

LA JUSTIFICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO OMISIVO

Joaquín Cuello Contreras

ADPCP, Tomo XLIII, Fasc. II, 1990, pp. 497 - 517

<http://www.cienciaspenales.net>

La justificación del comportamiento omisivo

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Extremadura

I. INTRODUCCION

Los efectos de las causas de justificación sobre la excusión del tipo de injusto realizado mediante un comportamiento activo han sido estudiados exhaustivamente por la doctrina científica. No ocurre lo propio, sin embargo, respecto al comportamiento omisivo.

Manuales y Comentarios se conforman con una referencia sumaria a lo dicho sobre el comportamiento activo, con la salvedad de que, a veces, excluye la tipicidad omisiva lo que en el comportamiento activo debe esperar a la antijuricidad (1). Estas generalizaciones, sin embargo, se basan en el criterio —trivial por lo demás— de que allí donde alguien puede defender activamente un bien jurídico que el Derecho considera preferente frente a otro con el que entra en colisión, con mayor razón podrá defenderlo omitiendo. Ahora bien, *lógicamente*, si la justificación del comportamiento activo autoriza la lesión de un bien jurídico (lesión que realiza los caracteres de un tipo de injusto) para salvar otro de mayor valor, según el ordenamiento jurídico, y *nunca lo contrario*, por inversión, la justificación del comportamiento omisivo autorizará (al menos eso es lo único cuestionable como «justificación») la *no salvación* del bien jurídico al que el ordenamiento otorga mayor valor cuando para ello sería necesario sacrificar *activamente* bienes jurídicos de menor valor y protegidos por deberes de actuar cuyo no cumplimiento realiza un tipo de injusto omisivo. De esta forma, mientras que la justificación del comportamiento activo autoriza a realizar un tipo de injusto, la justificación del comportamiento omisivo autoriza a no realizarlo: El cumplimiento de un deber de actuar, cuyo incumplimiento realiza un tipo de

(1) Vid., Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, «PG», 1984, p. 287; Enrique BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, II, 1985, p. 193; Octavio DE TOLEDO, Susana HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, «PG», 2.ª ed., 1986, p. 586 y ss.

omisión, es el que resultaría autorizado, a pesar de que cumpliéndolo *no se salvará* un bien jurídico de mayor valor en el caso concreto que el salvado con dicho cumplimiento.

Valiosas monografías recientes, que comienzan a encarar el tema general de la omisión en el Derecho español a un nivel elevado se ocupan del difícil problema conceptual (2), del que sin duda cabe extraer conclusiones sobre muchas facetas de la Teoría del delito en este ámbito; ninguna de ellas, sin embargo, aborda el problema de la justificación. La importante investigación de Antonio Cuerda Riezu sobre la colisión de deberes no establece ninguna diferencia según que el conflicto entre bienes jurídicos de igual valor oponga deberes de actuar a deberes de omitir o sólo deberes de actuar (3); si en lugar de proponerse demostrar *hasta dónde puede llegar* el derecho a salvar un bien jurídico (¿No creo que Cuerda Riezu pueda pensar siquiera que el ordenamiento jurídico obligue a nadie a matar!), se hubiese ocupado de comprobar *cuándo cesa* el deber de acción para salvar un bien jurídico, o lo que es lo mismo: *cuándo está justificada la omisión*, habría comprobado también que el deber de actuar para salvar un bien jurídico cesa «mucho antes» de que el bien jurídico a sacrificar activamente se aproxime valorativamente al bien jurídico cuya salvación pudiese *justificar* la lesión de aquél. Estableciendo un paralelismo puede decirse: Mientras que nadie está *autorizado*, en un conflicto de bienes jurídicos, a salvar el bien jurídico de menor valor sacrificando *activamente* el bien jurídico de mayor valor, todo el mundo está *autorizado*, en el mismo conflicto, a salvar el bien jurídico de menor valor *omitiendo* salvar *activamente* el bien jurídico de mayor valor. Las páginas que siguen pretenden demostrar, en tal sentido, que el alcance de las causas de justificación es más amplio en el ámbito del comportamiento omisivo que en el ámbito del comportamiento activo, como consecuencia, por lo demás, de la diferencia estructural (óptica) entre ambos tipos de comportamiento.

II. EL FUNDAMENTO DE LA COLISION DE DEBERES COMO CAUSA DE JUSTIFICACION INDEPENDIENTE

1. Concepto

Según una doctrina ampliamente compartida, se produce una colisión de deberes cuando el interés del bien jurídico protegido mediante

(2) Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «ADP», 1988, p. 579 y ss.; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987.

(3) Antonio CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 1984, p. 243: «Siendo equivalentes los deberes (sean de acción, sean de acción y omisión), estará justificado tanto el cumplimiento de uno a costa del otro, como el cumplimiento de éste en perjuicio de aquél».

el *deber de actuar* derivado, por ejemplo, de una posición de garante del padre respecto a su hijo de corta edad, es del mismo valor que el interés del bien jurídico protegido mediante el *deber de actuar* en base a un genérico deber de auxilio (del padre respecto a un tercero), o cuando colisionan *deberes de actuar* basados, ambos, en el mismo deber, de garante (del padre respecto a sus dos hijos, que se encuentran en la misma situación de peligro y sólo puede salvar a uno) o de auxilio (respecto a dos extraños que se encuentran en peligro de perecer) (4).

En la colisión de deberes, los que entran en conflicto, pues, son deberes de actuar *que mutuamente se excluyen* (5); debiéndose mantener separada del estado de necesidad (6) porque *la regla general del estado de necesidad debe ser modificada* si se quiere considerar que el comportamiento llevado a cabo por quien se encuentra ante una colisión de deberes de la índole reseñada puede resultar justificado.

En los casos donde el interés de los bienes jurídicos en conflicto es claramente desigual y en los casos donde colisionan un deber de actuar y un deber de omitir (con igualdad de los bienes jurídicos en

(4) Vid., Wilfried KUPER, «JuS», 1971, p. 475.

(5) Hans-Joachim HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., (ed. Hans Heinrich Jescheck, Wolfgang Rub y Günter Willms), antes del § 32, núm. 75: «En la colisión de deberes justificante existe, desde el principio, a diferencia del estado de necesidad, un o esto o aquello tal que debe encontrarse una decisión entre las posibilidades alternativas (obligación de actuar)». De donde se deduce la conclusión extraída por Erich SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, «AT», 4.ª ed., 1983, § 34, núm. marg. 28) de que, en estos casos, a diferencia de lo que establece el § 34, el autor no ha de cumplir sólo el deber claramente superior, sino también el mínimamente superior. Lo que coincide, a su vez, con la tesis general de Joachim HRUSCHKA, «JuS», 1979, p. 390; vid., también: Strafrecht, 2.ª ed., 1988, p. 78 y ss., según el cual el comportamiento omisivo resulta justificado cuando el bien jurídico protegido por el deber de actuar sobresale un poco sobre el bien jurídico protegido por el deber de omitir, invirtiéndose la *regla general* del § 34 (modificada para estos casos a través de la cláusula del «defensiver Notstand»: § 904 BGB, que no exige que el bien salvado sea manifiestamente de mayor interés que el salvado). En el mismo sentido que HRUSCHKA, Hans-Joachim RUDOLPH, «SK», «AT», 5.ª ed., 1988, antes del § 13, núm. marg. 29 («Una omisión resulta, por tanto, justificada siempre que el interés asegurado por la misma sea de inferior valor, pero no de considerable menor valor, que el interés lesionado por la omisión.»).

(6) HIRSCH, «LK», antes del § 32, núm. marg. 74 («La colisión de deberes justificante muestra, efectivamente, cierto parentesco con el estado de necesidad justificante, pero es una *causa de justificación independiente*»). Doctrina mayoritaria referida a la omisión: Hermann BLEI, *Strafrecht I*, «AT», 18 ed., 1983, p. 334; Paul BOCKELMANN, Klaus VOLK, *Strafrecht*, «AT», 4.ª ed., 1987, p. 145; Udo EBERT, *Strafrecht*, «AT», 1985, p. 161; Günter JAKOBS, *Lehrbuch*, 1983, p. 336, núm. marg. 6; Karl LACKNER, «StGB», 16 ed., 1985, § 34, 4, p. 204 y ss. SS-LENCKNER, «StGB Kommentar», 23.ª ed., 1988, prefacio a los §§ 32 y ss.; p. 442, núm. marg. 73; RUDOLPH, «SK», antes del § 13, núm. marg. 13 y ss.; SAMSON, «SK», antes del § 34, núm. marg. 26; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, «AT», Studienbuch, 1982, p. 405; Hans WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 205, 219; Johannes WESSELS, *Strafrecht*, «AT», 17.ª ed., 1988, p. 226, KUPER, «JuS», 1971, p. 476, llega incluso a hacer depender de esta distinción en la forma de justificar el comportamiento omisivo la posibilidad de establecer un concepto de «colisión de deberes».

conflicto), la salvación del bien jurídico cuyo interés en el caso concreto es más valioso y el cumplimiento del deber de omitir (prohibición) justifican plenamente el comportamiento omisivo, pues ambos tienen preferencia sobre la salvación del bien jurídico de menor interés (p. ej., para salvar la vida de un tercero que está en peligro de perecer ahogado, el padre tiene que dejar de cumplir, momentáneamente, el deber de custodia sobre su hijo de corta edad que se encuentra jugando en la playa) y sobre el cumplimiento del deber de actuar o mandato (p. ej., el padre omite matar a un tercero, para robarle, y emplear el dinero robado en alimentos para sus hijos; el padre omite luchar con el tercero para arrebatarle la tabla con que salvar a su hijo a punto de perecer ahogado) respectivamente (7).

(7) Paradigmático: JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366 y ss., núm. marg. 6/8: «Si los deberes concurrentes son de la misma clase, pero no de la misma importancia (p. ej., una posición de garante que obliga a proteger la vida frente a otra que obliga a proteger cosas), tiene preferencia el deber más importante, aunque su importancia sea mínimamente superior». «Si colisionan un deber de actuar (mandato) y un deber de omitir (prohibición), tiene preferencia el deber de omitir; pues el titular del interés propiciado mediante el deber de actuar no puede exigir que se soporte la acción a interponer en su favor hasta el punto de que el deber de omitir (la prohibición) decaiga conforme a las reglas generales.» Sobre la ponderación de bienes jurídicos en el estado de necesidad justificante, vid., por todos, Theodor LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 87 y ss.; 123 y ss.; «StGB Kommentar», § 34, p. 501 y ss.; recientemente, «GA», 1985, p. 295 y ss., 308 y ss.; HIRSCH, § 34, núm. marg. 2 y 3. En el Derecho español: Horacio ROLDÁN BARBERO, «CPCt», 1983, p. 514 y ss (la valoración que el Derecho realiza para *individualizar* la ponderación de bienes en conflicto es *objetiva*, y no entraña, en contra de lo que opina ROLDÁN BARBERO, una confusión entre anti-juridicidad y culpabilidad). Referido a la omisión, KUPER, «JuS», 1971, p. 475; RUDOLPHI, «SK», antes del § 13, núm. marg. 29 a. Sostienen, también, que la colisión de deberes ha de ser una colisión de deberes de actuar: BOCKELMANN, VOLK, «AT», p. 144; EBERT, «AT», p. 160; HIRSCH, «LK», antes del § 32, núm. marg. 71; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366, núm. marg. 6; LACKNER, «StGB Kommentar», prefacio a los §§ 32 y ss., p. 422, núm. marg. 71; Reinhard MAURACH, Heinz ZIPF, *Strafrecht*, «AT», Teilband I, 6.^a ed., 1983, p. 369, núm. marg. 55; RUDOLPHI, «SK», antes del § 13, núm. marg. 29; SAMSON, «SK», § 34, núm. marg. 27; SCHMIDHAUSER, *Lehrbuch*, «AT», 32.^a ed., 1975, p. 687; Günter STRATENWERTH, «AT», 2.^a ed., 1976, p. 145, núm. marg. 465; WESSELS, «AT», p. 226; José CEREZO MIR, «ADP», 1978, p. 275 y ss. Sostienen, por el contrario, que la colisión puede ser entre deberes de actuar y deberes de omitir, además de CUERDA RIEZU (como en nota 3); JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1978, p. 293 y ss.; HARRO OTTO, *Grundkurs*, «AT», 3.^a ed., 1978, p. 158 y ss. (ya antes: *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 2.^a ed., 1978; vid., las críticas de KUPER, *Grund — und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichten-kollision im Strafrecht*, 1979, p. 29 y ss., y 34 y ss., a la solución indiferenciada de Otto). Sobre la necesidad de distinguir entre la colisión de deberes de actuar entre sí y la colisión de un deber de actuar con un deber de omitir: KUPER, «JuS», 1971, p. 474 y ss., 476 («La cuestión acerca de si viene en consideración una justificación en base al cumplimiento de un *deber del mismo valor*, por el contrario, no puede plantearse respecto al comportamiento activo: aquélla implica una concurrencia de *deberes de actuar*, presuponiendo, por tanto, que la forma de comportamiento a valorar aparezca cualificada como hecho omisivo.») Si se contraponen deberes de actuar y deberes de omitir y se equiparan valorativamente cuando los bienes jurídicos protegidos son de igual valor (vid., WILHELM GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 59 y ss.), se destruye el principio que se basa el estado de necesidad justificante. En conherencia con el principio de justificación del estado de necesidad, deben contra-

Estos casos, que se pueden resolver con la norma general del estado de necesidad, se distinguen claramente de los casos de auténtica colisión de deberes, caracterizados porque aquí el autor *tiene* que actuar y cumplir uno de los deberes de acción en conflicto; con lo que, *necesariamente, no salvará* un bien jurídico cuyo interés *no posee menor valor que el del salvado*, sin que quepa otra alternativa (8).

La colisión de deberes, por tanto, no es una modalidad del estado de necesidad justificante. La colisión de deberes, entendida como colisión de deberes de actuar, viene a resolverse por la doctrina dominante en el sentido de que si los bienes en conflicto son de igual valor y el sujeto llamado a salvarlos no puede cumplir ambos deberes a la vez, cualquiera de ellos que elija cumplir (9), o lo que es lo mismo: cualquiera de los bienes jurídicos que decida *no salvar*, resultará justificado su comportamiento si actúa para salvar el bien jurídico protegido por el deber de actuar que decidió cumplir (10). Por ejemplo: el padre observa cómo sus dos hijos de corta edad están en peligro de perecer ahogados si, desde la posición de equidistancia en que se encuentra, no acude a salvarlos, *sin que ninguno de ellos pueda alcanzar por sus propios medios la posición en la que se encuentra y que significaría su salvación*. En estos casos, el incumplimiento del deber de actuar para salvar a uno de los dos hijos, por cumplir el deber de actuar salvando al otro, resulta penalmente justificado.

Algunos autores (11) incluso, sostienen la opinión de que, aun siendo igual el interés de los bienes jurídicos en peligro, si los deberes de actuar en conflicto no son del mismo rango (deber de protección—deber de protección; deber de auxilio—deber de auxilio), sino de

ponerse, en primer lugar, los bienes jurídicos en conflicto. Si éstos son de igual valor y los deberes de distinta naturaleza, el cumplimiento del deber de omitir debe tener preferencia sobre el cumplimiento del deber de actuar; ya que, de otra forma, se autorizaría la lesión de un bien jurídico igual al salvado, producida activamente, lo que es incompatible con la norma del estado de necesidad justificante (vid., *infra*). Sólo cuando los deberes en colisión son, ambos, deberes de acción, puede estar justificada la *no salvación* de un bien jurídico de igual valor que el salvado. Ello permite superar, a su vez, la vieja tesis de la mera disculpa para los casos de colisión de deberes y la moderna teoría de los «espacios libres de Derecho», que ha venido a sustituirla en la concepción de algunos autores.

(8) Vid., SAMSON, «SK», § 34, núm. marg. 4; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366, núm. marg. 6. También SCHMIDHAUSER (como en nota 34).

(9) KÜPER, «JuS», 1971, p. 475; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366, núm. marg. 6; SCHMIDHAUSER, «AT», p. 687.

(10) SCHMIDHAUSER, «AT», p. 684: «Puesto que la pretensión jurídica que parte de X a la *conservación de la vida* era tan urgente como la proveniente de Y, y puesto que el respeto simultáneo de ambas pretensiones de los bienes era imposible, Y ha omitido conforme a Derecho la *salvación* de Y». (El subrayado es nuestro).

(11) Así: JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366 y ss., núm. marg. 7; KÜPER, «JuS», 1971, p. 475; SS-LÉNCKNER, «StGB Kommentar», prefacio a los §§ 32 y ss., p. 443, núm. marg. 75; *Stratenwerth*, «AT», p. 145, núm. marg. 463; ROLDÁN BARBERO, «CPCr», 1983, p. 543; CEREZO MIR, «ADP», 1978, p. 276, nota 13.

rango distinto (deber de protección-deber de auxilio), el cumplimiento del deber de garante tendrá preferencia y justificará plenamente la omisión del cumplimiento del deber genérico de auxilio, pero no a la inversa. De esta manera, el padre, que puede arrojar el salvavidas bien a su hijo, bien a un tercero, estando ambos a punto de perecer ahogados, y sin que ninguno de ellos pueda hacer nada por sus propios medios para alcanzarlo sino con ayuda de aquél, estará autorizado a omitir el deber de actuar para salvar al tercero (genérico deber de auxilio) si decide arrojar el salvavidas a su hijo (deber de garante); pero no, en cambio, si decide lo contrario. De admitirse esta conclusión, nos encontraríamos ante una nueva excepción. La norma especial de la colisión de deberes, que permite elegir qué deber de acción cumplir cuando los bienes jurídicos en conflicto son de igual interés, y que representaba una excepción a la norma general del estado de necesidad, según la cual el bien jurídico sacrificado debe tener un interés inferior al del bien jurídico salvado, experimentaría, a su vez, una excepción en estos casos, ya que en ellos el autor no puede elegir; debiendo salvar el bien jurídico protegido por el deber de garante, excepción esta última, que la doctrina que la defiende no ha logrado fundamentar (12).

Si se prescinde de esta última cuestión, y se considera la problemática general de la colisión de deberes de actuar tal como es defendida por la doctrina dominante, resulta que la misma se asienta sobre dos criterios que, a pesar de haber estado presentes a lo largo de toda la historia del estado de necesidad, no puede decirse que estén absolutamente consolidados. Estos, principios, por otra parte, están relacionados con cuestiones más generales que las ahora consideradas, por lo que habrá que conformarse con una reflexión muy sucinta.

2. Los criterios que permiten una fundamentación unitaria del estado de necesidad y la colisión de deberes

La problemática general del estado de necesidad justificante se suscita sobre la posibilidad de establecer una jerarquía entre los distintos bienes jurídicos protegidos en un ordenamiento jurídico, que permit postular el sacrificio del interés menos valioso para salvar el de mayor valor, y con ello superar una concepción puramente individualista sobre los bienes jurídicos; de esta manera se podrá obligar al titular del bien jurídico cuyo interés posee menor valor en el caso concreto a tolerar el sacrificio de su bien para salvar otro cuyo interés es de mayor valor (13). Este mismo principio, por otra parte, plantea

(12) En contra, ya BLEI, «AT», p. 333; RUDOLPH, «SK», antes del § 13, núm. marg. 39; SCHMIDHAUSER, «AT», p. 689.

(13) JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 337, núm. marg. 1; SAMSON, «SK», § 34, núm. marg. 2.

el problema sobre la posibilidad o no de admitir el estado de necesidad justificante cuando los bienes jurídicos en conflicto presentan el mismo interés (14). La problemática específica de la colisión de deberes, tal como aquí se ha entendido: como igualdad de interés de los bienes jurídicos con deberes de actuar contrapuestos y no, en cambio, cuando, siendo igual el interés de los bienes jurídicos, colisionan deberes de actuar y deberes de omitir, en cuyo caso se debe omitir actuar), se asienta sobre la posibilidad de establecer una diferencia valorativa, basada a su vez en una diferencia real, entre el deber de actuar y el deber de omitir, que permita sustentar que el deber de omitir la lesión activa de un bien jurídico es de preferente cumplimiento frente al deber de realizar una acción que entrañe necesariamente la lesión de un bien jurídico cuyo interés es de igual valor que el anterior; que permita atribuir la lesión del primer bien jurídico a la fatalidad, mientras que la del segundo sería una obra humana, y explicaría por qué es más fácil el cumplimiento de prohibiciones que, al fin y al cabo, sólo obligan a *no actuar* (p. ej., no matar), que exigir el cumplimiento de mandatos, que obligan a actuar en una determinada dirección (15): Una norma que, por ejemplo, *obligase* a los ciu-

(14) En el Derecho alemán (§ 34 StGB) se exige expresamente que el bien salvado debe ser «notablemente superior» al bien sacrificado.

(15) Naturalmente no mirado desde la vida no salvada, cuyo valor es tan grande como el de la vida destruida activamente; mirado desde la energía desplegada en un caso y en otro. Cabe pensar en supuestos donde la omisión de la acción debida manifiesta un alto grado de reprochabilidad: por ejemplo, el padre que deja que se ahogue en la playa, junto a él, a su hijo de pocos años, por no interrumpir su partida de cartas; o, simplemente, el bañista que no presta un auxilio, fácil para él, que salvaría una vida humana. No obstante, la diferencia con el comportamiento activo estriba en que el cumplimiento de los mandatos de actuar, recogidos en los tipos de omisión, exige más de los destinatarios: *Hacer algo* (con exclusión, pues, de todo lo demás que el autor puede hacer en ese momento) que el cumplimiento de las normas de no actuar, recogidas en prohibiciones *que no exigen hacer nada*, pudiendo hacer el autor lo que quiera, menos lo prohibido. Este es el sentido de las palabras de Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 152: «El valor del cumplimiento del deber de actuar es —si los bienes jurídicos protegidos son iguales— mayor que el de los deberes de omitir, porque el cumplimiento de un mandato establece mayores exigencias que el respeto de una prohibición (*nota bene*)».

La interpretación que CUERDA RIEZU, *Colisión de deberes*, p. 175 y ss., y 187 y ss., hace de este texto de KAUFMANN, y las consecuencias que extrae de la misma, se basan en un equívoco por su parte (*vid.*, ya: CEREZO MIR, «ADP», 1987, p. 277, nota 15). El error de CUERDA RIEZU reside en contemplar toda la problemática desde los bienes jurídicos protegidos, respecto a los cuales, efectivamente, no existe ninguna diferencia entre los protegidos por mandatos y los protegidos por prohibiciones; KAUFMANN, en cambio, y, en general, todos los autores que establecen diferencias entre las normas de mandato y las normas de prohibición, respecto a la protección de bienes jurídicos, las contemplan, fundamentalmente, desde la perspectiva del obligado a cumplir esas *distintas normas* establecidas por el legislador para proteger *los mismos bienes jurídicos* (el texto de Kaufmann comentado por Cuerza Riezu se encuentra en un apartado que lleva por título: «Der Umfang der Unzumutbarkeit»). Desde esta perspectiva, evidentemente, hacer algo es más difícil de cumplir que el deber de omitirlo. Cfr., no obstante, SAMSON, Fests. f. Hans Welzel (ed., por Günter Stratentwerth y otros), 1974, p. 586.

dadanos a repeler cualquier agresión ilegítima, llegando, incluso, a exigir matar si fuese necesario, sería mucho más difícil de cumplir que la prohibición genérica de matar.

a) *El criterio de la jerarquía de los bienes jurídicos*

Un pensador tan oscuro como Hegel formuló un principio de jerarquía de los bienes jurídicos a los efectos del estado de necesidad que, en cuanto a claridad, no deja nada que desear (16): Si colisionan vida y patrimonio, debe sacrificarse el patrimonio, pues, al fin y al cabo, el patrimonio es recuperable y la vida no. El patrimonio es un derecho que, junto con otros derechos de la personalidad, sirve para asegurar la vida social del hombre, de la que la vida física es el soporte. Hegel tenía en mente la figura histórica del «hurto famélico», en el que se contraponía la necesidad de quien podía perecer de hambre y la merma patrimonial que ocasionaba el autor de aquella conducta para subsistir. Concebido de una forma u otra (Hegel colocaba todavía por encima de la vida al Estado: «Si el Estado te pide la vida, ¡dásela!»); hoy, en cambio, nadie está obligado a ir a una muerte segura, ni el soldado en la batalla —por eso se dice que la vida está en la cúspide de la jerarquía valorativa), y con las limitaciones que quepa pensar (el Derecho *obliga* a realizar el sacrificio de bienes jurídicos propios, p. ej., la libertad, para salvar bienes jurídicos más valiosos, p. ej., trasladar en el propio automóvil a la víctima de un accidente hasta el hospital; esos sacrificios, sin embargo, se convertirían en algo insufrible si alguien tuviese la mala fortuna de encontrarse todos los días con accidentados), es necesario construir una jerarquía de bienes jurídicos (17), pues el ordenamiento jurídico parte de esa premisa en numerosas ocasiones. El supuesto más claro es el estado de necesidad («que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar»). La diferencia de penalidad entre, por ejemplo, un homicidio y un hurto es, con todas sus limitaciones, otra prueba de la jerarquía de bienes. La figura de la «omisión del deber de socorro», en fin, en cuanto que obliga a sacrificar bienes jurídicos propios para salvar otros más necesitados de protección en el momento concreto, y en cuanto que deja de obligar cuando los bienes jurídicos a sacrificar o el grado de sacrificio requerido comienzan a ser elevados, es decir, cuando la desproporción entre uno y otro bien jurídico ya no es tan grande, es otra prueba de la jerarquía.

(16) El texto de Hegel está contenido en el párrafo 127 de las Grundlinien der Philosophie des Rechts. *Vid.*, Paul BOCKELMANN, *Hegels Notstandstehre*, 1935, p. 21 y ss.; KUPER, «JuS», 1971, p. 786.

(17) Cfr., Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 208 y ss.

Desde el momento en que el ordenamiento jurídico (penal) se concibe como protector de bienes jurídicos, el individuo transfiere al Estado la facultad de defenderlos y determinar los límites de su protección. El Estado, por su parte, le garantiza al individuo la protección de sus bienes jurídicos. Por eso fracasa la llamada teoría de «los espacios libres de Derecho» (18): Desde el momento en que el ordenamiento jurídico ha hecho suyo un bien jurídico del individuo, es él quien determina, directa o indirectamente, su ámbito y límites de protección. Entre estos límites está el de la colisión con otros bienes jurídicos pertenecientes a terceros. Sin duda cumple así el Derecho una importante función de «pacificación social», en cuanto que reduce en lo posible las tensiones sociales de carácter individual que, en el terreno que nos ocupa, se manifiestan siempre como una anteposición egoísta de los propios bienes a los bienes de los demás, o de las propias necesidades frente a los bienes jurídicos de los demás. Estos conflictos los resuelve el Derecho Penal estableciendo una jerarquía (sistemática o extrasistemática) (19) de bienes jurídicos que garantiza la protección del bien jurídico de menor valor siempre que no lo impida la protección del de mayor interés en el caso concreto.

Lo que no puede explicarse con tal jerarquía es la solución de los casos en que los bienes en conflicto no son de desigual interés, sino equivalentes (20). Pues la argumentación de la jerarquía de bienes se basa en la protección del más valioso a costa del menos valioso. Nunca se afirma que se desprece el bien menos valioso, que sigue estando asegurado por el ordenamiento jurídico, sino que se preserva el más valioso. Así se *constituye* un ordenamiento jurídico. Cuando los bienes jurídicos tiene el mismo valor, en cambio, la regla de formación del «ordenamiento jurídico» no puede aplicarse. El ordenamiento jurídico sólo puede decir qué protege *positivamente*; y, positivamente, en estos casos, lo único que cabe decir es que nadie está autorizado a lesionar un bien jurídico para salvar otro de igual valor. La función de protección de bienes jurídicos que cumple el ordenamiento jurídico sólo puede llevar a la conclusión de que el sacrificio de este bien jurídico no es algo que tal ordenamiento protector pueda querer. Por eso, quien mata para salvar la propia vida o la de un tercero («tabla de Carneades») podrá estar disculpado: pero su comportamiento nunca resultará justificado (21).

(18) En este sentido ya: HIRSCH, Fest. f. Paul Bockelmann (ed., por Arthur Kaufmann y otros), 1979, p. 99; CUERDA RIEZU, *Colisión de deberes*, p. 166 y ss.

(19) *Vid.*, HRUSCHKA, Fest. f. Eduard Dreher (ed., por Hans-Heinrich Jescheck y Hans Lüttger), 1977, p. 194 y ss.

(20) Cfr., no obstante, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 1976, p. 107 y ss.; más recientemente: Prólogo a la obra citada de Cuerda Riezu, p. 13 y ss., en réplica a KUPER, «JZ», 1983, p. 88 y ss.

(21) KUPER, «JuS», 1971, p. 477; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 367, núm. marg. 8.

b) *El criterio de la forma de protección de los bienes jurídicos*

Una segunda distinción que el ordenamiento jurídico hace en cuanto a la protección de los bienes jurídicos, junto a la derivada de la jerarquía, es la derivada de la *forma* de protección: El número de prohibiciones mediante las cuales el ordenamiento jurídico protege los bienes jurídicos es notablemente superior al número de mandatos dados con la misma finalidad. No es el momento de hablar de la razón de esta diferencia (22); pero es lo cierto que un aumento del número de mandatos, convertidos en deberes de protección, sería rechazado por el mismo llamado a ser protegido (cada cual prefiere cuidar de sus cosas antes de que lo hagan los demás por él), al tiempo que obligaría a todos a cuidar de todo (23), con lo cual la convivencia se distorsionaría y crearía obligaciones insufribles. Ya se ha indicado, por otra parte, que los deberes de omitir, derivados de prohibiciones, son más fáciles de cumplir que los deberes de actuar derivados de mandatos: El deber de omitir subir a la montaña es más fácil de cumplir que el deber de subir a la montaña, desde el punto de vista del esfuerzo físico que requiere el cumplimiento de cada uno de ellos. El deber de omitir matar a una persona (prohibición de homicidio) es más fácil de cumplir que un hipotético deber de matar a otra persona (aunque sea para salvar al propio hijo) (24).

En muchos de los casos estudiados como colisión de deberes se presenta el problema de unos resultados que se producirán como fruto de la fatalidad si no interviene alguien modificando ese curso causal, dirigiéndolo hacia otra persona que, real o posiblemente, no sería alcanzada por el primer curso causal. En estos casos, se dice que el autor «juega el papel del destino». Con esta metáfora, en realidad lo que se resume es, precisamente, que el deber de omitir la infracción de prohibiciones es preferente sobre el deber de cumplir deberes de acción (contenidos en mandatos) (25). Quién, para salvar la vida de su hijo, tiene que matar, debe omitir matar, aunque con ello no evite la muerte de su hijo. Ni siquiera para salvar la propia vida puede autorizarse matar. Incluso quien debe garantizar bienes jurídicos ajenos, por ejemplo, un padre respecto a sus hijos de corta edad, los lesiona *activamente*, infringiendo una prohibición, si, para esquivar el golpe de un tercero, se agacha sabiendo que el golpe lo recibirá su hijo (26). Estos sujetos infringen *activamente* deberes de omisión

(22) *Vid.*, por ejemplo, Stratenwerth, «AT», p. 60 y ss., núm. marg. 143.

(23) ARMIN KAUFMANN, «ADP», 1985, p. 825.

(24) *Vid.*, *supra* nota 13.

(25) LENCKNER, *Notstand*, p. 27, nota 81; ROLDAN BARBERO, «CPCT», 1983, p. 543, nota 239.

(26) Michael FRAENKEL, *Tatabestand und Zurechnung beim Paragraph 823 Abs. «BGB»*, 1979, p. 248 y ss., ha excluido, acertadamente, de la responsabilidad por la causación del daño los supuestos donde el autor no tenía otra alternativa que la

de acciones (disparar, arrebatarse el salvavidas, agacharse, etc.), con las que se lesionan bienes jurídicos (recogidos en tipos de prohibición) ajenos de igual valor que el salvado, que, aunque concurren con derechos y deberes, propios o respecto a terceros, de actuar, nunca pueden resultar justificados. Tales comportamientos son antijurídicos. El comportamiento, en cambio, está justificado si el sujeto decide resolver el conflicto a la inversa: El padre omite el cumplimiento del deber de salvar al hijo, que va a morir, para cumplir el deber de omitir contenido en la norma que prohíbe matar.

Así pues, al principio de jerarquía de bienes jurídicos, que autoriza a sacrificar el bien jurídico de menor valor para salvar el de mayor valor, y fundamenta la figura del estado de necesidad justificante, se suma, como complemento, el principio de jerarquía de deberes, en virtud del cual, el cumplimiento del deber de omitir tiene preferencia sobre el cumplimiento del deber de actuar, aun en el caso de que los bienes jurídicos en conflicto tengan el mismo interés. Esta conclusión, como enseguida se verá, tiene consecuencias en cuanto a la justificación del comportamiento omisivo, y explica la solución mayoritaria a la colisión de deberes como causa de justificación. Para los casos en que el bien jurídico salvado es de menor valor que el sacrificado, y para los casos en que el sujeto prefiere cumplir el deber de actuar a costa del cumplimiento del deber de omitir, queda el ámbito de la exclusión de la culpabilidad, donde la importancia del bien jurídico salvado —que puede ser igual que la del sacrificado, y determina una notable reducción de la cantidad de injusto realizada— y la proximidad del autor al bien jurídico salvado explican muy bien por qué, siendo ese un comportamiento *no autorizado* por el Derecho, no cabe exigir otro (27).

de omitir ejercer su libertad de acción o responder. De esta manera, si un tercero, autor mediato, ha colocado al autor inmediato ante tal dilema, sólo aquél responderá del daño causado. En cambio, quien tiene un deber de garante, en virtud del mismo, ya está obligado a sacrificar su libertad de acción cuando así lo requiera la protección del bien jurídico que tiene encomendada. Si, no obstante, actúa, lesiona activamente el bien jurídico, y su comportamiento sólo podrá estar justificado por la norma general del estado de necesidad. Sobre la distinción *comisión-omisión*, SAMSON, Fest. f. Welzel, p. 595 («Si el autor ha sido la condición conforme a Ley para la situación definitivamente producida del bien jurídico, entonces ha actuado»). Claro que la única causalidad jurídicamente relevante es la que tiene su origen en un movimiento corporal prohibido).

(27) KÜPER, «JuS», 1971, p. 477.

III. LA ESTRUCTURA GENERAL DE LA JUSTIFICACION DEL COMPORTAMIENTO OMISIVO

1. Los casos que no son de justificación del comportamiento omisivo

Armin Kaufmann (28) construyó un caso donde el autor, para salvar sus bienes, que iban a ser robados por los cómplices del necesitado de auxilio (que lo había sacado a pasear, para facilitar el robo, y había sufrido un ataque, con motivo del cual el autor, al buscar en su cartera el teléfono del médico, había encontrado una carta en la que se describía el plan) omitía el cumplimiento del deber de auxilio para poder proceder a la defensa de sus bienes, objeto de una agresión ilegítima actual.

Precisando el significado del caso, cabe decir que, estando autorizado el autor a *defender activamente* sus bienes de una agresión ilegítima (robo), lo primero que tiene que *hacer es dirigirse inmediatamente* al lugar donde se está produciendo la agresión, al teléfono más próximo para informar a la policía, etc., aunque para ello tenga que *dejar de hacer* otras cosas, entre ellas prestar asistencia a quien está en peligro de perecer. A estos efectos, que la víctima del accidente sea un cómplice de los autores materiales del robo no tiene mayor importancia, desde el momento en que aunque se tratase de alguien que no tiene nada que ver con el robo, también habría estado autorizado el comportamiento del autor: A nadie se le puede exigir que preste auxilio cuando le están saqueando la casa. La cuestión no varía, incluso, si el necesitado de auxilio fuese el propio hijo de la víctima del robo, ya que también en ese caso el derecho a repeler la agresión ilegítima representada por el robo anularía el deber de prestar el auxilio necesario basado en una posición de garante; de la misma forma que el padre de familia no está obligado a arruinar a toda la familia comprando medicinas para el hijo enfermo, ni los familiares a donar un órgano al miembro enfermo que lo necesita, ni el médico de campaña a atender a un último enfermo de muerte hasta el agotamiento que la impedirá mañana seguir operando (29).

Ejemplos como el de Kaufmann, y otros que aparecen en Manuales y Comentarios como de justificación del comportamiento omisivo, no son tales, sino casos donde el ordenamiento autoriza la realización de una acción determinada en favor del bien jurídico que quiere salvar, prohibiendo incluso otra acción que contribuiría a la lesión de ese bien jurídico que está teniendo lugar sin el concurso del autor.

(28) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 135.

(29) Los últimos ejemplos son de JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 369, núm. marg. 15. En el mismo sentido, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, p. 68: «El deber de garante obliga a su titular a sacrificar más bienes jurídicos propios que el deber general de auxilio, pero ambos tienen un límite en lo «socialmente adecuado».

a diferencia de lo que ocurre con la justificación del comportamiento omisivo, que —lo anticipamos— comprende casos donde el sujeto sobre el que pende un deber de acción resulta autorizado a cumplirlo a pesar de que, cumpliéndolo, no impedirá la lesión del bien jurídico no querida por el Derecho, que está teniendo lugar sin el concurso del autor y que su omisión contribuiría a evitar.

El Derecho no exige que uno deje que le roben la casa para salvar la vida de su hijo. El Derecho no exige que toda la familia se arruine por la compra de medicinas que necesita un miembro enfermo de la misma. El Derecho no exige donar un órgano al familiar que lo necesita. El Derecho no exige que el médico se agote por salvar la vida de un paciente. En todos estos casos, las omisiones no son *omisiones típicas* necesitadas de *justificación*, sino omisiones *atípicas*, esto es, omisiones que no vulneran mandatos que deberían exigir —de existir— la *lesión activa* de bienes jurídicos: El padre lesiona *activamente* el bienestar de la familia al gastar el dinero en medicinas. El médico lesiona *activamente* (de forma mediata) los bienes jurídicos de los enfermos que operaría mañana, al agotarse hoy con el último enfermo. El padre se cierra la posibilidad de evitar el robo, indirectamente, mediante la *acción* consistente en dirigir sus pasos hacia el hijo y no hacia la casa.

Todos estos son casos donde el Derecho no quiere que *se salven* bienes jurídicos que se van a ver lesionados sin la intervención del autor a costa de que él mismo *sacrifique activamente* otros bienes jurídicos a los que el Derecho atribuye mayor valor en el caso concreto. Por tanto, quien así actúa no *lesiona* ningún bien jurídico ni incumple ningún *deber*. Su comportamiento es penalmente irrelevante, *atípico*. En cambio, si opta por lo contrario actúa típica y antijurídicamente (¡Recuérdese el fundamento de la colisión de deberes de actuar y omitir con igualdad de bienes jurídicos!), salvo que se logre justificar que el autor actuó cumpliendo un deber que autorizaba salvar bienes jurídicos cuyo sacrificio no exige el Derecho a pesar de permitirlo y preferirlo.

En cualquier caso, lo que interesa destacar es que la justificación del comportamiento omisivo, como enseguida se verá, a lo que autoriza es a *no actuar en la dirección querida por el Derecho*. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento activo y en omisiones atípicas, como las de los ejemplos anteriores, donde la justificación consiste en una autorización para *actuar en favor del bien jurídico que el ordenamiento quiere preservar por encima del sacrificado*, en el comportamiento omisivo la justificación va a consistir en una autorización *para actuar en favor del bien jurídico que el Derecho no exige, aunque sí permite, sacrificar*, esto es, para *no sacrificar activamente* el de menor interés en el estado de necesidad, el del autor de la agresión ilegítima en la legítima defensa, etc.

2. Conclusión provisional

De cuanto antecede cabe extraer la siguiente conclusión: *El derecho a no actuar para defender un bien jurídico que se vería lesionado con la actuación no es un caso de justificación del comportamiento omisivo.*

Los casos tratados habitualmente como de justificación de un comportamiento omisivo no son tales. Los ejemplos más citados para demostrarlo (30), erróneamente, son los del dueño del perro que *no hace nada* para impedir que éste persiga y muerda a los ladrones que huyen con el botín del robo que se acaba de cometer, y el de la esposa que no abre la puerta tras la que ha sido encerrado con llave su marido por el hijo, debido a la agresividad desplegada por el padre contra la familia, dado su estado de embriaguez.

Ciertamente nos encontramos aquí ante casos donde el no actuar mantiene un estado o crea una situación deseada por el Derecho frente al estado que se crearía si el autor *actuase* en una determinada dirección. No es el *no actuar* lo que debe justificarse en estos casos sino, como enseguida veremos, *actuar* en tales situaciones. El no actuar en estas situaciones, en realidad, no constituye siquiera una omisión típica: ¡Nunca puede constituir una omisión típica aquella que contuviera un deber de actuar constitutivo de un delito de acción! En efecto, la *acción* de llamar al perro que persigue a los autores de un robo del que ha sido víctima un tercero, significaría, por parte del dueño del perro, un acto de participación *activa* (delictiva) en el robo.

Algo parecido ocurre con el segundo ejemplo. Aquí no existe un ataque antijurídico por parte del padre, ni siquiera una amenaza de peligro de que el ataque se pueda producir, ya que tal peligro fue atajado, y justificó con anterioridad la legítima defensa, mediante un comportamiento *activo*, por parte del hijo (para cuyo ejercicio debió realizar, y debe continuar realizando, el tipo de detención). El hijo nunca realizó, ni realiza, un tipo omisivo justificado, a pesar de que en otras situaciones distintas a la presente estaría obligado por el deber de garante respecto a su padre. Lo que ocurre respecto a la madre, que es la base del ejemplo, es que el peligro atajado por el hijo mediante el comportamiento activo se restablecería si pusiese en libertad al padre. Que la madre no actúe en este sentido no realiza tipo omisivo alguno que necesite justificación. Lo que sí necesitaría justificación, en cambio, sería que la madre *actuase*, poniendo al padre en libertad, ya que entonces estaría creando *activamente* un estado no querido por el Derecho, esto es, antijurídico (*salvo que se pudiese justificar*), que la convertiría en partícipe necesaria de los actos de agresión que el padre pudiese realizar.

(30) *Vid.*, GUNTER SPENDEL, «LK», 10.^a ed., § 32, núm. marg. 200 y ss.

3. La no obligación de omitir actuar aunque ello entrañe la no salvación de bienes jurídicos: la justificación del comportamiento omisivo

La anterior conclusión sobre omisiones que no necesitan justificación por no ser omisiones típicas, no prejuzga nada sobre el hecho de que una *actuación* dirigida única y exclusivamente a *salvar* bienes jurídicos cuyo sacrificio activo estaría *autorizado*, a su vez, pueda constituir *la justificación de un comportamiento omisivo*, esto es: *el no sacrificio activo de un bien jurídico, a pesar de la autorización jurídica para ello, en base al cese de la obligación de omitir cuando la omisión entrañará la no salvación de bienes jurídicos importantes.*

De admitirse este planteamiento, el célebre *principio de la inversión* acuñado por Armin Kaufmann (31) para clarificar el concepto de «omisión» frente al de «acción» en Derecho penal, aplicado a las causas de justificación, diría así: *Mientras que la justificación del comportamiento activo autoriza a lesionar un bien jurídico para salvar otro bien jurídico y preservar, así, un estado querido por el Derecho, la justificación del comportamiento omisivo no obliga a omitir la salvación de un bien jurídico a pesar de que con ello no se contribuya a preservar el estado querido por el Derecho.*

En efecto, al estudiar la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el genuino conflicto de deberes, se llegaba a la conclusión de que, cuando los bienes jurídicos en conflicto eran de igual valor, en cuanto al interés en su mantenimiento, cualquiera que el autor *salvara*, justificaría el sacrificio del otro por omisión, no salvándolo. Su comportamiento sería conforme a Derecho. Si el fundamento de tal principio, como se vio, reside en que el Derecho no puede *exigir* el sacrificio *activo* de determinados bienes jurídicos de la persona importantes, tal principio deberá aplicarse en los casos en que tal sacrificio activo estaría amparado por la legítima defensa.

Nadie está obligado por un deber de actuar a defender bienes jurídicos de forma ilimitada. La legítima defensa propia es un derecho que el ordenamiento jurídico concede al injustamente agredido, y nunca un deber que obligue a defenderse. Se puede renunciar a la legítima defensa propia. De la misma forma que la legítima defensa de terceros es una figura que *autoriza* a defender los bienes jurídicos de aquellos injustamente agredidos, pero no obliga, con amenazas penales, a prestar la ayuda necesaria y posible. Para ello hace falta la creación de un tipo específico que establezca un especial deber de ayuda o solidaridad entre los ciudadanos, o un deber de protección (incluidos los deberes de policías, bomberos, etc.).

La obligación de colaborar en la evitación del delito está limitada

(31) *Unterlassungsdelikte*, p. 87 y ss.

a un número reducido de importantes bienes jurídicos de la persona (32); y, además, siempre que ello no entrañe *riesgo alguno* (lo que incluye también al autor del delito). Aplicado al ejemplo del perro: El dueño del perro no está obligado por el mandato del artículo 338 bis del Código penal. Lo que quiere decir que, si decide llamar al perro, para evitar que éste muerda a los ladrones, está cumpliendo su deber de actuar desde la posición de garante que ostenta respecto al perro, sin que, por otra parte, realice un comportamiento delictivo contenido en un tipo de injusto (la no evitación del robo no está contemplada como «omisión del deber de evitar la comisión de un delito» del art. 338 bis) referido a la circunstancia de no haber prestado la ayuda a que autoriza la legítima defensa de terceros, o la legítima defensa propia en *interés del Estado* que, obviamente, no quiere que se cometan delitos ni que sus autores consigan su propósito delictivo.

Incluso, en cuanto que con su comportamiento activo (consistente en llamar al perro), cumpliendo el deber de actuar como garante de las lesiones que pueda causar su perro, ha propiciado que los ladrones huyan, cabría plantear si su conducta no es de complicidad en el delito de robo, al favorecer, eliminando el obstáculo representado por el perro, que los ladrones consigan finalmente su propósito, algo que, sin su actuación, habría sido evitado (por el perro). Sin embargo, para negar esta calificación de los hechos, cabe argumentar lo siguiente: El cumplimiento de un mandato exigido por el Derecho, en este caso de actuar (¡Evita las lesiones que puede causar tu perro!), *que mantiene su vigor porque no ha sido anulado por otro deber de mayor rango* (¡No se confunda la concurrencia de una autorización a actuar con el nacimiento de una obligación de omitir!), nunca puede configurar un comportamiento antijurídico, en este caso de complicidad (33).

De admitirse lo sustentado en los dos últimos apartados, resulta que el dueño del perro no se comporta antijurídicamente *en ningún caso*, tanto si *omite* actuar, no evitando las lesiones que ocasionará el perro a los ladrones, ya que ello no constituye una omisión típica, como si *actúa*, cumpliendo el deber de garante, que le obliga a evitar las lesiones que su perro causará, aunque con ello haya facilitado que los ladrones consigan su propósito delictivo. Lo que quiere decir, como luego se verá, que las causas de justificación permiten al autor de un comportamiento omisivo más opciones de comportamiento que al autor de un tipo comisivo.

(32) Así parece desprenderse claramente del artículo 338 bis del Código penal.

(33) La «prueba» de la legítima defensa avala esta conclusión: contra tal conducta no cabría ejercer la legítima defensa (*vid., infra*), ya que ésta (por todos: SAMSON, «SK», § 32, núm. marg. 12) requiere que el ataque sea antijurídico, lo que no ocurre en estos casos.

4. El criterio de la justificación del comportamiento omisivo como criterio unitario común al de la colisión de deberes

Si la justificación del comportamiento omisivo consiste en una autorización para actuar salvando un bien jurídico, se comprende mejor la peculiaridad de la colisión de deberes de actuar frente al estado de necesidad justificante, al tiempo que se manifiesta, también, lo que tienen en común todos los casos de justificación del comportamiento omisivo.

El estado de necesidad justificante, como se vio en su momento, exige, para autorizar la lesión de un bien jurídico, que el bien jurídico salvado tenga un interés preponderante sobre el bien jurídico sacrificado. Esta es la esencia del estado de necesidad justificante. En cambio, en la genuina colisión de deberes se admite que los bienes jurídicos en conflicto merezcan el mismo interés a la hora de sólo poder salvar uno de ellos porque, en realidad, no se autoriza a *lesionar*, mediante un comportamiento activo, un bien jurídico cuyo valor es igual al del salvado, sino que la autorización lo es a *no actuar* para *salvar*, de esta forma, un bien jurídico de igual valor que el sacrificio (lo que no es lo mismo que *sacrificar activamente* un bien jurídico de igual valor que el salvado).

Si se pone el acento sobre el bien jurídico no sacrificado, el conflicto de deberes no se distingue, en lo esencial, del estado de necesidad justificante. En ambos casos, el Derecho se propone lo mismo: no sacrificar *activamente* el bien jurídico que *no posee menor valor que el salvado*. O, extendiéndolo a todos los casos de justificación del comportamiento omisivo: *El ordenamiento jurídico autoriza a omitir todo aquello que iría en detrimento de la salvación del bien jurídico que el Derecho no exige sacrificar activamente* (34).

(34) En esta línea argumentativa, ya SCHMIDHAUSER, «AT», p. 687: «En el delito de comisión el comportamiento típico lesivo del bien jurídico sólo está justificado cuando con él se cumple una pretensión valorativa de rango superior. Ello resulta (en comparación con el delito de omisión) de que el sujeto actuante interviene modificando los acontecimientos; tal intervención sólo puede estar justificada, como lesión de pretensiones jurídicas, si proporciona algo mejor de lo que se produciría sin la intervención». «En el delito de omisión, en cambio, se trata del no actuar del autor, típicamente lesivo del bien jurídico; de aquí resulta, respecto a la justificación, una diferencia importante frente al delito de comisión: si colisionan, precisamente, dos deberes de actuar del mismo rango en una situación de hecho, de manera que el autor sólo puede cumplir uno, entonces puede elegir, omitiendo una de las acciones de forma justificada si realiza la otra, siendo indiferente cuál de ellas elija. Si, por el contrario, colisionan deberes de acción de distinto rango, de forma que el autor sólo puede cumplir uno, vale lo mismo que en el delito de comisión: el autor omite aquí una acción debida de forma justificada sólo si cumple el deber de superior de rango», p. 688: «Si un acontecimiento se dirige a empeorar por sí mismo, prohíbe el ordenamiento jurídico que alguien intervenga si no puede conseguir una mejora. Esto significa que el *actuar* en tal caso es antijurídico, pudiendo sólo resultar disculpado; mientras que el *no actuar*, en cambio, resulta justificado. Se trata, aquí, de una colisión de deberes de acción y de omisión».

IV. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS FORMAS DE DEFENDER LOS BIENES JURIDICOS MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO ACTIVO U OMISIVO QUE PERMITE EL DERECHO

La anterior conclusión sobre la justificación del comportamiento omisivo se deriva de la conclusión sobre la problemática del auténtico conflicto de deberes, cuya especificidad quedó claramente constatada; o, mejor dicho, la conclusión se basa en un principio general sobre la justificación del comportamiento omisivo (del que el conflicto de deberes sería una modalidad), según el cual no es lo mismo lesionar un bien jurídico que no evitar su lesión, por el que tanto la colisión de deberes como el estado de necesidad y las restantes causas de justificación actúan de muy distinta forma según que pretendan justificar un comportamiento activo o un comportamiento omisivo, ampliando considerablemente las posibilidades de quien quiere amparar en ellas un comportamiento omisivo frente a quien quiere amparar un comportamiento activo.

Para demostrar esta diferencia entre la justificación del comportamiento activo y la justificación del comportamiento omisivo basta preguntar qué puede hacer y qué puede omitir un sujeto para defender el bien jurídico que quiere salvar.

Si modificamos el ejemplo del perro, introduciendo la variante de que los autores del robo son los hijos de dueño del perro, y el perro no se dirige contra los ladrones, sino contra los policías que les persiguen, nos encontraremos con lo siguiente:

Si un padre observa cómo sus hijos, que han cometido un robo, son perseguidos por la policía, y observa también que el perro se dirige hacia sus hijos, con lo que dificultará su huida, puede *elegir* entre llamarlo (cumpliendo su deber de garante respecto a los hijos: justificación del comportamiento omisivo), y no llamarlo (legítima defensa de terceros por omisión: omitiendo lo que no constituye una omisión típica). Esta elección, que el ordenamiento jurídico propicia, amplía el ámbito de la justificación en la omisión, pues el padre nunca estaría autorizado a azuzar el perro contra los policías, para facilitar la huida de sus hijos, pero sí lo está a quitárselo de encima. El padre puede producir unas lesiones (mordeduras) por omisión, ejerciendo la legítima defensa de terceros (o la «Nothilfe» alemana), pero no podría proceder a una detención provisional, amparado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, azuzando al perro contra sus hijos, ya que la LECrim sólo autoriza a una retención provisional del autor del delito, pero no si para ello deben lesionarse otros bienes jurídicos, como la integridad de aquél (35).

(35) *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 378, núm. marg. 19.

Si un padre observa cómo sus hijos, que han cometido un robo, son perseguidos por la policía, y observa también que su perro se dirige hacia los policías, para cubrir la huida de sus amos, puede *elegir* entre llamarlo, cooperando activamente (legítima defensa de terceros) con la policía, cumpliendo su deber de actuar en base a un deber de protección derivado de una fuente de peligros (en este caso el perro) que, aunque no exige actuar cuando con ello tenga que cooperar a la pérdida o merma de bienes jurídicos que sus hijos experimentarán: lesiones, detenciones, etc., autoriza a hacerlo el Derecho (justificación del comportamiento omisivo), o no llamarlo, omitiendo lo que no constituye una omisión típica (no existe un deber de actuar en legítima defensa de terceros: art. 338 bis). Lo que demuestra que, mientras que el padre nunca estaría autorizado a azuzar al perro contra los policías, comportamiento activo no justificado, si lo está a no impedir, omitiendo, que el perro muerda a los policías, a pesar del deber de garante respecto a ellos. El padre ni siquiera realiza el tipo de encubrimiento por omisión, ni siquiera el de lesiones a la integridad física de los policías, no llamando al perro; pero nunca podría realizar, de forma justificada, el tipo de encubrimiento azuzando activamente al perro contra los policías.

Las mismas alternativas se dan en el segundo ejemplo: La madre que observa cómo su hijo acaba de encerrar al padre, como único medio para evitar sus agresiones, puede *elegir* entre no intervenir, con lo cual coopera en el ejercicio de la legítima defensa activa del hijo por omisión de su parte, omisión que no constituye una omisión típica que fundamentara un deber de actuar para salvar el bien jurídico de la libertad del marido, o intervenir para evitar (*y sólo para evitar*) (36) la privación de libertad del padre, con lo cual cumple el deber de actuar, salvando la libertad del padre, ya que el Derecho le autoriza a eso (justificación del comportamiento omisivo), a pesar de que, con ello, coopere a posibles agresiones ilegítimas por parte de aquél.

(36) En la terminología de HURSCHKA (Jus 1971, p. 385 y ss.; *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, p. 68 y ss), se trata del cumplimiento de un «Sicherungshandlungspflicht», que no implica la lesión activa de bienes jurídicos del hijo (lo que sería antijurídico), sino la utilización de «Rettungschancen» permitidas a la madre en virtud del estado de necesidad. Sobre esta temática: KUPER, *Grund- und Grenzfragen*, p. 80 y ss.; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 367 y ss., núm. marg. 9. Quien utiliza una de las ambulancias para salvar a un moribundo, aunque con ello cause la muerte de los restantes moribundos, que no pueden ser salvados, no realiza el tipo de homicidio (ni activamente ni por omisión); quien no suelta la tabla de Carneades que otro intenta arrebatarle, no realiza el tipo de homicidio, aunque cause la muerte de quien intenta quitársela.

V. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA ALTERNATIVA OMISIVA ELEGIDA POR EL AUTOR DEL COMPORTAMIENTO JUSTIFICADO

En el caso de que el autor opte por cumplir el deber de actuar, amparado en la causa de justificación que le cobija, al ser conforme a Derecho su comportamiento, no podrá verse afectado por lo que constituiría la acción de defensa dirigida contra quienes sí realizaron la agresión legítima (límite de la legítima defensa) (37). De esta forma, la víctima del robo, que sí podría disparar y herir a los autores del robo, si se dan los presupuestos de necesidad y proporcionalidad característicos de la legítima defensa, no podrá hacer lo mismo con quien ha cumplido su deber de actuar (ni siquiera privándole de libertad); pero, en cambio, en base al estado de necesidad defensivo, a su vez, nadie estaría obligado a omitir ejercer su derecho (en este caso: de legítima defensa) porque con ello frustre el resultado perseguido por el autor con el cumplimiento de su deber de actuar, por ejemplo: omitiendo los gritos de «¡Alto!» y las carreras para que el perro pueda oír a su amo. Y, en el segundo ejemplo, el hijo no estará autorizado a encerrar a la madre para impedirle que ésta deje en libertad a su marido, pues a eso no le autoriza la legítima defensa. Pero, en cambio, estará autorizado por el estado de necesidad a incumplir el deber, en otras situaciones existente, de ayudar a su madre a cumplir su deber de garante: el hijo, por ejemplo, podría, pues, negarse a indicarle a la madre dónde se encuentran las llaves con las que encerró a su padre. Lo que, a su vez, no pueden hacer los sujetos de uno u otro caso es proferir gritos dirigidos única y exclusivamente a que el perro no pueda oír las voces de su amo (pues se restringiría *activamente* su libertad) o arrojar las llaves con que ha sido encerrado el padre por el hijo al río, para que la madre no pueda ponerlo en libertad (comportamiento *activo* que restringiría injustamente la libertad de la madre). Frente a tales comportamientos sí cabría ejercer la legítima defensa (38).

(37) Sobre los límites de la legítima defensa, *vid.*, exhaustivamente, SPENDEL, «LK», § 32, núm. marg. 204 y ss.

(38) Se trata de una legítima defensa contra un comportamiento activo no exigido ni permitido por el ordenamiento jurídico. Distinta de esta legítima defensa es la legítima defensa frente a la agresión representada por el comportamiento omisivo de quien está obligado a actuar («Sicherungshandlungspflicht») o de quien actúa para evitar el sacrificio de sus bienes jurídicos que exige el Derecho en el estado de necesidad (Sicherungs- und Obhutspflicht), en la terminología de HRUSCHKA, «JuS», 1979, p. 393. En los casos arriba considerados, tales deberes están anulados por el derecho concedido al autor a no sacrificar ninguno de los bienes jurídicos en conflicto.

VI. RESUMEN

Lo que define a un ordenamiento jurídico es que constituye un sistema de bienes a proteger mediante normas de hacer o de omitir, vinculantes para sus destinatarios. Cuando los bienes entran en colisión, el de mayor valor y el que no se va a ver afectado si se deja correr los acontecimientos tienen preferencia sobre el de menor valor y sobre aquel cuya salvación requeriría el sacrificio activo del otro. De esta forma se solucionan problemas penales como el del estado de necesidad y la colisión de deberes de omitir (prohibiciones) y deberes de actuar (mandatos). En cambio, cuando colisionan deberes de actuar entre sí, y a igualdad de bienes jurídicos en conflicto, el cumplimiento de cualquiera de los deberes justifica la no salvación del bien jurídico protegido por el deber no cumplido. La solución al dilema de la colisión de deberes de actuar se basa en que el autor no sacrifica activamente un bien jurídico de igual valor que el salvado, sino que se limita a no salvarlo, porque el Derecho no exige nunca que se sacrifique activamente un bien jurídico de igual valor que el salvado mediante semejante sacrificio. De ahí que resulten justificados aquellos comportamientos con los cuales el autor cumple su deber de salvar un bien jurídico (cuyo incumplimiento realizaría el tipo de un delito de omisión), a pesar de que al hacerlo omitirá la salvación de otro bien jurídico al que el ordenamiento atribuye mayor valor en el caso concreto. Incluso en cuanto que la acción realizada por el autor es estrictamente necesaria para la salvación del bien jurídico que ha decidido salvar, hace conforme a Derecho lo que en otro caso constituiría un comportamiento activo de lesión de un bien jurídico no querida por el Derecho.

