/ Neumann/ Seelmann (Orgs.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos (2013), 115.

evitar el resultado, o lo que es lo mismo, el deber de amamantarlo, porque de lo contrario se le imputará un delito análogo a la comisión. Aunque en este caso podemos separar los datos empíricos (la situación de peligro y la necesidad de actuar) de la imposición normativa, la conciencia del deber de evitar el resultado no puede separarse de la conciencia de la equivalencia entre omisión y acción. El deber de evitar el resultado sólo tiene sentido si las condiciones empíricas indican que no realizar la acción será equivalente a producir el resultado mediante la acción. Cuando el sujeto cree que no tiene que actuar porque no se le impone el deber de evitar el resultado (por ejemplo, cree que como padre adoptivo no tiene el deber de garante), de nuevo, el sujeto no sólo se equivoca sobre la norma, sino también sobre la relación entre el deber de garante y la producción causal del hecho. Esto se debe a que la posición de garante es también un elemento del proceso de socialización, que no está exento de vínculos con determinados objetivos empíricos. La posición de garante, incluso en el caso brasileño en el que se disciplina jurídicamente, está asociada a una función social, que es la de desempeñar el papel de vigilante para evitar la lesión de bienes jurídicos. Quien yerra en su deber de garante yerra también en los efectos de ese error, es decir, en las consecuencias de evitar el resultado. Evitar el resultado sólo tiene sentido si existe un deber de cuidado; éste, a su vez, sólo tiene sentido si va asociado a un fin de vigilancia y protección. Si, por ejemplo, tienes macetas en la ventana que da a la calle, hipotéticamente estás creando una fuente de peligro en la que podrían caer sobre los transeúntes y herirlos. Ante un fuerte vendaval, el propietario de la fuente de peligro está obligado a actuar para evitar que las macetas caigan sobre las cabezas de las personas. Imaginemos que el ocupante de la vivienda, por ser inquilino y no propietario, considere que no tiene el deber de evitar que las macetas caigan y causen lesiones porque, al haber sido colocadas en la ventana por el propietario, sería responsabilidad suya y no del inquilino, aunque las tuviera para su disfrute e incluso regara las plantas a diario. En este caso, para que se consolide el deber, el titular de la fuente de peligro, el inquilino, debe saber que el peligro de la caída no ha cesado, sino que está presente durante el tiempo que ocupa la vivienda y que, si las macetas causan lesiones, su responsabilidad por no hacer nada equivale

a la propia acción de arrojar las macetas a los viandantes. El error sobre el deber de garante, de que como arrendatario estaría exento del deber de controlar las fuentes de peligro, es también un error sobre la necesidad de evitar el resultado. La necesidad de evitar el resultado impide al arrendatario excluirlo de su relación con la norma. La norma imperativa sólo tiene sentido aquí si va unida a la necesidad de actuar. Y nadie puede equivocarse sobre la norma sin equivocarse también sobre el hecho que la sustenta. Se trata, por tanto, de un error sobre el injusto, porque reúne elementos empíricos y normativos del injusto (peligro de lesión, causalidad, condición de garante, datos relativos a la titularidad de la condición de garante y deber de evitar el resultado).

d) La premisa fundamental del tratamiento del error en los delitos omisivos se basa en la afirmación de que el sujeto no puede orientar su conducta separadamente por datos empíricos, por un lado, y por imposiciones normativas, por otro. Ello deriva de la propia variabilidad e inestabilidad de estos datos, así como de su comprensión. La norma no puede ignorar estas circunstancias, que corresponden a la realidad humana, que es por su propia naturaleza contingente e inestable. Como pone de manifiesto ESSER, en las sociedades estadísticas y premodernas existen entornos sociales estables y delimitados, pero raramente en los sistemas sociales complejos, por lo que, para que el sujeto pueda orientar correctamente su conducta, algún elemento estabilizador tendrá que interferir en el dato empírico, como es el caso de la norma imperativa.⁸ Sin embargo, para que ello sea efectivo, la norma debe admitir que el mandato que expresa sólo será válido si los datos empíricos pueden también ejercer tal influencia sobre el sujeto, que éste tome conciencia de que su actuación es necesaria para evitar un determinado resultado y, según los casos, de que su omisión equivale a la propia producción comisiva de ese resultado. La conciencia del deber de impedir el resultado, por tanto, se entrelaza con la conciencia del dato empírico que fundamenta la posición de garante y la necesidad de actuar para impedir el resultado y la especial

⁸ Hartmut, ESSER, *Soziologie, spezielle Grundlagen*, Band 1: Situationslogik und Handeln, Frankfurt/New York: Campus, (1999), 457.

circunstancia de que su omisión será causal del resultado porque equivale a una acción. La dependencia, en estas circunstancias, del deber de evitar el resultado y de la necesidad de actuar transforma la esencia del error de mando.

Estos elementos que configuran el injusto de los delitos omisivos han de ser incorporados a la conciencia del sujeto. Esto es así porque, para que el sujeto pueda orientarse y actuar socialmente, necesita relacionarse con su entorno, que conforma el contexto especial de un determinado autor. De este modo, el conjunto de valores sociales y jurídicos sólo puede ser interiorizado por el sujeto desde esta relación.⁹ Esta misma conclusión se desprende de la investigación de CAMPBELL y ALEXANDER sobre la relación entre el entorno escolar y la orientación conductual de los alumnos, que demostró que la orientación dada a los alumnos dentro del plan escolar (normas escolares) sólo se mantenía e interiorizaba cuando también se podían controlar, al menos positivamente, los contextos sociales distintos del escolar.¹⁰ Esto significa que las imposiciones normativas sólo actúan sobre el comportamiento social del sujeto cuando también tienen en cuenta los controles sociales del contexto, dentro del proceso de comunicación. En otras palabras, las pautas de comportamiento impuestas por la norma sólo pueden ser cumplidas por el sujeto cuando entrelaza su conciencia del deber de evitar el resultado con las condiciones empíricas concretas de la omisión. Esta conclusión también está en consonancia con la tesis expuesta por MEAD, que retrata la relevancia de la conducta de un sujeto cuando se mezclan los componentes empíricos con los componentes normativos, todo ello en función del grupo en el que se forman y evolucionan.¹¹ La percepción que el sujeto tiene de las normas, es decir, del deber que se le impone, es inseparable de su percepción de las condiciones contextuales que sustentan el deber mismo. De este modo, la separación entre error de tipo y error de mandamiento en este caso no es realista.

⁹ Hartmut, ESSER, . Nota 8, 461.

¹⁰ Hartmut, ESSER, Nota 8, 458.

¹¹ Georg Herbert, MEAD, *Geist, Identität und Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1973), 171.

e) Una vez establecido el error de injusto, debe ser tratado de acuerdo con los parámetros del error sobre los elementos de una causa de justificación. Esto se debe a que, en el caso de un error de injusto, el autor puede cometer errores en relación tanto con los componentes empíricos como con los normativos. En los dos casos, no cree estar actuando contra el ordenamiento jurídico, sino que su conducta está justificada, bien por la inexistencia de datos empíricos, bien por la ausencia de una condición que le imponga la obligación de actuar. En este caso, sin embargo, la relevancia del error no debe valorarse exclusivamente según los criterios de evitabilidad o inevitabilidad, sino en función de la mayor o menor eficacia de la norma para orientar el comportamiento del sujeto. Así, si el error es inevitable, se excluirá la ilicitud; si el error es evitable, se excluirá el dolo del autor, pero la responsabilidad culposa debe analizarse en función de la relación entre el sujeto y los datos contenidos en el tipo y el deber impuesto por la norma, dada su inserción en el contexto. Como la omisión culpable se basa en dos segmentos de deber, el deber de actuar y el deber de cuidado, el comportamiento del autor debe guiarse por los elementos que componen estos segmentos. Para establecer la responsabilidad en este tipo de delitos es imprescindible que el sujeto, ante los datos objetivos del deber de actuar y del deber de cuidado, pueda tomar conciencia de que está obligado a cumplirlos. Así, la evitabilidad excluirá la culpabilidad si la persona no puede orientar plenamente su conducta conforme a los datos objetivos y a la norma, porque ésta no es suficientemente clara en cuanto a lo que exige, ni los datos objetivos son suficientes para indicar los límites del cuidado debido.

5. CONCLUSIONES

a) Los delitos omisivos son incompatibles con un concepto de acción instrumental, basado exclusivamente en la relación entre medios y fines. El concepto de conducta que mejor se ajusta a los delitos omisivos y a la propia naturaleza de la omisión es el concepto de acción performativa o perlocutiva, que se basa en relaciones intersubjetivas y utiliza los elementos empíricos del entorno como datos referenciales para orientar al sujeto.

b) En los delitos omisivos, la relación causal puede estar presente en la relación entre los datos empíricos de la situación típica y la necesidad de actuar. En los delitos de omisión impropia, la relación causal puede encontrarse en la equivalencia entre omisión y acción, especialmente en los ordenamientos jurídicos que la regulan expresamente.

c) El error de tipo y el error de mandamiento en los delitos omisivos impropios constituyen un error sui generis, que puede denominarse error de injusto, porque reúne elementos empíricos y normativos, difíciles de separar. Así, en los delitos omisivos propios, el error engloba tanto los datos de la situación típica como la necesidad de actuar y el deber general de socorro. En los delitos de omisión impropia, el error incorpora las fuentes del deber del garante, la necesidad de evitar el resultado mediante una acción que de hecho pueda evitarlo, la relación de causalidad entre la omisión y el resultado como consecuencia de su equivalencia a su producción por la acción, y también el deber de actuar, a la vista de las condiciones del garante.

Como error de injusto, el error en los delitos de omisión debe ser tratado de forma análoga al error sobre los elementos de una causa de justificación. Si es inevitable, excluye el hecho ilícito; si es evitable, puede admitir la responsabilidad por culpa, si el hecho es punible como delito culposo y existe coherencia entre los datos referenciales relacionados con la omisión y la violación de la norma de cuidado, de modo que el sujeto hubiera podido ser consciente de la necesidad de realizar la acción ordenada y cumplir el deber que se le imponía.

6. BIBLIOGRAFÍA

Habermas, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

Liszt, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: Guttentag, 1914.

Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, 1980.

Roxin, Claus. *Strafrecht, AT*. 4. Edición. München: Beck, 2006.

Herzberg, Rolf-Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin-New York: De Gruyter, 1972.

Jakobs, Günther. *Strafrecht, AT*. Berlin-New York: De Gruyter, 1993.

Hirsch, Andreas von. *Die Rettungspflicht im englischen Recht*. En *Solidarität im Strafrecht*, editado por von Hirsch, Neumann, y Seelmann, 115. Baden-Baden: Nomos, 2013.

Esser, Hartmut. *Soziologie, spezielle Grundlagen, Band 1: Situationslogik und Handeln*. Frankfurt/New York: Campus, 1999.

Mead, Georg Herbert. *Geist, Identität und Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.