

Crítica formal del concepto de la omisión (1)

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS

Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

In memoriam Prof. Dr. Ulrich Klug

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La omisión final. Crítica: A) desde el punto de vista de la metalógica de la norma; B) desde la perspectiva de la teoría de la definición; C) del contenido del requisito «capacidad de acción final». III.- La omisión típica. Crítica: A) desde la perspectiva de la metalógica de la norma; B) desde el punto de vista de la teoría de la definición. IV.- Consideraciones en torno a la viabilidad de un suprapreconcepto de la acción y de la omisión. V.- Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

1. En la actualidad nadie duda que la labor científica no puede prescindir de la lógica. Ésto resulta particularmente evidente en la ciencia penal, como lo corrobora el amplio desarrollo de sus construcciones sistemáticas.

Un sistema consiste en la ordenación lógica de los conocimientos propuestos. De lo que se deduce que el método de análisis lógico se con-

(1) Este artículo es parte del trabajo de investigación realizado en el Kriminalwissenschaftliches Institut de la Universidad de Colonia durante el curso 1992/93 sobre el tema: «La participación en los delitos de omisión». Deseo expresar mi agradecimiento más sincero a su Director Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans-Joachim Hirsch y al personal del Instituto por las atenciones prestadas. Mi estancia en Alemania ha sido posible gracias a la beca concedida por la D.G.C.T. del Ministerio español de Educación y Ciencia.

vierte en un instrumento indispensable para el avance y desarrollo teórico de cualquier ciencia.

A pesar de tal evidencia, los esfuerzos encaminados a procurar una adecuada sistematización de nuestra ciencia no son siempre bien comprendidos. Es frecuente escuchar críticas calificando tal discurso de ininteligible (2), alejado de la realidad o cuando menos superfluo. Pero, si tal cosa sucede, la confusión proviene de las carencias y no de los excesos en el uso de la lógica formal.

En dogmática penal el contenido de los enunciados usados son de tres tipos, términos jurídicos definidos legalmente, términos técnicos dotados de un contenido sumamente abstracto, como el de «injusto» o «imputación», y conceptos procedentes del lenguaje común a los que se atribuyen determinados efectos jurídicos.

Una de las tareas más difíciles en la construcción sistemática de la ciencia penal la constituye, precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre sí independientes y comprensivas.

Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos. Con ello se logra proteger las garantías de las desagradables sorpresas, como dice KLUG, «que provienen de los supuestos tácitos» (3). Este ejercicio, por tanto, procura una mayor aproximación y no lejanía de la vida cotidiana.

Así pues, a la construcción teleológica de la Ciencia penal debe vincularse por necesidad la lógica, salvo que se quiera convertirla en un simple ejercicio escolástico.

Por lógica formal se entiende *aquella parte de la teoría de la ciencia que proporciona la técnica de la prueba científica* (4). Su contenido, por tanto, es aplicable a cualquier área del conocimiento científico. Si bien, los diferentes contenidos determinarán la aparición de particularidades específicas a la hora de aplicar los principios lógicos.

Es evidente, que la lógica matemática opera sobre un sistema convencional distinto que el jurídico, pues este último lo hace sobre la «inabarcable complejidad de la vida social» (5). Pero, ésto no habilita para sostener que tal situación determina la aparición de dos lógicas diferentes. Se trata simplemente de una misma lógica general que parte de premisas con contenidos diversos.

(2) SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», traduc. J. M.^a Silva, Madrid, 1991, p. 31.

(3) ULRICH KLUG, «Juristische Logik», Berlin-Heidelberg-New York, 1982, p. 195. Existe una traducción de J. C. GARDELLA, «Lógica Jurídica», Bogotá, 1990.

(4) KLUG, «Juristische...» p. 1 y 2.

(5) SCHÜNEMANN, «Introducción...», p. 35.

SCHÜNEMANN advierte contra la posible intención de orientar según un modelo matemático de axiomas la sistematización de la Ciencia penal (6). De hacerlo, supondría «cerrar el sistema», impidiendo la necesaria adaptación jurídica a la evolución social (7).

No es deseable porque no es posible. El lenguaje utilizado en las matemáticas es convencional y susceptible de formulación simbólica. El lenguaje jurídico es natural y no admite tal descripción. Por eso, se dice, que el primero es un sistema axiomático y, el segundo cuasi-axiomático (8). Pero, salvando la diferente naturaleza del objeto, las reglas más generales de la lógica son perfectamente aplicables en la Ciencia del derecho como concuerdan, con algunas excepciones, la mayoría de los autores (9).

Como es sabido, la dogmática penal viene utilizando como base técnica de sistematización los conceptos de la sintaxis lógica, de la semántica y de la pragmática (10).

La sintaxis lógica se refiere a la teoría de las relaciones entre los signos (palabras). Tendrían un contenido sintáctico, por ejemplo, la teoría de la definición, los problemas del método axiomático, los conceptos de inferencia y deducción, etc. La semántica se ocupa de las relaciones entre los signos y lo designado. Todas las cuestiones relativas al significado e interpretación de los signos, tienen un contenido semántico. Por último, se entiende por pragmática, la teoría de las relaciones de los signos y el que los utiliza; así por ejemplo, las cuestiones acerca de la utilidad de la afirmación realizada, su novedad, etc. (11).

Por otra parte, el razonamiento dogmático debe recurrir con frecuencia al estudio de la estructura formal de las normas. Adquiere, en

(6) SCHÜNEMANN, «Razonamiento...», p. 35.

(7) Señala que las matemáticas constituyen un «sistema cerrado», mientras que la Ciencia del derecho es un «sistema abierto». Con ello, indica que los conceptos fundamentales y primitivos que integran el «sistema abierto» jurídico no forman un «numerus clausus». Lo afirmado es parcialmente cierto. K. GÖDEL demostró resultar indecible la proposición de que la Ciencia matemática sea un «sistema cerrado» (véase: «Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica», Berlin, 1931).

(8) KLUG, «Axiomatisierung und Quasiauxiomatisierung des Rechts», en «Juristische...», p. 192 a 196.

(9) Además de KLUG, entre otros: ENGISCH, «Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens», en *Studium Generale* 12, 76, 1959; EMGE, «Einführung in die Rechtsphilosophie», Frankfurt-Main-Wien, 1955; RÖDIG, «Die Dekform der Alternative in der Jurisprudenz», Berlin-Heidelberg-New York, 1969. En contra, los representantes de la denominada «Escuela del Derecho libre» (KANTOROWICZ, STAMPE, EHRLICH, etc.).

(10) Esta clasificación proviene de la lógica moderna. La tradicional distinguía sólo entre lógica material y formal.

(11) KLUG, «Problemas de filosofía del Derecho», Buenos Aires, 1966, p. 81 y 82.

este ámbito, especial relevancia el problema de la pseudoinferencia desde premisas de ser a premisas de deber ser. Cuestión que corresponde a la metateoría de las normas en general y de la metalógica de las normas en particular (12).

2. Este trabajo intenta realizar una «crítica formal» del concepto de omisión. En otros términos: verificar si las teorías más importantes sobre la omisión han utilizado correctamente las técnicas que proporciona la lógica jurídica.

Para ello he seleccionado desde una perspectiva ontológica o axiológica las más representativas: la teoría de la omisión final y la teoría de la omisión típica.

La crítica realizada a la concepción finalista de la omisión la he realizado desde un punto de vista sintáctico, comprobando que el concepto adjudicado a esta categoría no es verificable. Asimismo, desde un punto de vista semántico llego a la conclusión de la falta de plenitud de su significado. Y, por último, he tratado de demostrar que la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas, como se sostiene, encuentra su fundamento en una pseudoinferencia de ser al deber ser.

La crítica realizada a los que sitúan el juicio axiológico en el marco de la tipicidad, la he realizado desde la única perspectiva lógica posible: la sintáctica. Señalando que la construcción conceptual de la omisión por ellos propuesta, no permite acceder al concepto general conformado por la noción de «comportamiento».

Por último, admito la posibilidad de que el «comportamiento» se constituya en el supraconcepto que englobe tanto a su manifestación activa como pasiva.

II. LA OMISIÓN FINAL

1. A grandes rasgos, el debate doctrinal en torno al concepto de omisión se resuelve mediante el uso de dos metodologías diferentes: la ontológica y la axiológica.

Dentro de la primera tendencia se agrupan todas aquellas teorías que consideran que es la propiedad de *ser*, la realidad en sí, la que conforma el contenido de sentido de la omisión (y de la acción). Las propiedades inmanentes a la realidad pueden provenir de fuentes muy

(12) KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen», en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, T.I., Berlin-Heidelberg-New York, 1981, p. 99.

diversas. Por ejemplo, la causal naturalista (13) o la derivada de la propia estructura final de la acción u omisión (14).

La segunda, aparece integrada por otro grupo de teorías, de las que me ocuparé más adelante, que fundamentan el concepto de omisión desde la perspectiva del deber ser, desde la norma jurídica (15).

Es necesario advertir, que tal clasificación no es tan diáfana ni simple como aparenta. Entre ambos extremos se sitúan posiciones doctrinales intermedias que, más o menos, participan de una u otra teoría. Así sucede con el neokantismo o con aquellas que introducen el momento valorativo desde una perspectiva extrajurídica o social (16).

De todas formas, las dos posiciones doctrinales seleccionadas, la final y la normativo jurídico-penal reúnen por su rigor sistemático, las condiciones necesarias para convertirse en válidos puntos de referencia. Desde la perspectiva lógico formal, las objeciones que puedan hacerse sobre ellas, como se verá, son aplicables al resto.

2. Puede considerarse que el finalismo conforma dentro de la Filosofía del derecho una escuela ontológica (17). Su tesis de partida, no aje-

(13) Cito como autor más representativo a BELING, «Die Lehre vom Verbrechen» Tübingen, 1906; «Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen», 11.^a Edic. Tübingen 1930. La superación del rígido enfoque naturalístico de la omisión, «no hacer» (Körperbewegungskriterium), por el de, «la no realización de la acción posible», se debe a RADBRUCH, «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Straftrechtssystem», Berlin. 1904.

(14) Los máximos exponentes de esta tendencia son WELZEL, «Das Deutsche Strafrecht» 11.^a Edic. Berlin 1969, versión española, «Derecho Penal Alemán. Parte general» 11 edic. 1969, 2.^a Edic. traduc. J. Bustos/S. Yáñez. Santiago de Chile, 1976; y Armin KAUFMANN, «Dogmatik der Unterlassungsdelikte Erfolgsabwendungen und Strafgesetz», Köln-Berlin-Bonn-München 1974; ZIELINSKI, «Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff», Berlin 1973.

(15) Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria. ROXIN, «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. Luzón Peña. Madrid 1976. p. 84 y ss.; el mismo, «Literaturbericht», ZStW 82, 1970, pp. 675-692; OTTER, «Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?», Bonn 1973; SCHMIDHÄUSER, «Begehung, handlung un Unterlassung im Strafrecht», en «Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann», 1989, p. 131; SCHÜNEMANN, «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre» Göttingen 1971. En España, BUSTOS, «Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Barcelona, 1989, p. 243; COBO VIVES, «Derecho Penal. Parte General», 2.^a edic. 1987, p. 326; GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito». Madrid 1984, p. 175; HUERTA, «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», 1987, p. 308.; MIR PUIG, «Derecho Penal. Parte General, 3.^a edic. Barcelona 1990; SILVA SÁNCHEZ, «El delito de omisión. Concepto y sistema», Barcelona, 1986.

(16) Como más representativo, MAIHOFFER, «Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem», Tübingen, 1953.

(17) KLUG, «Der Legalitätsbegriff», en «Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht» Vol. I, Berlin-Heidelberg-New York 1981, pp. 26.

na al razonamiento fenomenológico, dice que la realidad posee en sí los contenidos de sentido.

Desde este punto de vista, la acción y la omisión son propiedades inherentes a la estructura de ser. Se trata de categorías ontológicas en las que subyace un juicio de valor previo al injusto (18).

Esta inmanencia reside en la cualidad «final» que posee toda acción u omisión humana. Con ello se pone en evidencia la enorme importancia que esta escuela adjudica a los elementos subjetivo-cognoscitivos eficientes o potenciales del obrar humano (19).

El finalismo distingue esta propiedad final con el nombre de «estructura lógico-objetiva». Y afirma, que la misma mantiene con cualquier tipo de regulación social o jurídica una relación de necesidad. En otros términos, la «naturaleza de la cosa» vincula lógico-objetivamente las libres posibilidades de regulación del legislador, quien sólo puede mandar o prohibir acciones finales (20).

De acuerdo con este sistema de conocimiento, WELZEL considera que la omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta (21). Por lo tanto, la naturaleza de la omisión, su contenido de sentido, sólo será aprehensible por la interacción de sus dos elementos constitutivos: la concreta capacidad de acción final y la ausencia de la realización de esa acción (22).

La «capacidad de acción final» debe reunir además del requisito impuesto por los causalistas, posibilidad física de acción, la capacidad de conducción final y la posibilidad de motivación. KAUFMANN, a su vez, añade otros de carácter intelectual, conocimiento de la situación, discernimiento sobre los medios a emplear, etc. (23).

3. Descrito así el concepto de omisión surge el problema de buscar un criterio que permita seleccionar de entre las innumerables posibles acciones finales no realizadas por el sujeto, aquellas que guarden cierta relación con la acción esperada. Pues, a falta del mencionado criterio, el sujeto «omite» siempre que no lleve a cabo cualquier acción que, con «poder del hecho posible o final potencial» mediante, no realiza (24).

(18) KAUFMANN. «Die Dogmatik der...», pp. 20 y 21.

(19) SILVA, «El delito de omisión...», p. 35.

(20) A. KAUFMANN. «Die Dogmatik der...», p. 27; HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip», Berlin-New York, 1972, p. 188.

(21) WELZEL, «Das Deutsche...», p. 201.

(22) A. KAUFMANN. «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte». Göttingen. 1959. p. 50.

(23) KAUFMANN, «Die Dogmatik...», pp. 35 a 49.

(24) Este punto ha sido profusamente señalado en la literatura alemana. Véase, GIMBERNAT, Sobre los conceptos..., p. 580 y 581; SILVA, «El delito de...», pp. 35 y ss.

Esta cuestión constituye uno de los puntos débiles de la teoría final de la omisión. Es evidente, que la referencia buscada es externa al ámbito de las estructuras de ser. Por eso WELZEL confiere al «interés» del que formula la pregunta, ¿cuál era la acción esperada (o debida)?, la capacidad de selección ausente en el concepto de omisión final (25).

Sin embargo, surge de inmediato la cuestión de si ese «interés» es un elemento constitutivo de la omisión (26). Pregunta obvia a todas luces. Pues, de ser así, ¿qué queda del concepto ontológico de la omisión? De lo contrario, tiene razón HERZBERG al decir que lo que se ha elaborado es un concepto de omisión sin límites (27).

Crítica:

La crítica que voy a efectuar se dirige en tres direcciones: a) desde el punto de vista de la metalógica de la norma, examinaré si la inferencia desde el ámbito de ser al deber ser se ha realizado respetando las reglas que posibilitan la aparición de un razonamiento lógico; b) desde la perspectiva sintáctica o de la teoría de la definición, si el concepto de «omisión final» se trata de la «explicación de una cosa» o de una simple «explicación de un uso lingüístico»; c) por último, lo haré en relación al contenido semántico del requisito «capacidad de acción final», comprobando su aptitud para comprender todas las posibles conductas susceptibles de valoración jurídico-penal.

a) *Crítica del concepto de omisión desde el punto de vista de la metalógica de la norma.*

Un punto especialmente importante en torno a la lógica interna de la norma es la discusión sobre si está permitido o no separar ser y deber ser. Es decir, si de uno o varios enunciados de ser - el ente- se pueden o no inferir uno o varios enunciados de deber ser- la norma.

Quizás debido a «la inseguridad fundamental del conocimiento jurídico» (28), es frecuente en la teoría del derecho admitir la inferencia del ser al deber ser. Así sucede cuando se afirma, que el derecho «está determinado», «debe respetar» o «tener en cuenta» ciertas propiedades adjudicadas al ser. Por ejemplo, cuando se dice, el Derecho depende de: «las legalidades sociales» (argumento sociológico), la «esencia de las cosas» (argumento fenomenológico), las «estructuras lógico-materiales» (argumento ontológico), los «intereses de los hombres» (argumento económico), etc.

Lo que a continuación vamos a discutir es si tal conexión es posible desde un punto de vista lógico, sin entrar a considerar el contenido de las premisas. Veámoslo con un ejemplo.

(25) WELZEL «Das Deutsche...», pp. 201 y 202.

(26) SILVA, «El delito de omisión...», p. 50, n.º 309.

(27) HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip» Berlin 1972, p. 203.

(28) KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», p. 100.

Cuando se dice:

a) La madurez biológica (29) se alcanza a los 14 años de edad.

b) Cuando se alcanza la madurez biológica se tiene capacidad para contraer matrimonio. Entonces:

c) Se tiene capacidad para contraer matrimonio cuando se cumplen los 14 años. Estamos sólo realizando afirmaciones sobre el ser.

En efecto, las dos premisas iniciales a) y b) enuncian dos propiedades y la proposición final c), contiene una nueva propiedad inferida de los dos primeros axiomas. Como vemos, en ninguna de ellas se expresa deber ser alguno.

El mismo ejemplo planteado desde el ámbito de deber ser sería (30):

d) Se debe contraer matrimonio cuando se alcanza la madurez biológica.

e) Se alcanza la madurez biológica a los 14 años de edad. Entonces: f) Se debe contraer matrimonio a partir de los 14 años de edad.

Aquí estamos ante un silogismo lógico normativo. De una premisa inicial normativa d) -se debe- y la no normativa e) obtenemos una proposición de deber ser f).

Ambas secuencias, las efectuadas por separado en el ámbito de ser y en el de deber ser son correctas. Ahora bien, la cuestión a dilucidar es ver si es posible, partiendo de una propiedad atribuida al ente, inferir directa y tácitamente de ella una proposición normativa. La respuesta es negativa (31). Desde una o varias premisas que enuncian únicamente propiedades de ser, sólo podemos concluir en otra proposición de ser, salvo que desde afuera se introduzca en la cadena deductiva una premisa de deber ser (32). En la lógica moderna, esta atribución expresa se conoce con el nombre de «axioma normológico de regresión» (normenlogisches Regress-Axiom (33)).

(29) BOBBIO menciona la propiedad de ser «la madurez biológica» como un argumento que se inscribe en «la naturaleza de la cosa» (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 44, 1959, p. 313. Cit. KLUG en «Die Reine Rechtslehre...», n. 10, p. 114). El desarrollo del contenido de las premisas es mío.

(30) He seguido en este ejemplo el silogismo normológico propuesto por Kelsen, aunque modificando el contenido de las premisas (En el original: a) Verträge sollen gehalten werden; b) Verlöbnisse sind Verträge; c) Verlöbnisse sollen gehalten werden). Citado por KLUG. «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», pp. 102 y 103.

(31) De esta opinión, Kelsen, «Reine Rechtslehre», Wien, 1960, pp. 5 y 6; KLUG. «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», p. 103; N. PRIOR, «Logic and the Basis of Ethics», Oxford, 1944, p. 18 (citado por Kelsen, op. cit. n.º ** p. 5); N. BOBBIO, «Archiv für Rechts...» p. 313; STRATHENWERTH, «Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache» Tübingen 1957.

(32) Utilizando la teoría de conjuntos se puede demostrar más allá de toda duda lo afirmado. KLUG, «Die Reine Rechtslehre...» pp. 103 a 106.

(33) Se define así: «Alles, was notwendige Bedingung für das Sein dessen ist, was seins soll, soll ebenfalls sein» (Todo lo que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe asimismo ser). (KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...» p. 102).

Así pues, para llegar de a) y b) a f), del «se» al «se debe», hay que hacerlo necesariamente a través de la premisa d) que opera como el mencionado «axioma normológico de regresión». En la misma, «desde afuera», se conviene en que: es condición necesaria para que se deba contraer matrimonio el alcanzar la madurez biológica.

En resumen, desde un punto de vista lógico, repito, la secuencia final idónea sería la siguiente: a), b) y d) entonces f).

Por el contrario, como antes se dijo, en la ciencia del derecho es muy frecuente simplificar la secuencia deduciendo tácitamente de las propiedades de ser la proposición normativa:

a) A los 14 años de edad se alcanza la madurez biológica

b) Se tiene capacidad para contraer matrimonio cuando se alcanza la madurez biológica. Entonces: f) Se debe contraer matrimonio a partir de los 14 años de edad.

Esta forma de razonar se llama en lógica «entimema». Y consiste en una conexión de inferencia abreviada en la que se han eliminado una o varias premisas intermedias. De esta forma se produce el «milagro» de convertir lo que es, en lo que debe ser.

El razonamiento entimemático, asimismo, limita la libertad de pronunciamiento adjudicada al legislador en la elaboración de la norma.

En efecto, lo que se está afirmando es que la «naturaleza de la cosa», el dato biológico, *vincula al legislador* a la hora de otorgar capacidad jurídica para contraer matrimonio. Situación distinta, caso de utilizar un silogismo normativo: el *legislador decide* conceder efectos jurídicos a la madurez biológica y convenir en virtud de ciertas propiedades reconocidas del ente fijarla en los 14 años de edad.

Pues bien, las anteriores consideraciones pueden aplicarse al «argumento ontológico», basado en las estructuras lógico-objetiva de la acción y omisión final.

Cuando más arriba se hablaba de la doctrina finalista se decía que la naturaleza óntica de la acción (omisión) mantiene una relación de necesidad con el Derecho. O, lo que es lo mismo, que el legislador está vinculado lógico-objetivamente a la estructura final de la acción. Esta aseveración admite, sin embargo, una doble interpretación:

a) Que determinadas leyes naturales están dadas de antemano al legislador. Esto es trivial y no admite discusión.

b) Que tal vinculación significa que el legislador partiendo de conocimientos ontológicos puede inferir proposiciones de deber ser (34). Si ello es así, como parece, nos encontramos con un argumento jusna-

(34) En lo que sigue, KLUG, «Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...», pp. 107 y 108.

turalista consistente en una pseudoinferencia desde el ser al deber ser (35).

B) *Crítica desde la perspectiva de la teoría de la definición.*

La Lógica moderna distingue dos clases de definiciones: definiciones auténticas e impropias o pseudodefiniciones (36).

Se dice que una definición es auténtica cuando establece una convención sobre las expresiones («signos») que se van a emplear. Se suelen distinguir cuatro clases de definiciones propias: Explícitas, implícitas, por abstracción y coordinadas. Desde el punto de vista lógico estas definiciones no son vinculantes ya que se basan en «convenciones» arbitrarias.

En el campo de la Lógica jurídica la definición dada por el legislador se considera explícita o auténtica. En ella se lleva a cabo una determinada convención sobre el sentido que se debe adjudicar a un conjunto de palabras. Aquí, no cabe plantear la cuestión de la verdad o falsedad de la aserción formulada, en todo caso sólo se puede discutir sobre su conveniencia (37). Un ejemplo de definición explícita es el concepto de «cómplice» dado en el art. 16 CP en coordinación con el art. 14 CP.

Toda otra definición que no se base en una convención es impropia. La Lógica moderna distingue, entre otros, dos clases: la explicación de

(35) WELZEL, propone una variante más débil del argumento ontológico cuando afirma que desde la naturaleza de la cosa se impone una barrera infranqueable al legislador: la de ordenar algo que sea imposible de cumplir («Naturrecht und materiale Gerechtigkeit», 4.^a edic. Göttingen, 1962, p. 197); A. KAUFMANN, combina argumentos ontológicos y fenomenológicos cuando al hablar sobre la ontología del derecho hace referencia a las «esencias jurídicas» («Naturrecht und Geschichtlichkeit», Tübingen, 1957, p. 28).

(36) DUBISLAV, «Die Definition», Hamburg 1981; NEINBERGER, «Rechtslogik», Wien, 1970; CARNAP, «Der Logische Aufbau der Welt» 3.^a Ed., Hamburg, 1966; del mismo, «Abriss der Logistik mit besonderer Berücksichtigung der Relationstheorie und ihrer Anwendung» Wien, 1929; KLUG «Zur Problematik juristischer Definitionen», en «Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht», T.I., Berlin Heidelberg New York, 1981, pp. 138 a 150.

La lógica clásica, distinguía dos clases de definiciones: las nominales y las reales. Se decía que una definición era nominal cuando describía el exacto significado de una expresión lingüística. La técnica empleada consistía en «fijar» con exactitud el nombre del objeto, en otras palabras, «bautizarlo». La real, en cambio, aprehende su esencia, establece el concepto de la cosa. Para ello, toda definición real debe cumplir dos requisitos: describir el «genus» próximo en el que debe estar contenido lo que hay que definir y, además, enumerar sus características propias. Por diversos motivos, que no vienen al caso mencionar, esta clasificación ha sido hoy en día abandonada.

(37) Saliendo al paso de una posible crítica de positivismo, hay que tener en cuenta que lo que se discute son aspectos lógico-formales relativos a la teoría de la definición. Aspectos, que nada aclaran sobre el contenido de la norma o acerca de su legitimidad.

una cosa (*Sachklärung*); y, las explicaciones de signos (*Zeichenerklärungen*).

Por «explicación de una cosa» se entiende el conjunto de proposiciones científicas que describen sus propiedades o su «esencia». Por ejemplo, la definición de «vida orgánica» o, en lo que nos atañe, la de «injusto penal». A diferencia de la definición auténtica, este concepto es vinculante y, por tanto, sujeto a comprobación. En este caso, es preceptivo preguntarse si las afirmaciones hechas son verificables, pues se trata de conocimientos que están sometidos a la prueba de la verdad. Este método definitorio es el utilizado, en general, por la ciencia del Derecho y, en particular, por la Dogmática penal.

Por el contrario, las «explicaciones de signos» tienen como único cometido establecer con exactitud un «uso lingüístico», por ejemplo, que se entiende por «buenas costumbres», «pudor», «honor», etc. (38); o, asimismo, se consideran «explicaciones de signos» las consideraciones vertidas en las sentencias judiciales en las que se investiga sobre lo que el legislador ha establecido de manera expresa (39). Aquí, como se puede suponer, no se exige ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente sociológico o legal utilizado.

Pues bien, lo que a continuación vamos a discutir es a que clase de definición de las más arriba mencionadas corresponde el concepto de omisión dado por los finalistas.

Los mismos sostienen, en términos de la lógica clásica, que se trata de una definición real -de una «explicación de la cosa» utilizando la terminología moderna-, pues su contenido establece la esencia del ente (40). Para demostrar tal aserto, como se sabe, se requiere que tal concepto pueda de algún modo ser verificado. De lo contrario, se tratará de una simple definición nominal o explicación de un uso lingüístico. A continuación examinaré los posibles argumentos que a tales efectos pueden ser utilizados:

i) Es evidente, que el carácter ontológico atribuido a la omisión impide su verificación desde una perspectiva lógico-matemática. Por lo dicho antes, el carácter convencional y el lenguaje simbólico usado en las matemáticas no es adecuado para la Ciencia del derecho.

ii) Lo mismo puede decirse desde un punto de vista empírico, aunque como a continuación se verá por distintos motivos (41).

(38) Como se verá más adelante, a pesar de que estos términos son utilizados por el legislador no pueden ser considerados como «definiciones legales de uso».

(39) Un ejemplo ya clásico es la definición de «ferrocarril» dada por el Tribunal Supremo alemán (RGZ I. 252. citado por KLUG, nota 180. p. 148 en «Zur problematik...»).

(40) KLUG, «Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem», T. II, pp. 155 a 173, en «Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht», Berlin Heidelberg New York, 1981.

(41) KLUG, «Der handlungsbegriff des...», p. 169.

En efecto, un suceso queda verificado empíricamente cuando es susceptible de observación y medición. Situación inadmisble cuando se trata de «observar» «la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción» (42).

No obstante, cabe argumentar lo siguiente: si se conocen suficientemente las condiciones externas es factible predecir la reacción del sujeto (observación indirecta) (43). Que, en términos de la conducta omisiva sería: lo que pudo ser, lo pudo en referencia a algo concreto y, de acuerdo con ello, se valora la potencialidad de lo que dejó de hacer o hizo y dejó de hacer.

Si la concreta referencia consiste en la acción final no realizada poco o nada hemos adelantado. Veámoslo con un sencillo ejemplo tomado de GIMBERNAT (44): cada vez que un alumno en una biblioteca de 100.000 volúmenes toma un libro (actúa finalmente) está realizando 99.999 omisiones (también finales).

Tampoco nos sirve el argumento aducido por SCHÖNE en el sentido de que las críticas hechas sólo toman en cuenta un punto de vista físico. Pero que, introduciendo el correctivo del «componente psicológico de la acción posible», este concepto finalista de la omisión es el más restringido de los posibles (45). A esto sólo cabe responder, que el grado de concreción queda al arbitrio de la abundante o escasa capacidad imaginativa del omitente.

Así pues, se puede convenir en lo siguiente: dado que las «condiciones susceptibles de conocimiento» (acciones finales posibles) son ilimitadas la omisión final no admite verificación empírica. Y, asimismo, el contrario: conociendo el referente, un comportamiento pasivo puede ser identificado como omisivo. Este referente, como veremos, no puede ser otro que la norma.

iii) Por último, queda por ver si es suficiente para nuestro propósito una verificación efectuada desde la perspectiva fenomenológica.

HUSSERL (46) y sus seguidores sostienen, que una visión inmediata del resultado (Wesensschau-Ergebnisse), la «intuición esencial», posibilita la aprehensión directa de la esencia de la cosa. En la medida, que la «finalidad» es una característica inmanente del hacer humano y admite su visión inmediata, la acción/omisión final en tanto que epifenómeno sería directamente cognoscible.

(42) WELZEL, «Das Deutsche...», p. 202.

(43) Brockhaus Enzyklopädie, 7.^a edic. T. XIX. Wiesbaden 1974, p. 504.

(44) GIMBERNAT, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento» ADPCP, 1987, p. 583.

(45) SCHÖNE, «Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit», JZ, 1977, pp. 150 y 151.

(46) HUSSERL, «Jahrbuch für Philosophie und Phänomenologische Forschung», T. XI, 1930.

Lamentablemente, este modo de verificación no es controlable desde un punto de vista racional (47). Que ello es así, lo demuestra este ejemplo en el que la «intuición», el uso de este método, nos lleva a dos «evidencias» encontradas: la tesis -«por razones ontológicas el dolo pertenece al tipo»- y, su antítesis -«por razones ontológicas el dolo es un elemento de la culpabilidad»- (48).

En resumen, si el concepto de omisión (y el de acción) dado por el finalismo es inverificable será una «*Zeichenerklärungen*» (Explicación de signos). Con ello se quiere señalar: primero, que este aserto se fundamenta sobre instituciones subjetivas (49); segundo, que la adecuación del sistema, no es otra cosa que «la conformidad con el uso lingüístico propuesto».

C.- *Crítica semántica del requisito «capacidad de acción».*

La mayor parte de las críticas efectuadas al concepto de omisión final se han venido realizando desde una perspectiva semántica. En este sentido, se objeta que el contenido atribuido al requisito «concreta capacidad de acción final» carece de plenitud. El concepto propuesto no comprende a todas las posibles conductas omisivas con relevancia jurídico-penal.

Este preponderante enfoque semántico de la crítica realizado por los más acérrimos detractores de la teoría final de la acción, en especial ENGISCH (50) y MEZGER (51), ha producido consecuencias no siempre deseables desde un punto de vista metodológico.

En efecto, quizás con la excepción de GALLAS, la crítica soslayó el punto esencial del debate: la posibilidad de verificación del concepto ontológico propuesto por el finalismo (52). En cambio, todo el esfuerzo giró en torno a demostrar que el dolo eventual o la imprudencia no entran en el «sistema final de la acción». Objeciones que no constituyen

(47) KLUG. «Die Reine Rechtslehre von...» p. 107. La intuición esencial... «un analogon lírico-conceptual parecido al concepto teológico de la revelación» (ein gedankenlyrisches Analogon zum theologisches Offenbarungsbegriff). No es necesario mencionar las copiosas críticas que ha merecido el método fenomenológico desde un punto de vista científico.

(48) KLUG. «Der Handlungsbegriff des...», p. 168.

(49) Subjetivismo al que un eminente discípulo de WELZEL, HIRSCH, ha mostrado recientemente un claro rechazo (Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 60-Jahr-Feier der Universität zu Köln», Köln, 1988, pp. 309.

(50) ENGISCH. «Der finale Handlungsbegriff», en Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin, 1944, pp. 141 a 179.

(51) MEZGER. «Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik», Berlin-München 1950.

(52) Por esta razón, GALLAS, un representante del finalismo, apercibido de la falta de base lógica de la definición renuncia sin más a la fundamentación ontológica de la acción (GALLAS. «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen» Berlin, 1955, pp. 7 y 32; cita de KLUG. «Der Handlungsbegriff des...», p. 170).

por sí mismas prueba suficiente de que el sistema sea incorrecto desde un punto de vista lógico.

Por lo tanto, dado que sobre este tema, ya tradicional de la crítica, existe abundante bibliografía (53), la mención que haré del mismo será muy breve.

Mas arriba se había señalado que el finalismo considera como un elemento de la capacidad de acción el «conocimiento de la situación» por parte del sujeto que omite. Este requisito, como no podía ser menos, se desprende de la propia estructura de la acción final. Para alcanzar el fin de la acción el sujeto debe conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos (54).

En principio, parecería que tal exigencia no ofrece mayores problemas en el ámbito de las omisiones dolosas. No obstante, aparecen serias dificultades al tratar de incorporarla a la forma básica y más extendida de imprudencia (55), la omisión por culpa inconsciente (56).

En efecto, aquí ya no se trata de la «posibilidad» de que el sujeto conozca los medios aptos para llevar a efecto el objetivo («Planungsfähigkeit»), sino de que «efectivamente» conozca el fin de su acción («potentiell-finale Tatherrschaft»)- (57).

De acuerdo con la teoría finalista, difícilmente podría ser desvalorada la conducta de la enfermera que perjudica la salud del paciente al olvidar la dieta prescrita unos días antes por el médico (58).

(53) Un preciso estado de la cuestión puede consultarse en «El delito de omisión...» de J. M.^{al} SILVA, p. 35 a 52.

(54) WELZEL, «Das Deutsche...», p. 201; KAUFMANN, «Unterlassungsdelikte...», p. 35.

(55) MEZGER, «Tratado de Derecho Penal...», p. 173.

(56) En este sentido se expresa la mayoría de la doctrina. Entre otros: CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española». ADPCP 1975, p. 41-56. NIESE, «Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit» Tübingen, 1951; HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip». Berlin-N. York, 1972; del mismo autor, «Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der Vorsätzlichen Straftat». JZ, 1987, pp. 536-541.

(57) WELZEL, «Das Deutsche...», p. 201.

(58) Ejemplo tomado de HERZBERG, «Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der Fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat», JZ 1987, p. 537. ARTHUR KAUFMANN («Das Schulprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung», 1.^a Edic. Heidelberg 1961, p. 156 y p. 162) propone la punición de estas conductas recurriendo a la institución de la «actio libera in causa». En contra, por considerarlo innecesario, CORCOY BIDASOLO. Señala que la creación del riesgo típico debe ser entendida objetivamente. Es decir, desde el momento en que la enfermera alimentó inadecuadamente al paciente. Y no subjetivamente, el juicio de imputación se realizaría a partir del momento del olvido. Solución en concordancia con la tesis que considera al resultado en los delitos imprudentes como una «condición objetiva de punibilidad («El delito imprudente», Barcelona 1989, p. 243 y 244).

Es obvio, que tal consecuencia, materialmente inaceptable, sea profusamente criticada por la doctrina mayoritaria (59). Un concepto de omisión semánticamente válido debe cumplir con la regla lógica de complitud. Por lo tanto, debe abarcar todo tipo de conducta omisiva, la dolosa y la imprudente.

III. CONCEPTO DE LA OMISIÓN TÍPICA

1. Hoy por hoy, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que la omisión es un concepto exclusivamente jurídico-penal. Lo que escuetamente significa que la expectativa de acción encuentra su punto de referencia en la tipicidad.

Esta teoría, por lo demás, no es ajena a las distintas concepciones mantenidas en torno al propio sistema del derecho penal. En efecto, ya los penalistas neokantianos se habían propuesto elaborar un «sistema teleológico» del Derecho penal mediante la introducción de «decisiones valorativas» en la teoría de la acción. Esta aspiración truncada por el advenimiento del nazismo en Alemania y tras el lapso que supuso una orientación de la dogmática hacia las pacíficas «estructuras lógico-objetivas», encuentra su desarrollo en la denominada doctrina «social de la acción». Doctrina recientemente superada por la orientación «político-criminal» contenida en la obra de ROXIN: «Política criminal y sistema del Derecho penal» (60).

De acuerdo con esta tesis se consideran irrelevantes todos los esfuerzos encaminados a elaborar un concepto de omisión previo al tipo.

Por una parte, se descartan las propuestas ontológicas, en su versión naturalista o finalista, por no reunir las condiciones de concreción y comprensión exigidas a un concepto jurídico de la omisión. «Su produc-

(59) En realidad, KAUFMANN admite sólo en el ámbito de la imprudencia el «intento defectuoso de cumplimiento del mandato» («Dogmatik...» p. 109). SCHÖNE sostiene que el problema no radica en el concepto de omisión, sino en la determinación de la norma de cuidado. Así, pues, utilizando el ejemplo más arriba mencionado, la no determinación de la norma de cuidado se debe a la omisión de una acción final, «recordar» la dieta prescrita. Con lo cual selecciona «ex post» aquella omisión, la debida, que pondrá efectivamente en peligro la vida del paciente, de entre otras muchas, que «ex ante», son ontológicamente válidas: no recordar que tiene una cita, que debe ir al cine, etc. Con lo que queda en evidencia una contradicción. (Unterlassungsbegriff...) p. 156 y ss.). Para más detalle, SILVA. «El delito...» p. 37 y ss.

(60) ROXIN. «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2.^a Edic. Berlin-New York, 1973; «Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, traduc. de Muñoz Conde, Barcelona 1972; también, SCHMIDHÄUSER, «Strafrecht Allgemeiner» Vol. I, 2.^a Edic. 1975.

to final no presenta la menor utilidad para el penalista» o «carecen de valor sistemático», son algunos de los argumentos mas frecuentemente esgrimidos.

Por la otra, y casi aduciendo las mismas razones, como veremos mas adelante, se objetan las propuestas dirigidas a fundamentar un concepto unitario de acción y omisión. Sea el supraconcepto construido sobre la base de un concepto «negativo de la acción» (61) o, sobre consideraciones sociológicas en general (62).

En definitiva, se propone que la unidad de la acción y de la omisión sólo puede salvarse en un plano jurídico-normativo, típico (63), y que el principio que les es común no es otro que el «normativo de imputabilidad personal» (64).

2. Como no podía ser menos, es en la omisión donde con mayor nitidez se aprecia el valor sistemático de tal concepción. Pues, si aún cabe discutir sobre la naturaleza ontológica de la acción, difícilmente lo permita el concepto de omisión. En efecto, MEZGER, entre otros, suministró el argumento básico al decir que: «la omisión sólo puede ser fundamentada desde afuera (externa, normativamente)» (65).

Abstenerse de ejecutar una acción, por muy final que sea, es una condición necesaria, pero no suficiente para convertirse en omisión.

(61) HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip», Berlin-New York. 1972.

(62) Bajo tal denominación incluimos a todos los que sustentan, aunque con distintas matizaciones, una doctrina social de la acción: MAIHOFFER, «Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem», Tübingen 1953.

(63) Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria. ROXIN, «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. Luzón Peña, Madrid 1976, p. 84 y ss.; el mismo, «Literaturbericht», ZStW 82, 1970, pp. 675-692; OTTER, «Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau?», Bonn 1973; SCHMIDHÄUSER, «Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht», en «Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann», 1989, p. 131; SCHÜNE-MANN, «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre» Göttingen 1971. En España, BUSTOS, «Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Barcelona, 1989, p. 243; COBO VIVES, «Derecho Penal. Parte General», 2.^a edic. 1987, p. 326; GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito», Madrid 1984, p. 175; HUERTA, «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», 1987, p. 308.

(64) ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts» en «Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch» Göttingen 1968, pp. 260-267.

(65) MEZGER, «Tratado de Derecho...», p. 293. Véase además, RADBRUCH «Zur Systematik der Verbrechenlehre» en Festgabe für R. v. Frank zum 70 Geburtstag. I. Tübingen 1930, pp. 158-173; GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», ZStW, 1955, pp. 1-48; WELZEL, referencia en nota n.º.

Salvo, que consista, además, en la no realización de la acción «socialmente esperada», «normativamente debida», etc.

ROXIN, no obstante, efectúa una rigurosa crítica a este grupo de teorías diversas englobadas en lo que se conoce por «Doctrina social de la acción». Y lo hace, no porque el punto de partida sea erróneo, sino porque no llegan en sus conclusiones hasta el final. A saber: que la acción «esperada» es sólo la «imputable» normativamente. De tal suerte, que un no hacer será considerado omisión sólo si contradice una expectativa jurídica de acción. «Acción e injusto son la misma cosa» (66).

Por fin ROXIN se decide, comenta sobre ello GIMBERNAT, a llamar a las cosas por su nombre: «ese concepto de acción no es tal concepto de acción, sino, en el fondo, el de *acción típica*» (67).

Así pues, la normativización jurídica de los conceptos de omisión y acción ha conducido a desechar cualquier intento de elaboración de un supraconcepto fuera y antes de la tipicidad (68).

Para concluir, merece la pena hacer un poco de historia. Estos argumentos no son nuevos. El mérito de los mismos debe adjudicarse a los Hegelianos (69) que ya habían identificado imputación con acción: «La imputación es el juicio por el que se expresa que el acto es una acción» (70).

Crítica:

Pasemos ahora a examinar críticamente tal teoría. Lo primero que hay que dilucidar es si desde la perspectiva de la metalógica de la norma este concepto de omisión, como «clase de realizaciones típicas», constituye un razonamiento entimemático. En segundo lugar, si se aviene con los principios lógicos de la teoría de la definición.

a) Crítica desde la perspectiva de la metalógica de la norma.

Respecto a la primera cuestión la respuesta no ofrece duda. Aquí no se produce una conexión que posibilite la producción del deber ser a partir del ser. No es de una propiedad de ser, como se pretendía con la

(66) ROXIN, «Einige bemerkungen zum...», p. 266.

(67) GIMBERNAT, Sobre los conceptos de omisión..., p. 603.

(68) «Pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad» (BACIGALUPO, «Delitos impropios de omisión», Buenos Aires, 1970, p. 70).

(69) La actualización de la vieja teoría hegeliana de la imputación se debe a HÖNIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en «Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag», Tübingen 1930, T.I. pp. 174-202. «Imputable es por tanto aquél resultado que puede ser valorado como merecedor de pena» (p. 184).

(70) «Zurechnung ist das Urteil, daß die Tat eine Handlung sei», RADBRUCH, «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem», Berlin 1904. de la misma opinión: MEZGER, «Lehrbuch des Strafrechts», München und Leipzig, 1931, p. 102; GIMBERNAT, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», Madrid, 1966, p. 607.

estructura lógico-objetiva, que «surje» la obligación de hacer, sino de la norma preceptiva recogida en el tipo penal.

Caso distinto es la situación de aquellas teorías que fundamentan axiológicamente la omisión en una expectativa de contenido social (71). En efecto, una cosa es sostener que también es omisión la no ejecución de una acción esperada desde ámbitos normativos distintos al jurídico, lo cual es correcto. Y otra, que la omisión está *determinada* por la defraudación de esa expectativa normativo-social (72).

Esta tesis, de la que surgen tres corrientes diferentes de pensamiento, respondé a una argumentación filosófica más general de contenido sociológico (73).

i) Una de ellas sostiene que las proposiciones de deber ser son simplemente hechos, proposiciones de ser (74). De esta conclusión se derivan importantes consecuencias: las proposiciones de deber ser carecen de sentido; la norma es un «hecho jurídico»; la Ciencia del derecho es una parte de la Sociología del derecho. Si bien, tal opinión es inaceptable desde el punto de vista de los fines de la norma, el razonamiento es irreprochable: de una proposición de ser sólo se infieren proposiciones de ser.

ii) Otra, utilizando consideraciones de índole pragmático busca promover una mejor adecuación del derecho con las necesidades sociales. Los resultados de la filosofía del derecho deben quedar vinculados a las «regularidades tendenciales» (tendenziellen Regelmäßigkeit), observadas en la sociedad (75). En la medida que las regularidades tendenciales son determinantes se vuelve a razonar entimemáticamente.

iii) Por último, también razona entimemáticamente cuando se afirma, que la superestructura ideológica, conformada por las proposiciones de deber ser, está determinada por una clase social materialmente interpretada. Es decir, bajo la forma de proposiciones de ser.

b) *Crítica desde el punto de vista de la teoría de la definición.*

Pasemos a la segunda cuestión. Veamos si el concepto normativo jurídico-penal de la omisión desde la perspectiva de la teoría de la defini-

(71) ENGISCH, «Der finale ...», p. 161; MAIHOFFER, «Der soziale Handlungs-begriff» en Festschrift für Schmidt zum 70 Geburtstag. Göttingen 1961, pp. 170 y ss.; MAIWALD, «Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?», en ZStW 1974, pp. 625 a 655; WESSELS, «Strafrecht» AT, 6.^a edic. 1976, pp. 16 y ss.

(72) BLOY, usando una terminología formalmente distinta llega, no obstante, a la misma conclusión: la acción socialmente esperada, si no está refrendada por un mandato jurídico, nada dice sobre su naturaleza ositiva («Finaler und sozialer Handlungsbegriff» en ZStW, 1978, p. 619).

(73) KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans...», p. 112.

(74) GEIGER, «Arbeiten zur Soziologie», Neuwied, 1962.

(75) GURVICH, «Grundzüge der Soziologie des Rechts», Neuwied, 1960.

ción es correcto. Para efectuar este análisis es preciso completar algunas de las nociones generales sobre la definición efectuadas más arriba (76).

1. En general, toda definición puede ser escrita en forma de una ecuación. La parte izquierda está constituida por el definiendum (X), el nuevo signo a introducir y la parte derecha por el definiens (Y), el signo ya conocido. A su vez el signo de igualdad que media entre ambas indica que se trata de una definición. Por último, agregando el símbolo Df al definiens, literalmente $X =_{Df} Y$, significa que X podrá siempre ser sustituido por Y.

Así, por ejemplo, en el art. 284 CP se da el concepto legal de «moneda», definiens, y en el art. 286 CP. se hace referencia a tal término en el contexto de: «expedición de moneda falsa, cercenada o alterada», definiendum. La expresión «moneda» empleada en el art. 286 puede ser sustituida por el complejo de palabras utilizado en el art. 284. Esto quiere decir que todas las definiciones son en general eliminables mediante la sustitución del definiendum, allí donde aparezca, por su correspondiente definiens.

Estos frecuentes supuestos se conocen con el nombre de «construcciones conceptuales legales» y, como es fácil suponer, se tratan de cadenas de definiciones explícitas en sentido estricto. Es muy importante aclarar que el primer definiens puede también constituirlo una «**definición de uso**» (Gebrauchsdefinitionen). Es decir, aquellas expresiones que utiliza continuamente el legislador y que, a pesar de no estar definidas, no obstante, el contexto en el que se emplean permiten sin dificultad establecer su contenido (77). Como sucede, por ejemplo, con el concepto de «pena». Si bien, el Código penal no establece su definición, el contexto en el que el legislador la utiliza permite interpretarla siempre como «sanción impuesta por el Estado» o similar. Existe acuerdo en considerar a la definición de uso del legislador como una definición legal más.

Pero, no sólo en el Código se utilizan las construcciones conceptuales. También lo hace la Jurisprudencia y la Ciencia del derecho. A diferencia de las anteriores se trata, por el contrario, de «explicaciones de signos», en los que se investiga un uso lingüístico, como precisamente sucede con las nociones de «comportamiento» y de «omisión». En general, son expresiones utilizadas en el lenguaje común y tácitamente su significado se presupone al ser usadas en el lenguaje jurídico. Asimismo, se diferencian de las anteriores en que la lectura de la cadena definitoria conduce a un concepto jurídico general o fundamental y no a un concepto legal.

(76) En lo que sigue, KLUG, «Zur Problematik juristischer...», pp. 138 y ss.

(77) KLUG. «Zur Problematik...», p. 142.

EMGE (78) facilita un claro ejemplo de construcción conceptual propia de la Ciencia del derecho, cuando desarrolla el concepto del «derecho» como condición de todo lo jurídico. Su investigación parte de un «uso lingüístico» existente, «derecho». A partir de aquí busca las ecuaciones definitorias constitutivas del material inicial hasta llegar al extremo izquierdo de la secuencia, «jurídico». Naturalmente, este análisis conceptual lo único que persigue, no es poco, es aclarar el significado de un signo y, por tanto, se debe inquirir sobre la corrección de sus resultados.

2. Pues bien, entiendo que la omisión, al carecer de definición legal, es una construcción conceptual de la Ciencia del derecho y en particular de la dogmática penal. Por lo tanto su análisis admite investigar los pasos que conforman la cadena definitoria. Como ya sabemos, la lógica de la misma depende de que el primer definiens de la derecha pueda sustituir al resto de los términos situados a su izquierda. En otras palabras, que la propiedad adjudicada al primer definiens se repita en todos los términos de la ecuación.

La hipótesis de la que aquí se parte es la siguiente: **el material inicial que conforma el primer definiens lo constituye el concepto general de comportamiento** (79). Si ésto es así, la crítica que cabe hacer al concepto jurídico-normativo de la omisión es la de haber elaborado una construcción conceptual de la omisión abreviada.

La comprobación de esta hipótesis exige como primer paso dilucidar si la omisión constituye una «definición de uso» utilizada por el legislador. Si fuera así, quedaría suficientemente probado, que el concepto jurídico-normativo de omisión es correcto desde un punto de vista formal. Caso contrario, nos encontraríamos con un «concepto jurídico fundamental» no definido.

Como ya sabemos, la condición que se exige para la existencia de una definición de uso es que los diferentes contextos en los que aparece la expresión permitan interpretar su contenido unívocamente.

No es éste el caso de la omisión. En primer lugar, el término, creo haber contado bien, sólo es utilizado cinco veces en nuestro Código pe-

(78) EMGE, «Einführung in die Rechtsphilosophie», Frankfurt/Main, Wien, 1955, pp. 227 y 228 (citado por KLUG, «Zur Problematik...», p. 144). Se puede encontrar una exposición más general sobre la interacción de «usos lingüísticos» y Ciencia del derecho en el mismo autor, «Philosophie der Rechtswissenschaft», Berlin, 1961.

(79) Comparto la misma opinión sobre los conceptos de omisión y comportamiento mantenidas por GIMBERNAT. Soy del parecer que desde un punto de vista formal las conclusiones a las que llega son totalmente correctas. Si bien discrepo en algunos puntos esta falta de acuerdo no es esencial. (Véase su artículo ya citado: «Sobre los contextos de omisión y de comportamiento»).

nal (80). No obstante, sería un número más que suficiente, si se considera que el delito queda definido en el art. 1.º. Pero, nada claro hay al respecto, como lo demuestra la fuerte polémica doctrinal relacionada con la interpretación (81) del mencionado artículo.

En segundo lugar, existe un nutrido grupo de preceptos legales en los que se hace mención, sin utilizar la expresión «omisión», de conductas pasivas susceptibles de sanción penal (82). Y, por último, otro, en el que el hacer típico descrito admite la posibilidad de su ejecución mediante un «no hacer». Con la salvedad de que, a falta en nuestro Código de una cláusula de transformación, como la del §13 del StGB, la tarea de establecer la identidad estructural entre la omisión y la correspondiente realización típica comisiva resulta en extremo dificultosa.

En definitiva, todas las razones apuntadas indican que sería forzado considerar al término «omisión», utilizado explícita o implícitamente en el Código, como una «definición de uso».

Así pues, nos encontramos ante un **concepto jurídico fundamental**. En otros términos, un definiendum que describe lo siguiente: comportamientos pasivos, consistentes en un no hacer, jurídico-penalmente desvalorados.

El segundo paso para demostrar la viabilidad de nuestra hipótesis es averiguar si a este concepto le sigue otro que, al menos, conserve alguna de sus propiedades.

Ello es fácil. La exigencia de actuar de determinada manera puede provenir de otras fuentes normativas distintas a la jurídica. El «no honrar a los padres», por ejemplo, constituye también una omisión de acuer-

(80) En el art. 1.º: en el anunciado del Capítulo V, Tit. IV, L. II, se dice, «Omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad»; a propósito del funcionario público que no prestare la debida cooperación para la Administración de Justicia... se añade en el párrafo segundo del art. 371 «si de su omisión resultare...»; en el L. II, Tit. XIII, Cap. IV, titulado: «De la omisión del deber de socorro»; y, por último, en este mismo capítulo, en el art. 489 ter. «el que omitió el auxilio...».

(81) Un sector de la doctrina atribuye un significado dogmático al art. 1.º: CEREZO (Curso de Derecho penal español, 3.ª edic. 1985, p. 299). RODRÍGUEZ DEvesa (Derecho penal español, 8.ª edic. 1981, p. 331). COBO-VIVES (Derecho penal, 2.ª edic. 1987, p. 175). Otros, entre ellos SILVA, («El delito de omisión...», p. 143), proponen una lectura del mismo en el sentido de tipo total del injusto. Por fin, algunos consideran que el art. 1.º cumple una función político-criminal: BUSTOS (Manual de Derecho penal, 3.ª edic. 1989, p. 152). MIR (Los términos «delito» y «falta» en el Código penal. ADP, 1973, p. 319).

(82) Por ejemplo: en los delitos contra la seguridad del trabajo, «no exijan» (art. 348 bis a); delitos contra la Hacienda pública, «no hubieran anotado» (art. 350 bis c); en el ámbito de la familia, «el que dejare de prestar asistencia», «el que dejare de pagar» (arts. 487 y 487 bis), «el que dejare de prestar los deberes de guarda» (art. 584). etc.

do con un código de conducta social o religioso e incluso, en algunos casos, penal. Sobre este punto no existen discrepancias doctrinales (83).

Sin embargo, es conveniente hacer aquí hincapié en una observación hecha más arriba. Sería volver a razonar entimemáticamente deducir de lo afirmado lo siguiente: el contenido de la omisión jurídicamente delimitada ya lo estaba en el ámbito extrajurídico (84). Si así fuese, convertiría la «expectativa social» en un requisito común a ambas clases de omisión (85). Como ya sabemos, el legislador dispone de posibilidades extraordinariamente amplias para regular su lenguaje y, por lo tanto, crear omisiones directamente o atribuir a las que ya existían en el ámbito extrajurídico relevancia jurídica (86).

Así pues, al concepto de omisión típica y por extensión jurídica, le sigue otro extrajurídico. Definiens que admite la siguiente formulación: **Comportamiento pasivo, consistente en un no hacer, normativamente desvalorado.**

Los elementos comunes, por tanto, en ambos tipos de omisión son dos: uno, que se refiere a una propiedad de ser del comportamiento -la pasividad; y, otro a una propiedad del deber ser proveniente de un juicio axiológico (normativo) negativo. La diferencia radica en que este último surge de dos ámbitos distintos: el extrajurídico y el jurídico.

En resumen, la omisión consiste en un comportamiento pasivo merecedor de un juicio axiológico negativo. Se trata de una categoría normativamente valorada y no ontológica. Si tal juicio desaparece nos quedará tan sólo una propiedad de ser neutra: el comportamiento pasivo.

Es importante insistir en esta idea. **Omisión no es una forma de comportamiento, sino una proposición de deber ser (norma) atribuida a una forma de comportamiento.** Esta «atribución» equivale a introducir, desde la perspectiva de la metalógica de la norma, lo que denominamos un «axioma normológico de regresión». Proposición de deber ser que opera como propiedad de ser en la omisión. Si se eli-

(83) SILVA. «El delito de omisión...», p. 95.

(84) Realizar tal afirmación implica además, considerar como prejurídico lo que en realidad es extrajurídico. «Existe una omisión extrajurídica, no una omisión prejurídica» (GALLAS. «Beitrag zur Verbrechenslehre», Berlin, 1968, p. 16).

(85) LENCKNER en Schönke-Schröder, 21.^a Edic., n.º 37, §13; SCHÜNEMANN. «Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten». Göttingen, 1971, p. 18; SILVA. «El delito de omisión...», p. 95 y ss.

(86) «...el legislador puede muy bien declarar que una comerciante es un comerciante, como se deduce del art. 1 del Código de Comercio alemán». KLUG, «Die Reine Rechtslehre...», p. 108.

mina esta inferencia, nos encontraremos con un concepto natural de la omisión (87) y todo lo dicho respecto al finalismo le es aquí aplicable.

Pues bien, el tercer elemento que conforma la construcción conceptual de la omisión lo constituye el mencionado comportamiento pasivo por contraposición al activo. Y, por fin, el primer definiens, cuarto término de la construcción conceptual, lo constituye el comportamiento mismo. Concepto general fundamental que engloba tanto a los activos como a los pasivos. Sobre ello volveré brevemente más adelante.

De ser cierto lo aquí expuesto, la crítica que merece la teoría que nos ocupa es la de que el análisis conceptual de la omisión se detiene arbitrariamente en el ámbito jurídico-penal. El definiendum «no hacer típico» lo transforma en el único término de su construcción conceptual.

3. Digamos por último, que desde un punto de vista material este corte efectuado a partir del ámbito jurídico-penal no es tan pacífico y tan «útil» como se pretende.

Y no lo es, si se interpreta que la función preponderante del tipo es hacer cumplir las exigencias derivadas del principio «nullum crimen sine lege» (88). AMELUNG señala que tal cometido atribuido al tipo es exclusivamente formal. Ya que el principio «nullum crime» determina sólo la forma, pero no el contenido del tipo penal. Ello conduce, como señala el citado autor, a una no deseable «neutralización de la política criminal en el plano de la tipicidad». Consecuencia que pudiera evitarse si en el tipo también se atiende a la finalidad político-criminal perseguida por el legislador. Función, que no contradice, por una parte, la exigencia de una interpretación literal de la norma y, por otra, permite efectuarla desde una perspectiva, como debe ser, jurídico-constitucional (89).

Pues bien, tales excesos formales son consecuencia directa de considerar a lo típico, sin hacer las debidas matizaciones, como lo único que confiere utilidad dogmática al concepto de la acción y omisión. Este re-

(87) Tanto da en su versión intransitiva, la omisión como un «no hacer nada» (BELING, «Die Lehre vom Verbrechen», Aalen 1964, p. 9) o transitiva, «no hacer algo posible» (RADBRUCH, «Der handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem», Darmstadt 1967 (VER PAGINA).

(88) ROXIN, «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1.^a edc., Berlin 1970, p. 15. (Existe traducción española e introducción realizada por MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972).

(89) AMELUNG, «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems vom Roxin», en JZ 18, 1982, pp. 617 y 618. (Existe traducción de SILVA en «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», Madrid, 1991).

celo de positivismo (90) puede ser eliminado evitando en la tipicidad la disociación de la forma jurídica y del contenido político, de la dogmática y de la política-criminal (91).

IV. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA VIABILIDAD DE UN SUPRACONCEPTO

¿Existe un supraconcepto que incluya la acción y la omisión? Muy brevemente, paso a examinar este punto objeto de amplias discusiones doctrinales.

a) Un sector significativo de la doctrina defiende la viabilidad del supraconcepto si bien manejando razones diversas.

Un grupo, liderado por Armin KAUFMANN (92), desde una perspectiva ontológica sostiene que «la capacidad de acción» constituye el elemento común de la acción y de la omisión.

Por el contrario, otros autores señalan que tal supraconcepto sólo puede ser elaborado desde el ámbito jurídico-normativo. No obstante, cabe aquí diferenciar dos corrientes de pensamiento. Una constituida por lo que mantienen una concepción «negativa de la acción» y la otra por los que señalan, que es en la tipicidad el lugar en el que tal supraconcepto tiene su asiento.

Para terminar, diremos que entre los autores más representativos de la Teoría negativa de la acción, cabe destacar a HERZBERG (93) y BEHRENDT (94) que sitúan el requisito común a la acción y omisión en la «posición de garante», si bien BEHRENDT lo matiza aduciendo razones materiales de contenido psicológico; y JAKOBS (95) que enfoca el problema a partir de la función motivadora de la norma penal.

(90) Aún cuando lo «positivo» haya de entenderse en el sentido dado por LUHMANN, es decir, en «política destilada». (AMELUNG, «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin», JZ, 1982 p. 617).

(91) AMELUNG, «Zur Kritik...», p. 618.

(92) KAUFMANN, «Die Dogmatik der...», p. 83.

(93) HERZBERG, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip», Berlin-New York, 1972 y ss.; del mismo, «Täterschaft und Teilnahme. Eine System Darstellung anhand von Grundfällen», München, 1977, p. 97. Acción y omisión se pueden definir de la misma manera: «evitable no evitar en posición de garante» (vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung).

(94) BEHRENDT, «Die Unterlassung im Strafrecht», Baden-Baden, 1979, p. 93 y ss.

(95) JAKOBS, «Strafrecht. AT.» 1983, p. 119 y ss. Comparte una concepción negativa de la acción, aunque se muestra crítico al rol adjudicado por HERZBERG a la posición de garante.

Crítica:

Pues bien, desde un punto de vista formal la concepción de KAUFMANN es inaceptable. Valga decir, que si los conceptos finales de la acción y de la omisión ofrecen fuertes reparos, difícilmente podrá verse libre de ellos un supraconcepto elaborado a partir de los mismos (96).

Las razones aducidas por los que mantienen un concepto negativo de la acción (97), son asimismo rechazables desde una perspectiva semántica. La propuesta manejada por HERZBERG y BEHRENDT adolece de falta de comprensión, ya que la exigencia específica de la «posición de garante» deja afuera del supraconcepto a los delitos puros de omisión. Asimismo, la hecha por JAKOBS (98) debe ser criticada por su ambigüedad. En efecto, el autor sostiene que la norma penal *sólo* puede motivar a no realizar aquello que es evitable o a evitar la no evitación de un resultado, y construye, sobre esta capacidad motivadora de la norma, el supraconcepto. En realidad, lo que hace, utilizando otras palabras, es argumentar igual que WELZEL, cuando afirmaba que: las normas *sólo* pueden mandar o prohibir una conducta final. El legislador puede dictar también normas sumamente «inconvenientes» sin que por ello dejen de ser auténticas.

Caso distinto es el de un supraconcepto construido sobre bases, no particularizadas, jurídicas o jurídico-penales. Aquí ya no se le puede criticar de entimemático al razonamiento, pues claramente se conviene en que la existencia de ambas categorías surge de una misma atribución de índole normativa general. El problema, sin embargo, se sitúa en otros terrenos.

Si consideramos que el supraconcepto sólo puede ser construido a partir de la tipicidad, las razones aducidas anteriormente, desde la óptica de la teoría de la definición, le son igualmente aplicables. Si situamos el límite en el ámbito normativo general debemos darles parcialmente la razón.

Ciertamente, la omisión y la acción se sustentan en sendos juicios axiológicos negativos y, desde este punto de vista, se puede sostener que tal requisito conforma el elemento común de ambos comportamientos. No obstante, cabe preguntarse si hemos llegado al final del camino, o quizás exista un concepto más primitivo y común a ambos tipos de conducta.

La opinión que aquí se mantiene es la de que este supraconcepto se debe situar en un plano previo al axiológico y que radica en una

(96) Desde un punto de vista material véase SILVA, «El delito de omisión...», p. 52 y ss.

(97) Véase SILVA, «El delito de omisión...», p. 57 y ss.

(98) JAKOBS, «Strafrecht...», p. 120.

idéntica *propiedad de ser* común a ambos tipos de conducta: el comportamiento.

Como es sabido, RADBRUCH, seguido por la mayoría de la doctrina, considera inviable un supraconcepto que englobe tanto a la acción como la omisión. Su argumentación se basa en que ninguna de las propiedades que contiene la acción —un hecho, una voluntad y una relación de causalidad— se repiten en la omisión. La naturaleza de ambas categorías es tan opuesta, dice, que «el sistema (penal) queda de arriba a abajo dividido en dos partes» (99). Afirmación que suscitó, sea dicho de paso, el irónico comentario didáctico de LISZT: «Con ese designio escriba un día un libro de texto» (100).

Pues bien, a estas dificultades pedagógicas se añade otra de mayor entidad. Y es, que RADBRUCH confronta la acción con la omisión en un ámbito en el que **la omisión aún no existe**. En efecto, si bien el autor mantiene un concepto transitivo de la misma, no deja por ello de ser ontológico. Y, consecuentemente, infiere directamente de ciertas propiedades de ser, proposiciones de deber ser. Por eso llama «omisión» a lo que en realidad es «comportamiento pasivo». Y ésto es falso, pues como sabemos, la omisión desde un punto de vista formal y material es un concepto normativo.

Aclarado este punto, cabe discutir si el comportamiento pasivo y activo son categorías ónticas (propiedades de ser) carentes de un *genus* próximo y común. Podemos, para ello, sopesar los argumentos aducidos por RADBRUCH, siempre que leamos «comportamiento pasivo o activo» allí donde él dice «acción» u «omisión».

GIMBERNAT (101) trata en profundidad el tema y creo que demuestra sobradamente que la presencia o ausencia de la voluntad no se constituyen, respectivamente, en diferencias encontradas de ambas conductas. Además, se puede argumentar de la forma siguiente: si bien RADBRUCH ha señalado dos características esenciales, existencia de un hecho y relación causal (no tres como pretendía) que las distinguen, ello no habilita para deducir que la naturaleza óntica de ambas es absolutamente independiente entre sí. En efecto, tal afirmación sólo es plausible si demuestra que **todas las propiedades de ser** constitutivas de tales conductas son efectivamente distintas (102).

(99) RADBRUCH, «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem». Berlin. 1094, p. 143. (Véase nota siguiente).

(100) Cita recogida en G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie I*, Edición a cargo de Arthur Kaufmann. Heidelberg 1987, p. 62.

(101) Remito al lector al artículo de GIMBERNAT ya citado, «Sobre los conceptos de omisión y...», pp. 595 a 600.

(102) RÖDIG, «Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz», Berlin, Heidelberg, New York. 1969, p. 91.

En definitiva, es en el comportamiento entendido como manejo no determinista de procesos causales, el lugar en el que se encuentran ambas conductas. Ésta es su característica común. El sujeto se relaciona con el mundo exterior mediante procesos causales, bien provocándolos, no iniciándolos o dejando que sigan su curso. Esta relación adquiere la cualidad de humana siempre que la susodicha interacción sea consciente, y no determinada físicamente (103).

Se puede objetar que tal concepto es obvio, quizás trivial. Tales consideraciones pragmáticas no afectan, sin embargo, a la delimitación del «concepto general» y el esclarecimiento de su contenido (104).

V. CONCLUSIÓN

1. Entiendo que la omisión desde un punto de vista formal puede definirse como **aquella proposición de deber ser que se atribuye a determinadas formas pasivas de comportamiento.**

Con ello se indica:

a) Que son dos las propiedades constitutivas del concepto: una propiedad de ser —el comportamiento—, en este caso pasivo; y otra propiedad de deber ser, consistente en un juicio axiológico de carácter normativo.

b) La fuente normativa confiere la cualidad de omisión al comportamiento pasivo, sea en un ámbito extrajurídico, jurídico o, en lo que nos atañe, jurídico-penal. Ámbitos que no necesitan coincidir.

c) La formación de un supraconcepto que englobe tanto a la acción y a la omisión, sólo puede realizarse en un plano ontológico: el de ser. El elemento común lo constituye el comportamiento. Primer definiens y cuarto término de la construcción conceptual de la omisión.

2. La importancia de una revisión formal de esta categoría está relacionada estrechamente con el concepto que se tenga de «legalidad».

(103) Para más detalles, GIMBERNAT, «Sobre los conceptos de omisión...», pp. 583 y ss. Comparto el concepto de comportamiento dado por el autor: «relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales» (p. 587), con la siguiente salvedad: prefiero hablar de «conducta no determinada», que «libre». Pues, en la medida que la «libertad» es una proposición «indecidible», la atribución de su contenido debe hacerse negativamente.

(104) «...el comportamiento humano es el primer presupuesto del injusto penal y el punto de partida de la definición dogmática y legal de delito» (MIR PUIG, «Derecho Penal, PG, Barcelona 1990, p. 193).

Cuando se habla de las vinculaciones lógico-objetivas del legislador, se recurre a una «legalidad ontológica». Al no ser tal hipótesis verificable hará que nos movamos en el campo de la fe filosófica (105).

Si la legalidad se refiere sólo a la Ley misma, habrá que convenir que se trata de una «legalidad positiva».

Por último, si la actitud del que caracteriza una conducta humana no se refiere sólo a las leyes, sino al Derecho, estaremos ante una «legalidad ética» y, como dice KLUG, ésta es la que precisamente define a un verdadero jurista (106).

(105) KLUG, «Der Legalitätsbegriff», p. 30.

(106) KLUG, «Der Legalitätsbegriff», p. 31.