

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura

Juan Manuel LACRUZ LÓPEZ: *Comportamiento omisivo y Derecho penal*, Prólogo de José Cerezo Mir, Editorial Dykinson, 2004, 506 pp.

Como una muestra más de la fecundidad de la escuela del querido y admirado maestro José CEREZO, aparece el libro de D. Juan Manuel LACRUZ LÓPEZ sobre un tema tan adecuado al enfoque finalista en la dogmática penal, en su doble aspecto metódico y conceptual, como el de la omisión, concretamente el de los aspectos prejurídicos, el objeto de la regulación, como punto de partida de toda investigación dogmática, que caracteriza al finalismo. Las diferencias de enfoque, en algunos aspectos, y de conclusiones, algunas de las muchas en materia de omisión, que muestran maestro y discípulo, evidencian el espíritu abierto y tolerante que caracteriza al buen científico social, como es el caso del Prof. CEREZO, como asimismo la personalidad y valentía científica del discípulo, el Dr. LACRUZ.

Para abordar su tema de estudio, conocer las «particularidades estructurales, las notas que la caracterizan y que han de determinar el modo en que el Derecho penal se aproxime al fenómeno de la omisión» [29], el Dr. LACRUZ LÓPEZ va a dedicar más de cuatrocientas páginas de su larga monografía a exponer críticamente las muy numerosas teorías elaboradas a tal fin en la dogmática moderna del derecho penal. Su objetivo es el de resaltar lo insatisfactorio de todas ellas, por lo que culmina su obra proponiendo un concepto propio de

omisión, en el bien entendido de que se trata sólo de los elementos que caracterizan a la omisión y la distinguen de la acción en el plano pre-jurídico-penal, lo que no condiciona para nada los elementos ulteriores que hayan de añadirse para que la omisión sea relevante en derecho penal, que, a su vez, no deben condicionar este concepto que él se propone reelaborar, utilizando recurrentemente para asegurar que los planos no se están confundiendo, el importante tema de cómo resolver, penalmente, los casos, frecuentes, en los que el comportamiento del sujeto presenta simultáneamente aspectos activos y omisivos [38 s.].

El Dr. LACRUZ LÓPEZ, como decimos, clasifica y trata las numerosas teorías que se han dado para la distinción buscada, en tres grandes grupos:

1. Un primer grupo de teorías es el de aquéllas que parten de la premisa según la cual entre acción y omisión no hay diferencias [41 ss.]. Aunque se trata de un enfoque tímido en la doctrina alemana y que en España incluso no tiene ningún seguidor, hace bien LACRUZ LÓPEZ en dedicar un apartado inicial a los ensayos de ARZT y VOLK, porque pudiera ser que en un futuro esta tendencia fuera a más. Como acertadamente dice el autor, aún en caso de que se fuera imponiendo la equiparación, lo que ya ocurre en muchos aspectos (en otros, sigue siendo una exageración), no hace inútil la distinción, y puesto que los argumentos dados por ARZT y VOLK no son ninguno decisivo en este aspecto, propugna LACRUZ LÓPEZ seguir manteniendo la diferencia, aprovechando estos ensayos para resaltar que no se debe esperar de la necesidad de distinción otros efectos no relacionados con esa cuestión [70].

2. Dando inicio al capítulo más amplio de teorías que se han elaborado para esclarecer la relación acción-omisión en derecho penal, las llamadas teorías de la diferenciación, según las cuales existen diferencias estructurales iniciales entre ambas, aparece un gran grupo que las traza acudiendo a criterios naturalísticos [91 ss.]. Para clasificarlas, a su vez, LACRUZ LÓPEZ distingue entre las teorías del movimiento corporal, presente en la acción y ausente en la omisión, dentro de la cual la de BELING era una intransitiva, por no considerar para nada el objeto del movimiento corporal, limitándose a la voluntariedad [96 ss.], mientras que la de VON LISZT y sus numerosos seguidores posteriores, entre quienes destaca RADBRUCH, artífice de una de las ideas más influyentes en la materia: la de que acción y omisión no tienen nada en común, salvo su contradicción (omisión = no acción), es una transitiva, que pone el énfasis en el resultado causado por el movimiento corporal como su objeto [97 ss.], y la teoría

de la energía elaborada por ENGISCH [137 ss.], cuya evolución a lo largo del tiempo en el propio pensamiento de ENGISCH, incluida una fase última en la que la teoría se convierte en una normativa, y los numerosos seguidores hasta la actualidad, es objeto de consideración especialmente particularizada por parte de LACRUZ LÓPEZ. De todas ellas da más que cumplida cuenta el autor, procediendo a un análisis crítico minucioso, cuyo denominador común viene dado por lo que LACRUZ LÓPEZ cuestiona: y es que puesto que la omisión no consiste en un no hacer nada, pudiendo ir acompañada de movimiento, el movimiento corporal no puede ser la nota que caracterice al comportamiento activo frente al omisivo en derecho penal; de la misma forma que tampoco la energía interna que acompaña tanto a la acción como a la omisión puede constituir el criterio de distinción. LACRUZ LÓPEZ menciona ejemplos en los cuales la actividad corporal y la energía son superiores en casos de comportamiento omisivo que en caso de comportamiento activo [132 ss., 165 ss.]. Todo lo cual evidencia que los conceptos naturalísticos no sirven para fines jurídicos, que requieren conceptos sociales más que naturalísticos.

3. El segundo gran grupo de teorías de la diferenciación viene constituido por aquéllas que tratan de establecerla con criterios normativos, no naturalísticos como las anteriores. De estas teorías, desde la desarrollada por Eb. SCHMIDT, partiendo del concepto social de acción [199 ss.], pasando por las de quienes buscan un criterio de distinción en caso de concurrencia a favor del comportamiento activo [216 ss.] y las de quienes como MEZGER distinguen según el punto central de la reprochabilidad [226 ss.], hasta llegar a la propia de la energía de ENGISCH, convertida por evolución del autor en concepto social, al desplazar la energía del autor a la experimentación de su carga por la víctima [247 ss.], sostiene LACRUZ LÓPEZ que, además de su ambigüedad y presuponer la distinción de cara a elegir cuando concurren, evidencian todas ellas que la superación del planteamiento naturalístico no debió suponer irse al otro extremo, como hacen las teorías normativas, no teniendo para nada en cuenta los aspectos ontológicos (previos a lo jurídico) del comportamiento, referidos a lo social [260 ss.].

4. Precisamente el valor que LACRUZ LÓPEZ asigna al último gran grupo de teorías sobre la distinción acción-omisión, al que incluso desubica de las anteriores clasificaciones entre teorías naturalísticas y normativas, el de las teorías de la causalidad en sentido amplio [264 ss.], estriba en que según él ellas no se limitan a describir un acontecer externo, natural o social, sino que atienden a cómo el acontecer seleccionado influye en la realidad del mundo exterior [263].

Lo primero que hace LACRUZ LÓPEZ para abordar la distinción acción-omisión a la luz de la causalidad es agrupar a una serie de autores, encabezados por Hans WELZEL, según los cuales mientras que el comportamiento activo causa, el omisivo no causa («ex nihilo nihil fit») [272 ss.]; haciendo lo propio con otros, entre quienes destacan Armin KAUFMANN y Erich SAMSON, para quienes aunque la no interposición de la condición que habría evitado el resultado causado por otra ha causado también el resultado, el omitente no causa, sólo que de haber actuado habría evitado el resultado con probabilidad rayana en la seguridad (causalidad hipotética) [290 ss.], acción a la que el omitente debió motivarse, en términos parecidos a los de JAKOBS y STRATENWERTH [305 ss.], con planteamientos próximos a éste de la causalidad. Esta exposición doctrinal le va a servir a LACRUZ para preparar su propia teoría, que en términos muy simplificados viene a decir: 1. Es cierto que la omisión no causa en términos naturalísticos. 2. Es falso que se pueda distinguir entre causalidad de la omisión e incapacidad de causar del omitente, no siendo separable la omisión del omitente (contra Armin KAUFMANN). 3. Causar en la acción y capacidad de evitación en la omisión ni pueden constituir substrato común en el que diferenciar ambas categorías, contra SAMSON, quien, además, pecaría de confusión de planos (jurídico y prejurídico), al exigir que el criterio de distinción acción-omisión no sólo no prejuzgara la diferencia sino que, además, debe contener la base para construir sobre él el elemento de la posición de garante característico de la omisión impropia.

5. Con la revisión crítica de teorías sobre la distinción acción-omisión acabada de hacer, y en el marco que sobre todo es de agradecer al último planteamiento expuesto, el de la causalidad, con su construcción en torno a los tres pilares de sujeto-comportamiento-mundo exterior, LACRUZ LÓPEZ [342 ss., 361 ss.] dispone de elementos suficientes para proceder a su propia construcción, una construcción montada sobre los siguientes cimientos: 1. El concepto de causa científico-natural no permite abarcar todos los nexos causales relevantes en la vida social. 2. Desde el punto de vista social, un comportamiento omisivo puede provocar tantos o más efectos que otro comisivo.

6. La construcción propia, que LACRUZ LÓPEZ propone, ubica tanto a la acción como a la omisión en el contexto de las relaciones sociales, concretamente: la omisión que trasciende la esfera del sujeto puede ser relevante si sirve a los fines del derecho penal protector de bienes jurídicos en un plano de igualdad con la acción [397 ss.]. De esta manera, p. ej., la omisión puede causar una estafa (un daño patrimonial) o un ataque al honor [371 s.]. Este sustrato en el

que caben acciones y omisiones en plano de igualdad debe completarse con lo relevante para el derecho penal, fundamentalmente: que la protección completa del bien jurídico en cuestión requiera que, conforme al planteamiento finalista, ontológico, tradicional: 1) se proceda a seleccionar la realidad social prejurídica a proteger; 2) se perfile que lo omitido es una acción final que habría evitado el resultado; y 3), puesto que con lo anterior el concepto de omisión penalmente relevante es todavía demasiado amplio, es además necesario el elemento adicional de la capacidad de acción (elemento interno) [407 ss.].

7. Precisamente, la última parte del libro del Dr. LACRUZ LÓPEZ dedica un espacio monográfico a criticar e intentar superar la tesis de Armin KAUFMANN, según la cual la capacidad de acción, para darse por constatada, requeriría la representación actual de al menos la situación en la cual la acción de salvamento es necesaria y posible (existencia de los medios para emprenderla con garantías de éxito) [423 ss.]. Frente a ello, y puesto que la existencia de esa representación actual entre otras cosas podría suponer un privilegio inmerecido para sujetos desaprensivos, que quizá ni siquiera se han planteado, habiéndoselo podido plantear dado que disponían de suficientes datos que debieron llevarles a alcanzarla, la exigida capacidad, basta, para estimar cumplido el elemento, con la capacidad de haber llegado a la representación actual de la situación de necesidad y la necesaria y posible acción de salvamento, es decir, conformarse con la capacidad potencial de acción, no siendo necesario que la capacidad sea actual, como quería Armin KAUFMANN [429, 429 ss.].

El Dr. LACRUZ LÓPEZ, que ha hecho un esfuerzo ingente para presentar y sistematizar los numerosos posicionamientos habidos en la dogmática penal sobre el concepto de omisión, procediendo a analizarlos críticamente de cara, sobre todo, a evidenciar sus limitaciones y la necesidad de proponer un nuevo ensayo, acierta a la hora de dedicarle la máxima atención a aquellas teorías que establecen la distinción entre acción y omisión, esencial para el concepto de esta última, en el ámbito de la causalidad.

¿Por qué intuimos ya de entrada que en la causalidad va a ser donde hallaremos la explicación a la relevancia que sin duda tiene la omisión en derecho penal? La respuesta a esta pregunta es clave para hallar el sentido de la omisión en derecho penal. Ocurre, sin embargo, que para empezar a hablar de ello debemos olvidarnos de la falsa apariencia según la cual lo que define a la omisión es la ausencia de causalidad, presente en la acción, de donde se deduciría al mismo tiempo el concepto de omisión y su distinción de la acción.

Antes bien, las teorías que actualmente cifran la distinción acción-omisión en la causalidad, lo hacen en la línea del bloque de teorías que, arrancando de Armin KAUFMANN, sostienen que lo que define la distinción acción-omisión, referida, siempre, a los delitos de resultado, que es el supuesto de partida básico de la teoría del delito, es que mientras que en el delito de acción el autor causa el resultado, en el de omisión el autor no causa nada, sino que por no actuar no evitó el resultado. Esto es algo tan claro en su pensamiento que cualquier reflexión que pudiera haber hecho acerca de si tan causal de un acontecimiento son los acontecimientos que le precedieron como los que lo habrían impedido de haberse producido y no se produjeron, con independencia de la valoración que merezcan desde el punto de vista científico, en el que no me considero competente ni para siquiera empezar a hablar, es irrelevante. KAUFMANN nunca habló de la causalidad de la omisión, por la sencilla razón de que, al igual que ahora LACRUZ LÓPEZ, nunca separó la omisión del sujeto de la omisión, como ocurre con la acción.

Es cierto, y LACRUZ LÓPEZ da buena cuenta de ello, que dentro de las teorías de la causalidad, pueden distinguirse, como poco, dos grandes grupos de teorías, el de quienes siguiendo a WELZEL, niegan la causalidad natural en la omisión, como la afirman en la acción, y el de quienes, siguiendo a Armin KAUFMANN, lo que niegan es que lo que defina a la omisión sea la no causación, porque lo que la define es la causalidad hipotética de la acción omitida por el autor. Esto es lo que caracteriza a la posición de Armin KAUFMANN y SAMSON.

La pregunta, a continuación, es: ¿Qué tiene de criticable esta postura, que necesite superación?

La respuesta a esta pregunta la ha dado el Dr. LACRUZ LÓPEZ con una gran sagacidad: El gran inconveniente de esta conceptualización de la omisión estriba en que no es un concepto ontológico de omisión; algo que no sería de lamentar salvo que quienes lo propusieran pretendieran asignarle esa naturaleza de prejurídico. Ante esto, y puesto que la investigación que nos ocupa es en buena parte metódica, debemos detenernos en una cuestión, mejor dicho: en dos, que a muchos, con razón, pueden parecerles tediosas. ¿Qué es, en derecho, un concepto ontológico? ¿Por qué el de omisión no lo es (si es que no lo es)?

Simplificando mucho la cuestión, cabe decir que el de acción (final) es un concepto prejurídico por dos razones, o en dos ámbitos: porque remite a fenómenos naturales, como, p. ej., el de movimiento corporal consciente, y porque ha debido producirse en la realidad para que (siempre según el finalismo) llevemos a cabo (si concu-

ren otras circunstancias) una imputación penal a título de delito de comisión.

No podemos entrar ahora en el debate sobre naturalismo/normativismo en derecho penal, que impregna la discusión actual en nuestra disciplina. Pero parece claro que lo que cabe oponer al normativismo, sobre la base de la gran aportación que está representando para la renovación del derecho penal, es que pretenda prescindir por completo de toda consideración naturalística, como la de la causalidad o el acto psíquico (que no es lo mismo que esperar que de conceptos naturalísticos quepa extraer decisiones normativas). Por eso, podemos concluir que el de acción final sí es un concepto ontológico, porque cumple las dos condiciones de remisión a una estructura aprehensible sin valoración inicial alguna y porque puede constatarse en la realidad prejurídica como fenómeno natural (como la causalidad).

Por cierto que, dicho sea de paso, esa fue la idea que Armin KAUFMANN sostuvo de la estructura lógico-objetiva de la acción, respecto a la que ni siquiera tuvo empacho en poner en relación con la valoración jurídica, lo que quizá quepa recordar ahora para justificar lo acertada que puede ser la idea desarrollada por SAMSON, de que el concepto de omisión debe preparar la realidad sobre la que proyectar el deber de garante. Con lo que el concepto de omisión de Armin KAUFMANN y SAMSON seguiría siendo un concepto prejurídico.

Yo creo, sin embargo, que no. Que la acción, siempre según la concepción finalista, sí es un concepto ontológico, pero la omisión no lo es. Ni siquiera la capacidad de acción que Armin KAUFMANN elaboró como supraconcepto común a la acción y la omisión, si bien sabidamente no utilizó para realizar deducciones trascendentes, constituye un concepto ontológico, por la sencilla razón de que una capacidad no es una realidad separada del sujeto que la posee, y sólo de lo producido en la realidad puede predicarse el carácter de ontológico.

Y es que, en última instancia, el concepto de omisión relevante a efectos jurídico-penales, pero contemplada antes de procederse a la valoración jurídica, no puede contener fenómeno real alguno, y sí, más bien, la ausencia de un fenómeno real constituido por una acción final cuya realización habría evitado la imputación (jurídica) de una omisión.

Por eso no es convincente el ensayo del Dr. LACRUZ LÓPEZ, de pretender construir un concepto prejurídico de omisión que, prescindiendo de la causalidad científico-natural, considera equivalente a

la acción la omisión que causa un efecto social relevante, como p. ej., negar el saludo, como forma de ataque al honor. Y no lo es porque, si bien es cierto que en el ámbito social y en el jurídico hay omisiones que pueden ser tan graves, o más, como ataques al bien jurídico, que las mismas acciones, no son esas las omisiones más interesantes para acuñar un concepto de omisión que contemple las omisiones más relevantes para el derecho penal protector de los bienes jurídicos. Yo diría, incluso, que las omisiones más interesantes en derecho penal son las menos parecidas a las acciones, pues son ellas las que nos permiten indagar hasta dónde quiere llegar el derecho penal en la protección de los bienes jurídicos frente a quien no los ataca activamente.

Creo, pues, que el Dr. LACRUZ LÓPEZ, que ha hecho una indagación extraordinaria sobre la historia del concepto de omisión en derecho penal, resaltando adecuadamente el papel tan relevante en la actualidad de las teorías que cifran la distinción con la acción en la causalidad, de las que dice certeramente que no pueden fundamentar un concepto prejurídico de omisión, y que ha censurado muy correctamente a las primeras concepciones normativas por irse al extremo opuesto del naturalismo anterior, sin embargo ha errado al creer salvar el escollo naturalismo/normativismo haciendo confluír ambas tendencias en lo que podemos llamar la causalidad social, un concepto sumamente ambiguo, tan ambiguo como para permitirle a él equiparar acciones y omisiones. Creo que, en fin, el Dr. LACRUZ, ante el dilema entre mantener un concepto ontológico de omisión acuñado naturalísticamente y negar tal posibilidad, ha optado por construir un concepto que, desde luego, no es ontológico y, además, no aporta nada a un concepto jurídico, cosa que sí hace SAMSON, inspirándose en KAUFMANN. Por cierto que, después, el propio LACRUZ LÓPEZ, a la hora de concretar la omisión penalmente relevante, hará un estudio excelente sobre la capacidad de evitación mediante la acción omitida, en la que resplandecerá la importancia del concepto de acción, que, lo repito una vez más, es un concepto ontológico tan fundamental que llega a cumplir incluso una función normativa de primera magnitud en el seno de la imputación por omisión.

El concepto de omisión penalmente relevante no es que no pueda ser un concepto prejurídico, ontológico, es más bien que ni siquiera puede empezar a acuñarse así, de manera que lo prejurídicamente acotado sea después completado axiológicamente. No hay otra posibilidad de acuñar un concepto de omisión, ya lo hemos dicho, sino por remisión a una acción no emprendida, es decir, existente en la realidad, de importancia capital para poder formular un concepto ontológico de algo. La negación de una acción no es una realidad on-

tológica. Esto es algo tan obvio, que no debería requerir mayor explicación, si no fuese porque la ciencia penal, dada su vocación sistematizadora, siempre se vio en la necesidad de construir un sistema unitario, como el finalismo sin duda lo ha representado; de ahí que Armin KAUFMANN, que vio claramente la imposibilidad de reducir a unidad la acción y la omisión, hablara de capacidad de acción, para salvar la unidad, pero con sumo escepticismo.

Es cierto que ya dentro de la omisión penalmente relevante, va ser de capital importancia, para llenarla de contenido, la capacidad de emprender la acción que habría evitado el resultado, como requisito de cualquier imputación penal a título de omisión, la llamada capacidad de acción, que acuñó magistralmente Armin KAUFMANN. Ahora bien, esta capacidad de acción, esencial para el concepto de omisión penalmente relevante, no es sólo que como tal capacidad no es algo existente en la realidad del mismo modo que la acción, separada del sujeto, sino que, además, no se puede concebir idealmente sino por referencia a una acción causante de un resultado de manera equivalente a la forma en que la omisión puede fundamentar una imputación, como reza la redacción del art. 11 CP español, referida ciertamente a la comisión por omisión, pero, en el aspecto estructural, con igual valor para la misma omisión propia. Luego, por tanto, no cabe pensar un concepto de omisión penalmente relevante, sino sólo un concepto de omisión de una acción de determinadas características. De ahí que afirmemos que el de omisión en derecho penal no es nunca un concepto prejurídico, y sí, en cambio el de acción (final).

En ningún aspecto, la omisión como tal, sin aditamento alguno, es definible en derecho penal, razón por la cual no cabe proporcionar un concepto ontológico de omisión; en contra de lo que ocurre con la acción en el finalismo. Es más, la evolución reciente de la dogmática de la omisión ha evidenciado la enorme utilidad del concepto de acción a la hora de elaborar un concepto penal de omisión, que, a su vez, es insuficiente para proporcionar un concepto de omisión al que después sólo hubiese que añadir el elemento esencial del deber de garante, sino que más bien comienza a vislumbrarse que deber de garante y capacidad de la acción que habría evitado el resultado de forma equivalente a la que lo causa, son elementos inescindibles del concepto de omisión penalmente relevante.

Tradicionalmente se han estudiado por separado el concepto de omisión penalmente relevante y el concepto de deber de garante y sus casos, que, después, tras ensamblarlos, proporcionan el concepto completo de responsabilidad por omisión. No es casual, en consecuencia, aunque no podemos detenernos en ello, que ambos con-

ceptos, estudiados por separado, hayan experimentado una evolución, respecto a la que, curiosamente, ahora asistimos a la comprobación de cómo el uno llama al otro. No es casualidad que uno de los mejores y más precisos criterios de configuración del deber de garante, como es el de SCHÜNEMANN, se base en el dominio del hecho, según el cual lo que fundamenta el deber de garante es el control de la situación que genera el deber de actuar, del tipo creación del peligro de que los peatones caigan en una zanja abierta en la calle por el constructor obligado a evitarlo, a lo que casi sólo se equipara el caso de la víctima necesitada prácticamente de protección frente a todo, del tipo bebé recién nacido respecto a su madre. Éste es, ciertamente, un concepto de garante extraído de la realidad. Como no es casualidad que el concepto de omisión se haya ido desplazando hacia la causalidad, entendiéndola como la omisión de la acción que habría evitado el resultado de forma equivalente a la acción que lo causa. Este acercamiento revela muy claramente, como digo, la inescindibilidad entre omisión penalmente relevante y deber de garante, hasta el punto de que la naturaleza del deber de garante condiciona la importancia de la omisión, de la misma omisión. Por qué la madre y el tercero que poseen la misma capacidad de evitar la muerte del recién nacido responden respectivamente por homicidio u omisión del deber de socorro, revela la naturaleza netamente axiológica de la omisión, como asimismo lo evidencia la dificultad de legislar en materia de deberes de garante. Todo tipo delictivo que contenga la alusión a un comportamiento activo obligará a plantear su modalidad omisiva, más allá de lo que diga expresamente el legislador.

Cuándo surja un deber de evitar cuyo incumplimiento equivalga a causar activamente, más allá de la creación previa del peligro que después ha de atajarse, es algo muy difícil de decidir, no siendo nada desdeñable el esfuerzo que para cubrir esta laguna están haciendo JAKOBS y su discípulo SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, con su teoría de los deberes positivos. En este extremo, nadie puede sustituir al intérprete que ha de aplicar el art. 11 CP, quien, para indagar en la equivalencia, deberá encontrar un deber positivo de alguien obligado a intervenir en esa situación. Los casos que cabe pensar no son muchos, y esta teoría invita a considerar a la exigencia de equivalencia como una manifestación más de la vocación de aplicación restrictiva del derecho penal.

Pero además del deber positivo, el principio de equivalencia obliga a utilizar como criterio hermenéutico de primera magnitud, junto al del deber positivo, el de la acción a la que equiparar la omisión de cuya imputación se trata; aspecto éste de la intelección del art. 11 en el que el concepto finalista de acción juega en derecho penal un

nuevo papel más allá del de fundamento ontológico del delito de comisión, un papel de carácter normativo en el fundamento de punición de la misma omisión.

En efecto, como ya hemos visto, el constructor que abre una zanja en la acera y no la protege, se puede representar riesgos elevadísimos de lesiones corporales por precipitación de los peatones, como puede representarse la madre riesgos elevadísimos para su bebe si lo desatiende mucho rato en determinadas circunstancias. Es, pues, el dominio de la causalidad, desencadenada en la comisión, y no atajada en la omisión, el fundamento de la equiparación. Por eso podemos hablar de uso teleológico (en la omisión) de un concepto ontológico, el de dominio de la causalidad, acuñado por el finalismo para la comisión.

El derecho penal contempla en primer lugar delitos de acción, porque en ellos basta con que el sujeto lo quiera para que, actuando, es decir, dirigiendo la causalidad, lesione el bien jurídico. Por eso la comisión es la forma más directa de atentar contra los bienes jurídicos. En un segundo plano, contempla el derecho penal omisiones, para, entre otras cosas, atajar los peligros respecto a los que no es suficiente con el primer escalón, el de las prohibiciones. Pero, para reducir su ámbito, que si no sería ilimitado (hay siempre muchísimas cosas que podríamos hacer si no hiciéramos lo que hacemos en un momento dado), se exige equivalencia entre la omisión y la acción. Y no es por lo que dice JAKOBS, de que exista una obligación de vigilar ambitos de riesgo que se pueden desencadenar indiferenciadamente por actos u omisiones, lo que es cierto pero muy genérico (tan genérico como contemplar el delito como infracción de un deber), sino porque lo más parecido a causar intencionalmente el resultado, activamente, es no emplear el medio más directo para su evitación por quien ha sido colocado por el ordenamiento jurídico en la posición de hacerlo y supuesta su capacidad de conseguirlo.

Precisamente este último punto, esencial en la dogmática de la omisión, es objeto de especial consideración por parte del Dr. LACRUZ LÓPEZ, quien, arrancando de la gran aportación finalista a la dogmática de la omisión, según la cual la omisión es siempre la de una acción final que habría evitado el resultado, a cuya elaboración tanto contribuyó Armin KAUFMANN, cuestiona muy minuciosamente la interpretación restringida, muy restringida de KAUFMANN, según la cual la capacidad de acción requiere representación de la acción que se debió emprender por parte del autor. De esta manera, según LACRUZ LÓPEZ, el padre del menor que no se preocupa de vigilarlo mientras éste se baña, prefiriendo hablar con otra persona, carecería

de la capacidad de acción ya que no se representa ni la situación de extremo peligro en que se encuentra el menor ni, por tanto, la acción que debe emprender para salvarle, con lo cual se privilegia al omitente desaprensivo.

Es de celebrar que el Dr. LACRUZ LÓPEZ se haya planteado esta cuestión pues, ciertamente, el pensamiento de Armin KAUFMANN puede prestarse a esa conclusión tan insatisfactoria. Ahora bien, lo que no parece que sea correcto, ni necesario para el fin de corregir a Armin KAUFMANN, es la solución alternativa de LACRUZ LÓPEZ. Según él, sobre la base de que no puede pretenderse que la responsabilidad por omisión dependa de que el autor se hubiese representado fehacientemente la situación de peligro y la acción necesaria, bastaría con que se pudiese haber representado ambas, esto es, basta con la capacidad de acción potencial. De esta manera, en el ejemplo del padre que no vigila a su hijo, basta con que hubiera podido y debido prestar la atención que le habría permitido vislumbrar la situación de peligro en que cae el menor, para que se le impute la omisión, y por tanto, el resultado no evitado (la muerte del menor).

En derecho penal se responde por las acciones y las omisiones equivalentes a las acciones, no por las capacidades no utilizadas o mal utilizadas. Ello es así, entre otras cosas, porque las primeras permiten una mayor y mejor modulación de la responsabilidad. De hecho, la distinción entre el comportamiento doloso y el imprudente se basa en última instancia en los conocimientos de que se disponía en el momento de actuar. Situados en este punto, se comprende mejor por qué el concepto de capacidad actual de acción de Armin KAUFMANN a pesar de lo restringido que fue era correcto, y cómo puede superarse, ampliarse, sin contradecirlo. KAUFMANN configuró el caso más claro de capacidad de acción, el de quien conoce perfectamente la situación de necesidad y la acción necesaria para salvarla. Por eso, incluso, fue tan restrictivo en la omisión imprudente: el caso más claro de omisión imprudente es el de quien emprende la acción de salvamento necesaria, pero lo hace defectuosamente, con lo que no evita el resultado que quiere evitar. Que este concepto es útil, pero muy restringido, lo ha evidenciado con posterioridad STRUENSEE, demostrando que caben otros supuestos de omisión imprudente más allá del configurado por KAUFMANN, como el de la omisión de la acción que le habría proporcionado al sujeto el conocimiento de la situación del delito doloso. Y podríamos todavía ampliar más los supuestos de capacidad de acción, a aquéllos en los que el sujeto es consciente de que está inmerso en una situación de peligros ya desencadenados o que amenazan desencadenarse, pero de menor intensidad que la que fundamenta la imputación a título de dolo, en

la que cabría ubicar el ejemplo de LACRUZ LÓPEZ, del padre que desatiende al menor en una situación más o menos peligrosa relacionada con los baños veraniegos. En estos casos, ¿debemos hablar de capacidad actual o potencial de acción?

Ciertamente, no se trata de entablar un debate semántico que no se corresponda con cuestión material alguna. Lo importante es tener en cuenta que mientras mayores conocimientos de la situación de peligro se tengan, mayor será la responsabilidad por omisión. Luego es algo actual, no potencial, lo que fundamenta la omisión, igual que la comisión.

El libro del Dr. LACRUZ LÓPEZ está extraordinariamente bien escrito. Es, además, incisivo y exhaustivo en sus argumentaciones. Todos los apartados de teorías sobre la omisión van acompañados de un epígrafe sobre su posible repercusión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, temática a la que el libro es también una aportación pionera. Lo minúsculo de la letra le ha jugado al autor alguna mala pasada a la hora de los sangrados, con lo que a veces es confuso el significado, subordinado o no, que le asigna a los párrafos. Algo que por lo demás no tiene mayor importancia. Como no tienen mayor importancia las críticas y discrepancias manifestadas en esta recensión y sólo muestran la pluralidad de enfoques que hacen rica nuestra ciencia penal. Lo que sí es muy importante es que la obra hace pensar, y tomar posiciones, dado que el enfoque del autor no deja indiferente. Creo que el Dr. LACRUZ LÓPEZ ha abierto una nueva línea de investigación en materia de omisión que en el futuro dará más frutos.