

Deberes negativos y positivos en Derecho penal

Ricardo Robles Planas

Catedrático acr. de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

*Abstract**

El trabajo profundiza en la fructífera distinción dogmática entre deberes negativos y positivos, si bien desde una perspectiva crítica con algunos de sus desarrollos que tienden a concebir a los segundos como equivalentes a los primeros, permitiendo que su infracción dé lugar a la imputación del resultado. En estrecha vinculación, se analiza el concepto de institución y de responsabilidad institucional como forma de imputación jurídico penal de responsabilidad y se propone una concepción estricta de aquella vinculada a la asunción por parte del Estado de funciones de proporcionar prestaciones positivas para la generalidad en ciertos ámbitos de importancia significativa.

Dieser Beitrag vertieft die ergiebige dogmatische Unterscheidung zwischen positiven und negativen Pflichten. Jedoch setzt er sich kritisch mit einigen Ansätzen auseinander, die die positiven Pflichten mit den negativen Pflichten gleichsetzen und damit annehmen, die Verletzung der positiven Pflichten ermögliche die Zurechnung des Erfolgs. In engem Zusammenhang mit dieser Frage werden der Institutionsbegriff und die institutionelle Verantwortlichkeit als Form der strafrechtlichen Zurechnung von Verantwortlichkeit analysiert sowie eine strenge Konzeption des Begriffs der Institution vorgeschlagen. Dieser Institutionsbegriff ist mit der Übernahme von Aufgaben durch den Staat verbunden, positive Leistungen für die Allgemeinheit in gewissen Bereichen hoher Bedeutung zu erbringen.

This paper provides a deep study regarding to the dogmatic distinction between negatives and positives duties, but from a critical perspective and with a fraction of its development that tends to conceive the positives duties as equivalents to the negatives duties, leading its violation to the attribution of result. Such an approach involves paying attention to the concept of institution and institutional liability as a way of attribution of criminal liability, while proposes a strict conception of institution and institutional liability closely related to the State's acceptance on providing positive benefits for the population in some important areas.

Titel: Negative und positive Pflichten im Strafrecht
Title: Negative and positive duties in Criminal Law

Palabras clave: deber negativo, deber positivo, imputación, omisión, comisión por omisión, omisión pura, omisión pura de garante, institución.

Stichworte: negative Pflicht, positive Pflicht, Zurechnung, Unterlassung, Begehung durch Unterlassung, echte Unterlassung, echte Garantenunterlassung, Institution.

Keywords: negative duty, positive duty, imputation, types of omissions, institution.

* Versión española del trabajo "Negative und positive Pflichten im Strafrecht", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 11/2013, pp. 624 y ss. El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa" (FFI2008-01738/FISO) cuyo investigador responsable es el Profesor Dr. Dr. hc múlt. Jesús-María Silva Sánchez, a quien debo agradecer las valiosas conversaciones mantenidas sobre las tesis principales del texto. Asimismo, agradezco a Ivó Coca, Albert Estrada y a Iván Navas sus comentarios sobre el manuscrito.

Sumario

1. Deberes negativos y positivos
 - 1.1. La concepción de Jakobs
 - 1.2. Contenido y fundamento
2. Instituciones
3. Deberes positivos especiales, instituciones y omisiones puras de garante
4. Balance
5. Bibliografía

1. Deberes negativos y positivos

Aunque la distinción entre deberes negativos y positivos puede hallarse ya claramente formulada en TOMÁS DE AQUINO¹, la introducción de esa distinción en la moderna dogmática penal se debe a GÜNTHER JAKOBS². El análisis de la concepción de este autor (a) permitirá profundizar en el contenido y fundamento de la distinción de forma parcialmente crítica con sus postulados (b).

1.1. La concepción de JAKOBS

En el planteamiento de JAKOBS, mientras los deberes negativos se refieren a la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización a costa del de los demás, de manera que la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en algo puramente negativo: no dañar a los otros a través de la configuración del propio ámbito de organización,³ los deberes positivos son propios de quien ocupa un “estatus especial”. El “obligado positivo” no sólo tiene que garantizar que de su organización no se derivarán efectos lesivos, sino que tiene que preocuparse «de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida»⁴. A diferencia de lo que sucede con los deberes negativos «aquí se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo»⁵. Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones diferentes a la de la libertad de organización y libertad por las consecuencias – que sería la institución (negativa) elemental de toda sociedad-, pero en todo caso habrían de ser de la misma importancia básica que ella⁶. De ahí que en este planteamiento la infracción de tales deberes positivos derivados de aquellas instituciones dé lugar a la imputación del resultado en comisión por omisión –equivalente a la acción- y no a la eventual apreciación de una omisión pura. JAKOBS menciona como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales, la seguridad elemental y la vinculación a la ley de la administración y la jurisprudencia como fundamento de todo Estado de Derecho⁷.

¹ THOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, en: *Corpus Thomisticum – p. Thomae de Aquino Opera Omnia* (<http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>): «in lege Dei proponi diversa precepta affirmativa et negativa, ut gradatim homines introducerentur ad virtutem, prius quidem abstinendo a malo, ad quod inducimur per precepta negativa; et postmodum faciendo bonum, ad quod inducimur per precepta affirmativa» (I-II, 72, 6); «per precepta affirmativa imperantur actus virtutum, per precepta vero negativa prohibentur actus vitiorum» (I-II, 100, 6); «sicut peccatum transgressionis opponitur praeceptis negativis, quae pertinente ad declinandum a malo, ita peccatum omissionis opponitur praeceptis affirmativis, quae pertinente ad faciendum bonum» (II-II, 79, 3).

² JAKOBS, AT, 1ª ed., 1983, 7/70, 28/15, 29/57 ss. Véase también, TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, pp. 190 y ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 268 y s.; PAWLIK, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *ZStW* (111), 1999, pp. 335 y ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, *passim*.

³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83.

⁴ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83.

⁵ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 29/58.

⁶ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 29/58; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84.

⁷ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84.

1.2. Contenido y fundamento

1. Sin embargo, existe en la doctrina –especialmente en la filosófica- una tendencia a asimilar la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión (esto es, aquella distinción según la cual las conductas omisivas infringirían deberes positivos mientras que la activas infringirían deberes negativos)⁸. Esta vinculación ha sido negada acertadamente no sólo por JAKOBS⁹ y sus discípulos¹⁰, sino por gran parte de la doctrina jurídico-penal, que –por lo menos- desde ADOLF MERKEL ha advertido con claridad –y ya con esta misma terminología!- que los deberes negativos pueden infringirse tanto por acción como por omisión¹¹. Lo mismo cabe afirmar con respecto a los deberes positivos.

2. Más difícil resulta no sucumbir a la tentación de llegar a la conclusión de que todas las conductas que consisten en *no realizar prestaciones positivas* a favor de otro se habrían de reconducir a la infracción de deberes positivos. Así, desprendidos de la forma naturalística acción/omisión, parecería lógico vincular la idea de prestación *positiva, fomento o mejora* de la situación de otro con los deberes positivos, mientras que el *daño, empeoramiento o menoscabo* tendría que ver con los deberes negativos. Esta identificación automática resulta tan perniciosa y naturalística como la criticada relativa a la configuración fenomenológica del comportamiento como una acción u omisión. En efecto, *la no realización de una prestación positiva sobre un bien puede constituir la infracción de un deber negativo*. Ejemplos: el encargado de cuidar un jardín, debe regar las plantas y abonarlas; el administrador de un fondo de inversión debe lograr que el patrimonio se incremente conforme a las reglas del mercado. Dicho con otras palabras: el cumplimiento de deberes negativos *puede* incluir la realización de prestaciones positivas, de mejora o fomento. Y a la inversa: *bajo determinados presupuestos* la no mejora de la esfera de organización ajena constituye una forma de dañarla, lesionarla o menoscabarla. Todo ello se observa con la mayor claridad si se analiza el deber de revocación en el desistimiento activo o (si se admiten) los llamados deberes de salvamento por injerencia: se debe mejorar, pero ese deber tiene su fundamento en un deber negativo.

Ciertamente, cabe objetar que podría tratarse de un problema eminentemente terminológico. En efecto, podría distinguirse entre deberes de mejorar cuyo incumplimiento permite la imputación del daño y deberes de mejorar cuyo incumplimiento no la permiten. Sin embargo, para que en los primeros tuviera lugar la imputación del daño, habrían de compartir necesariamente la misma estructura en el plano normativo que los deberes negativos, siendo la única diferencia de corte naturalístico (en aquellos no se mejora, en estos se empeora) y, como tal, dependiente de las vicisitudes en las que se halle la esfera de organización (tendente al empeoramiento o tendente a la mejora). Exactamente lo mismo que sucede con la tan criticada por JAKOBS distinción

⁸ Véase lo que sucede en el ámbito anglosajón, M. G. SINGER, «Negative and Positive Duties», *The Philosophical Quarterly* (15), núm. 59, Apr. 1965, pp. 98-99: «A negative duty is a duty not to do something, a duty of omission. A positive duty is a duty to do something, and cannot be fulfilled by inaction». Véase, además, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 172 y ss.

⁹ JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, p. 98 (español), p. 134 (alemán).

¹⁰ Especialmente, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteligung*, 1999, pp. 51 y ss.

¹¹ ADOLF MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, pp. 76 y ss. y 79 y ss.

naturalística entre actuar y omitir. La mayor sutileza del fenómeno en este otro sentido explica que muchos puedan caer en la trampa. Para evitarlo, debe quedar claro que quien *asume como garante* la realización de actuaciones de mejora sobre un tercero y llegado el momento infringe tal compromiso, lesiona en realidad un deber negativo que podría tener fenomenológicamente un contenido positivo, de mejora.

3. Entonces –y esto es fundamental para seguir avanzando– la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento o de la situación del bien, sino con el diverso *fundamento* de cada uno de estos deberes. Ya en las citas al comienzo de este trabajo a la temprana distinción de TOMÁS DE AQUINO puede entreverse dónde residen esos distintos fundamentos¹²: para él los “*praeceptis negativis*” pretenden evitar el mal («*per paecepta vero negativa prohibentur actus vitiorum*») y los “*praeceptis affirmativis*”, en cambio, pretenden hacer el bien («*per paecepta affirmativa imperantur actus virtutum*») ¹³. Naturalmente, un planteamiento liberal del Estado de Derecho casaría mal con semejante caracterización de los deberes, pero si se actualiza la perspectiva y en lugar de la genérica noción del bien o la virtud hacia los demás se sitúa a la propia esencia de lo que significa la comunidad jurídica de ciudadanos libres e iguales organizados en un Estado de Derecho, entonces podríamos ofrecer la siguiente reinterpretación: mientras los deberes negativos se basan en el *deber intersubjetivo de respeto*¹⁴ “*nemimen laedere*”, los deberes positivos hallan su fundamento en un *deber para con la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás*.¹⁵ Estos últimos, son, si se quiere, deberes de solidaridad. En efecto, en los deberes negativos se trata de que la víctima tiene *frente al autor* un derecho a no ser lesionado: ya sea que desde el punto de vista naturalístico esta lesión provenga del propio autor, ya sea que provenga de un tercero o del infortunio pero cuya contención *competía al autor en virtud de un compromiso previo*. Con otras palabras: la ley general que vincula a los deberes negativos con la responsabilidad por las consecuencias es la del ejercicio previo de libertad con respecto a las esferas jurídicas ajenas, de manera que puede legitimarse *frente al propio individuo* que es especialmente responsable de lo que suceda al otro por haber ejercido *su libertad*.¹⁶ En cambio, en los deberes positivos, la víctima sólo ostenta una pretensión “débil” frente al autor, no basada en el ejercicio previo por parte de este último de su autonomía personal en relación al peligro que amenaza a la víctima,¹⁷ sino basada en su propia condición de (con)ciudadano frente a la generalidad y, muy particularmente, frente al Estado.

¹² Véase *supra* nota 1.

¹³ Incluso, interpretando modernamente sus palabras, podría afirmarse que en los primeros se hallaría la comisión sin más (“*transgressio*”) y en los segundos la omisión pura (“*omissio*”). Refuerza esta interpretación este pasaje relativo a la menor gravedad de las omisiones: «*ei quod est facere bonum opponitur et non facere bonum, quod est omittere, et facere malum, quod est transgredi, sed primum contradictorie, secundum contrarie, quod importat maiorem distantiam. Et ideo transgressio est gravius peccatum*» (II-II, 79, 4).

¹⁴ Así, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 y ss.

¹⁵ Similar, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss.

¹⁶ Así, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 58; EL MISMO, «Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen», *GA*, 2012, p. 281 y s.

¹⁷ En esta línea también últimamente, JAKOBS, «Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, p. 84: en los deberes positivos «se

En suma: la responsabilidad en virtud de la infracción de deberes negativos surge de la realización de *actos de gestión sobre las esferas jurídicas ajenas* (que pueden dar lugar tanto a obligaciones de no empeorar como de mejorar, si esto último es el contenido material de la gestión asumida). De ahí que su infracción genere responsabilidad por las consecuencias. Los deberes positivos en sentido estricto se imponen con independencia de que el obligado no haya gestionado el peligro y por ello *no pueden dar lugar a imputarle –al menos no en el plano estructural- el resultado lesivo*.¹⁸

Lo relevante en este momento es advertir que ambos sistemas de deberes se refieren a un mismo mundo de bienes y derechos y ambos pretenden su realización. La diferencia radica –y en esto reside una discrepancia esencial con el planteamiento de JAKOBS- en que a mi entender las dos clases de deberes contienen un programa de *diversa intensidad* de protección del mundo de los bienes y derechos¹⁹. Así, mientras los deberes negativos permiten la imputación directa del daño a quien los infringe, los deberes positivos sólo permitirían una imputación indirecta o débil, ajena por completo a lo que conocemos como imputación objetiva del resultado. Dicho de otra manera: la infracción de deberes positivos es un título *cualitativamente* distinto a la infracción de deberes negativos por el que responder de la lesión de bienes jurídicos.

A partir de aquí, puede trazarse una ulterior distinción en el seno de los deberes positivos entre deberes positivos generales y deberes positivos especiales²⁰. Los primeros se dirigen a todos los ciudadanos y tienen como fundamento genérico la solidaridad intersubjetiva²¹.

trata de deberes de impedir un daño en otra persona aun cuando no quepa vincular el origen del daño a la propia organización del obligado».

¹⁸ La concepción del delito omisivo que me sigue pareciendo más plausible es la formulada por SILVA SÁNCHEZ [El delito de omisión. Concepto y sistema, 2ª ed., 2010 (1ª ed. 1986), EL MISMO, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI, *FS-Roxin*, 2001, pp. 641 y ss.], según la cual es necesario distinguir entre aquellas omisiones equivalentes a la comisión y aquellas que no lo son. Las primeras sólo serían aquellas omisiones que manifestaran una identidad estructural con el delito comisivo, identidad, de la que la posición de garante del sujeto omitente es elemento necesario pero no suficiente: para la comisión por omisión es necesario que el sujeto haya asumido un compromiso previo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados. Entre las segundas cabe distinguir a su vez entre omisiones puras generales y omisiones de gravedad intermedia (omisiones de garante, que a su vez pueden ser puras o referidas al resultado). En términos restrictivos véase también, de modo muy similar, GIMBERNAT ORDEIG, «El delito de omisión impropia», *RDPC*, 1999, p. 537; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 865 y ss.

¹⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI, *FS-Roxin*, 2001, pp. 641 ss., 648 ss., 650 nota 40.

²⁰ Esta distinción se halla ya esquemáticamente formulada en PUFENDORF [Gesammelte Werke (Wilhelm Schmidt-Biegemann eds.), Bd. 2. *De officio* (Gerald Hartung ed.), 1997, Lib II, Cap. XVIII]: “Officium vel generale vel speciale”, ambos como deberes *específicamente ciudadanos* (“Officio civis”).

²¹ Cuando antes se han asociado los deberes negativos al ámbito de lo intersubjetivo y los deberes positivos al de la colectividad se quiere expresar únicamente que estos últimos no dependen de cómo se configure particularmente la relación entre dos esferas jurídicas, sino que rigen con independencia de esa relación. Ello no significa que carezcan por completo de un fundamento intersubjetivo, pues el obligado por un deber positivo lo está frente a *todos los miembros* de la comunidad. Sucede sólo que a su vez la totalidad de los miembros de la comunidad pueden organizarse para facilitarse el cumplimiento de los deberes positivos, de forma que se creen procedimientos institucionalizados para la garantía de la autonomía. A mi juicio, la existencia de tales procedimientos únicamente indica la obligación primaria (del Estado), pero no excluye la subsidiaria (del particular). A la inversa, su inexistencia no excluye la exigencia de solidaridad, sino sólo indica que ésta no se ha institucionalizado. Sobre todo ello, véase, con

Jurídicopenalmente se concretan en deberes de solidaridad activa (omisión del deber de socorro y del deber impedir delitos) y de solidaridad pasiva (de tolerancia en el estado de necesidad agresivo). Son ampliamente reconocidos los límites de la sanción *penal* de esta clase de deberes positivos: en ningún caso exigen del ciudadano sacrificios importantes en sus bienes jurídicos para cumplirlos²².

Los deberes positivos especiales, en cambio, se dirigen únicamente al portador de un “estatus especial” (p. ej. funcionarios públicos). Tal condición de obligado especial la otorga –en la terminología de JAKOBS– la entrada voluntaria en una “institución” (p. ej. la Administración pública). Para JAKOBS, precisamente, la infracción de deberes positivos especiales derivados de ciertas instituciones permitiría afirmar la imputación del daño al obligado especial²³. En cambio, desde mi punto de vista, ello sólo es posible afirmarlo en un sentido débil, no equivalente en términos estructurales a la imputación del daño basada en la infracción de deberes negativos, que es la que en la tradición de la dogmática penal continental conocemos como imputación del resultado derivada de la realización de un tipo comisivo (comisión activa o comisión por omisión)²⁴. Por tal razón, entiendo que la sanción penal de los deberes positivos (sean generales o especiales) no se deriva de los tipos comisivos de la Parte Especial, que sólo tipifican la infracción de deberes negativos, sino que requiere su expresa previsión²⁵. Ello es evidente y está reconocido para los deberes positivos generales, que se sancionan en forma de tipos de omisión pura (p. ej. omisión del deber de socorro o de impedir delitos). Pero, como después se verá, lo mismo habría de predicarse para los deberes positivos especiales.

2. Instituciones

1. Con anterioridad a abordar la cuestión acabada de plantear, conviene efectuar algunas precisiones en torno a la noción de “institución”. De entrada, no cabe desconocer que la aludida vinculación de los deberes positivos con las instituciones presenta numerosos puntos oscuros. Así, el propio concepto de institución resulta altamente problemático. Por un lado, JAKOBS parece partir de un concepto amplio de institución, propio de las ciencias

discrepancias, PAWLIK, «Unterlassene Hilfeleistung», *GA*, 1995, pp. 363 y ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 260 y ss.; RENZIOWSKI, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Solidarität im Strafrecht*, 2012, pp. 13 ss.; MAIHOLD, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Solidarität im Strafrecht*, 2012, pp. 145 y ss.; NEUMANN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Solidarität im Strafrecht*, 2012, pp. 171 y ss.

²² Con ello no se niega las amplias posibilidades que existen de legitimación de deberes positivos generales, sino solo se afirma el carácter restrictivo de su sanción *penal* (al respecto véase, ROBLES PLANAS, «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, pp. 122 y ss. y 129 y ss.; MATT/RENIOWSKI/RENIOWSKI, *Introducción StGB*, 2013, núm. marg. 17).

²³ JAKOBS, «Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, p. 85 y s.

²⁴ Así, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI, *FS-Roxin*, 2001, pp. 641 y ss., 648 y ss., 650 nota 40.

²⁵ De nuevo aquí (como en la nota 22) es necesario distinguir entre el nivel de legitimación de los deberes positivos especiales y el de su sanción jurídico *penal*. En el texto, además, se insiste en que ésta última sólo puede producirse en ellos cuando existe un reconocimiento explícito por el legislador del merecimiento de pena de su infracción.

sociales, al definirla como «la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de un sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta»²⁶. Sin embargo, ya se ha indicado que JAKOBS reconoce como instituciones sólo unas pocas formas de relación jurídicamente reconocidas²⁷. Ello conduce a pensar que para JAKOBS sólo cabe hablar de deberes positivos en la medida en que estemos ante esas pocas “instituciones”. Dicho con otras palabras: fuera de esas instituciones no existen los deberes positivos o, si existen, carecen de transcendencia penal como título de imputación equivalente –para él- a la infracción de un deber negativo. Siendo así, los deberes positivos (especiales) jurídico-penales en el planteamiento de JAKOBS tendrían un sentido y alcance doblemente específico: por un lado, sólo se derivarían de las “auténticas” instituciones; por el otro, su infracción sería equivalente a la infracción de un deber negativo, de manera que la no-mejora en el marco de *aquellas* instituciones, seguida de la producción de un resultado lesivo, permitiría la imputación de este último a la infracción del deber (positivo especial). Aún con mayor precisión: lo que se estaría lesionando mediante la infracción del deber positivo no sería primariamente la esfera organizativa ajena (ello sólo sucede mediante la lesión de deberes negativos), por no mejorarla, sino que precisamente se estaría lesionando la institución de la cual se deriva aquel deber jurídico-penal. Por consiguiente, en realidad, lo específico de las instituciones en este planteamiento es que su lesión podría castigarse con la misma pena con la que se castiga la lesión de un deber negativo a la que pudiera imputarse el resultado lesivo²⁸.

Las anteriores conclusiones han de ser revisadas críticamente. En primer lugar, debe reconocerse que no cualquier institución social, sólo por el hecho de ser una «forma de relación permanente y jurídicamente reconocida» genera deberes positivos que hayan de ser relevantes para la imputación penal. Es más, es evidente que en una sociedad *jurídicamente preformada*, como lo son prácticamente todas las sociedades en la actualidad, la casi totalidad de las relaciones sociales se hallarán “institucionalizadas”, esto es, su configuración no quedará al arbitrio de las partes, sino que los individuos verán limitada su libertad de configurar su relación por la existencia de reglas y expectativas conformadas con anterioridad. Piénsese, por ejemplo, en la “institución” de la compra-venta o en la contratación de personal para la realización de una obra. Por lo demás, resulta plausible reconducir los denominados deberes del tráfico [*Verkehrssicherungspflichten*] a verdaderos “institutos” jurídicos²⁹. Esto último pone de manifiesto radicalmente lo que aquí se quiere

²⁶ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 29/57, n. 114, citando a H. DUBIEL, en: J. RITTER/K. GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. IV, 1976, voz „Institución”, núm 5. Todavía más ampliamente, por ejemplo, HARDIMON, *Journal of Philosophy*, Bd. XCI (1994), p. 335: «According to one common philosophical usage, any public system of rules counts as an institution».

²⁷ Véase *supra* antes de la nota 7.

²⁸ Así expresamente, JAKOBS, «Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, p. 85 y s.

²⁹ Así, por ejemplo, RÖDIG, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 83, sitúa tanto a los deberes derivados del tráfico [*Verkehrssicherungspflichten*] como a las relaciones paterno-filiales dentro del grupo de los deberes de garante institucionalizados. Junto a este grupo completan las posiciones de garantía otro grupo distinto: los deberes derivados de actuar precedente. Por consiguiente, parece que RÖDIG al hablar de institucionalización, lo hace en un sentido muy diferente al de JAKOBS, esto es, lo hace –como aquí- en términos de preconformación jurídica del ámbito en cuestión. De ahí también que pueda observarse una

expresar: los deberes del tráfico están tan “institucionalizados” como lo puede estar la relación paterno-filial o los deberes de los funcionarios y, sin embargo, nadie duda de que en los primeros estamos ante deberes negativos. Por consiguiente, resulta necesario a mi juicio una urgente revisión terminológica. No puede seguirse hablando de “instituciones” en un sentido amplio y mantener que, sólo por ello, de ellas se derivan deberes positivos en sentido fuerte (deberes de mejorar cuya infracción da lugar a la imputación del resultado). Cuestión distinta es si es posible sostener –como hace JAKOBS– que sólo hay unas pocas instituciones que incorporan deberes positivos en sentido fuerte.

En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto el auténtico modo de funcionar de la denominada responsabilidad o competencia institucional como particular “estructura de imputación jurídico-penal”. Aquí reside el segundo problema fundamental de este planteamiento: ¿cómo puede imputarse un daño a la lesión de una institución sin que exista una relación de imputación objetiva? ¿O es que precisamente las reglas de la imputación objetiva son otras en el caso de las instituciones? Si ello es así, se trata de una petición de principio³⁰. Las reglas de la imputación objetiva permiten imputar daños a la creación desaprobada de un riesgo. La afirmación de que el daño puede imputarse con la mera lesión de una institución supone una excepción no justificada al principio general y echa por tierra el principio de lesividad que incorpora y desarrolla minuciosamente la teoría de la imputación objetiva. ¿Por qué habría de ser una conducta desaprobada *en relación con el daño* la mera lesión de la institución? No se pretende aquí negar que tales lesiones a aquellas –u otras– instituciones puedan alcanzar el umbral del merecimiento de pena. Lo que sí se niega es que ello sea equivalente a la imputación objetiva del daño. Por consiguiente, esto último habrá de requerirse siempre para generar responsabilidad equivalente a la comisión activa. De lo contrario, la lesión de la institución tendrá que ser tipificada expresamente en la Parte Especial, como delito independiente para poder generar responsabilidad penal.

2. Las anteriores críticas no tratan de borrar de un plumazo a las instituciones del discurso dogmático, sino sólo aclarar su significado y alcance en la imputación de responsabilidad penal. En este sentido, no resulta claro que los deberes positivos derivados de una institución tengan el mismo peso que los deberes negativos, de forma que su infracción permita la imputación del daño; ni que la lesión de una institución sea fundamento

diferencia terminológica entre ambos planteamientos: “*institutionalisierte Pflicht*” (así RÖDIG) e “*institutionelle Pflicht*” (así JAKOBS).

³⁰ Cuando, JAKOBS («*Recht und Gut - Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, p. 85 y s.) afirma que «en la gran mayoría de los casos de lesión de deberes positivos el no hacer sólo es punible cuando se traduce en la *lesión* de un bien» se refiere a que en los tipos de lesión de la Parte Especial se hallarían sancionadas también conductas a la que objetivamente no les es posible imputarles la producción de la lesión (por infracción de un deber negativo), sino que consisten en la mera lesión de instituciones. Lo relevante entonces no es la imputación del resultado –dado que esta no es posible– sino la lesión de la institución. ¿Por qué entonces es necesario que la lesión de la institución se traduzca en una lesión? ¿Por qué requerir esa condición objetiva de punibilidad para el castigo de la institución? ¿Por qué sancionar con la misma pena –la del delito de resultado– la lesión del deber negativo y la lesión de la institución? Y más aún: si se entiende, con JAKOBS, que la relación paterno-filial es una institución, entonces los padres que organizan la muerte del hijo no responden en realidad por “matar a su hijo”, de su muerte como resultado, sino por lesionar la institución “relación paterno-filial”.

suficiente para esa imputación en términos idénticos a la lesión de un deber negativo. De ello, en cambio, no se sigue la irrelevancia del pensamiento general de las instituciones para la atribución de responsabilidad penal. Dejando de lado ahora la particular concepción de las instituciones y de la imputación de responsabilidad *qua* responsabilidad institucional de JAKOBS, lo cierto es que el pensamiento de las instituciones siempre ha desempeñado un papel fundamental como “dato previo” al Derecho³¹. En palabras de HENKEL, quien ha expuesto brillantemente lo que podríamos denominar como el punto de vista tradicional sobre el pensamiento de las instituciones en Derecho, éstas son «elementos ordenadores decisivos de las relaciones humanas»³². Si no existieran las instituciones «las partes tendrían que encontrar, siempre de nuevo, las formas de su comportamiento, en una decisión actual cada vez y en referencia a la correspondiente relación social concreta»³³. Su génesis tiene que ver con el proceso de «habitación [*Habitualisierung*] del comportamiento en relaciones sociales típicas»³⁴, dando normas para el comportamiento a los que en ellas participan. Estabilizan la vida social, permitiendo que el acontecimiento social discurra por cauces prefijados. El «núcleo institucional» puede ser «de muy diversa naturaleza: aquí, espeso, firme y amplio; allí menos acuñado, más laxo y elástico, con un mayor espacio libre de comportamiento»³⁵. Tienen una presencia permanente en el individuo, desde el comienzo de su vida (estado, familia) hasta en las decisiones voluntarias (matrimonio, vida profesional). Las instituciones vinculan al individuo: «aunque la entrada es, por lo general, libre a ello no sigue la libertad de determinar el comportamiento dentro de la institución elegida ni de modificar el modelo prefijado de comportamiento»³⁶. Las partes que entran en la institución asumen «la relación de derechos y deberes prefijados», «viéndose insertados –tanto si se quiere como si no- en la “típica” de la relación social e implicados en las vinculaciones institucionalmente determinadas»³⁷.

Desde este punto de vista más amplio del concepto de institución cabe efectuar algunas precisiones sobre la atribución de responsabilidad penal. Por un lado, la adopción de este punto de vista implica la asunción –en sí acertada- de que prácticamente todas las relaciones sociales se hallan en mayor o menor medida institucionalizadas³⁸. Por consiguiente, se dirigen expectativas de comportamiento a aquel sujeto que se introduce en ellas. Así, por ejemplo, en la fabricación de productos para el consumo humano o en la evitación de peligros derivados de las relaciones laborales. Lo relevante entonces para la teoría de la imputación penal no es la lesión de la institución en sí, sino el haz de derechos y –sobre todo- de deberes prefijados. Este hallazgo no es nada nuevo: constituye la *esencia de la teoría de la imputación objetiva en su misión de determinación de los riesgos prohibidos y*

³¹ En esto y en lo que sigue véase, HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, pp. 357 y ss. (para versión española de las citas literales me apoyo en la traducción de Gimbernat Ordeig de la primera edición del libro del HENKEL, publicada en España en el año 1968 con el título *Introducción a la Filosofía del Derecho*).

³² HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, p. 358.

³³ HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, p. 358.

³⁴ HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, p. 360.

³⁵ HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, p. 362.

³⁶ HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, p. 364.

³⁷ HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, p. 364.

³⁸ Advértase que aquí aludo a lo “institucionalizado” en lugar de a lo “institucional”.

permitidos, según la cual la existencia de normativas extrapenales y extrajurídicas es un elemento fundamental para calificar a la acción y a la omisión como conductas merecedoras de desaprobación penal por su vinculación con la producción de resultados³⁹. Por otro lado, resulta claro que el grado de institucionalización es variable. Existen instituciones con una mayor preconformación jurídica que otras, de manera que también las exigencias de comportamiento dirigidas a las partes pueden ser muy diversas.

Ahora bien, según lo afirmado anteriormente, el concepto de institución –y de responsabilidad institucional– en JAKOBS es más limitado y a su vez más intenso en sus efectos. Para él sólo ciertas instituciones (por eso es más limitado) de entre todas las que cabe denominar como tales desde un punto de vista tradicional y general (como el aludido de HENKEL), serían auténticas instituciones, con la consecuencia entonces de que se someterían al entramado de las reglas de imputación de la responsabilidad institucional, según el cual la infracción de un deber que rige la institución permitiría idéntica imputación del resultado a la de la lesión de un deber negativo (por eso sería más intenso, dado que esta conclusión no se deriva necesariamente del planteamiento “clásico” acerca de las instituciones en Derecho).

Si ponemos en relación esta concepción más estricta e intensa a la vez de JAKOBS con el planteamiento tradicional en aras a un intento de aproximación obtendremos lo siguiente: en el planteamiento tradicional de las instituciones únicamente se afirma que existe un mundo jurídicamente preformado que vincula a la partes, generando derechos y deberes respecto de los cuales éstas no se pueden sustraer, siendo la densidad de tales deberes y derechos distinta en función de la institución. En el planteamiento de JAKOBS, en cambio, cabría hablar de “la institución de la institución”, esto es, de que ciertas instituciones con una importancia máxima y con una densidad máxima generarían reglas de imputación de responsabilidad también de intensidad máxima: en ellas el mero desviarse del estándar esperado permite la imputación caso de producirse un eventual resultado lesivo. Sin embargo, ya se ha visto dónde radican los problemas que plantea la construcción de JAKOBS: ¿por qué y cuándo lesionando las reglas de una institución se me puede imputar un resultado en idénticos términos a su causación activa?

3. En efecto, una respuesta sólida a esta cuestión sólo puede pasar por el retorno a la esencia del delito *comisivo*: en el delito comisivo tiene lugar una modificación de la esfera jurídica de la víctima que cabe imputarle a la conducta del autor. En cambio, en las omisiones puras simplemente se produce una no modificación de la esfera jurídica de la víctima a la que obligaba la ley dirigiendo un mandato al autor de la omisión⁴⁰. Esto es, en la omisión pura se niega una *prestación a la que la víctima tenía derecho con independencia* de la concreta conducta del autor.

Las posibilidades de imputación de la modificación de una esfera jurídica a la conducta de otro sujeto pasan por aislar en ese otro elementos de una especial responsabilidad⁴¹, esto es,

³⁹ Véase, especialmente, FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 90 y ss.

⁴⁰ Véase en este sentido ya ADOLF MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 79; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 111 y ss.

⁴¹ Así también, FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, 2/16 y ss.

de un suficiente ejercicio de libertad que permita conectarlo en términos normativos a la producción del resultado⁴². A estos efectos me sigue pareciendo convincente la propuesta – restrictiva- de SILVA SÁNCHEZ, cuando para el ámbito de las omisiones exige la presencia de la asunción de un compromiso de contención de riesgos⁴³. En cambio, no sería suficiente atribuir compromisos que el *sujeto* en ningún momento ha pensado en adquirir, aunque *social o legalmente* se obligue a la realización de acciones sobre la esfera de la víctima. Sin embargo, en este punto puede ser de nuevo útil el pensamiento de las instituciones en el sentido tradicional, dado que, como se ha dicho, con ellas se apunta a la noción de mundo jurídicamente preformado y ello puede ser precisamente un dato muy relevante a la hora de decidir sobre la asunción de compromisos de contención. En efecto, en aquellos ámbitos extensa e intensamente preconformados, la mera entrada en la relación jurídica con otra parte puede significar la asunción del compromiso de contención de riesgos para con esa parte, a no ser, claro está, que el sujeto manifieste expresamente que no desea adoptar un compromiso vinculado de forma sustancial al rol que acoge⁴⁴. En mi opinión ello es lo que sucede en las relaciones paterno-filiales⁴⁵ y en los ya aludidos deberes del tráfico. Las situaciones en el seno del matrimonio –y similares- así como las denominadas situaciones de “confianza especial” deben reconducirse a la idea general de asunción (del compromiso de contención de riesgos)⁴⁶. El caso de los funcionarios y de las instituciones elementales del Estado es distinto y será analizado posteriormente (*infra* III).

4. Todo ello conduce a adoptar una visión parcialmente crítica con respecto a la construcción de la responsabilidad institucional de JAKOBS⁴⁷. Desde mi punto de vista, el pensamiento de las instituciones en un sentido amplio (mejor: social) puede tener transcendencia ya en el mundo de los deberes negativos en la medida en que pueden determinar el propio carácter desaprobado de la conducta cuando ésta se mueve en espacios de densa preconformación jurídica de las relaciones y expectativas recíprocas. Nada tendrían, entonces, que ver las instituciones en este sentido más laxo del término (deberes –negativos- institucionalizados, que no institucionales⁴⁸) con los deberes positivos. Ahora bien, es posible una visión más estricta de lo institucional y a ella –según creo- se refiere el planteamiento de JAKOBS. Nada ha de oponerse a esta segunda acepción del ámbito institucional, sino todo lo contrario: ya se aludió anteriormente a la existencia de deberes positivos como sistema de atribución de responsabilidad paralelo y complementario al de los deberes negativos. No aprecio inconveniente en denominar, con JAKOBS, “instituciones” a las fuentes de las que emanan tales deberes positivos y, asimismo,

⁴² Véase ROBLES PLANAS, «Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen», *GA*, 2012, p. 281 y s.

⁴³ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, pp. 464 y ss.

⁴⁴ En parecidos términos SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., p. 465, n. 368.

⁴⁵ Así, ROBLES PLANAS, «Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen», *GA*, 2012, p. 281 y s.

⁴⁶ En relación con la confianza especial, entendiéndola en sentido opuesto a JAKOBS como un caso de asunción, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 185 con nota 199.

⁴⁷ Véase ya antes, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 229 y ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 60 y s.; EL MISMO, «Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassene Hilfeleistung», *GA*, 2008, pp. 18 y ss.; EL MISMO, «Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen», *GA*, 2012, p. 281 y s.

⁴⁸ Véase *supra* nota 38.

hay buenas razones para mantener que solamente ciertas instituciones –a mi juicio, como a continuación se desarrollará, fundamentalmente una: el *Estado*- generan deberes positivos jurídico-penalmente respaldados. Lo que no resulta admisible es vincular la lesión de tal o tales instituciones con la imputación del resultado en los mismos términos en los que se produce la imputación a la infracción de deberes negativos. A lo sumo, como ya fue apuntado, cabría hablar de un nexo débil o indirecto, en la medida en que la institución –y los deberes positivos- también sirven a la protección –indirecta- del bien.

3. Deberes positivos especiales, instituciones y omisiones puras de garante

1. La estrategia de protección de los derechos y libertades de los ciudadanos pasa, en primer término, por el establecimiento del mandato de respeto (deberes negativos). Sin embargo, una estrategia complementaria consiste en velar por el bienestar de los demás, proporcionando en los otros (determinados niveles de) derechos y libertades (deberes positivos). En una sociedad organizada tal misión corresponde primariamente al Estado⁴⁹. Desde la prestación de socorro hasta la organización de una Administración, pasando por la seguridad interior y la persecución de delitos⁵⁰. Sólo subsidiariamente corresponde al ciudadano asumir esa clase de deberes de modo general. Jurídicopenalmente es tan restrictiva la imposición de deberes positivos *generales* que queda limitada a los bienes jurídicos más elementales en caso de peligro existencial e inminente en situaciones de necesidad (incluyendo la comisión de ciertos delitos). Ahora bien, en la medida en que el Estado va asumiendo la misión de procurar el bienestar (en cuyo concepto se incluye la seguridad personal y confianza en el orden jurídico), se produce la institucionalización de la prestación y ello pasa a merecer una protección intensificada en tanto que ámbitos fundamentales para la sociedad⁵¹. La garantía del correcto funcionamiento institucional se produce primariamente por concretas personas: los funcionarios públicos, a quienes les incumben *deberes positivos especiales*⁵². Lo característico de su posición de garantía no es que deban responder por las lesiones de bienes jurídicos en el desempeño de su función (ello constituye una “normal” relación negativa⁵³), sino que deben garantizar el real contenido positivo de la institución Estado frente a la generalidad⁵⁴. Estos asumen, pues, una *posición*

⁴⁹ Similar, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 186 y ss., con ulteriores referencias.

⁵⁰ Sobre la diversidad e inseguridad acerca de las funciones del Estado moderno advierte con razón PAWLIK, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187. Véase desde el punto de vista de la dinámica de la institución, HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, 362, advirtiendo en ello precisamente un dato relevante en la determinación de las necesidades de estabilización.

⁵¹ El nivel de institucionalización puede depender de la concreta sociedad, aunque parece claro que un Estado para ser tal requiere un mínimo imprescindible de institucionalización.

⁵² Por ejemplo el deber de producir “Administración de Justicia”, véase, JAKOBS, «Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, p. 85: «Una prevaricación judicial no es una lesión, sino una no producción del bien (mejor: de la institución) “Administración de Justicia”».

⁵³ Que, además, puede merecer una pena agravada por el abuso de las funciones públicas.

⁵⁴ En parecidos términos ZACZYK, «Zur Garantienstellung von Amtsträgern», en ROGALL, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 366: «La actuación de un funcionario se nutre de la pretensión de hacer realidad la generalidad objetiva. Con precisión podría decirse: si actúa un particular, actúa para sí mismo; si actúa un funcionario, actúa para todos» y p. 369: «desde la perspectiva del funcionario éste sigue encontrándose con el particular en el

de garantía institucional. Según lo dicho, tal posición de garantía, no responde a la misma estructura que la que fundamenta los deberes negativos y, por ende, su quebrantamiento en cuanto tal⁵⁵ no genera responsabilidad por los tipos delictivos que contemplan los concretos resultados lesivos (si éstos se producen)⁵⁶, sino que, para sancionarse, el quebrantamiento del deber debe estar expresamente tipificado como omisión pura “especial”⁵⁷.

Bien mirado, este panorama se corresponde con el ofrecido por SILVA SÁNCHEZ hace casi tres décadas en su concepción sobre los delitos de omisión: existen “omisiones puras de garante” que no dan lugar a la imputación del resultado⁵⁸. No hay, pues, identidad estructural con la comisión activa. Y, sin embargo, no cabe desconocer la importancia – incluso en términos valorativos- de tales omisiones puras de garante en el seno del sistema de atribución de la responsabilidad penal. De un lado, consagran la protección de las instituciones estatales en tanto estrategia complementaria de protección. De otro, su gravedad queda supeditada a la importancia y densidad de la concreta institución, de modo que, no siendo estructuralmente equivalentes a la comisión, su sanción con pena puede alcanzar, por razones valorativas, cotas similares. En efecto, aunque las omisiones puras de garante son por regla general omisiones de gravedad intermedia, situadas entre las omisiones puras generales y la comisión por omisión, no cabe negar que en ciertos casos tales omisiones puras de garante puedan llegar a ser sancionadas con una pena similar a la comisión por omisión por razones valorativas (no obviamente estructurales)⁵⁹. Sin embargo, el fundamento de tal pena no residiría en la lesividad propia derivada de la auténtica imputación del resultado, sino en razones vinculadas a la importancia social de la institución y de los deberes positivos que sustentarían tales omisiones puras de garante, a lo que podría añadirse el dato de su eventual efecto causal-favorecedor del resultado. A

nivel de la generalidad constituida, no en el nivel de las máximas de acción personales o interpersonales. Actúa por deber jurídico-público, integrado en el sistema global „Estado“, incluso en los casos en los que existe lo que se denomina una “reducción de la discrecionalidad a cero”».

⁵⁵ Esto es, un quebrantamiento por parte del funcionario de una relación institucional no definida por la asunción de compromisos específicos de contención de riesgos (sobre esta aclaración véase *infra* inmediatamente en el texto).

⁵⁶ Esto es lo que sucede con la omisión del deber de impedir delitos por parte de los funcionarios de policía. Negando también la comisión por omisión, ZACZYK, «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», en ROGALL, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 369; SCHÜNEMANN, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN, *FS-Amelung*, 2009, p. 316; RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 13 núm. marg. 54 c. De otra opinión, PAWLIK, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *ZStV*, (111), 1999, pp. 348 y ss.

⁵⁷ Así también, ZACZYK, «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», en ROGALL, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 369. En el Código Penal español para el caso del funcionario que no impide o persigue delitos vienen en consideración los tipos de omisión pura de los arts. 450, 408 y 412.3. En el StGB, a falta de una previsión específica, habría que acudir al § 138. Nada obstaría, sin embargo, a que en la tipificación expresa de tales omisiones se llegara a graduar la responsabilidad del funcionario omitente en función de si se producen o no consecuencias lesivas concretas.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 1986, p. 339 y ss; EL MISMO, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI, *FS-Roxin*, 2001, pp. 647 y ss.

⁵⁹ No desconozco que esta acotación puede conciliar en alguna medida el planteamiento de JAKOBS con el aquí propuesto.

esto último es a lo que me refería cuando anteriormente he aludido a la idea de imputación débil o indirecta⁶⁰.

No obstante lo anterior y para evitar equívocos, debe aclararse que cuando el Estado asume un compromiso específico de contención de riesgos (¡deber negativo!; en terminología habitual: asume expresamente una “función de protección”), como por ejemplo en el ámbito de los reclusos en centros penitenciarios⁶¹, entonces su quebrantamiento da lugar a la imputación del resultado en comisión por omisión⁶² al funcionario competente⁶³. Esto sucederá también (*ergo*: lesión de un deber negativo) cuando el funcionario ocupe una posición de “*Gatekeeper*”, esto es, asuma e infrinja después el compromiso concreto – inherente al cargo- de no “abrir la puerta” a ciertas prestaciones o conductas que sólo de ese modo pueden llegar a ser peligrosas para bienes jurídicos. El caso del notario es uno de los más representativos⁶⁴.

2. Los llamados a ocupar posiciones de garantía institucionales (deberes positivos especiales) son, como se ha dicho, los funcionarios. De ahí que la lesión de la institución sea siempre vista como la infracción de un deber positivo y a la inversa: la infracción de los deberes positivos derivados de la asunción de una posición institucional constituyen lesión de la institución. Y lo que defrauda el funcionario es la expectativa ciudadana de su funcionamiento. Tal infracción de la posición de garante institucional no permite la imputación de la lesión (que, como se ha afirmado, puede concurrir si tiene lugar mediante la infracción de deberes negativos por parte del obligado especial) pero es la base para efectuar un reproche distinto que habrá de canalizarse necesariamente mediante la tipificación expresa de delitos que castiguen las omisiones puras de garante.

En tanto en cuanto un determinado objeto de protección jurídico-penal quiera ser también protegido frente a la lesión de deberes positivos, tal protección solo podrá canalizarse en la medida en que dichos deberes positivos formen parte del entramado institucional en el que

⁶⁰ En buena medida ese ha sido el camino seguido por el Código penal español al tipificar expresamente la lesión de deberes institucionales en el ámbito medioambiental y urbanístico. Los funcionarios que en ellos quebrantan los correspondientes deberes responden, no por el daño al medio ambiente o a la ordenación urbanística, sino como autores de una prevaricación medioambiental o urbanística específica y agravada (art. 329 y 320 CP, respectivamente). Su naturaleza de omisiones puras de garante es evidente (como lo es igualmente, que tales delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión). Sobre la estructura de la responsabilidad institucional en materia medioambiental, véase, SILVA SÁNCHEZ, «Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt», en HASSEMER/KEMPF/MOCCIA, *FS-Volk*, 2009, p. 769.

⁶¹ Aquí resulta evidente la radical disminución de las posibilidades de autoprotección que produce el encierro y que fundamenta de modo evidente la relación negativa (limitación de derechos ciudadanos y consiguiente asunción de su compensación).

⁶² En esencia, de acuerdo, RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 13 núm. marg. 54 c; ZACZYK, «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», en ROGALL, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 370; ROXIN, *AT 2*, § 32 núm. marg. 85; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187.

⁶³ En principio el funcionario competente es aquel que, a su vez, ha asumido el desempeño del cargo desde el cual debe controlarse el peligro. No obstante, no cabe desconocer que la Administración es una estructura organizada jerárquicamente y que ello puede dar lugar a dificultades en aras a la individualización de la responsabilidad penal, que en ciertos contextos de “deterioro organizativo” puede alcanzar a funcionarios que ocupan cargos superiores de la Administración.

⁶⁴ Sobre la figura del notario como *Gatekeeper*, véase, en particular, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Beteiligung von Notaren an Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten», en SIEBER et al., *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 239 y ss.

se ubica el objeto de protección y su castigo esté expresamente previsto por el legislador en un tipo específico de la Parte Especial, normalmente dentro del catálogo de los delitos contra la Administración Pública o de Justicia. Su naturaleza institucional no excluye, no obstante, que el delito se “ubique” junto a los tipos que castigan la lesión del objeto de protección de referencia⁶⁵. Lo importante es no olvidar que la mera lesión de deberes positivos nunca puede sustentar la imputación del daño y, por consiguiente, su tipificación no se halla prevista en el propio tipo de la Parte Especial que protege el bien de forma inmediata. La protección mediata a la que los deberes positivos sirven debe preverse expresamente.

3. Finalmente, dos cuestiones que en el presente contexto sólo puedo apuntar brevemente: en primer lugar, bajo ciertos presupuestos tales deberes institucionales (positivos especiales) pueden llegar a ser trasladables a los ciudadanos particulares y entonces ser concebidos como “deberes de colaboración”⁶⁶ (p. ej. los deberes de colaboración de ciertos operadores jurídicos en materia de prevención del blanqueo de capitales). En tal caso el particular ocupa la posición de un quasi-funcionario. Los requisitos para la legitimación de su castigo bajo pena han de ser, en todo caso, muy exigentes⁶⁷. En segundo lugar, un tercero ajeno al desempeño de funciones institucionales (particular) no puede quedar abarcado por la relación institucional y, por consiguiente, su ataque a la misma institución debe tipificarse expresamente. A él no le alcanza ese deber (positivo), sino otro deber distinto consistente en no lesionar las instituciones del Estado desde la posición de ciudadano. Se trata, en efecto, de una lesión “desde fuera” de las instituciones, razón por la cual no queda abarcada por aquellos tipos delictivos que sancionan precisamente al “obligado especial” (funcionario) por el quebrantamiento de su posición de garantía institucional. Por tanto, debe concluirse que en los delitos institucionales, como delitos especiales de deber, la conducta del *extraneus* es impune si no se castiga de forma independiente⁶⁸.

4. Balance

1. Existen dos estrategias para garantizar la autonomía individual: la que proviene de los otros individuos (intersubjetiva) y la que proviene del Estado (institucional). La primera es

⁶⁵ Como sucede con el castigo de deberes institucionales en materia medioambiental o urbanística en el Código penal español (véase *supra* nota 48).

⁶⁶ Véase, ROBLES PLANAS, «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, pp. 129 y ss.

⁶⁷ ROBLES PLANAS, «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON, *FS-Frisch*, 2013, p. 131.

⁶⁸ Así ya, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*; 2003, p. 242; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 134 y ss.; EL MISMO/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código penal», *InDret*, 2/2008, pp. 13 y ss. En el mismo, sentido, ya antes, p. ej., KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1855, p. 318; NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903, pp. 79 y ss.; H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953, p. 337 y s.; BAMBACH, *Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt*, 1963, pp. 56 y ss. (con múltiples referencias a la doctrina más antigua); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., 1975, 14/85.

una garantía de respeto, la segunda comprende –según el grado de desarrollo– más o menos ámbitos del bienestar de los ciudadanos.

2. Los deberes negativos se corresponden con los deberes intersubjetivos de respeto (*nemimen laedere*), si bien en una sociedad jurídicamente preformada suelen quedar determinados por medio de “institutos” jurídicos (que no instituciones) cuya existencia genera expectativas en las partes.

3. Los deberes positivos incumben primariamente al Estado y son cumplidos por funcionarios. Se trata entonces de deberes positivos especiales o en la terminología de JAKOBS de “deberes institucionales”. Esta última denominación cobra pleno sentido por su vinculación con las funciones asumidas por el Estado en determinados ámbitos. Sólo de forma subsidiaria –y bajo ciertas condiciones de legitimación– se pueden trasladar a todos los ciudadanos (y entonces: deberes positivos generales) o a algunos que actuarán a modo de cuasi-funcionarios (y entonces de nuevo: deberes positivos especiales).

4. Los tipos de resultado de la Parte Especial prevén infracciones de deberes negativos. Por consiguiente, la lesión de un deber positivo (un deber relativo al bienestar ajeno) en abstracto (esto es, jurídicamente legitimable desde algún punto de vista) no genera nunca responsabilidad por el resultado. Su infracción, para ser punible, debe estar expresamente tipificada. Tanto si se trata de un deber positivo general, como especial (para funcionarios o cuasi-funcionarios).

5. Este planteamiento se corresponde con la concepción restrictiva de la omisión equivalente a la acción, que desde hace décadas aísla sólo cierta clase de omisiones (aquí: las que siguen a la asunción de un compromiso previo de contención de riesgos concretos) como comprendidas en los tipos comisivos (comisión por omisión). El fundamento material de la equiparación se halla en el ejercicio de la máxima libertad organizativa en relación con el peligro que permite hablar de una auténtica “gestión” de la esfera jurídica ajena.

6. Más allá, existen omisiones no equivalentes a la acción que merecen mayor pena (omisiones puras de garante) que las omisiones puras generales. La imposibilidad de hallar en ellas un ejercicio de libertad idéntico a la acción determina que no puedan subsumirse en los tipos comisivos, sino que se requiera su expresa previsión. De lo contrario, el reproche de la *analogía in malam partem* es patente. De forma absolutamente clara observó esta circunstancia ARMIN KAUFMANN con su teoría de *Garantengebotstatbestand*⁶⁹, para quien el omitente nunca mata, pero se le puede castigar como si matase, pues su no evitación del resultado de muerte muestra una equivalencia *axiológica* con el matar, *aunque la omisión en estos casos «recorre caminos legalmente no tipificados»*. El problema del planteamiento de ARMIN KAUFMANN no es la construcción del *Garantengebotstatbestand*, sino el que su concepción del delito comisivo (como prohibiciones de causación finales) le impedía que se produjera la equivalencia en ningún caso. Una correcta normativización del delito comisivo

⁶⁹ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 259 y ss., apoyándose en GRÜNWARD, «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStW* (70), 1958, p. 416.

ha mostrado, sin embargo, que esos casos de equivalencia entre acción y omisión existen y que la teoría del *Garantengebotstatbestand* es plenamente acertada en todos los demás.

Bibliografía

Thomas de AQUINO, *Summa Theologiae*, en: *Corpus Thomisticum – p. Thomae de Aquino Opera Omnia* (<http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>).

Georg BAMBACH (1963), *Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt*, Diss. Rechtswiss. Frankfurt a.M, Frankfurt am Main.

Dieter BIRNBACHER (1995), *Tun und Unterlassen*, Reclam, Ditzingen.

Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER (2006), *Omisión e injerencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Georg FREUND (2009), *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlin.

Wolfgang FRISCH (1988), *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1999), «El delito de omisión impropia», *RDPC*.

Gerald GRÜNWARD (1958), «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStW* (70).

Volker HAAS (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung*, Duncker und Humblot, Berlin.

Michael O. HARDIMON (1994), *Journal of Philosophy*, Bd. XCI.

Heinrich HENKEL (1977), *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., C.H. Beck, München.

Günther JAKOBS (1983), *Strafrecht, Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Lehrbuch), 1ª ed., Berlin/New York.

- EL MISMO (1991), *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., citando a Helmut DUBIEL, en Joachim RITTER/Karlfried GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. IV, 1976. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- EL MISMO (2000), en Günther JAKOBS/ Manuel CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Universidad de Piura.
- EL MISMO (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, Klostermann, Frankfurt am Main.
- EL MISMO (2013), «Recht und Gut - Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung», en Georg FREUND / Uwe MURMANN / René BLOY / Walter PERRON, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin.

Armin KAUFMANN (1959), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Schwatz eds., Göttingen.

Reinhold KÖSTLIN (1855), *System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Nabu Press.

Heiko Hartmut LESCH (1992), *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang, Frankfurt am Main.

Harald MAIHOLD (2012), en Andreas VON HIRSCH/ Ulfrid NEUMANN/ Kurt SEELMANN, *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden.

Holger MATT/ Joachim RENZIKOWSKI (2013), «Introducción StGB», en Holger MATT / Joachim RENZIKOWSKI (eds.), *StGB. Strafgesetzbuch. Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, München.

Hellmuth MAYER (1953), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart.

Adolf MERKEL (1867), *Kriminalistische Abhandlungen*, Breitkopf und Härtel, Leipzig.

- EL MISMO (1889), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, F. Ente, Stuttgart.

Johannes NAGLER (1903), *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Kessinger Pub Co.

Ulfrid NEUMANN (2012), en Andreas VON HIRSCH/ Ulfrid NEUMANN/ Kurt SEELMANN, *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden.

Michael PAWLIK (1995), «Unterlassene Hilfeleistung», GA.

- EL MISMO (1999), «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *ZStW* (111).
- EL MISMO (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, Mohr Siebeck, Tübingen.

Samuel von PUFENDORF (1997), *Gesammelte Werke* (Wilhelm Schmidt-Biegemann eds.), Bd. 2. *De officio* (Gerald Hartung ed.), Lib II, Cap. XVIII. Berlin.

Joachim RENZIKOWSKI (2012), en Andreas VON HIRSCH/ Ulfrid NEUMANN/ Kurt SEELMANN, *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden.

Ricardo ROBLES PLANAS (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

- EL MISMO (2007), *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona.
- EL MISMO (2008), «Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassene Hilfeleistung», GA.
- EL MISMO (2012), «Die zwei Stufen der Beteiligungslehre - am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen», GA.
- EL MISMO (2013), «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik», en Georg FREUND / Uwe MURMANN / René BLOY / Walter PERRON, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin.
- EL MISMO/Eduardo Javier RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código penal», *InDret*, 2/2008, pp. 13 y ss.

Jürgen RÖDIG (1986), *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, Springer, Berlin Heidelberg.

Claus ROXIN (2006), *Allgemeiner Teil*, t.2, C.H. Beck, München.

Hans-Joachim RUDOLPHI (2012), en Hans-Joachim RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, Carl Heymanns.

Javier SÁNCHEZ-VERA (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker und Humblot, Berlin.

Bernd SCHÜNEMANN (2009), «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», en Martin BÖSE / Detlev STERNBERG-LIEBEN, *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Speyer & Peters GmbH, Berlin.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2001), «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en Bernd SCHÜNEMANN / Hans ACHENBACH / Wilfried BOTTKE / Bernhard HAFFKE / Hans-Joachim RUDOLPHI, *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (2008), «Zur Beteiligung von Notaren an Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten», en Ulrich SIEBER et al., *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Heymann, Köln.
- EL MISMO (2009), «Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt», en Winfried HASSEMER / Eberhard KEMPF / Sergio MOCCIA, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, C.H.Beck, München.
- EL MISMO (2010), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2010 (1ª ed. 1986), Barcelona, Bosch.

Marcus G. SINGER (1965), «Negative and Positive Duties», *The Philosophical Quarterly* (15), núm. 59, Apr.

Gerhard TIMPE (1983), *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Duncker und Humblot, Berlin.

RAINER ZACZYK (2004), «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», en Klaus ROGALL, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied.