

Diego-Manuel Luzón Peña

~Omisión impropia o comisión por omisión.

**Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad,
posiciones de garante, equivalencia (concreción del
criterio normativo de la creación o aumento de peligro o
riesgo) y autoría o participación~**

Libertas

Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales

Nº 6, 2017 (julio)

ISSN: 2254-6278

SUMARIO

- Nota del Director _____ pág. 8
- El delito de defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana
Alfredo Alpaca Pérez _____ pág. 9
- Inspecciones judiciales sobre personas. ADN y sistema procesal penal argentino
Ricardo Ángel Basílico _____ pág. 53
- La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad)
Javier G. Fernández Teruelo _____ pág. 72
- Los albores del Derecho penal, la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas
Ramiro J. García Falconí y Melissa Larenas Cortez _____ pág. 97
- Aspectos actuales de los delitos de estafa en el Código Penal chileno
Carlos Künsemüller Loebenfelder _____ pág. 112
- Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación
Diego-M. Luzón Peña _____ pág. 145
- Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal
Juan Luis Modolell González _____ pág. 273
- Una aproximación al concepto de «corrupción». Las recientes leyes de reforma del Código Penal alemán sobre la materia
Margarita Roig Torres _____ pág. 288

OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN. CUESTIONES NUCLEARES: IMPUTACIÓN OBJETIVA SIN CAUSALIDAD, POSICIONES DE GARANTE, EQUIVALENCIA (CONCRECIÓN DEL CRITERIO NORMATIVO DE LA CREACIÓN O AUMENTO DE PELIGRO O RIESGO) Y AUTORÍA O PARTICIPACIÓN*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid.
Presidente de honor de la FICP.

Resumen: El presente trabajo analiza detalladamente las cuestiones nucleares de los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, que habían sido anticipadas por el autor, algunas parcialmente en varios artículos recientes (en GA 2016-5, *Libertas* 5 2016 y Foro FICP 2017-1), y todas ellas pero de modo bastante menos extenso en el capítulo 31 de la 3.^a edición de su manual (versión española: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.^a, Valencia, 2016, y versión para Iberoamérica: *Derecho Penal, Parte General*, 3.^a, Buenos Aires/Montevideo, 2016), o sea: la pretendida causalidad, la imputación objetiva tanto de la propia conducta ex ante como del resultado ex post, las posiciones de garante o deberes jurídicos especiales de garantía, la plena equivalencia valorativa a la causación activa que permite la subsunción en el tipo comisivo, es decir, el criterio de imputación objetiva de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma desde la perspectiva normativa social o incluso jurídica, y el completo desarrollo y fundamentación de este criterio de equivalencia tanto en los garantes de control como en los de protección, los criterios y supuestos de la autoría y la participación mediante omisión y por último el tratamiento posible *de lege lata* y más

* El presente trabajo analiza detalladamente las cuestiones nucleares de los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión que se mencionan en el título, y que habían sido anticipadas por mí, algunas parcialmente en varios artículos recientes: Gleichwertigkeit der Unterlassung mit der Begehung: Schaffung oder Erhöhung der Gefahr durch die Unterlassung. Eine Skizze, en GA 2016-5: N° especial: Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, 275 ss.; Equivalencia de la omisión a la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión misma en la comisión por omisión. Un esbozo, *Libertas* 5 2016: Núm.5 monográfico extraordinario: Liber amicorum a Claus Roxin por su 85.º aniversario (Versión en español de la cit. Freundesgabe für Claus Roxin), 83 ss.; y Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, Foro FICP 2017-1, 219 ss.), y todas ellas pero de modo bastante menos extenso en el capítulo 31 de la 3.^a edición de mi manual (LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP, PG*, 3.^a, Valencia, Tirant, 2016, la vers. española, y vers. para Iberoamérica: *DP, PG*, 3.^a, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2016. Esta versión mucho más completa pasará a la primera parte del Cap. 31 de mi Tratado de DP, PG, en el que estoy trabajando intensamente. Mis posiciones sobre la equivalencia entre la omisión impropia y la causación activa habían sido anticipadas en los años 70-80 en los artículos cits. *infra* en n. 176.

El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2014-58546-R, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación.

Los preceptos sin indicación de texto legal o mencionando solamente CP corresponden al CP español actual de 1995. Las STS (sentencias del TS español) citadas corresponden a la Sala 2.^a, de lo Penal.

adecuado *de lege ferenda* de las omisiones de garante que siguen siendo omisiones propias pero agravadas y no llegan a ser omisión impropia.

Palabras clave: omisión impropia; comisión por omisión; causalidad; imputación objetiva; posición de garante; deber de garantía o de garante; equivalencia de omisión y comisión activa; autoría; participación; omisiones propias agravadas de un garante.

Zusammenfassung: Die vorliegende Arbeit behandelt eingehend die Kernfragen der unechten Unterlassungsdelikte, d. h. der Begehung durch Unterlassung, die schon vom Verfasser kürzrer vorweg dargestellt worden waren: davon manche teilweise in verschiedenen jüngst erschienenen Aufsätzen (in GA 2016-5, Libertas 5 2016 und Foro FICP 2017-1), und all diese Fragen aber viel weniger eingehend im Kap. 31 der 3. Auflage seines Lehrbuchs (spanische Fassung: Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3. A., Valencia, 2016, und iberoamerikanische Fassung: Derecho Penal, Parte General, 3. A., Buenos Aires/Montevideo, 2016); d. h.: die vermutliche Kausalität, die objektive Zurechnung sowohl ex ante des Verhalten selbst, als auch ex post die des Erfolgs, die Garantstellungen oder besonderen rechtlichen Garantpflichten, die volle Wertgleichstellung oder –gleichheit mit der aktiven Verursachung, die Subsumtion unter dem Begehungstatbestand ermöglicht, also das zur objektiven Zurechnung erforderliche Kriterium der Schaffung oder Erhöhung der Gefahr oder des Risikos durch das Unterlassen selbst vom sozial- oder sogar rechtlich-normativem Gesichtspunkt her und die vollständige Begründung und Entwicklung dieses Gleichstellungsmaßstabs sowohl für die Schutzgaranten als auch für die Kontrollengaranten, die Kriterien und Fälle der Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassung, und schließlich die *de lege lata* mögliche und die *de lege ferenda* geeignetere Behandlung von denjenigen Unterlassungen eines Garanten, die immerhin noch echte, wenn auch schwerere Unterlassungen und keine unechte Unterlassungen sind.

Schlüsselworte: unechte Unterlassung; Begehung durch Unterlassung; Kausalität; objektive Zurechnung; Garantstellung; Garantpflicht; Gleichwertigkeit von Unterlassung und aktive Begehung; Täterschaft; Teilnahme; schwerere oder qualifizierte echte Unterlassungen eines Garanten.

Sumario: I. Compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad: tipificación legal expresa o subsumibilidad en los tipos comisivos por equivalencia o cláusula general de equiparación o de equivalencia II. Requisitos de los delitos omisivos impropios. 1. *Aplicabilidad o no de los requisitos y peculiaridades de la omisión propia*. 2. *¿Causalidad o causalidad negativa en la comisión por omisión?* a) Posición negativa: imposibilidad de causalidad material entre una omisión y un resultado. b) Posiciones afirmativas: antiguas; modernas: la causalidad negativa o hipotética por evitabilidad del resultado con la acción debida; la conexión conforme a leyes entre omisión y resultado. c) Crítica de las posiciones afirmativas. Conclusión: no hay causalidad real, pero sí imputación objetiva (jurídica) del resultado. 3. *Imputación objetiva (jurídica) del resultado sin causalidad desde la equivalencia valorativa con la causación activa*. a) Imputación objetiva de la

conducta omisiva. b) Imputación objetiva del resultado. La polémica sobre el grado de probabilidad o seguridad de que la acción debida y omitida impediría el resultado. c) Valoración de los criterios al respecto y toma de posición. d) La no imputación del resultado por insuficiente probabilidad de que la acción debida evitaría el resultado; consecuencias. e) No imputación del resultado por producción del mismo por otra causa natural o humana. 4. *Posición de garante o garantía y deber jurídico especial de garante*. 5. *Equivalencia (o, según los ordenamientos, correspondencia) con la causación activa o comisión activa: exigencia de la tipicidad aun sin consagración expresa en un precepto de la PG*. 6. *Requisitos peculiares de los supuestos de comisión por omisión expresamente previstos legalmente en la Parte especial*. 7. *Autoría y participación en comisión por omisión*. a) Posibilidad de distinción entre autoría y participación en la comisión por omisión. Su negación por los conceptos unitarios de autoría. b) Criterios de distinción de la autoría en comisión por omisión de la simple participación: dominio del hecho y determinación objetiva del hecho; autoría por infracción de un deber especial. 1) La aplicabilidad del criterio normal de la determinación objetiva y positiva del hecho (dominio del hecho con dolo) a la autoría en comisión por omisión; sólo participación de no concurrir el criterio. 2) ¿La infracción de deber como criterio unitario de autoría? 3) ¿Delito de infracción de deber en algún caso especial de comisión por omisión dolosa?; ¿en delitos imprudentes de comisión por omisión? c) Formas de autoría en comisión por omisión. d) Participación activa en un delito omisivo impropio. Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión.

III. *Posiciones de garante (deberes de garantía): exposición de las opiniones*. 1. *¿Posibilidad de comisión por omisión sin posición de garante?* 2. *Las diversas posiciones de garante propuestas por la doctrina. Análisis provisional. ¿Deberes especiales jurídicos o también ético-sociales?* 3. *La clasificación de fuentes formales de posición de garante o deber jurídico: ley, contrato, ingerencia, otras*. 4. *La distinción según la teoría material o de las funciones (Armin Kaufmann y doc. dom. hoy): deber o función de protección de un bien jurídico y deber o función de control de una fuente de peligro. Los distintos supuestos*. a) *Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro*. 1) *Deberes de protección por estrecha vinculación familiar o análoga*. 2) *Deberes por participar en comunidad de peligro*. 3) *Deberes por comunidad de vida o convivencia*. 4) *Encargo contractual. Asunción voluntaria de función de protección. Transferencia de dicha función*. 5) *Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo*. b) *Posiciones de garante de supervisión, vigilancia o control de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)*. 1) *Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, animales, fuerzas naturales*. 2) *Actuar precedente peligroso o ingerencia*. 3) *Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes*. 5. *Distinción entre deberes por competencia institucional y deberes por (auto)organización (Jakobs)*. 6. *Ventajas e inconvenientes de la teoría formal y de las teorías materiales. La delimitación de los auténticos deberes jurídicos de garantía mediante los criterios de la teoría formal*.

IV. Equivalencia (o correspondencia) con la causación activa del resultado (comisión activa). A. *Criterios no restrictivos de equivalencia o equiparación. Su favorecimiento por una regulación legal (StGB) que exige sólo "correspondencia" y permite atenuación.* a) *La posibilidad de evitar el resultado (evitabilidad) con la acción debida; la causalidad negativa.* b) *El criterio de Roxin; otros.* 2. *Criterios restrictivos para la equivalencia.* a) *El dominio sobre el fundamento, razón u origen del resultado: Schünemann.* b) *Aumento o creación del peligro o riesgo por la propia omisión, al descontrolar un peligro controlado en general o frente a un bien jurídico blindado; enjuiciamiento desde la perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa: Luzón Peña.* 1) *Formulación inicial del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión desde la perspectiva socio-normativa.* 2) *Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión; y excepciones.* c) *La retirada del compromiso o barrera de contención del peligro: Silva.* d) *Otros criterios restrictivos.* 1) *Criterio doble acumulativo: creación o aumento anterior de un peligro atribuible a su autor y actual dependencia del bien jurídico del control personal del causante del peligro.* 2) *Criterio alternativo: desestabilización del peligro con superación del riesgo permitido o no reducción de un riesgo excesivo al permitido.* 3. *Recapitulación. Justificación del baremo de la creación o aumento del riesgo desde la perspectiva socio-normativa. Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivos.* a) *Justificación como baremo para la equivalencia del criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión misma.* b) *Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivos.* 1) *Comparación con el criterio de Schünemann del dominio sobre el fundamento u origen del resultado.* 2) *Comparación con el criterio de Silva de la retirada del compromiso y barrera de contención.*

V. Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión como forma de imputación objetiva del resultado a la omisión. Los casos normales: autoría por dominio o determinación objetiva del hecho. 1. *La creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de imputación objetiva, también en los delitos de comisión activa.* 2. *Imputación del resultado sin causalidad material, natural, pero con situación jurídicamente equivalente a la causación mediante actividad.* 3. *La perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa, como justificación de la afirmación de creación o aumento del riesgo por una omisión.* a) *Descontrolamiento o desencadenamiento del peligro ante un control fáctico o ante un juicio normativo de seguridad de control por el garante.* b) *Inexistencia de previo control por el garante.* c) *Blindaje o protección segura de un bien jurídico como forma de control del peligro para el concreto bien jurídico frente a simple protección.* d) *El control o protección seguros evitan que se recurra a otro posible control o protección.* e) *Valoración desde normas jurídicas o normas sociales.* f) *La base del juicio normativo de seguridad del control: el efectivo desempeño del mismo por la gran mayoría de garantes en esa situación.* g) *Equiparación legal en la Parte especial de alguna omisión de garante a la comisión activa precisamente por falta de seguridad de que el garante cumpla su función.* h) *Aplicación de algunos criterios adicionales para concretar el criterio aquí mantenido.* h.1) *En garantes de control: dominio o control real sobre el peligro.* h.2) *En garantes de protección:*

desvalimiento total o blindaje. a') Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad normativa en su protección. No comisión por omisión como regla si sólo hay desvalimiento parcial. b') Excepción: comisión por omisión pese a un desvalimiento sólo parcial si un protector específico ofrece un blindaje seguro y por ello se renuncia a otras posibles protecciones. i) Al excluirse otros posibles controles o protecciones: ¿empeoramiento del riesgo por la existencia de un garante seguro o por el incumplimiento de su función? 4. *Aplicación del criterio de equivalencia defendido (la omisión normativamente crea un peligro relevante o aumenta al descontrolarlo un peligro controlado) a los diversos supuestos de posiciones de garante en casos de autoría por dominio o determinación objetiva del hecho.* a) Posiciones de garante de control, supervisión o vigilancia de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos). 1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales. 2) Actuar precedente peligroso o ingerencia. 3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes. b) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro. 1) Deberes por encargo contractual de una función de protección: con desvalimiento total o sólo parcial del sujeto pasivo; el blindaje o no del bien jurídico. 2) Deberes por estrecha vinculación familiar o análoga. 3) Deberes por participar en comunidad de peligro y deberes por comunidad de vida. 4) Asunción voluntaria y transferencia de función de protección. 5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo. 5. *Aplicación del criterio de equivalencia defendido en la participación por omisión.* a) Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión: cooperación por omisión. b) ¿Inducción por omisión? 6. *Excepción: no aplicación del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo en algunos contados supuestos de delitos de infracción de deber dolosos o imprudentes.*

VI. La existencia de una categoría intermedia: las omisiones propias de garante (que no llegan a equivaler a la comisión activa). Soluciones de tratamiento punitivo superior a la omisión propia e inferior a la comisión por omisión. 1. *Introducción.* 2. *Propuesta de Silva: tipos omisivos puros de la PE agravados.* 3. *Solución del § 13. 2 StGB: aplicar la atenuación facultativa a la pena del delito de comisión activa a una omisión que se considera impropia.* 4. *Solución preferible: regulación en la PG y aplicar, por no ser comisión por omisión, una atenuación obligatoria a la pena del correlativo delito de comisión activa si hubiera equivalencia.*

I. Compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad: tipificación legal expresa o subsumibilidad en los tipos comisivos por equivalencia o cláusula general de equiparación o de equivalencia

En muchos países parte de la doctrina ha aceptado la concepción de la dogmática alemana mayoritaria de que, cuando quien tiene un deber especial de garante omite impedir el resultado como podía, responderá no de una omisión propia, sino que se le

imputará el resultado, responderá del mismo en comisión por omisión, pero otra parte ha sostenido que ello vulneraba el principio de legalidad penal, unos afirmando que eso ocurre en todo caso, otros haciendo la salvedad de que excepcionalmente el sentido del tipo resultativo permita decir que tal omisión es subsumible, encaja en la realización del tipo¹.

Pues bien, antes de que se introdujeran en la parte general de diversos CP a partir de los años 60-70 preceptos generales reguladores de la omisión impropia, no era correcta la afirmación con carácter general de que admitir la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad criminal, pues algunos supuestos de comisión por omisión, como el caso paradigmático de la madre que no alimenta al bebé recién nacido y le produce así la muerte por inanición, sí que son subsumibles sin duda en la descripción legal del correspondiente tipo comisivo y por tanto en ellos no se está

¹ Para una exposición de las posiciones cfr. en la doc. alemana p.ej. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 56 ss., 61 ss., 255 ss.; Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, 2009, 87 ss., 93 ss., 301 ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 31/31 ss. En la doc en lengua española, han negado la compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad y con la exigencia de que la acción esté penada por la ley SILVELA, DP, II, 1879, 128; 2.^a 1908, 108 s.; CÓRDOBA, Notas a Maurach, Tratado DP, PG, 1962, II, 297 s.; Comentarios al CP, I, 1972, 8; incluso modernamente RIGHI, DP, PG, 2006, 369, y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 247, mantienen que mientras no haya una cláusula legal general que los admita, los delitos omisivos impropios vulneran el principio de legalidad; admitiendo muy pocos casos ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 173; CUELLO CALÓN, DP, PG I, 18.^a, 1980, 348; QUINTANO, Curso I, 1963, 214: el TS con buen acuerdo ha sido sumamente parco en la estimativa de estos delitos omisivos genéricos. Plantean la cuestión como problemática, poniendo por cierto de manifiesto que la doc. y jurisprud. tradicionales eran muy restrictivas y recelosas para admitir la comisión por omisión en delitos dolosos, p. ej. NOVOA MONREAL, Fundamentos de los delitos de omisión, Buenos Aires, 1984, 181 ss., poniendo en duda su compatibilidad con el principio de legalidad; similar BUSTOS, Manual DP, PG, 4.^a 1994, 382, con muchas dudas y señalando que la doc. francesa (cita a Merle) rechaza totalmente esa compatibilidad; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, PG, 2.^a 1986, 570 ss.; HUERTA TOCILDO, Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995, 1997; MIR, DP, PG, 3.^a, 1990, 327 s. (antes del nuevo art. 11 CP 1995); ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, DP, PG, 2.^a 2002, 577 ss.; VILLAVICENCIO, DP, PG, Lima, 2006, 660 s. (considerando que con la incorporación de un art. 13 en el CP peruano que admite y regula la omisión impropia se estaría superando la posible inconstitucionalidad de esas figuras en relación con el principio de legalidad); RIGHI, DP, PG, 2006, 369 (mientras no haya una cláusula legal general que los admita los delitos omisivos impropios vulneran el principio de legalidad); RUSCONI, DP, PG, 2.^a, 2009, 613 ss.; DONNA, DP, PG, VI, 2010, 217 ss. En la doc. portuguesa e italiana cfr. respectivamente FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 923 s., y FIANDACA/MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, 6.^a 2009, 592-594, exponiendo la discusión sobre la constitucionalidad y planteando dudas sobre el cumplimiento de la exigencia de determinación típica.

Algunos han considerado que para salvaguardar la compatibilidad de la omisión impropia con el principio de legalidad será importante la consagración legal de los requisitos de tal figura, especialmente los auténticos deberes jurídicos de garantía: p. ej. SAINZ CANTERO, Lecciones DP, PG, 3.^a, 1990, 518; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio DP, PG, 6.^a 2016, 264, abogando por una interpretación muy restrictiva de la equivalencia y no admitiendo más deberes de garante que los tres citados por el art. 11 CP 1995.

infringiendo el *nullum crimen*². Pero sí era correcta frente a la posición de la dogmática alemana mayoritaria que sostenía y sostiene que hay comisión por omisión en cuanto un garante omite evitar un resultado típico (con la sola condición de que la realización de la acción debida hubiera evitado el resultado), ya que efectivamente hay múltiples omisiones de garante en esas condiciones que sin embargo no son subsumibles en el tipo legal del delito comisivo por no ser iguales a la causación activa. Y esto sigue ocurriendo exactamente igual en los Códigos que no han efectuado una regulación expresa de la comisión por omisión.

Y en aquellos Códigos, como el alemán, austríaco, italiano, portugués, español o varios iberoamericanos, que han introducido en su parte general una regulación expresa de la omisión impropia, admitir un supuesto de ésta no infringirá el principio de legalidad criminal si el hecho cumple los requisitos de dicha regulación legal (o si al margen de la misma encaja en algún caso directamente en un tipo comisivo de la parte especial), y sí lo infringiría en caso contrario.

Pero algunos de dichos preceptos, como en el CP austríaco o el español, además de un especial deber jurídico de garante, exigen exacta equivalencia con la conducta del tipo de comisión activa: Así según el art. 11 CP españ. 1995 “los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Y el § 2 del StGB austríaco de 1974 requiere que la omisión de evitación del resultado por el especialmente obligado “sea equiparable a la realización del tipo legal por un hacer”³. Con lo cual en definitiva para no violar el principio de legalidad la conducta omisiva del garante habrá de ser directamente subsumible en la descripción legal del tipo comisivo resultativo de la parte especial.

En cambio, el nuevo § 13, 1 del StGB alemán introducido en 1969 y en vigor en 1975 requiere sólo “correspondencia” de la omisión del garante con la comisión activa,

² Pese a reconocerlo igualmente BUSTOS, Manual de DP, PG, 4.ª 1994, 382, prosigue (382 s.) planteando muchas dudas de que los delitos omisivos impropios basados en los deberes especiales de protección cumplan las exigencias de precisión: “esta imprecisión del delito de omisión impropio, que es siempre entonces un tipo abierto,... lo cual en cierto modo vulnera el principio de legalidad”.

³ El texto en alemán reza (tras requerir una obligación jurídica especial): “... und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun *gleichzuhalten ist*”.

lo que, como es menos exigente que la equivalencia, permite en el ap. 2 una atenuación facultativa para dicha omisión que corresponde a o se corresponde con la comisión activa; el art. 10 del CP portugués de 1982 parte de la regla de que la omisión del especialmente obligado adecuada para evitar el resultado es abarcada por el tipo legal de resultado, “salvo que otra fuera la intención de la ley” (con lo que sólo considera como excepción que el tipo legal no abarque la omisión del garante), y permite igualmente una atenuación facultativa; y el art. 10 del CP italiano incluso equipara sin más la omisión del garante a la comisión activa al decir: “No impedir un resultado que se tiene a obligación jurídica de impedir equivale a causarlo”⁴.

II. Requisitos de los delitos omisivos impropios

1. Aplicabilidad o no de los requisitos y peculiaridades de la omisión propia

Los requisitos de las omisiones propias son en parte aplicables a la omisión impropia, y en parte no. En la medida en que la omisión impropia, aunque luego acabe realizando un delito comisivo, comienza siendo una omisión, es decir, el incumplimiento de un deber de actuación, ha de reunir los *requisitos básicos de toda omisión*, es decir, la existencia de un *deber jurídico de actuación* y la *no realización de la misma*, así como, muy especialmente, la *capacidad individual de realizar la acción requerida* y también en su caso las condiciones especiales de autoría y restantes elementos requeridos por el tipo⁵, sólo que aquí no por el tipo de un delito omisivo

⁴ Otras regulaciones en la PG de diversos Códigos iberoamericanos: Materialmente idéntica al art. 11 CP español es la regulación del art. 23,1.º CP nicarag. exigiendo equivalencia de la omisión: “equiválga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado” (y acertadamente no añade ninguna fuente formal de deber de garante), pero que en el párr 2.º prevé para las omisiones de garante no equivalentes a la causación activa una pena inferior al delito de resultado correspondiente. Similar a los modelos español y austriaco el art. 15 CP parag. al disponer: “Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: ... 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.”. Coincidente con la regulación alemana y previendo la posible atenuación en la comisión por omisión el art. 13, 2.º CP Perú. El modelo italiano de hacer responder por el resultado a todos los omitentes garantes lo siguen el art. 25, 2.º CP colomb., los arts. 23, 2.º y 28 CP ecuat., el art. 3 CP urug., el art. 7, 1.º CP federal mexic., el art. 18 CP guatem. o el art. 13, 2º CP Brasil: el deber de actuar le incumbe “a quien a) por ley tenga obligación de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; y c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de que ocurra el resultado [de ocurrencia del resultado]”: v. sobre la discusión doctrinal respecto del texto legal BUSATO, DP, PG, 3.ª 2017, 277 s. Carecen de regulación en la PG de la comisión por omisión los CP chil. de 1874 y arg. de 1921.

⁵ V. con más detalles LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª, 2016, § 30/27 ss. En esta 3.ª ed. de mi manual, la versión española se llama, igual que en la 2ª ed., Lecciones de DP, PG, Valencia, Tirant, 2016 (igual denominación en una versión con anotaciones de DP nicaragüense, publicada en Managua, UCA, 2017), mientras que la versión para distribuirse en la América latina se denomina DP, PG, Buenos

propio, sino por el de un delito comisivo de resultado. Pero como en definitiva la omisión impropia significa finalmente realizar un tipo comisivo, generalmente un tipo de resultado (salvo en aquellas omisiones impropias legalmente previstas y equiparadas a la comisión activa pero de delitos de mera conducta y no de resultado), otros requisitos típicos vienen marcados precisamente por las exigencias típicas del delito comisivo de resultado: Por eso no hace falta la descripción legal de una situación típica específica como en las omisiones propias, ya que con el incumplimiento de un deber jurídico (no necesariamente penal) se va a producir la realización de un delito comisivo de resultado, que ya está descrito en el tipo penal general, válido para la comisión activa y la omisiva.

Y por otra parte los tipos omisivos impropios o de comisión por omisión han de tener *requisitos adicionales* peculiares de los mismos, que se examinan a continuación: Primero, consisten en la producción mediante la conducta omisiva de un *resultado*⁶ distinto de la propia conducta⁷ (y lesivo normalmente aunque podría ser de peligro concreto) igual que en los delitos de resultado en comisión activa; ello requiere para algunos relación causal, mientras que la doctrina mayoritaria niega la causalidad en sentido estricto con el resultado, pero sí habrá imputación objetiva del resultado a la

Aires/Montevideo, BdeF, 2016; pero ambas versiones son iguales en su contenido, aunque variando la paginación; por eso se debe citar por el número de cap./nm., que es el mismo en ambas.

⁶ Así lo formula ahora el art. 11 del CP 1995: delitos “que consistan en la producción de un resultado”. Esa es la situación normal del delito omisivo impropio, subsumible en un tipo resultativo, cumpliendo para ello los requisitos que nos aclara el art. 11. Pero existe la excepción de los supuestos que también constituyen omisión impropia porque en una figura de la PE una modalidad omisiva está legalmente equiparada a la modalidad de comisión activa, siendo castigadas ambas con la misma pena, donde puede ocurrir que la conducta activa y omisiva legalmente equiparadas no se refieran a la producción de un resultado, como p. ej. ocurre con el allanamiento pasivo de morada o domicilio por no abandonar el domicilio ajeno al ser requerido, equiparado al allanamiento de morada activo en muchos Códigos, como en el CP español en el art.202.1. Tb. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/22, considera que el allanamiento de morada pasivo es omisión impropia por estar equiparado al allanamiento activo (frente a quienes, como JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 5.^a 2002], § 58 III 4, lo consideran omisión propia); ciertamente indica que en el pasivo hay un resultado, “exactamente el mismo que en el obrar activo: una persona indeseada en los espacios propios”, pero en el nm. anterior (21) deja claro que, como en los delitos de actividad es un resultado que no se puede separar de la acción misma.

⁷ Lo interpretan asimismo como resultado distinto de la propia conducta p.ej. VIVES, Comentarios al CP de 1995, I, 1996, 85; Art. 11, en Cobo (dir.) Comentarios al CP, I, 1999, 523; o SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 74 s.; Art. 11, en Cobo (dir.) Comentarios al CP, I, 1999, 483. En cambio, en la doc. alemana, aunque es mayoritaria tb. esa interpretación (cfr. citas en JAKOBS, AT, 2.^a 1991 –DP, PG, 2.^a 1997–, 29/2; ROXIN, AT II, 2003 –PG II, 2014, § 31/21 ss., 37 ss.), se interpreta frecuentemente resultado en sentido amplio como consecuencia de la decisión incluyendo la propia conducta o en sentido jurídico como lesión o puesta en peligro: así entre otros SCHÖNE, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974, 326 ss.; SCHÜRMAN, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 32 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 –DP, PG, 2.^a 1997–, 29/2.

omisión: v. *infra* II. 2-3. Ahora bien, la imputación de la producción del resultado a una omisión sólo será posible, para respetar el principio de legalidad criminal y las consiguientes exigencias de tipicidad legal, si se trata de un tipo de delito puro de resultado o puramente resultativo sin modalidades limitadas de ejecución activa, pero obviamente *no si estamos ante un tipo de resultado, pero con modalidades de actividad o ejecución activa limitadas, legalmente descritas* y el omitente no las realiza⁸. En segundo lugar, se requiere no un deber genérico de actuación favorecedora como en las omisiones propias, sino un *deber jurídico especial de evitar el resultado* típico, un *deber de garantía*; por ello, sólo podrá ser autor quien tenga una posición de garante jurídica⁹. Y, en tercer lugar, la concurrencia de las circunstancias que permiten fundamentar el criterio de *equivalencia material con la causación o comisión activa*, constituido a mi juicio, como veremos, por la creación o aumento del riesgo o peligro por la omisión misma desde el punto de vista normativo social y jurídico.

Es dudoso si la inexigibilidad funciona igual que en los delitos omisivos propios: probablemente no, porque en aquellos sólo se va a realizar una acción de no ayuda o fomento, mucho menos grave que la de lesión de un bien jurídico, por lo que en la ponderación de intereses se puede considerar superior la salvaguarda de bienes jurídicos de cierta importancia a la simple prestación de ayuda o fomento y por ello puede haber inexigibilidad general de actuación en cuanto realizarla supondría riesgo para bienes jurídicos medianamente importantes; pero la ponderación y por ello la exigibilidad puede ser distinta en caso de comisión por omisión, donde la no actuación debida va a producir la lesión de un bien jurídico igual o más importante.

⁸ Así la doc. absolutamente dominante: cfr. p. ej. QUINTANO RIPOLLÉS, Curso I, 1963, 213 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el CP, 1966, 106 s.; DP, PG I, 1977, 313 s.; CÓRDOBA, Coment al CP, I, 1972, 7 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (Teoría jurídica del delito), DP, PG I, 1984, 604 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, PG, 2.ª 1986, 571; SAINZ CANTERO, Lecciones de DP, 3.ª, 1990, 515 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, DP español, PG, 18.ª 1995, 386; VILLAVICENCIO, DP, PG, 2006, 660 s.; BERDUGO/ARROYO/et al., Curso de DP, PG, 2.ª 2010, 243; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de DP, PG, 6.ª 2016, 263.

⁹ Salvo en algunas omisiones impropias especialmente tipificadas en la parte especial equiparándolas a la comisión activa, en las que la ley pueda prescindir de la posición de garante.

2. ¿Causalidad o causalidad negativa en la comisión por omisión?¹⁰

a) *Posición negativa: imposibilidad de causalidad material entre una omisión y un resultado*

La doctrina que en el conjunto del siglo XX ha sido claramente dominante, hoy quizás mayoritaria, afirma que entre el no hacer algo (la omisión es no una determinada conducta, sino no hacer algo debido, no cumplir un deber de una determinada actuación) y un resultado no puede existir relación de causalidad real¹¹, porque la causa de un efecto como categoría ontológica, del ser, presupone la existencia o entrada en juego de una fuerza o fuente de energía real¹², de origen humano o natural¹³, que

¹⁰ Un amplísimo examen de la discusión, no sólo en la omisión de un solo autor, sino tb. en las omisiones colectivas, de varios autores omitentes, en GRECO, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 674 ss., 681 ss.

¹¹ Así v. LISZT, Lehrbuch (Lb) des deutschen Strafrechts, 2.^a 1884, 133; Tratado de DP, II, 1927, 303; TRAEGER, Der *Kausalbegriff* im Straf- und Zivilrecht, 1904, 71; SÁNCHEZ TEJERINA, Teoría de los delitos de omisión, 1918, 15 ss.; ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 29; MEZGER, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3.^a 1949 (Tratado de DP, I, 2.^a 1946, 284 ss., 3.^a 1955, 294 ss.), § 16 III. 1, muy ampliamente (pero afirmando la causalidad jurídica); ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 57 ss., 61 ss., 64 ss.; ARTH. KAUFMANN, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS-Eb.Schmidt, 1961, 214; LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 52 (pero ciñéndolo a la omisión simple y añadiendo que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado; sobre su ulterior fundamentación en p. 53 v. *infra* n. 180); GALLAS, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 25 ss.; WELZEL, Lehrbuch (Das Deutsche Strafrecht), 11.^a 1969, 212 s.; MAIWALD, Kausalität und Strafrecht, 1980, 83; WESSELS, AT, 22.^a 1992, § 16 II 3; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 590, 602-604; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 584; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 7 ss., 193 ss., 361 s.; BUSTOS, Manual PG, 4.^a 1994, 387; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a 1995, 386 s., 372; CEREZO, Curso DP español, Madrid, II, 6.^a 1998, 30 s.; III, 2001, 253; DP, PG, Bs. Aires/Montevideo, 2008, 325 s., 334, 974; COBO/VIVES, DP, PG, 5.^a, 1999, 392; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, DP, PG, Bs. Aires, 2.^a 2002, 574 s. (no hay nexo de causación, sino que debe existir un nexo de evitación); RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 113 s.; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 660; FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, Parte Gral, I, 2.^a, 2007, 930; MORILLAS CUEVA, DP, PG II-1, 2008, 151; CUELLO CONTRERAS, El DP español, PG II, 2009, 481; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.^a 2009, 600; RUSCONI, DP, PG, Bs. Aires, 2.^a, 2009, 594; BERDUGO/ARROYO/et al., Curso PG, 2.^a 2010, 243; DONNA, DP, PG, VI, Buenos Aires, 2010, 200 ss., 205 ss., insistiendo en que, en vez de causalidad, lo requerido es una relación normativa y la valoración normativa de la misma; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fundamentos de DP, PG, 4.^a 2010, 479; VELÁSQUEZ, Manual de DP, PG, 4.^a, Bogotá, 2010, 415, 425; STRATENWERTH/KUHLIN, Strafrecht, AT, 6.^a 2011, § 13/53; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, DP, PG, 2013, 147; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/14; CARBONELL, CPC 2014, 11, 14; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/61; LANDECHO/MOLINA, DP español, PG, 9.^a, 2015, 293; MIR, PG, 10.^a 2015/2016, 12/78 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 9.^a 2015, 258; QUINTERO/MORALES, PG del DP, 5.^a 2015, 453, 455 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, DP español, PG, 4.^a 2016, 136, 235; BUSATO, PG, 3.^a 2017, 277. En la jurisprudencia expresamente TS 9-10-2000; 10-3-2005. Una posición peculiar en LACRUZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.^a 2015, 295 ss., sostiene que la mayoría de las omisiones impropias son no causales, pero que excepcionalmente hay algunas que son causales, 316: causales en el ámbito socio-cultural, como en los maltratos psicológicos o en estafas.

¹² Así ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 29; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.^a 2010, 479; MIR, DP, PG, 10.^a

produzca una modificación del mundo que es en lo que consiste causar un resultado, y la omisión, o sea la no realización de algo debido, no tiene existencia fáctica (sino que es una categoría intelectual-normativa¹⁴) y por tanto no causa el resultado¹⁵, sencillamente no causa nada¹⁶, ya que como afirma el principio filosófico greco-latino, “*ex nihilo nihil fit*”¹⁷ (de la nada nada surge). Se argumenta con razón que el resultado

2015/16, 12/78; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.ª 2015, 258. Similar WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/14: en ningún caso existe una causalidad fundamentada de modo estrictamente empírico.

¹³ No repara en que la fuente de energía real puede provenir de la naturaleza y no sólo de la actividad del hombre GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543, cuando afirma “la causalidad exige una aplicación de energía que sólo puede ser generada por un movimiento corporal”.

¹⁴ ARTH. KAUFMANN, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS-Eb.Schmidt, 1961, 214, fundamenta que la omisión no es causal porque “la omisión no es nada que sea real, sino algo que sólo existe en el pensamiento”; y en efecto, la omisión es una categoría no fáctica, sino normativa, es decir, un predicado valorativo negativo que intelectualmente hacemos de una conducta, no por el comportamiento en sí (que generalmente será activo o excepcionalmente puramente pasivo), sino por no realizar lo que la norma impone como deber.

¹⁵ Así OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 584; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 574 s.; VELÁSQUEZ, Manual DP, PG, 4.ª, 2010, 415, 425; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, DP, PG, 2013, 147; MIR, PG, 10.ª 2015, 12/78.

¹⁶ Así WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 213; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/61; CARBONELL, CPC 2014, 11.

¹⁷ Principio que algunos (p. ej. DESCARTES en sus Meditaciones, 1641, medit. III; igual https://de.wikiquote.org/wiki/Lateinische_Sprichwörter) atribuyen al filósofo-poeta romano de origen griego LUCRECIO (Titus Lucretius Carus, De rerum natura, siglo I), otros a PARMÉNIDES (así FERRATER MORA, Diccionario de Filosofía, 1.ª 1941, 6.ª 1979, posteriores eds. tras su muerte, I, voz Ex nihilo, nihil fit), o en general a los filósofos antiguos, griegos y romanos. JOERDEN, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, 48, y DONNA, PG, VI, 2010, 205, lo atribuyen al filósofo y político romano Boethius (Boecio, Anicius Manlius Severinus Boethius o Boetius, 480-524), en De consolatione philosophiae. La verdad es que Boecio lo recoge en esa obra (Consolatio philosophiae -cit. en el medioevo como De consolatione philosophiae-, libro V.1, prologus), tb. formulada como “nihil ex nihilo existere vera sententia est”, pero parece que la máxima es más antigua: así G. CHAUCER, Complete Works, II (cap. Boethius and Troilus), New York, Skeat, 2008, 454: Boethius recoge la máxima antigua; la obra Zitate aus der Antike (www.gavagai.de/zitat/antike/HHC03.htm), en Boethius, citando esa máxima, afirma que la idea se encuentra igual o similar en ARISTOTELES en Física 1,4 (invocando a Anaxágoras), en LUCRECIO, en De rerum natura 1,150 (invocando a Epicuro) y en PERSIUS, en Saturae 3, 83 s.

Entre los muchísimos penalistas que lo citan cfr. por todos GLASER, Abhandlungen aus dem österreichischem Strafrecht, I, 1858, 301 ss.; VON LISZT, Lb, 2.ª 1884, 113; KOLLMANN, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, 1908, 79; ZStW 29, 1909, 376; SÁNCHEZ TEJERINA, Teoría de los delitos de omisión, 1918, 28; SCHWARZ, W., Die Kausalität bei den sog. Begehungsdelikten durch Unterlassung, 1929, 102; VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II: Das Verbrechen, 1930, 159 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.ª 1958, 674, citando a v. Hippel pero calificando de error la máxima; ARTH. KAUFMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 214; GALLIANI, Il problema de la condotta-nei reati omissivi, 1980, 60 s.; MAIWALD, Kausalität und Strafrecht, 1980, 78; NOVOA MONREAL, Fundamentos de los delitos de omisión, 1984, 163 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 573; SILVA, El delito de omisión, 1986, 6; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado de DP, PG, trad. de la 3.ª de Mir/Muñoz Conde, 1981], § 59 III 3; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [Tratado DP, PG, trad. de la 5ª de Olmedo, 2002], § 59 III 3; JOERDEN, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, 48; JAKOBS, AT, 2.ª 1993 (PG, 2.ª, 1997), 29/16; ROMEO, Límites de los delitos de comisión por omisión, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Omisión e imputación objetiva, 1994, 35; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 386 s.; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543; POLAINO NAVARRETE, DP, PG II, 2000, 292, citando a Raguez. Devesa; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/40, citando a Jescheck; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 930; BERDUGO/ARROYO/et al., Curso PG, 2.ª 2010, 243;

típico es producido por una causa, pero concurre otra causa¹⁸ y ésta es no es puesta nunca por la conducta omisiva del agente, sino por otra causa, y desde luego no por la acción positiva efectivamente realizada por él en lugar de la debida: si se suprime mentalmente esa conducta el resultado queda igual¹⁹.

Hay autores, sin embargo, que niegan la causalidad real, pero no tienen inconveniente en admitir a continuación causalidad jurídica o causalidad hipotética si la realización de la acción debida pero omitida hubiera evitado el resultado: v. *infra* II 2.b 2. Tales cambios terminológicos, pero manteniendo el concepto básico, causalidad, inducen a confusión y no son por ello aconsejables en absoluto. Quizás induce algo menos a confusión la denominación de “causalidad potencial” de la acción esperada utilizada por ARMIN KAUFMANN²⁰, porque deja expresamente claro que no hay un nexo causal real; pero de todos modos tampoco es exacta ni recomendable, ya que sería causalidad potencial negativa, no positiva como en la actividad causal: no se trata de la posibilidad de que la acción esperada y omitida, si se realizara, produciría o causaría el resultado, sino de que lo impediría o evitaría, o sea, daría lugar a que no se produjera el resultado.

b) Posiciones afirmativas: antiguas; modernas: la causalidad negativa o hipotética por evitabilidad del resultado con la acción debida; la conexión conforme a leyes entre omisión y resultado

1) En el siglo XIX y parte del XX hubo diversos intentos de explicar que en la omisión hay una fuerza operativa real simultánea, antecedente o incluso psíquica que puede causar un resultado²¹, siendo destacable la teoría de la interferencia, según la cual

DONNA, PG, VI, 2010, 205; GRECO, ZIS 2011, 674 (y n. 4 con amplias citas); STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht, AT, 6.^a 2011, § 13/53; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 147; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.^a 2009, 600; MIR, PG, 10.^a 2015, 12/78; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.^a 2015, 258. Formulándolo, respectivamente, en alemán (aus Nichts kann nichts werden) o en español (de la nada no puede surgir o salir nada), p.ej. MEZGER, Strafrecht, 1.^a/3.^a/4.^a, 1933/1949/1954 [Tratado I, 2.^a, 1946, 284; 3.^a 1955, 294], § 16 III 1; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 171 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de DP, III, 2.^a 1958, 671, pero calificándola como falsa máxima; LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 52 (de lo negativo no puede surgir algo positivo); MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, 1.^a/4.^a, 1952/1971, § 45 III A 2 [Tratado de DP, II, 1962, § 45 III A 2, p. 271], calificándola de “frase fatal para el Derecho”; igual MAURACH/GÖSSEL, Strafrecht, AT 2, 7.^a/8.^a 1989/2014 [DP, PG 2, 1995], § 46 I C 2 a, aa; WELZEL, Das deutsche Strafrecht, Lehrbuch, 11.^a 1969, 212 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 584; POLAINO, PG II, 2000, 288, citando a Mezger; RUSCONI, PG, 2.^a, 2009, 594; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.^a 2010, 479 s.; formulándolo en portugués y rechazándolo REALE JR., Instituições de Direito Penal, Parte Geral (PG), 4.^a 2013, 257.

¹⁸ Así QUINTERO/MORALES, PG, 5.^a 2015, 453.

¹⁹ Así ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a 2002, 574 s.; similar GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 602. Similar la observación de ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 61: aun si se admitiera una condicionalidad lógica [lo que algunos llaman causalidad lógica] en la no evitación del resultado, el omitente no sería causa de la no evitación, pues ésta subsistiría aunque el omitente no existiera; siguiéndole MIR, PG, 10.^a 2015, 12/78 n. 61.

²⁰ Así ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 64 ss.; BAUMANN/WEBER, Strafrecht, AT, 9.^a 1985, 239 s.; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.^a, 2010, 415, 425. Siguiendo a Arm. Kaufmann expresamente CEREZO, Curso II, 6.^a 1998, 31 n. 11; PG, 2008, 326 n. 11.

²¹ Para una exposición sintética, pero más amplia de todas ellas cfr. MEZGER, Strafrecht, 3.^a 1949 (Tratado I, 2.^a 1946, 285 ss., 3.^a 1955, 295 ss.), § 16 III. 1; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.^a 1958, 410

la omisión es causa real del resultado porque implica que el sujeto reprime un impulso de actuación, su voluntad de acción y con ello elimina un factor que impediría el resultado²². Todos esos intentos fracasaron por no ser capaces de superar las críticas formuladas²³, el de la teoría de la interferencia porque demuestran su falsedad los supuestos de omisión por imprudencia inconsciente y los supuestos de omisión dolosa en que no exista inicialmente un impulso de actuación²⁴.

2) Frente a la posición de la doc. mayor. un sector minoritario pero muy amplio niega que la causalidad deba entenderse como una conexión real o material entre dos fenómenos, y sostiene que la relación causal es simplemente una conexión o nexo condicional *lógico* y en el plano lógico la omisión, el incumplimiento de un deber de

ss., 671 ss.; MAURACH, AT, 1.^a/4.^a, 1952/1971, § 45 III A 2 [Tratado II, 1962, § 45 III A 2, p. 271 s.], considerando (p. 271) que tal discusión “figura entre las cuestiones más artificiosas y estériles que gravan innecesariamente a la ciencia jurídicopenal alemana”; igual MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a/8.^a 1989/2014 [PG 2, 1995], § 46 I C 2 a, aa; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 573, 584; HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987, 32 ss.; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 2, donde destaca que al final de esa tendencia algunos (como KOHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 46; v. BAR, Gesetz u. Schuld, II, 1907, 268 s.; HÖPFNER, [Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte](#), ZStW 36 1915, 114) se conformaron con una mera causalidad de Derecho o jurídica, que venía a equivaler al deber jurídico de evitar el resultado (sobre las posiciones de von Bar y Kohler cfr. más ampliamente DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 97 ss.); POLAINO, PG II, 2000, 288 ss.; DONNA, PG, VI, 2010, 200-206. Cfr. tb. SILVA, El delito de omisión, 1986, 315 s. sobre otras posiciones de la doctrina alemana desde BINDING y v. LISZT. Descalificando contundentemente todos estos intentos WELZEL, Lehrbuch, 11.^a 1969, 212 s.: la criticable confusión de la omisión con la acción y su identificación con ésta “le han hecho a la ciencia alemana del Derecho penal ir durante casi dos siglos a pretender dar caza al fantasma de una causalidad de la omisión, que debería corresponderse con la causalidad de la acción”; sin citarlo, habla tb. de una “larga cacería de la causalidad en las omisiones” RUSCONI, PG, 2.^a, 2009, 594. Tb. MEZGER, Strafrecht cit. (Tratado I, 2.^a 1946, 285, 3.^a 1955, 295), calificaba estos intentos de “desesperado es fuerza por transformar en un algo la nada de la omisión”. Con una fundamentación peculiar LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 52, tras negar la causación física en la omisión simple, sostiene que, en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado; sobre su ulterior fundamentación en p. 53 v. *infra* n. 180.

²² Teoría sostenida por v. BURL, Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21 1869, 196 ss.; BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, II-1, 2.^a 1914, 516 ss., 536 ss., 555 ss.; posteriormente tb. H. MAYER, Strafrecht, AT, 1953, 112 s. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.^a 1958, 412 s.; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 2; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/38, que señala que fue la explicación que más acogida tuvo.

²³ Hasta el punto de que v LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21.^a/22.^a 1919, 128 y v. LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25.^a 1927, 164, calificaron ese debate como “uno de los más infructuosos que ha tenido lugar en la ciencia penal”, como subrayan JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 2), JAKOBS, AT, 2.^a 1991 (PG, 2.^a, 1997), 29/15, ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/37, o LUZÓN CUESTA, Compendio DP, PG, (21.^a 2011, 171); tb. MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/78, habla de “discusión tan larga como infructuosa”. Recuérdese tb. las descalificaciones de MEZGER, MAURACH o WELZEL cits. *supra* en n. 21.

²⁴ Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/38.

evitación, puede ser una condición de un resultado exactamente igual que una comisión activa²⁵. Dentro de esta concepción la fundamentación de la mayoría consiste en afirmar que la omisión, el no realizar ese deber es una “condición negativa” o “**causa negativa**” de la producción del resultado: si se hubiera realizado la acción de evitación debida, no se habría producido el resultado²⁶, añadiendo que las condiciones negativas, o sea la ausencia de un factor impediendo, ausencia de protección, son necesarias sumadas a las positivas para la causación de un resultado²⁷; a esto lo llaman muchos “**causalidad hipotética**”, porque se basa en que en la hipótesis de que el sujeto hubiera actuado, la acción debida, habría sido causal, habría causado que no se produjera el resultado²⁸, denominándola algunos también causalidad potencial²⁹ o cuasi-causalidad³⁰; pero si se

²⁵ Línea argumentativa defendida desde ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 30 s.; p. ej.; KÖHLER, AT, 1997, 228 s.

²⁶ Argumentan así la causalidad negativa MEZGER, Strafrecht, 3.^a 1949 (Tratado I, 2.^a 1946, 3.^a 1955, 296 ss.), § 16 III. 1; siguiéndole JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.^a 1958, 677; ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, PG, 4.^a 1960, 182; RODRÍGUEZ MOURULLO, DP, PG I, 1977, 306 s., invocando a Antolisei; BAUMANN, AT, 8.^a 1977, 248; BLEI, AT, 18.^a 1983, 315; PUPPE, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 1980, 899; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.^a, 1990, 517; KÖHLER, AT, 1997, 229. Con la misma argumentación, CARBONELL, CPC 2014, 5, 11, 19 habla de relación de causación o causalidad o determinación “inversa”.

²⁷ Explican así la causalidad negativa ANTOLISEI, RODRÍGUEZ MOURULLO, PUPPE cits. en n. anterior.

²⁸ Defienden así la causalidad hipotética RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 307; BAUMANN, AT, 8.^a 1977, 248; BLEI, Strafrecht AT, 18.^a 1983, 315 s.; BAUMANN/WEBER, Strafrecht, AT, 9.^a 1985, 239 s.; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, 18.^a 1995, 387; BACIGALUPO, Principios de DP, PG, 5.^a 1998, 403; POLAINO, PG II, 2000, 292; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.^a, 2010, 415, 425 s.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 248; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.^a 2015, 258; BUSATO, PG, 3.^a 2017, 277; TS 1251/2006, 12-12. Modernamente muchos, tras negar la causalidad real, hablan de causalidad hipotética pero **no como auténtica relación causal, sino como elemento de la imputación objetiva** en el delito omisivo impropio: así BUSTOS, Manual PG, 4.^a 1994, 387; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 585; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 (PG, 2.^a, 1997), 29/15-18; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 672; MORILLAS, PG II-1, 2008, 151; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 930; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.^a 2009, 601; BERDUGO/ARROYO/et al., Curso PG, 2.^a 2010, 243; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.^a 2010, 479 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2011, § 13/53; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/14; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/78 s.; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 157 s. Rechazando la causalidad hipotética RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 113 ss., 146; QUINTERO/MORALES, PG, 5.^a 2015, 455 s.

²⁹ Así p.ej. ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 64 ss.; siguiéndole CEREZO, Curso II, 6.^a 1998, 31 n. 11; PG, 2008, 326 n. 11; BAUMANN/WEBER, AT, 9.^a 1985, 239 s.; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.^a, 2010, 415, 425, ambos conjuntamente con causalidad hipotética; igual STRATENWERTH/KUHLEN, PG, 6.^a 2011, § 13/52 s.: causalidad posible o potencial, equiparándola a hipotética o cuasi-causalidad, pero destacando que no es causalidad real; igual y siguiéndolos FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 930.

³⁰ Así TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913, 20 s.; WELZEL, Lehrbuch, 11.^a, 1969, 212; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.^a 1975/26.^a 2000, § 13/61; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 540 s., criticándola; le sigue DONNA, PG, VI, 2010, 216; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 481 s., que en cambio acepta la cuasi-causalidad (tb. sigue a Gimbernat MEINI, ADP Pontif. Univ.

observa bien, se trata no de causalidad hipotética positiva, sino de causalidad hipotética negativa, porque lo que se afirma de la hipotética acción que se podía haber producido no es que habría causado el resultado, sino que lo habría evitado o impedido. Algunos optan por hablar de “causalidad jurídica”, sosteniendo que jurídicamente se equipara o considera equivalente la no evitación del resultado a la causación del mismo³¹. Hay que destacar que, de todas maneras, como ya hemos visto, muchos de los defensores de estas posiciones comienzan por negar que en la omisión haya causalidad real o en sentido estricto, pero a continuación admiten una causalidad negativa, hipotética, potencial, jurídica o concepto similar.

Dándole la vuelta a esa causalidad hipotética-negativa mediante la fórmula hipotética auxiliar que en la comisión activa se suele utilizar como test práctico para comprobar si hay condición (examinar si la acción realizada no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado), un sector afirma la causalidad “si la acción esperada no puede ser añadida mentalmente sin que desapareciera el resultado”³², añadiendo que ello es una aplicación de la regla lógica *duplex negatio est*

Cat. Perú, Lima, 2003, 433 ss., pero en 436 aceptando directamente la causalidad); T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; STRATENWERTH/KUHLEN, PG, 6.^a 2011, § 13/52 s., y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/61: equiparándola a causalidad potencial o hipotética, pero destacando que no es causalidad real (y en SCHÖNKE/SCHRÖDER se añade que con una causalidad tautológica así nada se ha ganado); WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/11, 14. Rechazándola RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 146; PUPPE, SK, 4.^a 2013, antes del § 13/118 ss., criticándola y llamándola tb. “nexo causal ficticio”.

³¹ Así KOHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 45 ss., 46; v. BAR, Gesetz u. Schuld, II, 1907, 268 s.; HÖPFNER, ZStW 36 1915, 114; MEZGER, Strafrecht, 3.^a 1949 (Tratado I, 2.^a 1946, 3.^a 1955, 296 ss.), § 16 III. 1; siguiéndole JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.^a 1958, 677 ss.; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/14: nexo causal jurídico y con ello valorativo; mostrando simpatía por la concepción de Mezger POLAINO, PG II, 2000, 288, 291 s. De causalidad en sentido normativo hablan: WESSELS, AT, 22.^a 1992, § 16 II 3; T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.^a 2009, 601, hablan de causalidad en sentido normativo o de equivalente normativo a la causalidad, pero aclarando que es el presupuesto de la imputación jurídica. De modo peculiar MEINI, ADP (Perú), 2003, 433-436, afirma la causalidad de la omisión, pero basándose en criterios normativos como es el mío del aumento del riesgo normativamente y los de Gimbernat, Silva y Schünemann (v. *infra* IV.B.1-4).

³² JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 3, y sents del RG y BGH que cita; BAUMANN, AT, 8.^a 1977, 248; BLEI, AT, 18.^a 1983, 315; BAUMANN/WEBER, AT, 9.^a 1985, 239; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 307, lo formula así: “El valor causal de la omisión se determina mediante la misma fórmula práctica, sólo que invertida, utilizada para la acción positiva. La omisión tiene valor causal si puesta mentalmente la acción omitida, mediante un juicio hipotético, el resultado no se habría producido”. Critica a la extendida doctrina que utiliza estas fórmulas GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 540 s.; ADPCP 2000, 51 ss., especialmente por conformarse con que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

*affirmatio*³³ (doble negación –la negación de la negación– es afirmación); algunos la denominan causalidad lógica o lógico-científica³⁴.

3) Otros sostienen que hay relación de causalidad con la fundamentación en *la conexión conforme a leyes entre omisión y resultado*³⁵: un sector sostiene que la omisión puede considerarse como una condición conforme a leyes (naturales) y que por tanto entre la omisión y el resultado existe una conexión o nexo conforme a las leyes naturales de la causalidad.

Siguiendo la conocida fórmula de ENGISCH (1931) sobre la existencia de causa en general, ya en los delitos de comisión activa, que propone una comprobación positiva de la causalidad conforme a las leyes naturales, conforme al conocimiento humano de las leyes causales, según esta definición: una conducta es causal para un resultado “cuando a esa conducta se han encadenado, subsiguientemente en el tiempo, modificaciones en el mundo exterior que en su sucesión estuvieron unidas con la conducta y entre sí según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal”³⁶, fórmula que el propio ENGISCH aplica también a la omisión diciendo que “la no realización de una acción que conforme a las leyes naturales ... habría evitado un resultado (desaprobado) puede lícitamente ser considerada como legalmente unida precisamente a este resultado y por tanto como causal respecto del mismo”³⁷, un sector sostiene esta misma posición. Así

³³ ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 31; Der Arzt im Strafrecht, MSchKrim 1939, 426; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el CP, 1966, 54 ss.; PG, 1977, 306 s.; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, citando las sents. RG 58, 130 ss. (131), 63, 392 ss. (393) y 75, 49 ss. (50); JAKOBS, AT, 2.^a 1991 (PG, 2.^a, 1997), 29/16, con matizaciones; MORILLAS, DP, PG II-1, 2008, 151 s., pero con las reservas de JAKOBS. Sin compartir la tesis, cita ese aforismo MIR, 10.^a 2015/16, en n. 61 de 12/78.

³⁴ Así ENGISCH, MSchKrim 1939, 426 s.; ANTOLISEI, PG, 4.^a 1960, 182; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 54 ss.; PG, 1977, 306, invocando a Antolisei; BLEI, AT, 18.^a 1983, 316. MIR, n. 61 de 12/78, que no lo comparte, la llama “causalidad lógica”; en contra tb., destacando que la causalidad es una realidad ontológica y no sólo una categoría o nexo del pensamiento, ARTH. KAUFMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 214; WELP, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, 166 ss.; SEEBALD, GA 1969, 194; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.^a 1975/26.^a 2000, § 13/61.

³⁵ Así. ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 29 ss.; PUPPE, ZStW 92, 1980, 899; NK, I, 4.^a, 2013, antes del § 13/117 ss.; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 3); WESSELS, AT, 22.^a 1992, § 16 II 3; HILGENDORF, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 564; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 482.

³⁶ ENGISCH, Die Kausalität, 1931, 21.

³⁷ ENGISCH, Die Kausalität, 1931, 21.

PUPPE, señalando que hay conexión conforme a leyes porque las negaciones no son sólo admisibles, sino indispensables para ofrecer explicaciones causales completas, y que el resultado se produce no sólo por las condiciones que lo fomentan positivamente, sino también por la ausencia de factores que lo impiden (doble causalidad en la omisión)³⁸, pues p.ej. un enfermo grave no sólo muere porque ha sucumbido a la enfermedad, sino también porque no ha acudido a ningún médico³⁹; argumentación esta que coincide exactamente con las fórmulas de la causalidad negativa: v. *supra* II. 2 b 2). Por cierto, que unos lo aplican sólo a la omisión impropia (así WESSELS, HILGENDORF o CUELLO CONTRERAS⁴⁰), pero otros (como ENGISCH, PUPPE o ROXIN) lo mantienen respecto de cualquier omisión⁴¹, por tanto, tb. las omisiones propias o puras.

Pues bien, es una argumentación deficiente la de ROXIN razonando que, dado que no se sabe mucho en detalle de la fuerza operativa de la causalidad incluso en los delitos comisivos (activos), es recomendable aplicar la fórmula de las condiciones conforme a leyes asimismo a los delitos omisivos⁴². En todos los casos la argumentación se basa en una mera petición de principio y es por tanto circular: afirmar que entre una omisión y un resultado existe una conexión conforme a las leyes e intentar demostrarlo sólo y simplemente con ejemplos como que si un hábil nadador y socorrista A contempla tranquilamente cómo a su lado se ahoga B, el comportamiento de A es causa de la muerte de B, porque entre el comportamiento de A y la muerte de B existe una conexión conforme a las leyes⁴³, o que “si una madre no alimenta a su hijo, éste, con la seguridad de las leyes naturales, morirá de hambre”⁴⁴ (v. *infra* V.3 h.2 a’), son afirmaciones gratuitas, sin la menor fundamentación: Afirman en un círculo vicioso que hay causalidad de la omisión porque ésta está vinculada conforme a las leyes naturales con el resultado, y vuelven a afirmar la existencia de esa conexión conforme a leyes por

³⁸ Así PUPPE, ZStW 92, 1980, 899; NK, I, 4.^a, 2013, antes del § 13/120 s.

³⁹ Así PUPPE, ZStW 92, 1980, 899.

⁴⁰ WESSELS, AT, 22.^a 1992, § 16 II 3; HILGENDORF, NStZ 1994, 564; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 482, que de todos modos la considera sólo cuasi-causalidad.

⁴¹ ENGISCH, PUPPE, ROXIN, *cits.*

⁴² ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42. Aparte de la crítica que hago a continuación a su razonamiento de que la causalidad conforme a leyes explica la causalidad de la omisión, no es cierta su primera afirmación de que no sabemos mucho de la fuerza operativa de la causalidad incluso en la comisión activa: v. mi crítica *infra* II.2 c (texto de n. 52).

⁴³ Así HILGENDORF, NStZ 1994, 564.

⁴⁴ Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42.

estar convencidos de que la correspondiente omisión ha causado el resultado. No fundamentan por qué las leyes de la naturaleza afirman acaso que el factor que mata y le produce la muerte a quien se ahoga en el lago es la pasividad de quien está cerca y sabe nadar (por cierto, en principio un no garante), y no el hecho de que la víctima traga agua sin parar porque no puede o no sabe nadar. Ni se fundamenta por qué las leyes naturales van a afirmar que la causa de la muerte por inanición del niño, aparte del factor de que el niño pequeño no sabe procurarse su nutrición, es la pasividad de la madre que no lo alimenta y no la pasividad del padre y otros familiares presentes que no lo hacen e igualmente la pasividad de vecinos, que oyen llorar ininterrumpidamente al niño y no intervienen; y si en estos casos no se afirma que han causado el resultado mortal estos vecinos e incluso simples familiares y por ello no se les imputa el resultado a sus conductas pasivas, desde luego no es debido a una conexión o no del resultado conforme a las leyes naturales con cada una de esas conductas, o sea a una cuestión fáctica, sino a la cuestión jurídica de a quién o quiénes incumbe un deber de garantía especialísimo respecto de un ser absolutamente desvalido y dependiente que se da por seguro que va a ser cumplido.

4) Luego todas estas posiciones discuten sobre la seguridad o grado de probabilidad necesario para afirmar que la conducta debida y omitida habría evitado el resultado. Como esa circunstancia es totalmente hipotética y no se ha producido, se suele mantener que no puede haber seguridad, sino probabilidad mayor o menor y la posición más frecuente es la de que, para no vulnerar el *in dubio pro reo*, ha de haber una *probabilidad rayana en la seguridad o certeza de que la conducta debida habría evitado el resultado*⁴⁵; si no hay esa casi seguridad de evitación, sostiene que no se causa el resultado y sólo habrá tentativa en caso de dolo, y en caso de imprudencia habrá incluso impunidad. Hay no obstante una parte muy importante de la doctrina que no admite que haya causalidad real en la omisión impropia, pero sí imputación objetiva del resultado y ciertamente para ello mantiene la misma posición de que se requiere para la imputación una probabilidad rayana en la seguridad de que la acción requerida habría

⁴⁵ Así entre otros muchos, WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 212; MAURACH, AT, 4.ª 1971, § 45 III B, 503; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.ª 1975/26.ª 2000, § 13/61; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BLEI, AT, 18.ª 1983, 316; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 59 III 4, con citas de jurisprud. (ya RG 15, 151; 51, 127; 75, 49; 75, 372); WESSELS, AT, 22.ª 1992, § 16 II 3; BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 403.

evitado el resultado⁴⁶; por tanto, sumando ambas perspectivas esta exigencia es opinión dominante tanto en doctrina como jurisprudencia.

Sin embargo, una posición minoritaria requiere para la imputación objetiva (o ya para la causalidad) total seguridad o certeza de que la acción debida habría evitado el resultado⁴⁷. Pero sobre todo, en sentido inverso en la doctrina se debate ampliamente⁴⁸ si en la omisión para afirmar la causalidad (o la imputación) se puede acudir al criterio del “incremento del riesgo” por la hipotética conducta alternativa lícita, que un sector encabezado por ROXIN aplica como criterio de imputación objetiva en los delitos de comisión activa (ciertamente rechazado por gran parte de la doctrina)⁴⁹, es decir, en la omisión acudir como criterio a la “disminución del riesgo”⁵⁰ por la conducta alternativa, es decir la actividad debida; y un sector minoritario sostiene frente a la doc. dom. que efectivamente basta que haya, no seguridad o casi seguridad, sino una posibilidad importante o relevante de que la conducta debida hubiera evitado el resultado, o sea una

⁴⁶ Así entre otros, SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 2.^a 1997], 19/20; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; CEREZO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a 2002, 583; KÜHL, AT, 5.^a, 2005, 18/39; T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; MIR, PG, 10.^a 2015/2016, 12/82; Díez RIPOLLÉS, PG, 4.^a, 2016, 235 s.; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 158.

⁴⁷ Así MEZGER, Strafrecht, 3.^a 1949 [Tratado I, 1946], § 16 III. 2; HERZBERG, MDR 1971, 882 s.; KAHLO, Zum Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, 320 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 –PG, 2.^a 1997–, 29/19; KÖHLER, AT, 1997, 229; en la doc. española TORÍO, Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, ADPCP 1984, 699 ss.; GRACIA, La comisión por omisión en el DP español, APen 1995, 711 (683 ss.). Vacilando SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/61, pues tras afirmar varias veces que ha de ser segura la evitación del resultado, otras varias se conforman con probabilidad rayana en la seguridad. Aparentemente podría parecer que encaja aquí GIMBERNAT, ADPCP 1994, 29, 38; ADPCP 2000, 71 s., porque exige seguridad en la comprobación de la causación, pero lo que sostiene es que es seguro que el resultado ha sido causado por el peligro no controlado, y no que sea seguro que la acción omitida lo habría evitado, posición que rechaza (ADPCP 2000, 64 s.), con lo que en sus conclusiones acaba coincidiendo --pese a rechazarla tb.-- con la teoría del incremento/disminución del riesgo: v. *infra* n. 200; crítica con razón su formulación de que el resultado sea con seguridad causado por el foco de peligro no controlado, por no atender a si es seguro que lo impediría la acción debida, BACIGALUPO, Principios, 5.^a 1998, 403 s.

⁴⁸ Cfr. extensamente sobre esta discusión ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/46 ss., 51 ss.

⁴⁹ Cfr. ampliamente sobre la discusión en torno a su criterio del incremento del riesgo en los delitos de comisión activa ROXIN, AT I, 4.^a 2006, § 11/88 ss.; PG I, 1997, § 11/72 ss. V. tb. una síntesis en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.^a 2016, y DP, PG, 3.^a 2016, § 15/95 ss.

⁵⁰ Precisan que esa debería ser la terminología adecuada en el delito omisivo BEULKE/BACHMANN, Die “Lederspray-Entscheidung”, JuS 1992, (737 ss.) 743 n. 40; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/49; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152 s.; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/15. En contra T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86: denominación “que induce a error”.

simple disminución del riesgo si se hubiera realizado la conducta requerida y omitida, para imputar el resultado⁵¹: v. sobre ese debate más ampliamente *infra* II.3 b).

c) Crítica de las posiciones afirmativas. Conclusión: no hay causalidad real, pero sí imputación objetiva (jurídica) del resultado

1) Esta tesis de las posiciones afirmativas de la existencia de causalidad, negativa o hipotética o bien conforme a leyes (naturales), es totalmente insostenible. Al margen de otras objeciones hay dos obstáculos frontales:

Primero, en un estado de cosas pacífico o en reposo, o considerado como *statu quo* en la situación que presenta sin modificaciones en un determinado momento, **sólo puede causar un resultado, es decir una modificación o cambio de ese estado de cosas, la irrupción o entrada en el mismo de una energía proveniente de un proceso natural o de un acto humano** (energía física, como movimiento o golpe, calor, frío, electricidad, ondas, radiación etc., agregación de sustancias que desencadenan una reacción química) o la adición de un acto humano o de una nueva situación capaz de influir mentalmente en el comportamiento o decisión de otro: causalidad material o causalidad psíquica, respectivamente. No es cierta por tanto la afirmación de que “no sabemos nada más preciso de la ‘fuerza operativa’ o ‘dinámica’ de la causalidad incluso en los delitos comisivos”⁵²; conocemos perfectamente cuál es esa fuerza, ya de un modo aproximativo y sintético por la común experiencia (conocimiento general *grosso modo* de los procesos y las leyes causales), y en todo caso basta con consultar a físicos, químicos o tecnólogos, o a psicólogos en el caso del proceso de influencia mental o psíquica, para que expliquen exactamente cuál es esa energía o reacción que causa un resultado que modifica la situación anterior en el caso concreto. Pues bien, **la no realización de una conducta debida**, que es lo que normativa/valorativamente calificamos como omisión de cumplir un deber, **no tiene entidad real que suponga una fuerza o energía que irrumpa en el estado de cosas modificándolo y por ello no puede ser causa del**

⁵¹ Así STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.^a 2000 [PG, 4.^a 2005], § 13/52 ss. ; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2010, § 13/54; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.^a 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.^a 1977/7.^a 2000, § 13/16-16a; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 603 s.; BRAMMSEN, Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989, 123 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 931, pese a reconocer en 930 argumentos a favor de la doc. dom. Cfr. ampliamente sus argumentos y los argumentos contrarios de la posición mayoritaria en ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51-53. No obstante, el propio ROXIN no quiere aplicar su criterio del incremento del riesgo a la imputación en los delitos omisivos, sino que mantiene una posición intermedia: v. *infra* II.3 b, y en n. 65.

⁵² Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42 en relación con la causalidad de la omisión, donde se remite a esa misma afirmación suya en AT I, 3.^a [PG I, 1997], § 11/4.

resultado, y la conducta, activa o excepcionalmente pasiva, realizada en vez de la debida tampoco ha causado para nada el resultado, de modo que éste ha sido causado por otro factor natural o humano que lo ha producido modificando el estado de cosas.

Y hay un segundo argumento decisivo que confirma plenamente lo anterior: si de verdad se puede afirmar que una omisión es causa de un resultado porque la realización de la conducta salvadora debida y omitida habría evitado el resultado, entonces **eso mismo se podría predicar de cualquier omisión pura o propia** como la omisión de socorro o la omisión de impedir delitos y por tanto ésta **sería igualmente causa del resultado**, pues *si se hubiera prestado la conducta de auxilio o de avisar a la autoridad, el resultado lesivo no se habría producido*⁵³, con seguridad o con enorme probabilidad (y si no se diera el grado de probabilidad necesario, no habría consumación, pero sí tentativa si la actuación fuera dolosa⁵⁴). Y entonces no se entiende por qué las conductas de omisión propia, si también causan el resultado típico con independencia de que haya o no posición de garante en el autor, no se consideran asimismo de comisión por omisión del delito de resultado.

Con tal planteamiento la concurrencia de posición de garante, o bien debería crear únicamente un tipo cualificado o agravado en el delito comisivo (comisivo si se sostiene que ya causa el resultado el no impedirlo pudiendo por no cumplir el deber de actuar para salvar o para evitarlo, aunque sea un deber general sin posición de garante), o si por el contrario se sigue considerando imprescindible la posición de garante para la omisión impropia, entonces curiosamente la posición de garante no sería elemento fundamentador de la comisión por omisión, sino un elemento restrictivo, cuya no presencia impediría que la omisión que en sí misma ya es causa del resultado sea tratada

⁵³ Y efectivamente algunos hablan de causalidad en general de cualquier omisión, y no sólo de la impropia: así RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 305-307, dentro del ap. III.1: “El valor causal de la omisión. La omisión como condición negativa” y sólo en el ap. III. 2 (307 ss.) comienza a ocuparse de la comisión por omisión; igual ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42 ss., que, aunque en todos los ejemplos se está refiriendo a la omisión impropia, realmente defiende que hay esta causalidad en todo delito de omisión: toda su argumentación se encuadra en el § 31 dedicado al delito de omisión en general y dentro del ap. V: “La causalidad en la omisión”. Cfr. para citas de más autores en la doc. alemana SILVA, El delito de omisión, 1986, 361 n 336-337.

⁵⁴ Cfr. entre otros JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 3); ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/48 ss.

como comisión por omisión de ese tipo de resultado –sin que estuviera claro por qué había que imponer ese límite que no se impone a las conductas de causación activa–⁵⁵.

2) Por tanto, **en la omisión impropia no hay relación causal con el resultado típico** –igual que no la hay en la omisión propia–, resultado que siempre ha sido causado por la intervención positiva de otro factor natural o humano. Pero **sí puede y debe haber** para el delito consumado imputación jurídica, es decir **imputación objetiva de ese resultado a la omisión impropia**⁵⁶ equivalente a la comisión activa: tiene que haber imputación objetiva de la conducta omisiva, es decir, creación o aumento de un riesgo o peligro relevante; y además tiene que haber imputación objetiva de la producción del resultado como realización del peligro de esa omisión.

3. Imputación objetiva (jurídica) del resultado sin causalidad desde la equivalencia valorativa con la causación activa

a) Imputación objetiva de la conducta omisiva

Tiene que haber **imputación objetiva**, en primer lugar, **de la conducta omisiva**, es decir, el mismo criterio que en los delitos comisivos supone la adecuación, o sea, la creación de un riesgo o peligro relevante; en la comisión por omisión ese es precisamente desde el punto de vista aquí defendido el criterio decisivo de equivalencia con la comisión activa: que desde un baremo socio-normativo pueda afirmarse que *la propia omisión crea ex ante un peligro prácticamente inexistente* o conjurado hasta el momento *o que al descontrolarlo o no afrontarlo aumenta un peligro* (crea más peligro) existente pero *que se daba por seguro que estaba controlado*⁵⁷ o *suficientemente enfrentado*: v. *infra* V.1-3.

⁵⁵ De modo similar señala SILVA, El delito de omisión, 1986, 362, como crítica a las teorías que sostienen la causalidad de la omisión, que “si se afirma que toda omisión es causal como las realizaciones activas, no se entiende la ulterior limitación que surge de la noción del deber jurídico de evitación del resultado o similares”; y ya en 361 que esas teorías “no pueden eludir la objeción de que, si la omisión (toda omisión que determina la no evitación del resultado) es causal en idéntica medida que la comisión activa, no se concibe por qué en este último caso basta con la causalidad, en principio, para dar lugar a la responsabilidad y en la omisión, en cambio, se hace preciso integrarla con un complemento más ... – infracción del deber especial...–”.

⁵⁶ Así tb. actualmente la doc. dom.: v. *infra* n. 58.

⁵⁷ Igualmente SILVA, CPC 1989, 377 n.42, tras decir que si en la comisión activa hay creación naturalística del riesgo, el supuesto de comisión por omisión (por incumplimiento del compromiso de control) “puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”, añade que ello le obliga a discrepar de HUERTA, Problemas fundamentales, 1987, 174 n. 559, 91 n.269, cuando ésta critica a MIR y a LUZÓN la inclusión del concepto de riesgo en la cuestión de la equiparación alegando que dicho concepto pertenece a la esfera de la imputación objetiva del resultado, y discrepa porque –señala con razón SILVA– “una cosa es el riesgo *ex ante*, al que estos autores... aluden y que desde luego constituye el

b) Imputación objetiva del resultado. La polémica sobre el grado de probabilidad o seguridad de que la acción debida y omitida impediría el resultado

Y además tiene que haber respecto de la omisión impropia *imputación objetiva de la producción del resultado*⁵⁸ como realización del peligro de esa omisión. Y aquí es donde entra en juego la discusión sobre el grado de probabilidad o seguridad con el que la acción debida habría impedido el resultado⁵⁹ : y ya hemos visto *supra* II.2 b 4) que la doc. dom. tanto científica como jurisprudencial requiere para la imputación (según algunos, incluso para la relación causal) una probabilidad rayana en la seguridad o certeza de que la acción requerida habría evitado el resultado⁶⁰ ; si no la hay, sólo habrá

núcleo sistemático del problema de la equiparación, y otra el incremento del riesgo *ex post*, que conforma un criterio –discutido– de imputación del resultado a una conducta *ex ante peligrosa*”; similar RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 116. También ROSO, La autonomía del delito comisivo omisivo, ForFICP 2017-1, 242 s., coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por su descontrolamiento como criterio normativo de imputación objetiva.

⁵⁸ Así la doc. dom. en la época moderna: entre otros STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.^a 2000, § 13/52 ss.; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.^a 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.^a 1977/7.^a 2000, § 13/16-16a; SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 573, 584 s.; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2-3; BRAMMSEN, Erfolgzurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989, 123 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 2.^a 1997], 19/20, 28/1 ss., 29/1 ss.; BUSTOS, Manual PG, 4.^a 1994, 387; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; KÖHLER, AT, 1997, 229; CEREZO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a 2002, 583; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/46 ss.; KÜHL, AT, 5.^a, 2005, 18/39; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 660 ss.; T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 113 ss., 148 ss.; Alcance de la imputación objetiva en los delitos de omisión impropia, RDMCP 5 2013, 398 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 931; MORILLAS, PG II-1, 2008, 148 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.^a 2009, 599-601 (denomina tb. causalidad en sentido normativo o equivalente normativo a la causalidad); BERDUGO/ARROYO/*et al.*, Curso PG, 2.^a 2010, 243 s.; DONNA, PG, VI, 2010, 198 ss.; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.^a 2010, 479 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2010, § 13/54; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/11 ss.; LANDECHO/MOLINA, PG, 9.^a, 2015, 294; QUINTERO/MORALES, PG, 5.^a 2015, 453, 456; MIR, PG, 10.^a 2015/2016, 12/82; Díez RIPOLLÉS, PG, 4.^a, 2016, 235 s.; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 158; FREUND, MK StGB, 3.^a 2017, § 13/213 ss.

⁵⁹ Tratando muy ampliamente la discusión sobre este grado de probabilidad como requisito de la imputación objetiva del resultado, además de las citas de n. sig., cfr. especialmente ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/46 ss.; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005; RDMCP 5 2013, 398 ss.; MIR, PG, 10.^a 2015, 12/79 ss.

⁶⁰ Como ya anticipé *supra* II.2 b 4) y n. 45-46, un sector lo formula como requisito para la causalidad, otro como requisito para la imputación objetiva del resultado. Así como requisito de la causalidad entre otros, WELZEL, Lehrbuch, 11.^a 1969, 212; MAURACH, AT, 4.^a 1971, § 45 III B, 503; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.^a 1975/26.^a 2000, § 13/61; BAUMANN, AT, 8.^a 1977, 248; BLEI, AT, 18.^a 1983, 316; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 4, con citas de jurisprud. (ya RG 51, 127; 75, 49; 75, 372); WESSELS, AT, 22.^a 1992, § 16 II 3; BACIGALUPO, Principios, 5.^a 1998, 403; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152. Como requisito de la imputación objetiva entre otros SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 585; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 2.^a 1997], 19/20; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; CEREZO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a 2002, 583; KÜHL, AT, 5.^a, 2005, 18/39; T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/15; CARBONELL, CPC 2014, 21

tentativa en caso de dolo e impunidad en caso de imprudencia: para más detalles v. *infra* II.3 d.

Así p. ej. en la jurisprud. alemana la sent BGH 3.5.1984 (4 StR 266/84), en: StV 1985, 229, ante el supuesto de un marido que no llevó al hospital a su mujer, a la que sin dolo de matar había dado una brutal paliza, y ésta resultó muerta a causa de las lesiones, no aprecia homicidio doloso por omisión consumado, sino sólo tentativa, aunque con una operación inmediata habría habido algunas posibilidades de supervivencia, dado que no constaba con seguridad o una altísima probabilidad rayana en la seguridad que la intervención médica habría impedido la muerte; y por esa misma razón BGH, NJW 1987, 2940, tampoco condenó por homicidio imprudente al médico que con negligencia inconsciente omite la radioterapia a un paciente con cáncer que murió, porque había solamente un 90% de probabilidad de que ese tratamiento hubiera salvado su vida⁶¹.

Pero existe discusión al respecto. En efecto, un sector minoritario⁶² aplica a la omisión impropia el criterio del incremento del riesgo –por una hipotética conducta alternativa correcta– propuesto por ROXIN como criterio de imputación objetiva en los cursos causales hipotéticos para los delitos de comisión activa⁶³ (en la omisión la disminución del riesgo⁶⁴), y sostiene frente a la doc. dom. que efectivamente basta que haya, no seguridad o casi seguridad, sino una posibilidad importante o relevante de que la conducta debida hubiera evitado el resultado, o sea una simple disminución del riesgo si se hubiera realizado la conducta requerida y omitida, para imputar el resultado (v. *supra* II.2 b 4). Y el propio ROXIN defiende para la omisión impropia una posición

ss. (pero exige no comprobación *ex post* sino aptitud de la acción debida *ex ante* para impedir el resultado con probabilidad rayana en la certeza o más allá de toda duda razonable); FREUND, MK StGB, 3.ª 2017, § 13/213 (con reservas), 221: equivalente a “prácticamente seguro”; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 12/82; Díez RIPOLLÉS, PG, 4.ª, 2016, 235 s.; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 158. TS 1538/2000, de 9-10; 1251/2006, de 12-12. Sobre la jurisprud. alemana en este sentido cfr. JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 59 III 4.

⁶¹ Sents. del BGH expuestas por por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/47 (46 ss.); la primera además comentada por SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.

⁶² Así STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.ª 2000, § 13/52 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2010, § 13/54; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.ª 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.ª 1977/7.ª 2000, § 13/16-16a; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 603 s.; BRAMMSEN, MDR 1989, 123 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 931, pese a reconocer en 930 argumentos a favor de la doc. dom. Cfr. ampliamente sus argumentos y los argumentos contrarios de la posición mayoritaria en ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51-53. No obstante, el propio ROXIN no quiere aplicar su criterio del incremento del riesgo a la imputación en los delitos omisivos, sino que mantiene una posición intermedia: v. a continuación y en n. 65.

⁶³ Cfr. ampliamente ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 11/88 ss.; PG I, 1997, § 11/72 ss. V. tb. una síntesis en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, y DP, PG, 3.ª 2016, § 15/95 ss.

⁶⁴ Destacando que esa debería ser la terminología adecuada en el delito omisivo BEULKE/BACHMANN, Die “Lederspray-Entscheidung”, JuS 1992, (737 ss.) 743 n. 40; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/49; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152 s.; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/15. En contra criticándola T. WALTER, LK I, 12.ª 2006/07, antes del § 13/86: denominación “que induce a error”.

intermedia⁶⁵ : habrá imputación del resultado si *ex post* es realmente verificable una disminución del riesgo con la acción requerida, que habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, aunque pese a todo hubiera posibilidades de que el resultado se hubiera producido por otras circunstancias; pero si la disminución del riesgo con la acción omitida sólo parecía posible *ex ante*, pero no consta con probabilidad rayana en la seguridad que la acción debida hubiera influido en el curso causal y evitado el resultado, no habrá imputación.

c) Valoración de los criterios al respecto y toma de posición

A mi juicio es preferible la opinión de la doc. dom.:

En primer lugar, exigir para la imputación del resultado la total seguridad de que la actividad debida y no realizada habría evitado el resultado, como hace la posición minoritaria argumentando que es lo mismo que se requiere en la comisión activa – seguridad de que, si no se llevara a cabo la conducta, no se produciría el resultado y aduciendo además que conformarse para imputar con una probabilidad muy alta, rayana en la certeza, pero sin total seguridad–, supone vulnerar el principio *in dubio pro reo*⁶⁶, es una posición inadecuada en su primera argumentación e injusta en su segunda acusación: Es inadecuado exigir la misma seguridad o certeza que en la causación activa porque, como argumenta la doc. dom. sobre la cuestión de si la conducta debida y omitida habría evitado el resultado, como esa circunstancia es totalmente hipotética y no se ha producido en un curso causal real, no se puede predecir con absoluta seguridad⁶⁷, sino con probabilidad mayor o menor y entonces se exige un grado altísimo de probabilidad en el límite con la seguridad. Y no es cierta la acusación de que ello vulnera el *in dubio pro reo*, ya que tal principio exige que el juez aplique la hipótesis más favorable al reo, que en este caso sería la no imputación objetiva del resultado a la omisión impropia, si tras la actividad probatoria subsiste una duda sobre los hechos insoluble, que no puede resolver; pero si la actividad probatoria, según la común experiencia o la información pericial le da al juez la práctica seguridad o una

⁶⁵ Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/54 ss., 59 ss.

⁶⁶ Así argumentan los partidarios de esta posición cits. en n. 47.

⁶⁷ Argumentan así V. WEBER, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2.^a 1948; WELZEL, Lehrbuch, 11.^a 1969, 212 s.; MAURACH, AT, 4.^a 1971 [PG, 1962], § 45 III B; JESCHECK, AT, 4.^a 1988 [Tratado PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; CEREZO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; MIR, PG, 10.^a 2015/2016, 12/81; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 158.

probabilidad tan elevada que es rayana en la certeza de que la actividad omitida habría impedido el resultado, entonces a eso se le llama cuasi-seguridad, ser “prácticamente seguro”,⁶⁸ y al juez ya no le queda una duda irresoluble sino que puede dar por probada⁶⁹ la realización en el resultado de la peligrosidad de esa omisión.

Y por otra parte para llegar a esa conclusión e imputar objetivamente el resultado hay que exigir esa seguridad práctica o al menos una altísima probabilidad rayana en la certeza y no parece suficiente simplemente constatar *ex post* que con la hipotética realización de la acción debida la evitación del resultado en el caso concreto habría sido más probable que con su omisión, pero sin llegar a la seguridad o cuasi seguridad de una elevadísima probabilidad rayana en la seguridad, como sostiene la teoría de la disminución del riesgo o aplicación a la omisión del criterio roxiniano del incremento del riesgo (*supra* II.3 b últ. párr.), aplicación que sin embargo el propio ROXIN rechaza⁷⁰. En efecto, pese a que los defensores de la teoría de la disminución del riesgo o simple probabilidad alegan que lleva a una solución político-criminalmente más satisfactoria que la de exigir seguridad o casi seguridad, que impedirá en muchos casos apreciar delito consumado y llevará incluso (si no había dolo) a dar una absolución injusta a la indeseable conducta omisiva⁷¹, sin embargo, no estamos ante figuras delictivas basadas únicamente en el desvalor de la acción, como serían los delitos de peligro, los de consumación anticipada o la tentativa en la actuación dolosa, que justificarían esa valoración, sino que en los delitos omisivos impropios estamos ante tipos de resultado, que requieren para su consumación no sólo el desvalor de acción, sino también un desvalor del resultado, con la imputación objetiva de un resultado desvalorado⁷² y la teoría del (no) incremento, de la disminución del riesgo pretende

⁶⁸ Así tb. FREUND, MK (Münchener Kommentar) StGB, 3.ª 2017, § 13/221, 213.

⁶⁹ Así tb. BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BAUMANN/WEBER, Strafrecht, AT, 9.ª 1985, 240.

⁷⁰ No deja de ser significativo que dos defensores de la teoría del aumento o incremento del riesgo en la comisión activa tan destacados como ROXIN y SCHÜNEMANN no hayan querido aplicarla a los delitos de omisión impropia y el primero haya elaborado un criterio intermedio (como tb. se ha expuesto *supra* II.3 b, i.f.), que prácticamente acaba coincidiendo con la doc. dom. Cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/54 ss., 59 ss.; SCHÜNEMANN, JA 1975, 647 ss.; StV 1985, 229 ss., 233 (defendiendo por ello para los delitos de omisión el criterio general mayoritario).

⁷¹ Así p. ej. STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.ª 2000, § 13/55; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2010, § 13/54; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.ª 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.ª 1977/7.ª 2000, § 13/16-16a; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 931. Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/52 ss., 46 ss.

⁷² Así tb. BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 403; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 12/82.

indebidamente tratarlos como tipos de peligro o figuras que no requieren la producción del desvalor del resultado⁷³. Aplicar esta teoría para castigar por delito consumado de resultado la conducta omisiva sí supone una vulneración del principio *in dubio pro reo* en los casos en que no haya prácticamente seguridad de que la acción debida habría impedido el resultado⁷⁴: aquí sí se infringiría dicho principio al imputar el resultado producido a una omisión (impropia) cuando no haya certeza o una altísima probabilidad casi coincidente con la certeza de que la actuación omitida habría evitado el resultado, aunque con ella hubiera disminuido el riesgo de su producción (incluso en un 60, 70 u 80 %), ya que pese a ello subsiste una duda, irresoluble para el juez, de si estará imputando a la omisión un resultado que es posible, incluso bastante posible (en un 20, 30 o 40 %) que sea la realización del peligro proveniente de otra causa o del curso del propio peligro preexistente y no de la peligrosidad *ex ante* que suponía la conducta omisiva impropia⁷⁵.

Por poner un solo ejemplo, si una persona que tiene a su cargo en casa al otro cónyuge parálítico y totalmente desvalido, viendo que éste sufre un ataque de apoplejía, con intención de que muera no pide asistencia médica y efectivamente su cónyuge muere, pero los informes médicos dictaminan que una pronta intervención médica habría supuesto en ese caso sólo un 70 o 60 % de posibilidades de evitar la muerte –lo que no obstante desde luego implicaría una disminución del riesgo–, condenar al cónyuge por un homicidio doloso por omisión consumado, y no en tentativa, supondría

⁷³ Así lo critican p. ej. SCHÜNEMANN, JA 1975, 647 ss.; StV 1985, 229 ss., 233; BAUMANN, AT, 8.^a 1977, 248; BAUMANN/WEBER, Strafrecht, AT, 9.^a 1985, 240; PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993, 385 s.; T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/15; FRISCH, La imputación objetiva del resultado, Barcelona, 2015, 98 s. (en general frente a toda la teoría del incremento del riesgo); FREUND, MK StGB, 3.^a 2017, § 13/223. Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51, que parece compartirlo, puesto que rechaza aplicar la teoría del incremento/disminución del riesgo y formula (nm. 54 ss.) una teoría intermedia próxima a la doc. dom.

⁷⁴ Así lo critican p. ej. BAUMANN, AT, 8.^a 1977, 248; BAUMANN/WEBER, Strafrecht, AT, 9.^a 1985, 240; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.^a 1975/26.^a 2000, § 13/61 (se impondría una pena por sospecha); PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993, 327 ss.; T. WALTER, LK I, 12.^a 2006/07, antes del § 13/86; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.^a 2013, § 13/15; FRISCH, La imputación objetiva del resultado, 2015, 98 y n. 120 (en general frente a toda la teoría del incremento del riesgo); CARBONELL, CPC 2014, 24: critica duramente que las dificultades derivadas del carácter hipotético conduzcan a abandonar la fórmula de tal teoría dominante “para abrazar otra con infinitamente menos garantías”; FREUND, MK StGB, 3.^a 2017, § 13/223 (pena por sospecha; y rechazando toda la teoría del incremento del riesgo). Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51, que parece compartirlo.

⁷⁵ Tb.MIR, PG, 10.^a 2015/2016, 12/82, exige para la imputación objetiva del resultado necesaria para una comisión por omisión consumada “que el riesgo creado (mejor no disminuido se realice efectivamente en el resultado”; igual NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 158.

imputar el resultado de muerte como si fuera la realización segura de la creación o aumento de peligro (desde la perspectiva normativa) que representó dicha omisión, pese a que hay nada menos que entre un 30 y un 40 % de posibilidades de que la muerte haya sido la realización del peligro letal inevitable que en ese caso conllevó la falta de riego sanguíneo de la apoplejía. Lo cual supone una solución inadmisibles, porque ante esa importante duda el juez ha de elegir *pro reo* la hipótesis más favorable de que el resultado de muerte era inevitable y no imputárselo a la omisión impropia dolosa, condenando por ello al cónyuge garante solo por tentativa de homicidio por omisión; y si, variando sólo la parte subjetiva del hecho, el sujeto no hubiera tenido dolo de producir la muerte, sino que hubiera actuado solamente con imprudencia por no haberle dado importancia vital al ataque que sufre su cónyuge, al no poder el juez imputarle el resultado de muerte a su conducta omisiva no dolosa, no responde en absoluto por homicidio imprudente por omisión, ya que aquí no cabe la tentativa.

d) La no imputación del resultado por insuficiente probabilidad de que la acción debida evitaría el resultado; consecuencias

Cuando no haya imputación objetiva del resultado a la conducta omisiva impropia (que cumple los requisitos de imputación de la conducta indicados en a, es decir ser *ex ante* normativamente la omisión que crea o aumenta decisivamente el peligro) por no haber el suficiente grado de probabilidad o seguridad –distinto según la perspectiva mantenida, según la aquí sustentada por no haber seguridad o casi seguridad: una altísima probabilidad rayana en la certeza de que la actividad debida habría evitado el resultado⁷⁶ –, la consecuencia será diferente según que la conducta sea dolosa o no: si no hay imputación objetiva del resultado a esa omisión impropia, sólo habrá tentativa de un delito de resultado en caso de dolo⁷⁷ e impunidad en caso de no haber dolo en la omisión, sino sólo imprudencia respecto de un delito de resultado, ya que esas son las

⁷⁶ Lógicamente el presupuesto será diferente para las otras perspectivas: para la posición minoritaria, no se imputará objetivamente el resultado cuando no haya total seguridad de que la conducta debida habría evitado el resultado, o sea, que basta con alguna posibilidad de que se hubiera producido incluso con la actividad debida para la no imputación objetiva; y para la posición de la teoría de la disminución del riesgo por la conducta alternativa (teoría del incremento del riesgo por la conducta alternativa en los delitos de comisión activa) no se imputará el resultado si *ex post* no se comprueba que la realización de la actuación debida habría supuesto una disminución considerable del peligro de producción del resultado.

⁷⁷ Así SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.^a 1975/26.^a 2000, § 13/61 (destacando que, aparte de tentativa, cabe tb. responsabilidad por omisión de socorro); BACIGALUPO, Principios, 5.^a 1998, 403; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/48; KÜHL, AT, 5.^a, 2005, 18/39; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/82; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 158. En la jurisprudencia alemana, BGH 14, 284; BGH, en StV (rev. Strafverteidiger), 1985, 229, cits. por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/47.

consecuencias aplicables al haber sólo desvalor de acción (de una conducta omisiva objetivamente imputable como omisión impropia), pero no desvalor del resultado⁷⁸. Sólo no habrá impunidad en tales casos si se producen en un sector de actividad humana en que la ley ha creado delitos de peligro; y también en el caso excepcional de que la omisión encajara en el tipo objetivo de un delito de omisión propia tipificada, como la omisión de socorro, y además hubiera dolo al menos eventual respecto de esa omisión propia –pues los Códigos no suelen castigar la omisión de socorro imprudente–, aunque no hubiera dolo respecto del delito comisivo de resultado.

Ejs.: recuérdense algunos supuestos antes citados: el caso (*supra* II.3 b) del marido que tras dar una brutal paliza pero sin dolo de matar a su mujer no la lleva al hospital y ésta resulta muerta a causa de las lesiones, aunque con una operación inmediata habría habido algunas posibilidades de supervivencia, dado que no constaba con seguridad o una altísima probabilidad rayana en la seguridad que la intervención quirúrgica inmediata habría impedido la muerte, donde BGH 3.5.1984 con razón no apreció homicidio doloso por omisión consumado, sino sólo tentativa; o el caso (*supra* II.3 c) del sujeto que, actuando solamente con imprudencia por no haberle dado importancia vital al ataque de apoplejía que sufre su cónyuge inválido, no pide asistencia médica y el cónyuge muere, pero los informes médicos dictaminan que una pronta intervención médica habría supuesto en ese caso sólo un 70 o 60 % de posibilidades de evitar la muerte.

e) No imputación del resultado por producción del mismo por otra causa natural o humana

Por otra parte, a diferencia de lo anterior no se plantea discusión cuando es no ya posible o probable, sino absolutamente seguro que la peligrosidad que por no efectuar la acción debida implicaba una omisión impropia no se ha realizado en la producción del resultado, por constar con certeza que éste se ha debido exclusivamente a otra causa: Si pese a haber en principio una omisión equivalente a la comisión activa que creara un peligro que podría haber desembocado en el resultado, éste se produce por irrumpir de pronto una causa material natural (o humana) ajena al primer proceso (y así consta con seguridad), naturalmente el resultado se imputa a esa causa y no será imputable a la omisión como realización del peligro de ésta. Así en el caso de la STS 117/1994, 28-1, donde una mujer deja al marido enfermo unos días sólo en la casa sin poder renovar la medicación perentoria y al volver una semana después el marido estaba muerto; pero la defensa demostró que había muerto de un ataque fulminante al corazón, así que el tribunal la condenó sólo por tentativa de asesinato. Lo mismo ocurriría si en un caso así

⁷⁸ Así SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.^a 1975/26.^a 2000, § 13/61 i. f.: “en tales casos se constata sólo el injusto del hecho de permanecer inactivo (injusto de la acción), pero no un injusto del resultado”.

al enfermo abandonado por su cónyuge en situación de total desvalimiento no obstante le causara la muerte la intervención de un tercero, dolosa –p. ej. si penetra un ladrón en la casa y dispara mortalmente contra él– o imprudente –p. ej. si en el mismo supuesto el ladrón que ha invadido la casa le causara sin querer la muerte al taponarle las vías respiratorias para que no gritara–.

4. Posición de garante o garantía y deber jurídico especial de garante

La posición de garante o deber jurídico especial de evitación ha sido una exigencia doctrinal prácticamente unánime para restringir el círculo de autores cuya omisión de evitar un resultado típico es mucho más grave que la del ciudadano cualquiera y se ha considerado imprescindible para poder imputarle al garante el resultado como si lo hubiera causado con su actividad.

Pero efectivamente la posición de garante es condición necesaria pero no suficiente de la equivalencia de una omisión con la comisión activa: pues como veremos (*infra* IV.B. 2 a, V.3), sólo hay equivalencia si socio-normativamente se puede afirmar que las reglas sociales dan por seguro, por descontado, que estando presente esa persona no hay peligro o el peligro está totalmente controlado o el bien jurídico está seguro y protegido (y por eso la omisión crea o descontrola y con ello aumenta decisivamente el peligro); y esa expectativa de seguridad por las normas sociales requiere como mínimo que estemos ante un garante, aunque a continuación haya que restringir aún más dentro de los garantes, pero desde luego no se puede dar esa seguridad de control del riesgo frente a los ciudadanos corrientes que no tienen un deber jurídico especial de garantizar que no se producirá el resultado.

5. Equivalencia (o, según los ordenamientos, correspondencia) con la causación activa o comisión activa: exigencia de la tipicidad aun sin consagración expresa en un precepto de la PG

La tipicidad de un delito comisivo y el respeto al principio de legalidad requieren que la omisión del garante sea subsumible dentro de la descripción legal de ese delito comisivo de resultado. Ello desde luego era así antes de la introducción en la PG de algunos CP como el español o el alemán de cláusulas que expresamente consagran y regulan la comisión por omisión, y es así sin duda en los ordenamientos que no contienen dichas cláusulas generales; por lo cual la conducta omisiva, para encajar en un tipo comisivo de resultado, tiene que equivaler exactamente a la causación activa

(razón por la cual ha habido posiciones que, negando que se dé esa equivalencia, han considerado que admitir la comisión por omisión sería vulnerar el principio de legalidad criminal). Pero es que además, tras la introducción en el CP español de 1995 de la cláusula general sobre comisión por omisión del art. 11, éste no se conforma con un deber jurídico especial de garante, sino que exige además equivalencia con la comisión activa: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Con una fórmula similar el § 2 del StGB austríaco de 1974 requiere que la omisión de evitación del resultado por el especialmente obligado “sea equiparable a” la realización activa del tipo legal. Y la cláusula paralela del § 13 del Código alemán, introducida en 1969 en una nueva PG del StGB que entró en vigor en 1975, sin llegar a exigir equivalencia estricta, como inicialmente exigían los proyectos de reforma, requiere al menos “correspondencia”: que la omisión del garante además se corresponda con la comisión activa⁷⁹.

El origen de la cláusula española de la regulación general de la omisión impropia exigiendo equivalencia del art. 11 CP 1995 está en el art. 10 de los BAP 1990, AP 1992 y P 1992 (art. que no mencionaba el deber jurídico especial: “Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido el texto de la Ley, a su causación”) y más aún en el art. 11 del AP 1994 y P 1994 (“Los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”), prácticamente idéntico a la primera parte del precepto finalmente contenido en el CP actual; en cambio el P 1980 y el AP 1983 no habían incluido un precepto así. El art. 11 ciertamente se inspira en su primera parte en el modelo de los StGB alemán y austríaco, pero inclinándose por la equiparación requerida

⁷⁹ En efecto, como expone ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 32/221 s., en 1968 la Comisión especial de reforma del Derecho penal sustituyó en el nuevo § 13 ap. 1 el requisito de ser “equivalente” a la comisión mediante hacer, que figuraba en los proyectos de 1959, 1960 y 1962, por el de que la omisión “se corresponda con” dicha comisión activa; y ello se hizo de modo plenamente consciente, porque al mismo tiempo se introdujo un ap. 2 con la posibilidad de atenuación facultativa de la pena, lo que significa que, si se atenúa, ello estaría en abierta contradicción con la equivalencia con el hecho comisivo activo “correspondiente”.

en el segundo y más aún, de modo muy loable por la total equivalencia según el sentido del tipo legal, no conformándose con el deber especial de garante, y sin posibilidad de atenuación de la pena.

Pero a esos textos de los citados Anteproyectos y proyectos el art. 11 CP 1995 desafortunadamente le añadió un segundo inciso que reza: “A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: / a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. / b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”. Esta segunda parte, añadida en 1995 al proyecto inicial, que no la contenía⁸⁰, ha sido objeto de múltiples críticas⁸¹. Y en efecto no es acertada: Primero porque utiliza la teoría formal de las fuentes de posición de garante en su versión más antigua, y no menciona otras muchas posiciones de garante actualmente reconocidas o discutidas. (Sin embargo, tiene un aspecto positivo: que aclara que hay deber jurídico especial de actuar en caso de ingerencia, donde no estaba totalmente claro que hubiera un deber jurídico de actuar, mientras que en la ley y el contrato el deber jurídico es indudable). Además, puede introducir la duda de si para el CP esos tres son los únicos deberes jurídicos de garantía, como interpreta algún autor⁸²; aunque esa interpretación no es en absoluto obligada, pues la redacción legal no dice en absoluto que sean los únicos supuestos, de modo que hay que reconocer que existen otros muchos deberes jurídicos especiales, a los que alude el inciso primero⁸³.

⁸⁰ La redacción inicial del proyecto del CP fue modificada añadiendo dicho inciso 2º al aceptarse durante su tramitación parlamentaria una enmienda del grupo parlamentario del PNV; así lo señalan MACIÁ GÓMEZ/ROIG ALTOZANO, Nuevo CP de 1995, 52; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528; DOPICO, Omisión e ingerencia, 2006, 700.

⁸¹ VIVES, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528, destaca que la inclusión de un segundo inciso en el art. 11 “ha provocado un aluvión de críticas”. Así lo han criticado efectivamente todos los que proponen interpretaciones correctoras restrictivas del tenor legal citis. *infra* en n. 85. Una enumeración de las críticas más acerbas puede verse en DOPICO, Omisión e ingerencia, 2006, 706 (con citas del TS, Gimbernat, Mir, Silva, Huerta y Bacigalupo). No obstante, como lamentablemente tantas veces ocurre con las regulaciones legales desafortunadas y mayoritariamente criticadas, ello no ha servido para que en las modificaciones sin número experimentadas por el CP 1995 desde su aprobación se aprovechara alguna para suprimir el inciso 2.º o al menos cambiar su redacción explicando simplemente que en esos tres supuestos de ley, contrato o ingerencia hay un deber jurídico especial de actuar.

⁸² Así VIVES, Coment al nuevo CP 1995 I, 1996, 86; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 529 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 6.ª 2016, 264; DOPICO, Omisión e ingerencia, 2006, 705-707; parece compartir esta posición MORALES, en Quintero/Morales, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

⁸³ Así lo señala expresamente p. ej. SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 68; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 462 s., poniendo el ejemplo de la posición de garante por asunción fáctica del compromiso de protección, en el que hay indudable equivalencia, aunque no encaje en ninguno de los tres supuestos citados en el art. 11. Y la gran mayoría de la doc. española reconoce, como ocurre en

Pero sobre todo, la mala redacción añadida por la 2ª parte del art. 11 en el CP 1995 en su literalidad parece dar a entender que toda omisión de evitar un resultado si el deber de garante deriva de ley, contrato o ingerencia se equipara *eo ipso* a la causación activa y es por ello comisión por omisión, cuando eso no es cierto porque hay muchos casos de omisiones de garante que sin embargo sólo son omisiones propias de mayor gravedad y ello lo reconoce en otros preceptos de la Parte especial el propio CP⁸⁴: así lo reconoce en el art. 195.3 para la omisión de socorro agravada del ingerente causante del accidente que produce una víctima en grave peligro, o en el 189.6 para el encargado de un menor o discapacitado que no impide su prostitución o corrupción, o en el art. 407.1 para un garante legalmente obligado, autoridad o funcionario que abandona su destino para no impedir delitos o ciertos delitos muy graves y sin embargo no es castigado como autor o partícipe por el delito no impedido, sino por una omisión propia ciertamente más grave que la del art. 408 (omisión de perseguir delitos por el funcionario obligado). Ello obliga a una interpretación correctora y restrictiva de la misma, entendiendo que también la omisión de los deberes especiales de garante por ley, contrato o ingerencia sigue sometida al requisito general de la equivalencia, como ha propuesto buena parte de la doctrina⁸⁵. Por tanto, la 2ª parte del art. 11 debe entenderse en el sentido de que en esos tres supuestos la ley considera que se da sin necesidad de interpretación el primer requisito para la imputación del resultado, o sea el deber jurídico especial y con él el primer presupuesto de la equiparación; pero que también en esos tres casos para la comisión por omisión será precisa la exigencia

otros países, otros deberes de garante distintos de los tres de las tradicionales fuentes formales recogidas por el inciso segundo del precepto.

⁸⁴ Así argumentan igualmente GIMBERNAT, Prólogo a CP, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 417 s.; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 462; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696; que ponen tb. el ejemplo de la omisión de socorro del causante del accidente del art. 195.3 y el del art. 189.2 (hoy 189.6, o sea el encargado de un menor o incapaz que no impide su prostitución), y el primero añade el ej. del art. 329.1: autoridad o funcionario competente que no inspecciona o silencia en su inspección actividades contaminantes.

⁸⁵ P. ej. SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 461 ss.; GIMBERNAT, Prólogo a CP, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 417 s.; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528 s.; CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986 (en ambas eds. propugna “una interpretación teleológico-restrictiva del precepto” exigiendo además de los deberes jurídicos especiales formales la asunción real de posiciones materiales de garante de protección o de control); DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696-707, 803; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149 s.; MORALES, en Quintero/Morales, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

general del primer inciso de equivalencia según el sentido del tipo legal con la causación activa, y si no se da la equivalencia, no habrá comisión por omisión⁸⁶.

6. Requisitos peculiares de los supuestos de comisión por omisión expresamente previstos legalmente en la Parte especial

En los supuestos de comisión por omisión expresamente descritos como equiparados a la comisión activa en algunos preceptos de la Parte especial los requisitos no tienen por qué coincidir exactamente con los que acabamos de analizar para la omisión impropia simplemente subsumible en un tipo comisivo de resultado, sino que obviamente serán los requisitos que exija el correspondiente tipo específico. Así p. ej. en el allanamiento de morada pasivo equiparado al activo en el art. 202 no se requiere una posición de garante en quien omite abandonar la vivienda ajena cuando es requerido y además es discutible que produzca un resultado distinto de la conducta omisiva, aunque ésta lesiona igual que el allanamiento activo la intimidad domiciliaria y la libertad de disposición del morador; o en la omisión por una autoridad o funcionario de impedir que otras personas torturen, equiparada por el art. 176 a las propias torturas, sí hay posición de garante, pero la omisión no equivaldría exactamente, si no fuera por la equiparación legal expresa, a la causación activa de las torturas.

7. Autoría y participación en comisión por omisión

a) Posibilidad de distinción entre autoría y participación en la comisión por omisión. Su negación por los conceptos unitarios de autoría o de cooperación

Es perfectamente posible distinguir entre autoría y participación por omisión (igual

⁸⁶ Nótese que la (defectuosa) redacción del inciso 2º no dice que en esos tres supuestos la omisión “equivaldrá según el sentido del texto de la ley” a la causación del resultado (que, si lo dijera, sí significaría que en esas tres de clases de deberes garante la ley ya hace una aclaración de equivalencia que no sucede en otros deberes jurídicos especiales, aunque a continuación se daría la contradicción con regulaciones de signo contrario en la PE), sino sólo dice que “se equiparará a la acción”. Siendo así, y dado que la propia ley penal pone de manifiesto en diversos preceptos de la PE que algunas omisiones de garantes legales, contractuales o por ingerencia previa no equivalen a la causación activa, la fórmula “se equiparará a la acción” ha de interpretarse en el sentido de que en los deberes de garante legales, contractuales o por previa ingerencia la omisión es equiparable en principio, o sea que cumple en principio el primer requisito para la imputación, el de infringir inequívocamente un deber jurídico especial de impedir el resultado; pero a continuación habrá que examinar si se cumple el segundo y decisivo requisito especificado en el inciso primero, el de la propia equivalencia, que no tiene sentido –ni es la interpretación axiológicamente más conveniente– considerar derogado y convertido por el inciso 2.º en prácticamente inaplicable para una parte enorme de las posiciones de garante. Destacan tb. esta argumentación para apoyar la interpretación restrictiva SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 461 s.; VIVES, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528: evitar “una inadmisibles *interpretatio abrogans* del inciso primero”; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 698 (igual que Vives, pero sin citarlo); MORALES, en Quintero/Morales, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

que podría ser activa). La autoría de un delito en comisión por omisión presupone, igual que en los delitos comisivos normales, que la conducta del sujeto realice el tipo del delito de resultado, lo que requiere dominio del hecho –excepto en supuestos excepcionales de algún delito de infracción de deber–; mientras que la participación (cooperación) por omisión no realiza, sino que sólo favorece la realización del tipo por otro autor. Sin embargo, esa forma de distinción la niega la posición que cree inaplicable (por incompatible) el dominio del hecho a los delitos omisivos, por creer que el dominio del hecho requiere dominar mediante actividad un curso causal material, lo que no se da en la omisión⁸⁷, con lo que en consecuencia se defiende un concepto unitario de autoría en todo garante que omita cumplir su deber especial (salvo algunos que aplican un criterio de distinción diferente). Ello no es correcto porque, como vamos a ver a continuación, sí cabe dominio o determinación objetiva del hecho en la comisión por omisión para caracterizar a la autoría, distinta de la simple participación por omisión; v. ampliamente *infra* II.7 b 1, IV.C.1, V.4 y 5.

Un sector, que parte igualmente de la inaplicabilidad del dominio del hecho, mantiene una teoría de distinción según la clase de la posición de garante o de deber (“teoría del contenido del deber”): Si el sujeto infringe un deber de garante de protección o de protector (de un bien jurídico frente a cualquier peligro) es siempre autor si no impide que un tercero lesione ese bien jurídico, y en cambio si infringe un deber de garante de supervisión y control de una fuente de peligro es siempre sólo cooperador si no impide que un tercero utilice esa fuente de peligro de modo lesivo⁸⁸. Esta posición no es convincente, en primer lugar porque si un tercero responsablemente realiza activamente el delito es el único que domina o en caso de imprudencia determina objetivamente el hecho, y el garante omitente, sea de la clase que sea, no posee esta circunstancia y por ello no puede ser autor (salvo en el caso excepcional de que se trate de un

⁸⁷ Ciertamente, como hemos visto (II.2 c), en la omisión no hay auténtica causalidad con el resultado, salvo para las posiciones minoritarias que defienden una causalidad hipotética o negativa o una causación conforme a las leyes naturales: v. II.2 b. Estas posiciones que no admiten el dominio del hecho en la omisión impropia suponen el mismo tipo de argumentación que la posición finalista que niega el dolo en toda omisión por no haber control o supradeterminación de un curso causal: v. críticamente LUZÓN PEÑA, PG, 3ª 2016 30/40 s.

⁸⁸ Así lo formuló SCHRÖDER: v. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 47/105 ss.; tb. HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 257 ss.; Täterschaft und Teilnahme, 1977, 82 ss.; ESER /BURKHARDT, II, 3.ª 1980, caso 27 nm. 22 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 29.ª 2014, antes del § 25/103 ss. Similar SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 377= Fundamento y límites, 2009, 428, cuando dice que el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima (deber de protección) fundamenta autoría, mientras que el dominio sobre una cosa peligrosa (deber del tráfico) fundamenta sólo cooperación (y él mismo cita en n. 77 como similar a SCHÖNKE/SCHRÖDER); pero es porque distingue según que el dominio sobre el fundamento del resultado abarque el resultado directamente o sólo mediando el libre hecho de un agente activo, de modo que al hablar de dominio sobre una cosa peligrosa se está refiriendo, sin decirlo expresamente, a que el garante de supervisión de un peligro no controle la utilización de éste por una acción de un tercero; por eso añade que la posición de garante de vigilancia dará lugar a autoría mediata si el no vigilado es incapaz penalmente, o sólo a inducción si es un imputable. Con estas conclusiones sí se puede coincidir.

puro delito de infracción de deber), y en segundo lugar porque, aun suponiendo que en los delitos omisivos el criterio general de autoría fuera la mera infracción de ciertos deberes, no estaría justificado que fuera más grave y por ello fundamentara autoría la infracción de deberes de protección que la de deberes de supervisión y control⁸⁹.

b) Criterios de distinción de la autoría en comisión por omisión de la simple participación: dominio del hecho y determinación objetiva del hecho; autoría por infracción de un deber especial

1) La aplicabilidad del criterio normal de la determinación objetiva y positiva del hecho (dominio del hecho con dolo) a la autoría en comisión por omisión; sólo participación de no concurrir el criterio

Una omisión de garante que equivalga a la comisión activa puede ella sola dominar el hecho de un tipo de resultado o determinarlo objetivamente si es imprudente: cuando el garante que se daba por seguro que controlaba o iba a controlar el peligro de pronto lo descontrola al omitir dolosa o imprudentemente (o sea, normativamente crea o aumenta un peligro relevante, que ahora va a seguir necesariamente un curso lesivo) y no hay una intervención activa ajena que por su energía física sea la que determine objetivamente (o incluso domine dolosamente) el curso peligroso, y será por ello autoría del delito en comisión por omisión (sobre las posibles formas de autoría v. *infra* II.7 c; o puede que sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, concretamente cooperación por omisión; v. ampliamente *infra* V.5a.

2) ¿La infracción de deber como criterio unitario de autoría?

Una posición, cuyo principal defensor es ROXIN⁹⁰, mantiene que los delitos omisivos son delitos de infracción de deber, porque no rige en ellos el dominio del hecho, es decir, que es autor todo aquel que omite cumplir su deber de actuación, con independencia de si interviene él sólo o sólo permite la intervención activa de otro, que será autor comisivo; por ello afirma que es autor de homicidio por omisión el padre que observa impasible cómo la madre ahoga al recién nacido cuando podía haberlo evitado. Según esto, en la comisión por omisión se será siempre autor y no partícipe, salvo en casos excepcionales en que la autoría requiera algún requisito típico adicional⁹¹, es

⁸⁹ Para una crítica más amplia cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/159-165.

⁹⁰ AT II 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/140 ss., donde lo predica respecto de todas las omisiones, pero luego en sus ejemplos se refiere únicamente a omisiones impropias.

⁹¹ ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 31/140, añade ciertamente que para ser autor quien incumple su deber tiene que reunir además otros eventuales requisitos típicos: en la omisión impropia el que con su intervención hubiera podido impedir el resultado; o en un delito de propia mano llevar a cabo la actividad corporal, por cuya razón el padre que no impide actos incestuosos de sus hijos no es autor, sino sólo

decir, se defiende aquí un concepto unitario de autor. Este entendimiento podría parecer en principio adaptarse muy bien a la omisión impropia, dado que en la misma hay que incumplir un deber jurídico especial, el de garante. Pero realmente no es así y es incorrecto considerar a los delitos impropios de omisión como delitos de infracción de deber: En primer lugar, porque ya en la concepción de los mismos ideada por ROXIN para los delitos comisivos en general, en el delito de infracción de deber lo único que cuenta es la vulneración del deber especial, con independencia de si el sujeto actúa y realiza el tipo o si sólo permite que otro lo realice o sólo favorece la realización ajena, y aplicando esto a la omisión impropia significaría que lo único que cuenta es que un garante incumpla su deber especial; pero como ya hemos visto, ello es totalmente insuficiente, ya que en los ordenamientos donde no hay regulación legal general, la omisión del garante tiene además que equivaler plenamente a la comisión activa para encajar en el tipo, y ese mismo requisito adicional (equivaler, o en el StGB corresponderse con la comisión activa) lo exigen las cláusulas generales de códigos como el español, alemán o austríaco. Y, en segundo lugar, porque, además, como acabamos de ver, no es cierto que en la comisión por omisión no pueda operar como criterio de autoría el dominio o determinación objetiva del hecho, y por ello el garante omitente que no lo hace, sino que sólo favorece o facilita la conducta de un tercero autor que domina el hecho, únicamente puede ser partícipe, concretamente cooperador.

3) *¿Delito de infracción de deber en algún caso especial de comisión por omisión dolosa?; ¿en delitos imprudentes de comisión por omisión?*

Ello no obsta a que, por una parte, en la parte especial de modo bastante excepcional la ley tipifica *algunos delitos dolosos que son realmente delitos de infracción de deber* en el sentido expuesto, p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado de los mismos; y entonces naturalmente que pueden realizarse en comisión por omisión y es legalmente indiferente si estructuralmente la conducta domina o sólo favorece el hecho. Por otra parte, en algunos supuestos de delitos imprudentes la interpretación de las normas de cuidado infringidas puede llevar a la conclusión de que habrá *autoría imprudente en comisión por omisión como delito de infracción de deber*, es decir, *sólo por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control*

cooperador por omisión en un incesto; o el vigilante que no impide un robo que podía evitar sólo será cooperador omisivo y no autor, porque el robo exige ánimo de apropiación del que el vigilante carece.

de fuentes de peligro, aunque tal omisión no cree el peligro ni determine objetivamente el hecho, sino que sólo permita que se produzca la lesión del bien jurídico por la conducta imprudente de otros y por tanto en principio y conforme a las reglas generales no sería autoría de un delito en comisión por omisión. Sobre todo ello v. con más detalle *infra* V.6.

c) Formas de autoría en comisión por omisión⁹²

Puede haber autoría directa unipersonal, con o sin otros partícipes. Coautoría en los casos en que las omisiones de dos garantes se realicen conjuntamente y la conjunción de ambas domine (o determine objetivamente) el hecho; ej.: dos sanitarios al cuidado de algunos enfermos graves en una unidad de cuidados intensivos se entretienen jugando a las cartas y no renuevan a su hora el suero con medicación de los enfermos provocando, imprudentemente o más raramente con dolo eventual, lesiones o muerte de algunos. También puede darse, aunque ciertamente sea infrecuente, autoría mediata en omisión por omisión; ej. un familiar garante omite dolosamente controlar a un menor inimputable que tiene bajo su custodia cuando éste ataca y lesiona algún bien jurídico ajeno, y el garante responde como autor mediato doloso o imprudente de la producción de ese resultado lesivo.

d) Participación activa en un delito omisivo impropio. Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión

La participación en un delito omisivo impropio puede ser por supuesto activa, induciendo y convenciendo al omitente garante o facilitándole materialmente o con apoyo moral su actuación que es la que domina el hecho. Pero la forma que en este contexto nos interesa es la mera participación en comisión por omisión, que también es posible: sobre ella v. *infra* V.5.

III. Posiciones de garante (deberes de garantía): exposición de las opiniones

1. ¿Posibilidad de comisión por omisión sin posición de garante?

Antes de la regulación en la PG del CP 1995 era opinable, por mucho que la doc. absolutamente dominante requería siempre la posición de garante, es decir un deber jurídico especial (que afecta sólo a un círculo restringido de sujetos) de evitar el

⁹² Cfr. ampliamente ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/124-175; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 157 ss.

resultado como razón fundamental para hacer responder del resultado al omitente garante y no al resto de omitentes no garantes⁹³. Tras la exigencia de infracción de “un especial deber jurídico del autor” de evitar el resultado (o sea, de un deber de garante) en el nuevo art. 11 CP 1995 en principio parece que no es posible la omisión impropia sin posición de garante, y que la equivalencia ha de ser un requisito adicional al previo de existencia de un deber especial de garantía. Sin embargo, es posible: 1) en los delitos de comisión por omisión expresamente regulados, equiparados a la comisión activa, en la PE, si el tipo legal prescinde del requisito del deber de garante; 2) posiblemente también en la participación por omisión, a la que no parece referirse la regulación del art. 11 CP⁹⁴: puede equivaler en cuanto favorecimiento a la participación activa sin necesidad de posición de garante.

2. Las diversas posiciones de garante propuestas por la doctrina. Análisis provisional. ¿Deberes especiales jurídicos o también ético-sociales?

a) Vamos a hacer ahora solamente un análisis provisional y aplazamos el enjuiciamiento de cada una, salvo alguna indicación concreta, hasta analizar su aptitud para la equivalencia con la comisión activa. Es decir, admitir que determinadas posiciones generan **un deber jurídico de garante todavía no decide nada sobre si**

⁹³ Doc. casi unánime desde que NAGLER, Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS 111, 1938, 1 ss., acuñó los términos posición de garante y deber de garante; antes no se manejaba el concepto (sólo BINDING, Die Normen, II-1, 2.ª 1914, 553 ss. había hablado ocasionalmente del garante), pero sí se exigía mayoritariamente un deber jurídico especial derivado de ley, contrato o acción precedente: cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/3 ss. No obstante en la época moderna alguna posición aislada ha mantenido que puede haber comisión por omisión e imputar el resultado producido sin el criterio de la posición o deber especial de garantía: así FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, 39 ss., 135 ss., 154 ss.; MK, 2.ª 2011, § 13/48 ss., 65 ss. (espec. 79), pero porque propone sustituir el concepto de posición de garante o incluso deber de garante por el de tener “responsabilidad especial” por la no producción del resultado, circunstancia que sostiene que fundamenta asimismo la comisión activa, siguiendo la línea de, entre otros, HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 169 ss. (por otra parte FREUND en 60 ss. prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas), JAKOBS, AT, 1.ª 1983/2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 7/56 ss., 28/14 ss.; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, 36 ss., SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, 296, o S. WALTER, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, 2000, 124 s.

⁹⁴ Considera expresamente que la cooperación y la inducción no encajan en la fórmula del art. 11 de delitos que consistan en la producción de un resultado dañoso y por tanto se podrán realizar mediante omisión, pero viendo si la conducta es directamente subsumible en los tipos, VIVES, Coment CP 1995, I, 1995, 85; en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 523. En contra, considera que la cooperación necesaria y la complicidad pueden encajar en la fórmula del art. 11 por consistir en el resultado de favorecer el hecho principal SILVA, en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 485 s. (ya antes del actual art. 11 CP SILVA admitía la cooperación por omisión en CPC 1989, 367 ss., 388 ss.); y aunque no lo dice expresamente, ello presupondría la necesidad de un deber de garante requerido en el art. 11.

además se va a cumplir o no el requisito adicional y decisivo de **la equivalencia de la omisión del garante con la comisión activa**. Ello se examinará *infra* VI.1-4.

b) *¿Los deberes especiales de garantía han de ser jurídicos o pueden ser tb. deberes extrajurídicos, concretamente deberes sociales o morales: ético-sociales?* Las antiguas teorías de las fuentes formales del deber jurídico sí exigían base jurídica de la posición de garante al menos en las derivadas de ley o contrato (más dudoso si era un deber jurídico en la ingerencia)⁹⁵. Pero al abandonar la doc. mayor. esa concepción y seguir la teoría de ARM. KAUFMANN de las fuentes materiales de posición de garante distinguiendo entre funciones o deberes de protección de un bien jurídico y las de supervisión y control de una fuente de peligro, realmente la dogmática penal ha ido elaborando y desarrollando en muchos casos posiciones o deberes de garantía sin un estricto fundamento jurídico para los mismos, tratándose más bien de deberes ético-sociales que a la doctrina y los tribunales les ha parecido evidente que tenían que implicar una especial función de garantía: así p.ej. los casos de asunción, muchísimos supuestos de la comunidad de peligro, o de la comunidad de vida, o de la ingerencia, o de ciertas relaciones de parentesco o proximidad⁹⁶.

En la doctrina se pueden citar bastantes ejs. de afirmación sin fundamentación expresa o mínimamente detallada de que tal posición de garante es un deber jurídico⁹⁷. SCHÜNEMANN⁹⁸ expone detallada y penetrantemente cómo la dogmática alemana mayoritaria ha afirmado deberes de garante sin base jurídica, sin preocuparse de buscarla o afirmándola gratuitamente. En el caso de la *asunción* de una posición de protección o control él recurre a la “creación de Derecho” (por doc. y jurisprud.) en el

⁹⁵ Cfr. la exposición de doc. antigua defensora de los deberes de garantía jurídico-formales en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 218-220 = *Fundamento y límites*, 2009, 262-264.

⁹⁶ Cfr. la exposición de doc. y especialmente jurisprud. alemana en ese sentido en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 61 ss., 220 y n. 40-42 = *Fundamento y límites*, 2009, 93 ss., 264 s y n.40-42.

⁹⁷ Así en la doc. alemana todas las posiciones que expone SCHÜNEMANN, cit. en la n. sig. En la doc. en lengua española, entre otros muchos, p.ej. en POLAINO, PG II, 2000, 294-304; Lecc PG II, 2.^a 2016, 87-90, que afirma el deber jurídico sin fundamentación detallada en la asunción, ingerencia, expectativa social, estrecha relación vital por comunidad de intereses o de peligro y dominio de la cosa, limitándose a decir en la asunción –donde al menos intenta fundamentar el deber jurídico– que hay una confianza jurídica (en PG II, 295: basada “en la correlativa esperanza de quien se confía a él”; en Lecc II, 87: la asunción genera una expectativa social “fundamentada en una confianza jurídica... de garante”).

⁹⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 215 ss. = *Fundamento y límites*, 1009, 261 ss.

campo civil donde no hay regulación para fundamentar el deber jurídico⁹⁹; ello no me parece convincente, porque con esa argumentación los tribunales podrían crear libremente cualquier deber de garante sin base jurídica clara (cosa que de hecho hacen muchas veces con simples deberes morales).

3. La clasificación de fuentes formales de posición de garante o deber jurídico: ley, contrato, ingerencia¹⁰⁰, otras

Inicialmente se sostenía una clasificación de los deberes de garantía meramente formal, atendiendo a su origen y se afirmaba que las fuentes del deber eran fundamentalmente la ley, el contrato y luego se añade el actuar precedente peligroso o ingerencia (clasificación tripartita que ha sido precisamente la acogida en la segunda parte del art. 11 del actual CP 1995: v. sobre lo que ello significa *supra* II.5, 3º y 4.º). Posteriormente se van añadiendo otras posibles fuentes: deberes cuasicontractuales, compromisos etc.

Aunque esta exposición de las fuentes de posiciones o deberes de garantía es efectivamente meramente formal y no examina el contenido material que caracteriza a las distintas posiciones de garante –lo que explica la predilección que ha cobrado la teoría de las funciones que examinamos a continuación–, sin embargo la teoría formal tiene la ventaja de explicar y fundamentar suficientemente cuándo hay un auténtico deber jurídico especial para determinadas personas y cuándo no es así y se trataría a lo sumo de un deber moral: v. *infra* 6.

4. La distinción según la teoría material o de las funciones (ARMIN KAUFMANN y doc. dom. hoy): deber o función de protección de un bien jurídico y deber o función de control de una fuente de peligro. Los distintos supuestos

ARMIN KAUFMANN desarrolla (1959)¹⁰¹ la teoría de las funciones, que se agrupan en dos grupos: funciones (y deberes) **de protección de un bien jurídico** y funciones (y deberes) **de vigilancia (supervisión) y control de una fuente de peligro**; y en consecuencia se distingue entre *garantes protectores* o *garantes de protección* y

⁹⁹ Según expone, “de la letra de la ley no se puede desprender en ningún lugar un deber de evitar el resultado qua asunción. Sin embargo, ese deber existe, si bien sólo como norma de conducta no escrita del Derecho de cuasidelitos, fundamentada por la vía de la creación de Derecho”: SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 227, 341 ss. = Fundamento y límites, 1009, 271, 390 ss.

¹⁰⁰ Se escribe a propósito ingerencia con g y no con j: v. *infra* nota 116.

¹⁰¹ ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 283 ss. (en alemán: *Schutz eines Rechtsguts* frente a *Überwachung einer Gefahrenquelle*; el término *Überwachung* significa supervisión o vigilancia, pero también implica control).

garantes de vigilancia, supervisión y control, también llamados *garantes de aseguramiento*¹⁰². Esta clasificación se ha convertido en doc. dom. en la dogmática alemana y es crecientemente aceptada en otros países.

Hay que advertir, sin embargo, de que muchas veces se mezcla en el mismo supuesto una posición de garante de protección con una posición de garante de supervisión o control de un peligro. Por citar ahora un solo ejemplo: el dueño de un perro muy fiero que tiene en su casa en el jardín pero entrando también al interior, que es por ello garante de control de esa fuente de peligro frente a cualquier tercero, acepta hacerse cargo durante unos días del cuidado de un sobrino pequeño, siendo por ello garante de protección del niño por asunción mientras sus padres viajan fuera, e incumpliría ambos deberes de garante si dolosa o imprudentemente no impide que el perro atacara y lesionara al niño.

4.a) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro

1) Deberes de protección por estrecha vinculación familiar o análoga

Normalmente se trata de deberes impuestos por ley: así a los padres respecto de los hijos menores, o a tutores o encargados de la guarda respecto de menores o incapaces bajo su custodia; a los cónyuges entre sí (obligados “a socorrerse mutuamente”); o a los hijos respecto de sus padres o ascendientes ancianos y desvalidos, o a los hermanos muy limitadamente: arts. 110, 142 ss., 154, 172 ss., 68, 215, 222 ss. CC. Es discutible si también pueden existir deberes supraleales de garante protector de familiares como parientes colaterales o afines o parejas ligadas por análoga relación de afectividad a los cónyuges. No obstante, en las últimas décadas tanto las leyes civiles como las propias leyes penales han reconocido efectos jurídicos y casi equiparado a las parejas de hecho

¹⁰² En la terminología original alemana, *Beschützergaranten* o *Schutzgaranten* frente a *Überwachungsgaranten* o *Sicherungsgaranten*. Así, siguiendo a ARM. KAUFMANN, cit., entre otros muchos, JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 2.^a 1997], 29/27, aunque él efectúa su propia clasificación: v. *infra* III.5; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 5.^a 2002], § 59 IV 3; FREUND, AT, 1998, § 6/57 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.^a 2000, § 13/14; KÜHL, AT, 5.^a 2005, § 18/44; ROXIN, AT II, 2003 [PGII, 2014], § 32/33 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/9 ss. (todos ellos con numerosas posteriores citas de la doc. dom. y jurispr). En la doc. de otros países, p. ej.: BUSTOS, Manual PG, 4.^a 1994, 384 ss.; POLAINO, PG II, 2000, 294 ss.; CERESO, Curso, III, 2001, 263; PG, 2008, 983; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 938 ss. (completándola con las “posiciones de monopolio” como tercera clase de posiciones de garante); FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 258 ss.; MIR, PG, 10.^a, 2015/16, 12/44 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.^a 2015, 260 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a, 2016, § 31/63 ss. aceptándola, y aplicando mi criterio a los grupos de posiciones de garante de esa clasificación en 31/125 ss.

(ligadas por análoga relación de afectividad) a los matrimonios, pero sigue siendo dudoso si la equiparación lo es tb. a efectos de deberes de garante, pues ningún precepto impone a los miembros de esas parejas el deber de “socorrerse mutuamente” que sí impone expresamente el art. 68 CC a los cónyuges.

Dado que el art. 11 exige un especial deber jurídico, si la ley no lo contempla, parece que en estos casos sólo puede fundamentarse si el pariente o allegado asume un pacto, formal o informal, de proteger al otro. De lo contrario, sólo podría fundamentarse el deber jurídico en la libre creación de Derecho por los tribunales en el campo civil, lo que no es convincente (v. *supra* III.2). Y de todos modos ya veremos que estos pretendidos deberes supraleales, precisamente por no estar muy claros, no fundamentarán la necesaria equivalencia a la comisión activa: v. *infra* V.4 b 2).

2) Deberes por participar en comunidad de peligro

Algunos los consideran un subcaso de la comunidad de vida o convivencia¹⁰³, pero realmente no hay una convivencia prolongada. Para algunas personas con profesiones o cargos especiales sí hay deberes jurídicos de garantía, impuestos unas veces por ley, como a bomberos o miembros de unidades militares que intervienen en caso de incendios o a las tripulaciones de naves y aeronaves frente a los pasajeros en caso de emergencias; y otras veces por contrato: así sucede con el guía alpino, que genera confianza en los montañistas para el caso de emergencias en escaladas y similares y por ello no recurren a otro (posición que, contra lo que a veces se sostiene, se debe distinguir de la mera solidaridad entre los alpinistas o miembros de una cordada, que no supone posición jurídica de garante). En muchos casos, como sucede entre las personas que se ven implicadas junto con otras en una emergencia como un incendio, terremoto, bombardeo, pasajeros de un barco o aeronave en caso de naufragio, o los citados integrantes del grupo de montañistas que se ven en peligro, si no hay contrato, asunción o encargo, no son deberes jurídicos, y ya por ello son rechazables.

3) Deberes por comunidad de vida o convivencia

La doctrina mayoritaria tradicionalmente en Alemania ha defendido la posición y deberes de garante derivados de la convivencia o vida en común¹⁰⁴; llegando incluso a

¹⁰³ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 335.= *Fundamento y límites*, 2009, 384.

¹⁰⁴ Así NAGLER/MEZGER, *LK I*, 8.^a, 1958, 38 s.; BLEI, *FS-H. Mayer*, 1966, 127 ss.; BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse*, 1968, 137 ss., 179 ss.; MEZGER/BLEI, *I, AT*, 14.^a 1970, 93 ss.; BLEI, *AT*

sostenerse que es una forma especial de comunidad de peligro¹⁰⁵. Se está pensando inicialmente en co-moradores en la misma vivienda, pero la tendencia puede irse ampliando, en una extensión cada vez más infundada, a admitir comunidad de vida entre amigos íntimos de muchos años o incluso personas que viajan en un mismo vehículo¹⁰⁶, vecinos en un edificio o una urbanización, compañeros de trabajo etc. Otro sector, cada vez mayor en la doc. moderna los rechaza¹⁰⁷. En efecto, en la gran mayoría de casos no son deberes jurídicos de garante¹⁰⁸, salvo en algunos casos de parentesco estrecho, o en casos de acuerdo recíproco al decidir convivir bajo el mismo techo: en tal caso, cuasicontractual, hay una recíproca asunción de funciones de protección cotidianas del otro u otros moradores, aunque no sean parientes o vinculados por análoga relación de afectividad. Por tanto, fuera de esas excepciones, dada la exigencia legal de deber jurídico en el CP español y otros muchos, ya son rechazables como

I, 18.^a 1983, 327; JESCHECK, AT, 4.^a 1988, § 59 IV.3 b; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.^a, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88 ss. (con la reserva –nm. 89–de que ha de haber confianza recíproca); SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.^a 1974, antes del § 1/116; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 24.^a 1991, § 13/25 (con reservas y limitadamente); LILIE, JZ 1991, 541 ss.; ALBRECHT, Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, *passim*; WEIGEND, LK I, 12.^a 2006/07, § 13/38, pero condicionado a que haya una concluyente declaración de ayuda recíproca (lo que en 39 considera que rara vez se dará en una comunidad de vivienda para un fin como entre estudiantes o jóvenes). Admite posición de garante en los casos de convivencia fáctica, pero siempre que haya una asunción *de facto* de la protección de bienes jurídicos CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986. Sobre su aceptación en la jurisprud. alemana cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 338 s.= Fundamento y límites, 2009, 387 s.

¹⁰⁵ SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 = Fundamento y límites, 2009, 405, sostiene que “la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio: en este caso se reúnen o ponen en común dos o más personas para poder arrostrar mejor el *riesgo general de la vida* y disponen su vida de tal modo que actuando conjuntamente y cooperando con el compañero puedan hacer frente mejor a las asechanzas de la vida cotidiana”. Pero las diversas comunidades de vida no suponen una comunidad para afrontar peligros especiales o actividades particularmente arriesgadas, sino para convivir juntos en distintos ámbitos con carácter estable –hogar, vecindad, centro de trabajo, de estudios, de recreo, militar, etc. – o incluso transitorio, como un viaje más o menos largo, y en alguna de ellas, fundamentalmente en la del hogar o morada, para de paso, entre otros objetivos, poder afrontar mejor los riesgos cotidianos; por ello no son realmente comunidades de peligro y deben tratarse separadamente de las comunidades de peligro.

¹⁰⁶ Así lo apreciaron respectivamente las sents. del KG, VRS 11, 360, y VRS 10, 138, cits. por SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 339, n. 47 y 48 = Fundamento y límites, 2009, 388, n. 49 y 50.

¹⁰⁷ Así GELEN, FamRZ 1961, 147 ss.; FamRZ 1964, 385 ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55-60 sólo la admite cuando haya una dependencia de la persona a proteger respecto del garante, y la rechaza en todos los demás casos. Con reservas frente a la categoría WELZEL, Lehrbuch, 11.^a, 1969, 217; BAUMANN, AT, 8.^a 1977, § 18 II 4, y BAUMANN/WEBER, AT, 11.^a 2003, § 18 II 4; MAURACH, cit en n. 104); STRATENWERTH, AT, 4.^a 2000, § 13/38-41, rechazándola (nm. 41) si no hay una confianza recíproca que hace renunciar a otras medidas protectoras. Simplemente no la incluye entre las posiciones de garante de protección de bienes jurídicos CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/135-139. Cfr. sobre la discusión SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 ss.= Fundamento y límites, 2009, 405 ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/55 ss.

¹⁰⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.^a, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88, que admiten estos deberes de garante, reconocen sin embargo “su carácter suprapositivo”.

posiciones y deberes de garante. Y con independencia de ello, incluso en Códigos que no requieran esa exigencia, es más que discutible que la convivencia fáctica genere un deber material de garante, y aún más que haya equivalencia de una omisión del conviviente con la comisión activa del delito: v. *infra* V.4 b 3).

4) Encargo contractual. Asunción voluntaria de función de protección. Transferencia de dicha función

La asunción de una posición de garante, que generalmente será garante de protección de un determinado bien jurídico o persona, pero también cabe asumir funciones de supervisión y control de un peligro o riesgo, puede darse, además de por deber legal, en virtud de encargo por contrato, o sea asunción pactada con otro u otros, en cuyo caso no hay duda sobre la fuente formal y el carácter jurídico del deber de garante. Pero normalmente se denomina “asunción” de la función de protección (o de control) a la que se produce sin contrato o pacto, o sea la asunción unilateral de la función de garante. En este segundo caso hay bastante discusión doctrinal sobre cuál puede ser la fuente de un deber jurídico. No obstante, a mi juicio, puede fundamentarse en un pacto tácito (cuasi contrato) entre quien asume voluntariamente esa función y la colectividad: v. *infra* III.6, 4º párr.

La doc. dom. fundamenta aquí el origen de los deberes de garante en la asunción efectiva de una función de protección unida a un incremento del peligro¹⁰⁹: este puede deberse a que quien asume la función crea un nuevo riesgo, p.ej. el médico que opera¹¹⁰, o a que, al comprometerse él a prestar la protección, otros dejan de prestarla o el sujeto pasivo renuncia a pedir la ayuda de otros¹¹¹. SCHÜNEMANN la fundamenta en que se asume (se entra en posesión de) el dominio sobre el fundamento del resultado¹¹². Otro sector en cambio basa esta posición de garante en la idea de la “confianza” social que

¹⁰⁹ Cfr. MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª 1949, 144; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III C 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 17.ª 1974, antes del § 1, 117a, 118; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 214 s.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 335.= Fundamento y límites, 2009, 384; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 59 IV 3 c; JAKOBS, *Estudios de DP*, 1997, 351 s.; SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 68; en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 463; POLAINO, PG II, 2000, 295 (aunque unido a “la correlativa esperanza de quien se confía a él”, el asumente); CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

¹¹⁰ Así lo destaca CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

¹¹¹ Así p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 121 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 59 IV 3c; JAKOBS, *Estudios de DP*, 1997, 351 s.; AT, 2.ª 1991 [PG, 1997], 29/47; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

¹¹² SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 343 s.= Fundamento y límites, 2009, 392 s.

genera esa asunción¹¹³. Hay que señalar la crítica de SCHÜNEMANN a la confianza (social) como fundamento de un deber de garante: la confianza será efecto o consecuencia de una posición de garante reconocida, pero no la puede fundamentar¹¹⁴.

La transferencia o delegación por el garante de la función nuevamente de protección, pero también puede ser de vigilancia y control, genera una posición de garante en el delegado en virtud de pacto o contrato, o a veces de ley si éste, aunque no lo desee, tiene la obligación legal de aceptar la delegación. No obstante, la transferencia de función no siempre libera al transferente o delegante de una posición de garante si éste conserva un deber de supervisión o control de la actuación del delegado: v. *infra* V.4 a 3).

5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo

En los múltiples deberes de protección por funcionarios públicos de bienes jurídicos de terceros o de la comunidad, o en deberes encomendados –transferidos o delegados– por las Administraciones a profesionales o empresas (como servicios de seguridad o vigilancia y protección de instalaciones o personas) no habrá problema en admitir su carácter de deberes jurídicos de garantía si están establecidos por la legislación o si se derivan de contrato o pacto de la Administración con terceros. En caso de asunción unilateral de un deber de protección por autoridades o funcionarios no obligados por ley o pacto, depende de si se admite como deber jurídico la asunción: v. *supra* III.4 a) 4. Cuando no sea así, es mucho más discutible que se pretenda derivar un deber general de garante protector simplemente de la misión general de servicio y protección de las Administraciones públicas al servicio de la comunidad.

4.b) Posiciones de garante de supervisión, vigilancia o control de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)

1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales

No suelen ofrecer problemas de reconocimiento como deberes jurídicos especiales los de supervisión y control de fuentes de peligros de origen no humano –o humano no

¹¹³ Así BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 140 ss.; WELP, Vorangegangenes Tun, 1968, 239 s.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.^a 1970, 91 ss.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 1997], 29/47 ss.; POLAINO, Lecc PG, II, 2.^a 2016, 87, la asunción fáctica genera una expectativa social “fundamentada en una confianza jurídica... de garante” (en PG II, 2000, 295, se fijaba en “la correlativa esperanza de quien se confía a él”, lo que no tiene en cuenta los supuestos en que el sujeto pasivo no se manifiesta).

¹¹⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 251.= Fundamento y límites, 2009, 298.

responsable, equiparables a los naturales—, como los que pueden provenir de objetos, procesos, instalaciones, máquinas, animales, fuerzas naturales o similares (para un estudio desarrollado de los múltiples supuestos, mucho más numerosos de los que a veces se citan¹¹⁵, v. *infra* V.4 a), ya que dichos deberes se derivan de funciones específicas impuestas legalmente o contractualmente —o de modo similar, como pacto, delegación o transferencia—, o por asunción voluntaria de esas funciones.

2) *Actuar precedente peligroso o ingerencia*¹¹⁶

a) Esa ingerencia era dudoso, pese a la aceptación mayoritaria doctrinal (o de la jurisprud. alemana) y aunque un sector la ha basado en el Derecho consuetudinario¹¹⁷ reconocido por la jurisprudencia, que pudiera generar un deber jurídico de garantía, hasta que precisamente es reconocida por la ley (extrapenal o penal). Por eso ese deber de garantía para algunos era un *deber no jurídico, sino ético-social* o a lo sumo basado en un principio general del Derecho¹¹⁸, salvo en alguna regulación concreta extrapenal,

¹¹⁵ P.ej., no es sólo el supuesto, tratado por ROXIN, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio.

¹¹⁶ Se escribe a propósito ingerencia con g, como hacen también otros penalistas hispanoparlantes (p. ej. CÓRDOBA en su trad. de MAURACH, Tratado de DP, II, 1962, § 46 III C 4, p. 289), y no con j como recoge el DRAE, porque es realmente lo correcto, no sólo para ingerir sustancias o alimentos, sino también para ingerirse en un asunto, de acuerdo con su etimología latina de *ingerere*, y no de *inserere* (del que sí se derivaría injerir, como injertar o injerto): v. más ampliamente sobre ello LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la Circulación, 2.ª ed., 1990, 167, apoyándose en la autorizada opinión en ese sentido del gran filólogo COROMINAS. Y por ese origen latino del término, por cierto, es por lo que ingerencia se escribe con g en todas las otras lenguas modernas que recogen la palabra.

¹¹⁷ Así en la doc. LANDSBERG, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. Ein Versuch, 1890, 232 ss., 242 ss. (como destaca DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 120 n.18); TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 101-104 (afirman que fue el primero en formularlo MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949 –Tratado I, 2ª 1946–, § 16 IV 3, o SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 61; pero DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, que en 124 tb. lo cita, en 120 n. 18 señala como anterior a Landsberg); v. LISZT/SCHMIDT, Lb, 26.ª 1932, 180, n. 17; FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 1 IV 2, V; MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949, 4.ª 1953 (Tratado I, 2ª 1946, 3ª 1955), § 16 IV 3; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III B 1; JESCHECK, AT, 4ª 1988 [PG, 1981], § 58 IV 2; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 58 IV 2. En la jurisprud. alemana RGSt 58 (1924), 130 ss. (132), que basa el Derecho consuetudinario en su reconocimiento por la jurisprudencia; ya antes RGSt 46 (1912), 337 ss. (343) declaraba como “jurisprudencia constante” reconocer un deber jurídico derivado de la ingerencia.

¹¹⁸ Cfr. p. ej. las exposiciones de jurisprudencia alemana tradicional, y tb. en doctrina, que aceptan aquí el deber de garante sin un claro y concreto fundamento jurídico, en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 308 ss., 215 ss. = Fundamento y límites, 1009, 356 ss., 261 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13/26; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/144 ss. Fundamentaban los supuestos de ingerencia para los que no encontraban otra base jurídica en un principio general del Derecho, partiendo de la responsabilidad civil aquiliana, según el cual la acción dañosa genera no sólo obligación de indemnizar *a posteriori*, sino también para el agente un deber previo de producir el daño LANDSBERG, Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890, 276 ss.; TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 101 ss.; cfr. sobre ellos y otras fundamentaciones que buscaban para otros supuestos concretos de ingerencia DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 121-124.

como en España, donde había ya una previsión de deberes administrativos de no huida, no de socorro, para el causante de accidentes de circulación, y desde regulaciones en materia de circulación en 1950, 1962 y 1967 se introdujo un deber penal de socorro con omisión pura agravada para el ingerente, que reconoce la propia ley penal, primero en leyes especiales, desde 1967 en el art. 489 bis, 3.º (luego 489 ter, 3.º) CP anterior¹¹⁹ y hoy en el art.195.3 CP vigente. Otra consideración sin embargo permite interpretar que la ingerencia consistente en actuación imprudente, es decir en un ilícito (no así la que supone una creación de peligro sin imprudencia, por caso fortuito, acto no ilícito), se puede basar en las obligaciones derivadas de delito o cuasi delito y entonces sí sería un deber de garantía jurídico, aun sin regulación legal específica¹²⁰. Tras el CP de 1995 al regularlo en el art.11 b) *ya tiene clara base jurídica* (legal) y concretamente jurídicopenal con carácter general y precisamente como deber de garante para la comisión por omisión en el art. 11 b); y además se mantiene la agravación de la omisión (pura) de socorro para el ingerente en el art. 195.3 CP, con independencia de alguna concreta regulación extrapenal.

b) Generalmente la conducta precedente peligrosa será *activa*, pero la conducta previa también podría ser una *omisión impropia creadora de peligro*, como lo reconoce expresamente el art. 11 b del CP: “Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. El supuesto más normal es por actuación previa *imprudente* peligrosa; así el más frecuente de la causación imprudente de un accidente de tránsito o laboral con víctimas que corren riesgo para su integridad o incluso su vida; o también la conducta del hostelero o de un particular que sirve muchas bebidas alcohólicas a un conductor y luego no le impide conducir un vehículo, o el dejar imprudentemente un arma cargada al alcance de alguien que la usa para suicidarse o para cometer un delito. ¿Cabe también una posición de garante por actuación *fortuita, no contraria al deber de cuidado*? aquí existe una división enconada de opiniones¹²¹. A mi juicio, en todo caso la provocación

¹¹⁹ Aunque cabía preguntarse si realmente esto era una posición de garante que pudiera fundamentar comisión por omisión.

¹²⁰ Recuerdo que en ese sentido LANDSBERG, 1890, y TRAEGER, 1913 (cits. en n.118) derivaban el deber por previa ingerencia de un principio general de las obligaciones del Derecho civil, pero de modo aún más amplio, sin exigir que el acto previo sea ilícito.

¹²¹ En la doc. alemana incluyen en la generación del deber de garante tanto la acción previa imprudente como la no contraria a deber p. ej. v. LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch, 26.ª 1932, 191; WELP,

precedente fortuita –riesgo permitido– de una situación de riesgo no es un acto ilícito, así que, si falta una previsión legal de la ingerencia, ésta no puede ser fuente extracontractual de obligaciones, y por ello no debería fundamentar deber de garante a efectos de comisión por omisión. Pero con la previsión expresa de la ingerencia como posición de garante a efectos de equiparación en el CP 1995 la cuestión es al menos dudosa, ya que el art. 11 al mencionar la creación de peligro no distingue si es imprudente o fortuita. En cambio, el art. 195, como el antiguo 489 bis o ter, sí la admite para una omisión de socorro agravada, o sea omisión propia de garante). Pero la cuestión no tiene tanta trascendencia como se le suele otorgar, porque la posición de garante por sí sola no puede fundamentar comisión por omisión y por ello, aunque se acepte la ingerencia fortuita y lícita como fuente de posición de garante, en la gran mayoría de los casos la omisión de ese ingerente no va a equivaler a la comisión activa: v. *infra* V. 4 a 2).

c) La actuación precedente peligrosa *dolosa* mayoritariamente no se suele tratar como supuesto de ingerencia que genere posición de garante¹²² (aunque la tendrá que crear con mayor motivo aún que una actuación precedente sólo imprudente¹²³): la razón

Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, 209 ss.; HERZBERG, Garantienpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, 74; Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972, 294 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.^a 1987, 141; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.^a 1989 [PG 2, 1995], § 46/99; BAUMANN/WEBER, AT, 11.^a 2003, § 18 II 4c. Por el contrario, rechazan la que no infringe el deber de cuidado (fortuita), entre otros muchos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 5.^a 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.^a 2000, § 13/35; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/35; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/155 ss., 160 ss., todos con abundantes citas a favor. En la doc. española la opinión tradicional admite la ingerencia imprudente y la fortuita, pero modernamente un sector importante rechaza la fortuita como fuente de deber de garante: SILVA, en Problemas específicos de la aplicación del CP, CGPJ, 1999, 164 s.; VIVES, Comentarios al CP de 1995, I, 1996, 83 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 985. SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005, 215 ss.; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/59-67.

¹²² Así tácitamente la doc. mayoritaria (al discutir sólo la actuación previa imprudente o fortuita). Para la ingerencia que sólo da lugar a omisión propia agravada en el 195.3, DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 805 ss. Rechaza expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de ingerencia CEREZO, Curso III, 2001, 264 s.; PG, 2008, 985, pero v. n. sig.

¹²³ Admiten expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de posición de garante por ingerencia SILVA, El delito de omisión, 1986, 344 s.; en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 67; VIVES, Coment I, 1996, 88; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, La comisión por omisión en el CP de 1995, LL 1999-1, 1750 s.; GIMBERNAT, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 417; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], §32/192 s., que sin embargo señala que la comisión por omisión quedará desplazada por la comisión activa dolosa; DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 784 ss., para la previa usurpación de una esfera ajena; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/67 (precisamente para fundamentar comisión por omisión, frente a la ingerencia imprudente, que sólo genera omisión propia: 12/66 s.); ROSO, en *Luzón (dir.)/Rosó (coord.)*, Manual de Prácticas de DP, PG, 2017, en prensa, Lecc. 20. Tb. en principio CEREZO, Curso III, 2001, 264 s.; PG, 2008, 985, aunque prefiere llamarla creación “voluntaria”, y no dolosa, de la ocasión de peligro,

es que la actuación peligrosa inicial dolosa ya da lugar a comisión activa de un delito de causación doloso consumado –o al menos en tentativa si luego no se produce el resultado–, tanto si su autor omite luego una actuación salvadora como si no lo hace, y por ello la eventual omisión –dolosa o imprudente– posterior del ingerente doloso queda ya consumida o absorbida por el inicial delito doloso de resultado por comisión activa, tanto si se apreciara posición de garante y por ello omisión impropia, como igualmente aunque no hubiera posición de garante y se tratara de una posterior omisión propia. Sin embargo, puede haber algunos casos en que excepcionalmente el inicial delito doloso de comisión activa resulte en el caso concreto menos grave y por ello no consuma o absorba a una posterior omisión impropia dolosa¹²⁴; por tanto, no se debe descartar que la actuación peligrosa precedente sea dolosa y pueda generar una posición de garante por ingerencia.

d) ¿Es ingerencia generadora de posición de garante, la conducta precedente peligrosa-lesiva *amparada por una causa de justificación*, especialmente por una previa legítima defensa contra un agresor, que ahora queda herido y desvalido? Ha habido discusión, aunque la doctrina mayoritaria lo rechaza¹²⁵. Y efectivamente debe

porque señala (en loc. cit., n. 47) que, si hubiera dolo respecto de todos los elementos del tipo, habría un delito de acción doloso, que consumiría la omisión posterior; igualmente admiten la ingerencia “voluntaria”, sin argumentar el nombre, NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149.

¹²⁴ Así p. ej. en el supuesto de la SAP Barcelona 40/2011, 30-11, en el que un hombre en una discusión por la noche en una casa inicialmente apuñala a una mujer con dolo homicida, quedando ésta gravemente herida, pero pudiendo desplazarse, bajan a la calle y decide acompañarla, primero a pie y luego en auto, a un hospital, pero cuando llegan cerca del mismo la baja del vehículo y, pese a que la mujer ya muy debilitada no se puede mover, no la entra al hospital a que la traten urgentemente, sino que decide dejarla abandonada de madrugada a una cierta distancia de la entrada y se marcha de allí en el vehículo, de modo que transcurre bastante tiempo hasta que encuentran a la mujer, que acaba muriendo desangrada, ROSO, en *Luzón (dir.)/Rosó (coord.)*, Manual de Prácticas de DP, PG, 2017, Lecc. 20, considera que habría dos calificaciones posibles del hecho, una como comisión activa dolosa de homicidio por la inicial tentativa con el apuñalamiento, que al final acaba causando la muerte, y otra como comisión por omisión por una inicial ingerencia dolosa seguida de una nueva intervención del sujeto controlando el curso del hecho aparentemente para salvar, pero que finalmente desemboca en un abandono dejándola en peor situación, y considera acertadamente que en este caso debe aplicarse la calificación por omisión impropia, porque excepcionalmente en este caso resulta más grave, ya que la comisión activa por apuñalamiento se beneficiaría de una atenuante por reparación del daño y en todo caso la calificación sería sólo por homicidio, mientras que en la calificación como comisión por omisión no se da tal atenuante e incluso podría calificarse como asesinato por haber alevosía en el abandono final dada la absoluta indefensión de la víctima en ese momento.

¹²⁵ Así exigen ilicitud en la acción previa, p.ej. WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 216 s.; SCHÜNEMANN, GA 1974, 233; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5ª 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.ª 2000, § 13/37; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 984; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/37, con ulteriores citas. Pero son muy numerosas las posiciones diferenciadoras: v. n. sig.

rechazarse que una actuación en legítima defensa genere una posición de garante que pueda producir comisión por omisión por una razón aún más clara que la indicada para la actuación precedente fortuita, ya que la legítima defensa no sólo no constituye un ilícito, sino que no produce un desvalor del resultado, que le es achacable al propio agresor, de modo que no es razonable que el defensor deba asumir un deber especial de garantía de la integridad del agresor responsable de su situación; otra cosa es que el que creó justificadamente el peligro pueda cometer luego omisión de socorro, e incluso, aunque es dudoso, pudiera darse el tipo agravado por ingerencia en el art. 195.3. Más dudoso es si genera posición de garante una previa actuación en estado de necesidad justificante, que, aunque está permitida sí provoca un desvalor del resultado¹²⁶.

3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes

Dichos deberes pueden derivar de una regulación legal que los imponga a autoridades o funcionarios, a determinados profesionales o empleados, o de encargos contractuales o laborales o pactos informales. Normalmente los peligros humanos no impedidos serán delitos dolosos o imprudentes, pero a veces pueden ser también circunstancias accidentales o naturales como enfermedades, o ilícitos no penales. Anticipando su calificación: En caso de comisión por omisión (muchas veces sólo omisión propia general o especial de impedir delitos), no será autoría del delito no impedido, sino sólo participación omisiva en la autoría de dicho delito por quien(es) tiene(n) el dominio del hecho, o participación imprudente impune (por omisión) en la autoría ajena de un delito imprudente.

5. Distinción entre deberes por competencia institucional y deberes por (auto)organización (JAKOBS)

Una posición peculiar es la distinción de JAKOBS¹²⁷, que aquí sólo vamos a exponer sintéticamente, entre deberes en virtud de competencia institucional”, es decir por desempeñar el garante funciones por la posición que ocupa dentro de una institución

¹²⁶ En efecto, son muy numerosas las posiciones diferenciadoras, que rechazan posición de garante por la previa legítima defensa, pero la admiten para el estado de necesidad: p. ej. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/181-188 (con citas en n. 329); tb. DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 833, admite alguna actuación previa justificada como fuente de posición de garante, así para el estado de necesidad agresivo, no para el defensivo ni la leg. defensa; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/63 s. (respecto de la previa actuación en leg. defensa o estado de necesidad, impuesta al sujeto, mientras que admite deber de garante si la previa actuación lícita la ha buscado voluntariamente).

¹²⁷ AT, 2: ^a 1991 [PG, 2.^a 1997], 28/14 ss., 29/101 ss.

pública o privada: parentesco en la familia, funcionarios en el ejercicio del cargo, determinadas profesiones, y “deberes en virtud de competencia por organización”, la cual genera “ámbitos de responsabilidad por peligros” y que puede ser organización pactada con otros, como en los deberes de aseguramiento del tráfico, o bien “auto-organización” del propio sujeto, como en la asunción o en la ingerencia. Esta teoría ha encontrado un seguimiento bastante limitado¹²⁸.

La distinción alude al origen y fundamento material (en vez de a la fuente formal) de los deberes de garante (aunque ROXIN¹²⁹ dice que coincide prácticamente con la distinción de las funciones de ARM. KAUFMANN, en el sentido de que los deberes por organización se corresponderían con los deberes de control de fuentes de peligro y los deberes por competencia institucional con los de protección de bienes jurídicos; ello no es siempre así, porque deberes institucionales encomendados oficialmente p.ej a funcionarios o a profesionales pueden ser también deberes de control de peligros, p. ej. de hacer frente a actuaciones delictivas por la policía, o a eventuales incendios por los bomberos). En la terminología peculiar siempre de JAKOBS, competencia quiere decir misión, cometido, función dentro de una institución. En cuanto a la modalidad de deberes por auto-organización, la distinción se debe a que JAKOBS, partiendo de un concepto negativo de acción como no evitar evitable, también sostiene que los delitos de comisión activa son delitos omisivos de garante: y que la posición de garante deriva precisamente de que en su forma de organizarse el sujeto se interfiere en la esfera jurídica o bienes jurídicos de otros.

Con independencia de otras cuestiones discutibles, como la de si tal bipartición no es demasiado reduccionista, en todo caso esta posición presenta un importante déficit de fundamentación: se da por sentado que es evidente, y por ello no se busca la menor base legal o jurídica concreta a esta tesis, que el sujeto que organiza su esfera jurídica interfiriendo esferas jurídicas ajenas se ha de convertir automáticamente en garante de los bienes jurídicos ajenos.

¹²⁸ Así VOGEL, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, passim; BACIGALUPO, en Conde-Pumpido (dir.), CP, I, 1997, 434 ss.; LASCURAÍN, Los delitos de omisión, 2002, 49 ss., y partiendo de ella desarrolla (53 ss.) un planteamiento similar; PÉREZ DEL VALLE, Lecc PG, 2016, 97 (aunque sin citar a Jakobs; aquí y en 123 ss., coincidiendo tb. con la bipartición jakobsiana, aplica ese planteamiento sobre las posiciones de garante no sólo a los delitos de omisión, sino tb. a los de acción). Aceptándolo en gran medida PALMA, M.F., Direito Penal, PG 2013, 72 ss., 68 ss.; una cierta influencia tb. en los planteamientos de DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 741 ss.

¹²⁹ AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/7, 17.

6. Ventajas e inconvenientes de la teoría formal y de las teorías materiales. La delimitación de los auténticos deberes jurídicos de garantía mediante los criterios de la teoría formal

Las teorías materiales tienen la ventaja de poner mejor de relieve el sentido real que cumplen y las características comunes de las diversas posiciones de garantía, especialmente la de las funciones de ARM. KAUFMANN, que permite destacar la diferencia entre la función de vigilar y controlar una concreta fuente de peligro frente a múltiples posibles bienes jurídicos afectados por el mismo y la función de proteger a algún bien jurídico concreto frente a eventuales peligros (y como veremos, es más posible que en este segundo caso no haya equivalencia). Por el contrario, ello no lo destaca la teoría de las fuentes formales de las posiciones de garante, que efectivamente peca de formalismo, pero a cambio tiene la ventaja de dar mayor precisión, seguridad y limitación a la fijación de los auténticos deberes jurídicos especiales, mientras que la teoría de las funciones no le da demasiada importancia a si éstas derivan de auténticos deberes jurídicos y propende a una expansión excesiva de las posiciones de garante. En efecto, la teoría formal, al limitar las fuentes inicialmente a la ley y el contrato, y más tarde ampliarlas también a la ingerencia, tiene la virtud de adoptar un posición muy estricta, incluso restrictiva, sobre cuándo puede haber auténticos deberes jurídicos de actuación especiales para algunas categorías de personas; y no hay que olvidar que la regulación legal del art. 11 CP, igual que la del § 13 StGB, exige como primer requisito para la comisión por omisión que infrinja “un especial deber jurídico del autor”¹³⁰.

Prescindiendo por el momento del actuar precedente peligroso o ingerencia, que durante un buen periodo era dudoso si generaba un deber jurídico y luego tuvo un reconocimiento legal parcial en la omisión de socorro agravada, pero que ahora está reconocida como fuente de deber de garante precisamente por el art. 11, la remisión de éste a la ley y al contrato señala las fuentes más evidentes de deberes u obligaciones. La ley, entendida aquí en el sentido amplio de norma escrita de un poder público puede imponer tanto en el Derecho público como en el privado, además de deberes generales a los ciudadanos, deberes específicos a categorías concretas, como autoridades o

¹³⁰ Así, pese a criticar la redacción de las tres fuentes de posición de garante mencionadas en el art. 11 CP por su excesivo formalismo, consideran sin embargo que el respeto al principio de legalidad exige que haya un deber jurídico especial y no puede bastar la asunción fáctica o desempeño material de funciones de garante sin ese deber jurídico CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986; siguiéndole NAVARRO/SOLA/ROMEO, en ROMEO/SOLA/BOLDOVA, PG, 2013, 150.

funcionarios, profesionales, empresarios, directivos, parientes, etc. Y en Derecho privado el contrato o figuras asimiladas es fuente de deberes y obligaciones para las partes (la voluntad de las partes es ley entre ellas). Pero si somos más exactos, como es bien sabido, en Derecho privado desde el Derecho romano se efectúa una división tripartita de las fuentes de las obligaciones: contratos, cuasicontratos y actos ilícitos, que es cuatripartita si se divide el elemento actos ilícitos: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasi delitos¹³¹, en estos dos últimos casos en definitiva el acto ilícito, penal o no, que causa un daño o perjuicio; y el CC español el art. 1089 establece: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, por tanto de ilícitos tanto penales como extrapenales. Los deberes provenientes de estas fuentes son en última instancia deberes de reparar e indemnizar si se produce el daño, pero primariamente en los contratos o pactos cuasicontractuales son obligaciones; y del mismo modo puede entenderse que los actos ilícitos, antes del deber de reparar el daño si se llega a producir, en la fase de peligro, generan previamente la obligación especial de evitar el daño o resultado o contrarrestar el peligro producido por el acto ilícito. Si es así, ello da base para legitimar que de la ingerencia de carácter ilícito (imprudente pero no cuando haya habido caso fortuito u otra causa de justificación en la previa conducta creadora del peligro), ya antes de su reconocimiento expreso por el art. 11, surgía un deber especial de evitar el resultado.

Pues bien, aplicando los mencionados criterios se puede delimitar con bastante rigor los deberes jurídicos de garante de los deberes meramente éticos o ético-sociales:

Así, hay deberes a lo sumo sólo morales, como ya he advertido, en muchos casos de la comunidad de peligro y en la mayoría de los de convivencia (v. *supra* III.4 a 2)-3)), o entre familiares no muy próximos y no legalmente obligados (v. *supra* III.4 a 1)), o cuando autoridades o funcionarios no tienen obligación legal o incluso pactada de actuar y se pretende basar su posición de garante en el deber general de las Administraciones de actuar al servicio de la sociedad (v. *supra* III.4 a 5)). En cambio, en algunos de los deberes que

¹³¹ En una evolución que va desde la inicial división de Gayo incluyendo sólo el contrato y el delito – civil– (Gaius, *Institutiones*, 3,88: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), hasta la cuatripartición recogida en las *Institutiones* de Justiniano, I, 3, 13, 2: *ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu y quasi ex maleficio* (o *ex delicto*): Cfr. DE LOS MOZOS, Clasificación de las fuentes de las obligaciones, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 6, 1994, 103 ss., 116; RODRÍGUEZ ENNES, En torno al derecho romano de obligaciones, *AFDUCorñ* 5 2001, (693 ss.), 701 ss., 707.

han sido discutidos, sí se puede encontrar un fundamento jurídico al deber de garante: Así en los casos de actuaciones precedentes peligrosas ilícitas, incluso en los ordenamientos que no reconocen explícitamente la ingerencia como sí hace ahora el art. 11 CP (v. *supra* III.4 b 2)). En la transferencia o delegación de responsabilidad hay acuerdo o pacto, aunque no sea contrato estricto (v. *supra* III.4 a 4), 4.º). La asunción unilateral de una función de protección o de supervisión y control, si se mira bien, realmente supone un pacto tácito entre el asumidor y la colectividad (v. *supra* III.4 a 4), 1.º): al hacerse cargo, transitoriamente o con más estabilidad, de la protección de bienes jurídicos o personas desprotegidas o del control de un peligro, la colectividad acepta esa oferta del sujeto¹³² y por eso no busca o encarga a otra persona, al menos hasta que considera que debe sustituirla.

Pero hay que volver a advertir de que los **deberes de garante**, fundamentados jurídicamente mediante una fuente formal y explicados materialmente en cuanto a su función, **no son suficientes para que haya omisión impropia**, sino que, desde antes del art. 11 del CP 1995, tal omisión del garante ha de equivaler a la comisión activa para que pueda subsumirse en el tipo legal correspondiente y respetar el principio de legalidad, exigencia que afortunadamente hoy consagra expresamente dicho art. 11. Y este segundo y decisivo requisito no lo satisfacen por sí solas ni las teorías formales ni los materiales sobre las posiciones de garante; es más, *mayoritariamente* unas y otras se han caracterizado por despreciar el requisito de la equivalencia y *sostienen que la omisión de quien tiene un especial deber jurídico de garante* y podía evitar el resultado actuando ya es *eo ipso* comisión por omisión¹³³.

¹³² Similar SILVA, CPC 1989, 376 n. 39 i.f., refiriéndose a su criterio del compromiso de barrera de contención como fundamento de la omisión impropia: “el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad”. En sentido contrario, SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 353 (Fundamento, 2009,403), refiriéndose al médico de urgencias que no atiende a un paciente que llega allí, sostiene que “la asunción de un servicio de socorro sólo genera una posición de garante si se efectúa frente al titular del bien jurídico o frente a un garante mediante un acto de confianza. Por el contrario, una *asunción frente a la colectividad* sólo crea una canalización de los deberes generales de socorro del § 330 c [omisión de socorro] y por ello no puede fundamentar *ninguna* relación de dominio concreta”. Pero eso es porque se está refiriendo a los médicos que al estar en el servicio de urgencias están asumiendo su disposición y deber de atender y proteger a los potenciales usuarios que lleguen a ese servicio, pero aún no han asumido el tratamiento de un paciente en concreto. Mientras que en el texto me estoy refiriendo a la asunción efectiva de la protección de una persona concreta incapacitada para solicitarla o del control de un peligro concreto como pacto del asumente con la colectividad.

¹³³ Así la doc. dom. De la doc. alemana, entre muchísimos, MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949 (Tratado I, 2ª 1946, 3ª 1955), § 16 III. 2, IV; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV (en V con una ligera excepción exigiendo algo más para la correspondencia en los tipos con modalidades limitadas de ejecución); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/2 ss. (todos con ulteriores

IV. Equivalencia (o correspondencia) con la causación activa del resultado (comisión activa)

Ahora bien, la posición de garante del omitente, incluso basada en un estricto deber jurídico especial de actuar para evitar un resultado lesivo, contra lo que ha sostenido una buena parte de la doctrina, no es suficiente por sí sola para que la omisión de actuación de ese garante suponga una omisión impropia o comisión por omisión, es decir una omisión que encaje en un tipo comisivo de producción del resultado, inicialmente pensado para la causación activa del mismo. Antes de la introducción de una regulación expresa de la comisión por omisión en la Parte general en preceptos como en 1969/1975 el § 13 StGB alemán y en el nuevo CP español de 1995 en el art. 11, la observancia del principio de legalidad criminal y por tanto de tipicidad exigía, como lo sigue exigiendo en los CP de otros países sin una regulación específica de la omisión impropia, que la omisión del garante encaje directamente por ser exactamente subsumible en el tipo legal del correspondiente delito comisivo resultativo, en el homicidio, lesiones, estafa o defraudación, daños, incendios, etc. y ello requiere una exacta equivalencia o identidad de significado con la causación activa del resultado lesivo. Y mientras que nadie discute que hay homicidio en sentido amplio en comisión por omisión en la madre que no alimenta y deja morir de inanición a su bebé recién nacido, sin embargo parece claro que algunas omisiones de garantes que no evitan un resultado no equivalen a causarlo activamente y por ello no realizan el tipo comisivo, que p. ej. si uno de los padres, con relación muy mala con su hijo adolescente, no evita pudiendo que un tercero lo apuñale, no ha cometido homicidio porque no ha matado a su hijo, o que si en un supuesto de ingerencia un automovilista atropella imprudentemente a un peatón en una carretera y pese a ver que el herido necesita urgente asistencia médica prefiere abandonarlo y huir y el peatón acaba muriendo al no recibir pronta asistencia, el conductor con su omisión no ha matado dolosamente al peatón (sino que ha realizado una inicial acción imprudente de lesiones que finalmente causan la muerte y una posterior omisión de socorro agravada por ingerente).

numerosas citas). De la doc. de habla española cfr. solamente, p. ej., JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.^a 1958, 416 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, 1977, 307 ss.; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.^a 1990, 518 s.; BUSTOS, Manual PG, 4.^a 1994, 383 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a 1995, 387 s.; POLAINO, PG II, 2000. 271 ss. Exponiéndolo como doc. dom. DONNA, PG VI, 2010, 260 ss., aunque él acaba siguiendo (319 s.) la exigencia del dominio de Schönemann.

Y en *las indicadas regulaciones específicas* de códigos como el español, el austríaco o el alemán, porque las mismas *requieren expresamente que además* de la existencia de un deber jurídico especial de actuación la *omisión de ese garante “equivalga”* según el sentido del texto de la ley a la causación activa, que sea equiparable, o al menos que “corresponda” a ella. No se pide en esas regulaciones “identidad”, que la omisión sea “idéntica” a la comisión activa, como ha sostenido un sector minoritario¹³⁴, puesto que en la comisión por omisión no se causa ontológicamente el resultado como en la comisión activa y eso impide la identidad morfológica, sino que sólo puede haber equivalencia normativa dentro de la imputación objetiva, o sea imputación jurídica, es decir, identidad normativa –esa sí– por infringir en ambos casos la norma prohibitiva, la prohibición de lesionar (o poner en peligro) un bien jurídico.

A. Criterios no restrictivos de equivalencia o equiparación. Su favorecimiento por una regulación legal (StGB) que exige sólo “correspondencia” y permite atenuación

La doctrina mayoritaria desde luego en la tan influyente dogmática penal alemana, y por influencia suya en buena parte de la doctrina de otros países no defiende criterios muy restrictivos para afirmar la equivalencia de la omisión de un garante con la comisión activa de la causación de un resultado. Incluso hay autores que rechazan que además de posición de garante tenga que haber otras condiciones adicionales para la equivalencia o correspondencia, sosteniendo que la omisión de quien tiene un deber especial de garantía ya equivale o corresponde a la comisión activa. Ello lo favorece la cláusula del § 13 StGB que exige sólo “correspondencia” con la comisión activa en vez de equivalencia (lo que en se hizo de modo plenamente consciente en la reforma

¹³⁴ Muy especialmente y con la fórmula de “identidad estructural” SILVA, El delito de omisión, 1986, 369 ss., 651 ss.; CPC 1989, 374 s., 377; El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 64 s., 66, 69 = en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 458, 461, 463; yo mismo, en PJ 2 1986, 80, 82, simpatiqué con esa fórmula; la sigue PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 484 s. Sin embargo, refiriéndose a la identidad estructural y material que defiende Silva (y otros), NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 151, precisan que se trata de “identidad en el plano normativo (no evidentemente en el ontológico)”, e igual RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 60 ss., como ya hizo el propio SILVA, CPC 1989, 374 s. (identidad estructural en el plano normativo); El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 64 s. = en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 458: “estructuralmente idénticos” (naturalmente en el plano normativo de las estructuras de imputación)”, aunque en otro lugar (El nuevo CP, 77; Coment CP, I, 487) habla de “identidad de estructuras materiales en el plano normativo”; precisando tb. que la identidad estructural es “identidad o equivalencia normativa” PÉREZ ALONSO, cit., 2010, 485,. Como señalo en el texto, entendida como identidad normativa o equivalencia normativa, sí es admisible exigir “identidad estructural”.

alemana), unido a que dicho precepto a continuación prevé la *posibilidad de atenuar* la pena del delito comisivo activo (igual que hace el art. 10 del CP portugués); con lo cual está reconociendo que en los supuestos en que se aplique la atenuación *la gravedad del hecho no es la misma que la del delito de comisión activa*. Y desde luego si una omisión de un garante pese a ello no equivale a la comisión activa, no se puede afirmar que realiza el tipo comisivo; de hecho, es frecuentísimo que **los autores que en esos casos sostienen que hay comisión por omisión, hablen de que el garante “responde por” homicidio o lesiones, o de que a la omisión del garante “se le imputa el resultado”, y no digan que aquél ha matado o lesionado, que su conducta ha producido el resultado lesivo**¹³⁵, con lo que ese uso del lenguaje delata que se está imputando o atribuyendo responsabilidad penal por un tipo delictivo de resultado a quien realmente no comete ese tipo.

1. La posibilidad de evitar el resultado (evitabilidad) con la acción debida; la causalidad negativa

La doctrina mayoritaria considera que para la correspondencia o equivalencia con la causación activa el criterio, dado que aquí no hay causación positiva y estricta del resultado, será la llamada causalidad negativa o hipotética: o sea, la evitabilidad o posibilidad de evitación del resultado con la acción debida¹³⁶; es decir, que se pueda comprobar en el caso concreto que si el garante hubiera llevado a cabo la acción requerida se habría evitado el resultado lesivo (de muerte, lesiones, daños, incendio, perjuicio patrimonial, insolvencia o quiebra de la empresa ...) con seguridad o al menos con una probabilidad rayana en la certeza o seguridad.

Sobre cuándo se puede afirmar que ello es así o no, y sobre si basta esa evitabilidad para la equivalencia o, por el contrario, por ser hipotética y por ello incierta, vulneraría el *in dubio pro reo*, remito a lo expuesto *supra* II.3 c-d. Pero aparte de ello, este criterio **no puede ser suficiente para fundamentar la equivalencia** con la causación activa:

¹³⁵ Hablan muchísimas veces de imputación del resultado a la omisión o de responder por el resultado y no de producirlo en muchos ejemplos donde precisamente es dudosa la equivalencia con la causación activa, p.ej., SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 15.^a 1970/17.^a 1974, antes del § 1/126; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 290, *passim* = Fundamento y límites, 2006, 338, *passim*; LASCURAÍN, Los delitos de omisión, 2002, 55: “en los delitos de omisión y resultado (de imputación de un resultado a una omisión)”; constantemente ROXIN AT II, 2003 [PG II, 2014], §§ 31 y 32.

¹³⁶ Ese es el requisito adicional a la posición de garante para la doc. muy mayoritaria, tanto la moderna que exige imputación objetiva del resultado como la más tradicional que exige causalidad negativa o hipotética: v. *supra* en las n. 58-65 y 26-34.

pues, como hemos visto (*supra* II.2 c), ocurre que también en las omisiones propias efectuadas por no garantes se podrá afirmar en muchos casos la evitabilidad del resultado si el omitente hubiera llevado a cabo la acción salvadora o auxiliadora debida, y sin embargo hay unanimidad en que no por ello equivalen a la causación activa del resultado ni se transforman en comisión por omisión. De modo que si, cuando quien omite es garante y había evitabilidad, se pretende afirmar la comisión por omisión, entonces será únicamente la posición de garante la que fundamentará la existencia de ésta.

Por eso la evitabilidad o inevitabilidad del resultado lo que constituirá es el criterio en su caso para que a una omisión equivalente por otras razones a la comisión activa se le pueda imputar objetivamente el resultado producido y constituya un delito consumado o por el contrario (en caso de inevitabilidad) no haya imputación objetiva del resultado, sino sólo tentativa si la conducta era dolosa, y si era imprudente, una impune conducta imprudente sin resultado.

2. El criterio de ROXIN; otros

Es muy significativa la posición de un autor tan importante como ROXIN, que a pesar de haber afirmado que sigue a su discípulo SCHÜNEMANN en el criterio restrictivo del dominio sobre el fundamento u origen del resultado¹³⁷, luego no lo aplica en absoluto de modo estricto (admitiendo p. ej. omisión impropia en la ingerencia en contra de la posición de SCHÜNEMANN)¹³⁸ y, tras rechazar otros intentos de dar contenido en la doctrina y jurisprudencia alemana a la cláusula de la correspondencia, acaba atribuyéndole un papel absolutamente marginal: En efecto, sostiene: para la cláusula de la correspondencia “queda sólo el caso en que elementos cualificantes caractericen únicamente la actuación del autor comisivo, sin influir en la valoración de la conducta omisiva. Si un garante deja, por ejemplo, que se lleve a cabo la muerte alevosa de una persona que está bajo su protección (§ 211), debe responder por dicha muerte. Esto constituye en principio un homicidio por omisión. ¿Pero hay también un asesinato por

¹³⁷ ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/19-21, 31 y a continuación, siguiendo a Schünemann titula el ap. IV (§ 32/33-106) como “El dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia)” y el ap. V (§ 32/107 ss.) como “El dominio sobre el foco del peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento)”.

¹³⁸ Así ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/150 ss.

omisión? La respuesta habrá de ser negativa”¹³⁹. Ello se debe a que, fuera de estos casos, con carácter general, él, coincidiendo con la doc. dom. alemana, niega a la cláusula de la correspondencia ninguna función limitadora de la tipicidad adicional al deber jurídico especial o de garante¹⁴⁰.

Otros criterios exigidos en Alemania para la “correspondencia”: en el Proyecto oficial alemán de reforma del StGB de 1962 se aludía como criterios adicionales para que haya correspondencia a: una segunda “valoración global” que tiene que efectuar el juez, a una “mayor vinculación al deber” en unos garantes –p.ej. en una madre que en una simple niñera respecto del niño pequeño– o a que no haya inexigibilidad¹⁴¹; el criterio de la valoración global enlazaba con una propuesta de GALLAS en ese sentido en la discusión del anterior proyecto de 1959¹⁴². La doc. mayoritaria los rechaza con razón, especialmente el de la ulterior valoración global del juez, por su imprecisión y ser totalmente contrarios a la seguridad jurídica¹⁴³. En cambio, esa doc. mayor. sigue para la interpretación de la cláusula de la correspondencia otro criterio restrictivo de GALLAS en la discusión de los proyectos de reforma: en *tipos con modalidades limitadas de acción*, como p. ej. en la estafa la producción de perjuicio mediante engaño, hay que examinar si la omisión equivale o no a esa modalidad de acción típica¹⁴⁴.

B. Criterios restrictivos para la equivalencia

De modo ciertamente minoritario en la doctrina alemana algunos autores han mantenido criterios muy restrictivos para considerar que una omisión es valorativamente equivalente, no simplemente equiparable de modo lato, a la comisión

¹³⁹ ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/339 ss.

¹⁴⁰ Sobre ello v. ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/224, 227 al principio.

¹⁴¹ Cfr. ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/221 ss.; en nm. 223 recoge algunas contadas sents. que utilizan esos criterios.

¹⁴² GALLAS, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. XII, 1959, 82, sostenía que incluso en los delitos puros de resultado una cláusula de equivalencia tiene que darle al juez la posibilidad de poder decir “que en el caso concreto la conducta [scil. omisiva] no equivale a la comisión del hecho mediante un hacer”; así lo destaca ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/220.

¹⁴³ Así entre otros NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen* (§ 13 StGB), 1989, 29 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 V, con más citas en n. 79; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.ª 2000, § 13/4; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/4; frontalmente contra los tres criterios por su imprecisión ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/224, 227-229; sin embargo, en nm. 226 n. 371 cita alguna doc. minoritaria (Henkel, Androulakis, Arth. Kaufmann/Hassemer, Kahlo y en la doc. austríaca Pallin y Nowakowski) que defiende la propuesta de la segunda valoración global.

¹⁴⁴ GALLAS, en *Niederschriften*, XII, 1959, 79; lo señala ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/219 y en nm. 225 destaca esa influencia en la doc. dominante. En efecto, defienden este criterio para interpretar la cláusula de la “correspondencia”, entre otros, WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, 18 ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 371 ss. = *Fundamento y límites*, 2006, 421 ss.; ROXIN, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, JuS 1973, 199; RUDOLPHI, SK, 2.ª 1977/7.ª 2000, § 13/17 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.ª 1989 [PG 2, 1995], § 46/55 s.; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 29/78 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 V; KÖHLER, AT, 1997, 230; FREUND, AT, 1998, § 6/8; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000 [PG, 2005], § 13/62; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2010, § 13/62; GROPP, AT, 4.ª 2015, § 11/79 ss.; KÜHL, AT, 8.ª 2017, § 18/122 ss.; WOHLERS, NK, 4.ª 2017, § 13/19. Rechazan esta interpretación por demasiado imprecisa ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/230 ss.; WEIGEND, LK I, 12.ª 2006/07, § 13/77.

activa¹⁴⁵, entre los cuales la más destacada es la construcción de SCHÜNEMANN, que examinaremos a continuación. En una línea similar se ha manifestado alguna posición en la doctrina italiana¹⁴⁶. En la doctrina de habla española, en la que han sido muy numerosas las posiciones que ponían incluso en duda la compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad cuando no esté expresamente tipificada en una figura legal¹⁴⁷, han sido más numerosas las tendencias hacia criterios claramente restrictivos para admitir que una omisión es equivalente a la comisión o causación activa y por ello subsumible en un tipo comisivo de resultado. En los siguientes aps. 2 a 4 se expondrán los principales criterios restrictivos materiales y precisos. Pero cabe señalar que también hay un buen grupo de opiniones que, a la vista de fórmulas como la del art. 11 CP español exigiendo que la no evitación de un resultado por quien tenía el deber especial de evitarlo “equivalga según el sentido del texto de la ley a su causación” o similares, se limitan a decir que hay que interpretar de modo muy estricto en cada tipo delictivo concreto cuándo una determinada conducta omisiva encaja en el sentido del texto legal del tipo comisivo y por ello es subsumible en el mismo y equivale a la causación, poniendo a lo sumo ejemplos, pero sin precisar más ni desarrollar algún criterio válido con carácter general¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Así entre otros RUDOLPHI, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, 98 ss.; ROXIN, Kriminalpolitik u. Strafrechtssystem, 1970, 18 s.; Política criminal y sistema del DP, 1972, 46 s.: sólo posiciones de garantía dentro de la función del curso social regular; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, *passim*, 229 ss. = Fundamento y límites, 2006, *passim*, 275 ss.; GA 1974, 231 ss. (y otras múltiples obras: v. a continuación ap. B 1); NICKEL, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG), 1972; ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, Einführung in das neue Strafrecht, 1975, 9 s; SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1987, 377 ss., *passim*. Cfr. detalles en LUZÓN PEÑA, PJ 1986, 80 n. 19; Estudios Penales, 1991, 236 n.19; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 371 ss., incluyendo en 414 ss. un examen en la doc. italiana de las posiciones restrictivas de FIANDACA y GRASSO: v. *infra* n. sig.

¹⁴⁶ FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, 1979, 204 ss., 210: garante que ejerce “señorío” (signoria) “sobre cosas o ámbitos que contengan fuentes de peligro”; siguiéndole GRASSO, Il reato missivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie, 1983, 282 ss.; cfr. al respecto DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 414 ss.

¹⁴⁷ V. ampliamente *supra* n. 1.

¹⁴⁸ Así p. ej. GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 604 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 6.^a 2016, 264. Estos planteamientos están en la línea de VIVES, Fundamentos del sistema penal, 2.^a, 2011, 600, 614 s., que aplicando su concepto significativo de acción y del sistema del delito, considera imposible un concepto general de posición de garante y que debe ser el análisis del uso común lingüístico de las diversas acciones típicas, matar, lesionar, causar daño etc., el que diga si la omisión de un garante encaja o no en el significado y expresión de sentido de tal acción típica, acorde con la exigencia del principio de legalidad y tipicidad, y rechaza por ello como insuficientes e imprecisos los criterios (de SCHÜNEMANN y mío) del dominio sobre el origen del resultado o de la creación o aumento del riesgo; sigue a Vives en todo BUSATO, PG, 3.^a 2017, 281-283, porque en general se adhiere (pp. 234 ss., 250 ss.) al concepto

En lo que sí hay acuerdo –y con razón porque evidentemente ha de ser así– es en entender que la fórmula “según el sentido del texto de la ley”, con independencia del posible criterio general de equivalencia valorativa que se sustente, sí implica que la conducta omisiva en cuestión ha de cumplir los requisitos típicos específicos de cada figura legal, de modo que ello podrá suceder en los tipos puros de resultado, pero no si describen actividades concretas o modalidades de ejecución activa para producir el mismo¹⁴⁹, o sea en los tipos de resultado o resultativos con modalidades limitadas de actividad o ejecución o tipos mixtos de actividad y resultado. Lo que, por cierto, ya se desprende de la exigencia general de tipicidad y por tanto de poder subsumir la conducta omisiva en el correspondiente tipo legal de resultado (v. *supra* II.1), con independencia de que en el correspondiente Código haya o no una fórmula como la del art. 11 del actual CP español de 1995 que remita la equivalencia al “sentido del texto de la ley”.

A continuación, se va a exponer primero los tres criterios restrictivos más importantes en el orden cronológico desde su aparición (B. 1. a 3.), incluyendo como segundo el propuesto por mí; después (4.) se expondrá brevemente otros criterios restrictivos; y finalmente se compararán coincidencias y diferencias entre los criterios principales (C.2). Y ya en el apartado siguiente (V) se desarrollará ampliamente el criterio de equiparación aquí defendido.

significativo de delito y de acción. A mi juicio, la mera remisión al significado o sentido lingüístico-legal de cada acción típica sin elaborar criterio general alguno peca de importante imprecisión, no acorde con el mandato material de precisión, determinación o certeza (exactamente igual que le ocurría p. ej. al concepto mezgeriano de relevancia o causa jurídicopenalmente relevante, que no llegó a elaborar mínimamente los necesarios criterios de imputación objetiva: v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.^a 2016, 15/30 s.) y por tanto realmente deja a la decisión judicial la interpretación del significado lingüístico en cada caso; es curioso que, siendo así, se considere imprecisos e insuficientes criterios mucho más elaborados y seguros como el de SCHÜNEMANN o el mío.

Sobre otros intentos restrictivos distintos de los que se exponen a continuación (2 a 4) tanto en la doc. alemana como en la de habla española: v. citas en mi artículo en PJ 1986, 80 n. 19, 84 n. 25, y en mis EPen, 1991, 235 s. n. 19, 240 n. 25.

¹⁴⁹ Así lo señalan p. ej. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a 1995, 386; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 660 s.; BERDUGO/ARROYO/*et al.*, Curso PG, 2.^a 2010, 243; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 6.^a 2016, 263. Ya antes del art. 11 CP 1995 lo señalaban QUINTANO RIPOLLÉS, Curso I, 1963, 213 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el CP, 1966, 106 s.; PG I, 1977, 313 s.; CÓRDOBA, Coment I, 1972, 7 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 604 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 571; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.^a, 1990, 515 s. Destacan el cumplimiento de las exigencias específicas de cada tipo legal, pero sin precisar tanto, COBO/VIVES, PG, 5.^a 1999, 394.

1. El dominio sobre el fundamento, razón u origen del resultado: SCHÜNEMANN

Vamos a exponer en primer lugar sintéticamente su criterio y su fundamentación de la equivalencia con la causación activa: Para SCHÜNEMANN el factor común de equiparación entre la causación activa de un resultado y la comisión por omisión es el principio general de imputación que consiste en el **dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado**¹⁵⁰. En efecto, razona, si en los delitos de comisión activa el fundamento (origen, razón) inmediato del resultado es el proceso causal provocado por el movimiento corporal, pero lo que permite la imputación de todo esto a la persona es el dominio absoluto e inmediato de la persona con su voluntad sobre tal movimiento corporal, es decir sobre el fundamento inmediato del resultado¹⁵¹, generalizando y abstrayendo ya se ha encontrado el principio general de imputación, el dominio sobre el fundamento o razón del resultado, que ha de darse también en la omisión impropia para que pueda equivaler a la comisión activa y se le pueda imputar el resultado¹⁵².

Su argumentación es la siguiente: En los delitos de comisión activa resultativos lo que permite la imputación del resultado a la acción y con ello a la persona es que, siendo el movimiento corporal lo que provoca mecánicamente el curso causal

¹⁵⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 229, 236 ss., passim = *Fundamento y límites*, 2009, 275, 283 ss., passim; *Unternehmenskriminalität*, 1979, 62 ss., 95 ss., passim; ADPCP 1988, 533 ss.; en Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, 137 ss.; en Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, 49 ss.; en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva en DP*, 1994, 11 ss.; LH-Gimbernat, 2008, 1609 ss. Aplicándolo al actuar por otro en: ZSchwR 1978, 131 ss.; Jura 1980, 354 ss. y 569 ss.; wistra 1986, 235 ss.; LK 11.ª 1993, 12.ª 2006/07, § 14. Su fórmula en alemán es *Herrschaft über den Grund des Erfolges*: dominio sobre el fundamento, origen o razón del resultado; *Grund* se puede traducir indistintamente por fundamento, origen, razón de algo o causa; aunque causa es un término no unívoco y por ello aquí podría parecer más inadecuado (en el contexto de la causalidad es *Ursache*: causa, causa originaria), pero el propio *Schünemann* usa como sinónimo en otros momentos (*Grund und Grenzen*, pp. 281 ss., 300, 323) en alemán la expresión dominio “sobre una causa esencial del resultado” (“*über eine wesentliche Erfolgsursache*”) cuando se trata de dominio sobre actuaciones en que hay auténtica causalidad material. En las traducciones al español, la de su libro completo *Fundamento y límites*, 2009, de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, utiliza con precisión “fundamento” donde en alemán aparece *Grund*, pero otras traducciones suelen hablar de causa o fundamento: p.ej. GRACIA, Prólogo a la ed. española de Schünemann, *Fundamento*, 2009, 24 (aunque a continuación, 24-27 utiliza ya sólo fundamento); en otros trabajos habla de la “causa fundamental” o “causa fundamental o determinante” del resultado (así en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1993, 84 y n. 410); RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, 117 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *DPEcon PG*, 4.ª, 2014, 524.

¹⁵¹ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 235 s. = *Fundamento y límites*, 2009, 281-283.

¹⁵² Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 235 s. = *Fundamento y límites*, 2009, 281-283.

conducente al resultado –lo cual ciertamente permite imputar el resultado al movimiento corporal–, hay una peculiaridad del movimiento corporal humano que permite la imputación del resultado a la persona, al centro de imputación personal, y es que es un movimiento no puramente físico como una convulsión epiléptica o un movimiento materialmente forzado por *vis absoluta*, sino debido al centro personal de acción del espíritu y voluntad de una persona psicofísicamente intacta, y ese movimiento corporal voluntario provoca el proceso causal y de ese modo el fundamento inmediato del resultado¹⁵³: con ello “la esencia, decisiva también para la cuestión de la equiparación, de la relación entre persona y movimiento corporal ... consiste en el *dominio absoluto de la persona sobre el cuerpo*”¹⁵⁴. Y si en la comisión activa lo esencial es por tanto ese dominio sobre el movimiento que provoca el fundamento inmediato –la causación– del resultado, dicho criterio general del *dominio sobre el fundamento o razón del resultado* ha de ser también el aplicable a los supuestos omisivos impropios como criterio de equiparación o equivalencia¹⁵⁵. Ahora bien, en los delitos omisivos, como no hay una causación mecánica, en el sentido de las ciencias naturales, del resultado por una acción¹⁵⁶, para poder equipararlos a la comisión activa la imputación del resultado ha de realizarse en dos pasos o etapas: primero hay que averiguar cuál es el fundamento (o razón) –inmediato(a)– y en segundo lugar examinar si el omitente ejercía dominio sobre el mismo¹⁵⁷. Ello comienza ejemplificándolo de la mano de algunos casos básicos, de los que cito sólo los últimos: en el caso, límite entre acción y omisión, del conductor que causa con el auto un accidente que se podía haber evitado frenando a

¹⁵³ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 234 ss.= Fundamento y límites, 2009, 280 ss.

¹⁵⁴ SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 235= Fundamento y límites, 2009, 282.

¹⁵⁵ SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 235= Fundamento y límites, 2009, 282 s.; él mismo resume así los pasos de su argumentación (Grund, 237.= Fundamento, 283 s.): “ 1) los delitos de omisión impropia están previstos tácitamente en el Código penal; 2) para serlo, sólo aparecen como candidatas omisiones iguales a la comisión; 3) la igualdad a la comisión depende de qué peculiaridades de la acción fundamentan la punibilidad en el respectivo género de delitos; 4) el fundamento de la punibilidad reside, en los delitos de resultado, en la imputación del resultado a la persona; 5) el fundamento de esta imputación reside en la relación entre la persona y el movimiento corporal como causa inmediata del resultado; 6) dado que, merced a lo establecido tácitamente por el StGB, sería posible la equiparación de acción y omisión precisamente en los delitos de resultado, ésta puede y tiene que tener lugar únicamente si se pone de manifiesto una relación en la omisión equiparable a la relación indicada en el paso 5); 7) tal equiparación sólo puede tener lugar buscando el factor común, esto es, averiguando el principio general cuya especificación se menciona en el paso 5); y 8) Este principio general de imputación es el *dominio sobre el fundamento, [origen,] razón o causa del resultado*”. Este pasaje lo reproduce GRACIA, en su Prólogo a la ed. española de SCHÜNEMANN, Fundamento y límites, 2009, 24.

¹⁵⁶ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 234 = Fundamento y límites, 2009, 280.

¹⁵⁷ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 238 = Fundamento y límites, 2009, 285.

fondo, lo decisivo es el dominio sobre el auto en circulación que como fuente de peligro supone el fundamento o razón del resultado, igual que sucede en dos casos indiscutidos de omisión impropia: el de la madre que deja morir de inanición a su bebé lactante, “caracterizado por el dominio de la madre sobre el bebé desamparado”, y el del guardaagujas que no cambia la vía, haciendo chocar a los trenes, donde el mismo “ejerce el dominio sobre la aguja del cambio de vías, que constituye el fundamento del resultado”¹⁵⁸; como se ve, la fundamentación en estos supuestos omisivos es simple y poco desarrollada.

SCHÜNEMANN desarrolla ese criterio señalando que el fundamento del resultado – sobre el que ha de haber dominio– puede consistir en primer lugar en el sustrato físico de un movimiento corporal causante o de una cosa peligrosa, un curso peligroso como los procesos técnicos o en general de una fuente de peligro y en segundo lugar en el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima¹⁵⁹ y reconoce que su criterio se superpone con la bipartición de ARM. KAUFMANN de posiciones de garante de supervisión de una fuente de peligro y de protección de un bien jurídico, pero añadiendo como requisito esencial el elemento lógico-real del dominio sobre ello¹⁶⁰. En el deber de garante de vigilancia o control de una fuente de peligro requiere dominio sobre la fuente de peligro¹⁶¹ o, en un término sinónimo, sobre el foco del peligro¹⁶². En el deber de garante de protección de un bien jurídico exige dominio sobre el desvalimiento, fragilidad o vulnerabilidad de la víctima¹⁶³, o sea del titular del bien jurídico, más aún, “sobre un

¹⁵⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 240 = Fundamento y límites, 2009, 286.

¹⁵⁹ SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 241 ss. = Fundamento y límites, 2009, 287 ss.; en particular sobre los deberes en el tráfico por el dominio de cosas o procesos peligrosos: Grund, 281 ss. = Fundamento, 329 ss.), y de vigilancia de personas incapaces o inmaduras peligrosas: Grund, 323 ss. = Fundamento, 371 ss., y respecto del dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima: Grund, 334 ss. = Fundamento, 383 ss. Emplea como sinónimos el desvalimiento o desprotección (*Hilfslosigkeit, Schutzlosigkeit*) y vulnerabilidad o fragilidad (*Anfälligkeit*).

¹⁶⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 242 = Fundamento y límites, 1009, 288.

¹⁶¹ Así p.ej. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 240: el dominio sobre el auto en movimiento como “fuente de peligro”, 242: posiciones de garante para la supervisión y control de una fuente de peligro, 282: dominio sobre una potencial fuente de peligro, = Fundamento y límites, 2009, 286, 288, 331.

¹⁶² Así p.ej. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 283 = Fundamento y límites, 2009, 331.

¹⁶³ Así SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 241, 334 ss: *Anfälligkeit des Opfers*: fragilidad, vulnerabilidad (o tb. exposición, indefensión, achacosidad, fragilidad) de la víctima, 341 ss.: *die Hilfslosigkeit des Opfers*: el desamparo o desvalimiento de la víctima = Fundamento y límites, 2009, 268, 383 ss. (aunque Cuello/Serrano traducen *Anfälligkeit* tb. por desamparo), 390 ss. En algún momento habla tb de dominio sobre el desamparo del bien jurídico; y siguiéndole *Roxin*, AT II, 2003 [PG II, 2014], §32/33-106, titula el ap. IV como “El dominio sobre el desamparo del bien jurídico”. En trabajos

especial desamparo o desvalimiento de la víctima”¹⁶⁴.

Conviene hacer una aclaración sobre la razón por la que a mi juicio SCHÜNEMANN formula así su postura restrictiva en los garantes de protección: Frente a esta posición hay que decir que en los garantes de protección no es verdad que el fundamento o razón del resultado sea la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, ni siquiera aunque añada que ha de ser un “especial” desvalimiento o vulnerabilidad: pues por mucho que la víctima esté muy desprotegida, no habrá resultado lesivo si no opera un peligro sobre esa situación de desprotección; es nuevamente el peligro que surge, unido a que nada se le enfrenta (la desprotección o desvalimiento), el fundamento, origen o razón del resultado. Pero como, a diferencia de lo que ocurre en los garantes de vigilancia y control, el garante de protección no tiene dominio actual (control) sobre el peligro o riesgo, sino que a lo sumo podría intentar hacerle frente para proteger del mismo a alguien desprotegido, y eso sería sólo control potencial, para poder seguir con su teoría del dominio SCHÜNEMANN recurre a hablar de dominio del garante sobre el desvalimiento o desamparo (desprotección) de la víctima. Lo que sí hace SCHÜNEMANN es destacar que tiene que haber un *especial* desvalimiento o desamparo de la víctima¹⁶⁵ para restringir la responsabilidad en comisión por omisión a los casos más extremos y no a cualquier supuesto de desprotección; pero luego en el desarrollo de su teoría no siempre es coherente con ese requisito y admite la equivalencia en algunos casos de desprotección simple; así habla de deber de garante protector en casos de fragilidad o vulnerabilidad constitucional de la víctima¹⁶⁶ (o sea cuando su constitución física o psíquica lo hace estar desvalido y en situación de clara inferioridad), pero tb. de

posteriores (ZSchwR 1978, 131,152; Unternehmenskriminalität, 1979, 93 s.; LK StGB, 11.^a 1993, 12.^a 2007, § 14/17; La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales, For FICP 2017-1, 245 ss.), utiliza el sinónimo *Verletzlichkeit*, que significa exactamente vulnerabilidad o lesionabilidad, manteniendo, junto a la idea del dominio sobre el desamparo o desvalimiento del bien jurídico, que el fundamento de los delitos especiales es “el dominio sobre la especial vulnerabilidad del bien jurídico [*die besondere Verletzlichkeit des Rechtsgutes*] frente al autor designado en el tipo respectivo”.

¹⁶⁴ Así SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 241: “*in der besonderen Hilflosigkeit des Opfers*”: en el especial desamparo o desvalimiento de la víctima, 342: *seine besondere Anfälligkeit*: su especial vulnerabilidad = *Fundamento y límites*, 2009, 268, 391 (aquí Cuello Contreras/Serrano vuelven a traducir *besondere Anfälligkeit* por “especial desamparo” y no como especial vulnerabilidad o fragilidad).

¹⁶⁵ *Grund und Grenzen*, 1971, 241, 342 = *Fundamento y límites*, 2009, 268, 391.

¹⁶⁶ *Grund und Grenzen*, 1971, 342 ss. = *Fundamento y límites*, 2009, 391, 392 ss. (lo traducen por desamparo “connatural”).

desvalimiento o desamparo parcial¹⁶⁷ : v. al respecto sobre mi posición más restrictiva en estos supuestos *infra* IV.C.2 a), V.4 b 1).

Aplicación a casos. En Grund u. Grenzen, 1971, va desarrollando y aplicando su criterio en los siguientes grupos de casos¹⁶⁸ : dominio sobre máquinas y procesos técnicos, que aparece hoy en amplia medida en el funcionamiento social en lugar del dominio sobre el cuerpo¹⁶⁹ ; deberes (de control) en el tráfico, en general; deberes de protección de bienes jurídicos ante la vulnerabilidad o desvalimiento constitucional y por ello total del sujeto o de desvalimiento parcial. En cambio, niega totalmente la comisión por omisión en los supuestos de ingerencia¹⁷⁰ , porque el peligro ha escapado totalmente al dominio del ingerente, que sólo tendría un dominio potencial para evitar igual que cualquier omitente no garante, y por tanto considera que hay delito lesivo imprudente de comisión activa y omisión de socorro.

Este criterio de SCHÜNEMANN ha encontrado una parcial acogida en la doc. alemana, pero especialmente por un autor tan relevante como ROXIN, aunque de modo bastante menos restrictivo¹⁷¹ , y es seguido por alguna doctrina en diversos países, en la de lengua española muy especialmente por GRACIA MARTÍN (tb. aplicándolo primero, como el propio SCHÜNEMANN, en cuanto ejercicio del dominio social sobre el

¹⁶⁷ Grund und Grenzen, 1971, 342, 348 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 398 ss.

¹⁶⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 229 ss. = Fundamento y límites, 2009, 275 ss.

¹⁶⁹ Así SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 250 = Fundamento y límites, 2009, 296.

¹⁷⁰ Aquí trata (exponiendo tb. jurisprudencia del RG y del BGH) no sólo los casos de atropello imprudente de un peatón negándose a continuación el automovilista a socorrerlo, sino tb. los de servir un hostelero bebida a un conductor que se embriaga y luego va a conducir o la incitación a beber en iguales circunstancias por los compañeros de rondas, la provocación o facilitamiento imprudente de suicidios o la de delitos de otros dejando armas a su alcance; cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 281 ss., 303 ss., y su posición en 313 ss., donde sólo admite como salvedad el supuesto totalmente excepcional de que el peligro quede aún dentro de la esfera de dominio del ingerente = Fundamento y límites, 2009, 329 ss., 351 ss. y su posición en 361 ss.

¹⁷¹ Acogen la tesis de Schünemann BOTKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener, 1994; en MIR/LUZÓN, Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 129 ss.; en Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 235 ss. = LH-Roxin (Coimbra), 1995, 309 ss.; SARGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1987, 373 ss., *passim*, partiendo de Schünemann y matizándolo en una orientación más normativa con el concepto de soberanía; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/31, 33 ss., pero luego lo aplica permanentemente de modo mucho menos restrictivo, considerando p.ej. en § 32/150 ss. que en los supuestos de ingerencia hay dominio sobre el fundamento del resultado, en contra de *Schünemann*, que lo rechaza (Grund u. Grenzen, 1971, 316 ss.; GA 1974, 235 s., salvo que excepcionalmente el peligro quede aún dentro de la esfera de dominio del ingerente).

fundamento del resultado, a la figura del actuar por otro, del actual art. 31 CP, y después con carácter general)¹⁷².

Posteriormente en 1979 SCHÜNEMANN hace una aplicación especial muy elaborada de su criterio al Derecho penal de la empresa¹⁷³: SCHÜNEMANN no se conforma con la posición formal de directivo, sino que, para que incurra en omisión impropia, requiere en este o bien “dominio material”, esto es, dominio fáctico sobre elementos, objetos, situaciones o procedimientos peligrosos existentes en la empresa, o “dominio personal” sobre los subordinados¹⁷⁴. Su posición en este campo es objeto de amplio seguimiento en la doc.¹⁷⁵

¹⁷² Así en cuanto al actuar por otro, GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, cap. IV; Responsabilidad de directivos, 1986, 27 ss.; y en general en Díez Ripollés/Gracia, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993, 78 ss., 84, n. 410; en Díez Ripollés/Gracia, Com CP, PE, I, 1997, 75 s.; La comisión por omisión en el DP español, CDJ 1994-XXIII (La comisión por omisión), 57 ss.; tb. en APen 1995, 683 ss.; Los delitos de comisión por omisión en el DP español, CDJ 1994-XXIII (La comisión por omisión), 57 ss.; tb. en APen 1995, 683 ss.; tb. en Díez Ripollés/Gracia, Com CP, PE, I, 1997, art. 138/59 ss., 72 ss.; tb. en NFP 61 1999, 125 ss.; Los delitos de comisión por omisión, en Modernas Tendencias del DP y la Criminología (congreso UNED), 2001, 412 ss.; Prólogo a Schünemann, Fundamento y límites, 2009, 25 ss.; siguiendo a Gracia, RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013, 66 ss. y *passim*. Siguen tb. a Schünemann MUÑOZ SÁNCHEZ, El delito de detención, 1992, 133 s., n. 109; DONNA, PG VI, 2010, 319 s., 296 ss.; le sigue parcialmente, combinándolo con mi criterio de la creación o aumento del peligro y algún otro como el del compromiso de una barrera de contención, RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 117 ss.; Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación, REDUR (Univ. Rioja) 11, 2013, 109 s., 111 ss. Similar parcialmente en la terminología QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 456: apunta que el elemento normativo que permite la equiparación y la imputación es principalmente “el *dominio* o control sobre la producción del resultado”, pero no lo desarrolla. V. tb. para los delitos de empresa infra n. 175. Combinando la posición de Schünemann con la mía p.ej. MEINI, Resp. penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 2003, 300 ss., *passim*; ADP (Perú) 2003, 437 ss., 436 s.; RODRÍGUEZ MESA, cit.; ROSO, ForFICP 2017-1, 243; El delito comisivo omisivo, en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin Dr.h.c. UIGV, Lima, en prensa 2017, VI.7. En la doc. italiana FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, 1979, 204 ss., 210, en línea similar a Schünemann, exige un deber de aseguramiento en un garante que ejerce “señorío” (signoria) “sobre cosas o ámbitos que contengan fuentes de peligro”; siguiéndole GRASSO, Il reato omissivo improprio, 1983, 282 ss.

¹⁷³ Cfr. SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 62 ss., 95 ss., *passim*; Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, ADPCP 1988, 533 ss. (529 ss.); Unternehmenskriminalität, FG-BGH 50 Jahre, IV, 2000, 621 ss.; Resp. penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP 2002, 9 ss.; El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro, DPCr 75, 2004, 13 ss.; tb. en RDP 2005-2, 29 ss.; tb. en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss.

¹⁷⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, 1979, 95 ss., *passim*; ADPCP 1988, 535 ss.

¹⁷⁵ Así entre otros ARROYO ZAPATERO, La protección penal de la seguridad en el trabajo, 1981, 160 s.; SILVA SÁNCHEZ, Resp. penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 372; TERRADILLOS, DP de la empresa, 1995, 40; MEINI, Resp. penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 2003, 308 s.; simpatizando y destacando lo aprovechable del trasfondo naturalístico real tras el criterio normativo; DEMETRIO CRESPO, Resp. penal por omisión del empresario, 2009, 146 ss., 150-152, aunque con alguna reserva en cuanto al criterio de la autoría;

2. Aumento o creación del peligro o riesgo por la propia omisión, al descontrolar un peligro controlado en general o frente a un bien jurídico blindado; enjuiciamiento desde la perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa: LUZÓN PEÑA

a) *Formulación inicial del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión desde la perspectiva socio-normativa*

A continuación, haré una breve exposición de la posición que defendí ya en los años 70-80 (en trabajos desde 1974 a 1986)¹⁷⁶: Si el omitente no actúa ante un peligro de resultado lesivo que no controla y que sigue su propio curso y va aumentando solo, ello no puede ser nunca comisión por omisión de un delito de resultado, sino sólo una omisión propia o pura, omisión de socorro, omisión de impedir delitos ajenos etc. En cambio, para que haya comisión por omisión tiene que darse una circunstancia estructuralmente idéntica, equivalente a la que fundamenta el injusto en el delito resultativo de comisión activa: la creación o al menos el aumento del peligro o riesgo (términos que utilizo como sinónimos) por la propia omisión. Y como a esa posición le han replicado algunos que ninguna omisión causa ni crea el peligro¹⁷⁷ o a la inversa, que

MARTÍNEZ-BUJÁN, DP Económico, PG, 4.ª 2014, 522 ss., sigue en buena medida la posición de Schünemann, pero (528 s.) considera que a la exigencia de dominio material o personal del directivo hay que añadir el criterio, propuesto por LASCURAÍN (LH-Tiedemann, 1995, 211, basándose en la posición funcionalista de JAKOBS –v. *supra* III.5–, de las responsabilidades por competencias de organización o institucionales como correlato de la propia libertad de determinación) de la aceptación de funciones de seguridad como reverso de la libertad o autonomía personal.

¹⁷⁶ LUZÓN PEÑA, primero respecto de la ingerencia en Comentario a STS 24-4-1974. Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro, RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DPCir 1985, 126 s., 129, 2.ª ed. 1990, 174 ss.; después formulado con carácter general en Com a STS 3-3-1980. Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia, RDCir 1980 387 s.; vers. ampliada en LUZÓN, DPCir 1985, 137 ss., 2.ª ed. 1990, 183 ss.; mucho más desarrollado en: La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, (73 ss.) 80 ss., recogido tb. en LL 1986-3, (535 ss.), 543 ss., y en Luzón Peña, EPen, 1991, (225 ss.), 236 ss. Acoge el criterio, reproduciendo textualmente su argumentación (en PJ 2 1986, 83 s.; EPen, 1991, 240 s.), la STS 1058/2010, 13-12.

En mi DPCir, 1.ª, 1985, 128 s., 2.ª 1990, 175-77, indicaba como antecedente que GIMBERNAT en conferencias en aquellos años había exigido para la omisión impropia creación de peligro por la omisión para la equivalencia exacta con la comisión activa, aunque sin hablar de aumento del peligro o riesgo ni plasmarlo por escrito, ni tampoco fundamentar normativamente ni desarrollar ese criterio; posteriormente lo ha sustituido, abandonándolo sin mencionarlo siquiera, por otros dos criterios alternativos más imprecisos y menos restrictivos (v. *infra* IV.B.4 b).

¹⁷⁷ Así la crítica a mi posición en MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 874: naturalísticamente ninguna omisión crea nada y por tanto tampoco puede crear peligro alguno, pero socialmente toda omisión sin la cual el resultado se habría evitado crea o aumenta el peligro, y parecen seguirle ZUGALDÍA, CPC 24 1984, 586 n. 46, y HUERTA, ADPCP 1985, 55 n. 64. Sin reconocer que el plano normativo no es igual al ontológico: BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 404: en la medida en que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión”; similar Díez Ripollés, PG, 4.ª 2016, 136, 235, pero oponiéndose incluso a mi criterio del aumento del peligro desde el punto de vista sacionormativo: dado que el delito impropio de omisión no tiene como presupuesto la existencia de una relación de causalidad por “la conocida incapacidad de la

en sentido social toda omisión crea o incrementa el peligro o riesgo¹⁷⁸, he replicado¹⁷⁹ y explicado que efectivamente en el plano natural o fáctico no hay causalidad real, pero desde la perspectiva normativa, socio-normativa o incluso jurídica, sí se puede afirmar que hay supuestos en que la omisión misma es la que crea un peligro prácticamente inexistente o totalmente conjurado, es decir anulado mediante control, o bien la que, habiendo un cierto grado de peligro, pero sometido a cierto control, lo desencadena o descontrola totalmente¹⁸⁰ y hace que aumente ese peligro o riesgo, es decir, crea más

omisión para causar resultados”, “de ahí que no proceda exigir que la omisión cree o incremente, ni siquiera en un sentido socionormativo, el peligro de producción del resultado... como han sostenido... Luzón y Paredes”. Más matizadamente SILVA afirma (El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 63 n.157, 64; en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 456 n. 33, 457) que “la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos fundamenta un dominio sobre el riesgo... Prueba de que la omisión no crea el riesgo ... es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo)”, y que “no hay en ella creación *causal* del riesgo, sino ausencia de control del mismo” (cursiva añadida); por eso acaba sosteniendo (CPC 1989, 377, n. 42) igual que yo que en la omisión impropia hay una “verdadera creación normativa del riesgo”, al afirmar que es idéntico estructuralmente provocar un daño “vía comisión activa = causal” que incumplir el compromiso material de contener el riesgo, dando lugar a que éste cause daño: “Si el primer supuesto es de creación naturalística del riesgo, el segundo puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”.

¹⁷⁸ Así también MIR, cit. en n. anterior; HUERTA, ADPCP 1985, 53-56.

Una crítica más amplia y algo diferente me hace DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 541 ss.: pese a reconocer aciertos en mi posición, considera que entronca con teorías de la causalidad jurídica-social de la omisión como la de KOHLER (Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 45 ss., expuesto ampliamente por DOPICO, Omisión, 2006, 102 ss.) y la rechaza (542) así: “¿Cómo pueden ser idénticas las causaciones ‘normativa’ y ‘físico-natural?’”, y pregunta: “¿cabe decir que la omisión que incrementa el riesgo en el plano normativo causa el resultado en el plano real?”; y critica además (543) por demasiado inconcreta mi posición que, según él, sostiene que es “la percepción social” la que dice cuándo un riesgo está socialmente controlado y cuándo no. A esto hay que responder, primero, que yo nunca he afirmado que la omisión impropia sea causa, ni real ni jurídica o normativa, del resultado sino que permite la imputación (objetiva, jurídica) del mismo; y segundo, que mi formulación inicial sí daba en los años 70-80 un criterio más preciso que el de la percepción social: el de que socio-normativamente en algunos supuestos se da por supuesto, por hecho, por descontado que el riesgo está controlado por el garante y en otros no es así; pero en cualquier caso en la nueva versión anticipada en mi PG, 3.ª, 2016 y que expondré a continuación he desarrollado y precisado mucho más mi criterio y trazado sus requisitos de modo plenamente perfilado y suficiente.

¹⁷⁹ V. LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 83 ss.; tb. en LUZÓN, EPen, 1991, 239 ss. Y ya recientemente en Lecc PG, 3.ª 2016, 31/83 ss., 107 ss.

¹⁸⁰ Había intuido este criterio LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 53, cuando, tras sostener en 52 que la omisión simple naturalísticamente no es causa, pero que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado, como si la madre deja de alimentar al hijo, el cirujano deja sin ligar un vaso sanguíneo o el notario omite en un documento un dato esencial, añade en p. 53: “Y ello en esta clase de conductas, porque la omisión no se da aisladamente, sino en una concatenación de circunstancias *en cuyo encauzamiento tenía intervención* directa el sujeto, *cuyo curso normal*, y exigido por el derecho, desvía con la omisión que interrumpe la normalidad de su intervención; interrupción que significa precisamente ese algo positivo que físicamente origina el resultado, por permitir *el desencadenamiento* de las potencias energéticas que lo producen” (subrayados añadidos). Pero este autor atribuye a este criterio sentido físico, naturalístico y no normativo, y además no lo utiliza como criterio restrictivo dentro de la comisión por omisión, porque afirma que en ella siempre se causa el resultado.

peligro. Y se podrá hacer esa afirmación desde la perspectiva socio normativa, cuando o fácticamente esté controlado el peligro por el propio sujeto, o al menos social y jurídicamente se considera seguro, se da por hecho o por descontado que éste tiene el peligro bajo control. Pero cuando todo ello no suceda, o sea, cuando la omisión por mucho que sea de un garante no crea ni aumenta el peligro o riesgo porque no descontrola un peligro que había conjurado o tenía controlado el propio garante, sino que deja seguir su curso a un peligro ya relevante, de origen natural o de terceros, que él no controla, sólo podrá haber omisiones propias de garante (u omisiones puras de garante), como las llama certeramente SILVA¹⁸¹, cuyo mayor desvalor frente a la omisión de los no garantes se podrá tener en cuenta en su caso apreciando una cualificación o una agravante si legalmente existiera.

Así, comenzando por la ingerencia, expuse¹⁸² que, por mucho que el ingerente haya creado un peligro con su actuación precedente, imprudente o fortuita, y ello le genere un deber de actuación especial y superior a los deberes generales de salvamento del resto de personas, si a continuación dicho peligro escapa a su control y su curso natural lo hace aumentar por sí sólo, que es lo más normal cuando una persona provoca imprudentemente o fortuitamente un atropello, un accidente laboral, etc., entonces el ingerente creó el peligro, pero no dolosamente, sino sólo de modo imprudente (en cuyo caso responderá luego de un delito de lesión imprudente además de su posterior omisión) o incluso fortuito y por ello impune, pero si a continuación no intenta contrarrestar el peligro que creó, su omisión no crea ni aumenta en absoluto ese peligro, que ya marcha solo, y por tanto no realiza dolosamente el delito de resultado en comisión por omisión, sino sólo una omisión propia, que en la omisión de socorro el art. 195.3 considera agravada por ser de un garante ingerente.

Sólo en los supuestos, menos frecuentes, en que la ingerencia no supone que el sujeto pierda el control del peligro en cuanto creó el peligro con su conducta previa, sino que lo mantiene bajo su control, se podrá decir entonces que si de pronto lo descontrola dolosa o imprudentemente, su omisión sí supone crear o aumentar decisivamente el peligro de lesión y por tanto habrá comisión por omisión: Así si una persona hace fuego para una parrilla en una zona boscosa, con lo que está creando un riesgo imprudentemente, pero lo

¹⁸¹ V. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 336 ss., 343 ss.

¹⁸² Lo que se afirma en estos dos párrafos lo expuse en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 ss.

mantiene controlado mientras se mantenga encima e impida la propagación, y sólo si se retira sin apagar totalmente las brasas, entonces descontrola el riesgo y habrá incendio (doloso o imprudente) en comisión por omisión; o si un cirujano y su equipo emprenden una operación del paciente, creando por supuesto un riesgo no escaso, pero lo están manteniendo perfectamente bajo control con las medidas adecuadas, hasta que de pronto por imprudencia o dolo el cirujano dejara de contener, suturar y ello provoca una hemorragia; o si un terrorista lleva encima por la ciudad un explosivo, pero lo mantiene bajo control al no haber puesto en marcha el temporizador o no activar el mecanismo detonante, hasta que en un determinado momento, dolosa o imprudentemente, dejara abandonado el explosivo en un local, con lo que su omisión sí descontrola y por ello aumenta decisivamente el peligro.

Y además apliqué el criterio a toda otra serie de casos de autoría y de participación en comisión por omisión cuando la omisión normativamente crea o aumenta peligro o riesgo (de lesionar en la autoría o de favorecer la lesión por otro en la participación) que se daba por descontado que el sujeto controlaba, o a casos de omisión propia agravada cuando pese a la posición de garante la omisión no crea ni aumenta un peligro, sino que deja que el peligro siga un curso que el omitente no controlaba previamente¹⁸³. Para un amplio desarrollo actual de mi criterio y su aplicación a los diversos grupos de posiciones de garante v. *infra* V.1 ss., 4.

Mi posición es seguida por una parte de la doctrina¹⁸⁴, y también a veces por la jurisprudencia: Así la STS 1058/2010, de 13-12 (Pte. Berdugo), en un caso de posible estafa en

¹⁸³ Así en los trabajos citados en la nota 176 exponía como *casos de comisión por omisión* en autoría los de la madre que no alimenta o no liga cordón umbilical a recién nacido, el cumplimiento de funciones profesionales habituales: el guardabarreras no baja barrera paso a nivel, el guardavías no acciona cambio de vías, el profesor de natación no sostiene al aprendiz que comienza a ahogarse; y en el caso de ingerencia sólo si el sujeto que ha creado antes peligro lo mantiene aún bajo control y lo descontrola al omitir: prender fuego en el bosque, llevar una bomba con mecanismo activado de explosión retardada. Y como participación (cooperación) por omisión, entre otro el ej. de si socio-normativamente se da totalmente por hecho, por descontado, que el vigilante no va a dejar pasivamente que ladrones entren en edificio y roben, lo que equivale a favorecer activamente. Y examinaba como ejemplos *no de omisión impropia, sino propia* (de garante): la omisión de salvamento por cónyuge ante enfermedad o accidente del otro, del guía alpino, del vigilante de la playa o piscina; y la ingerencia cuando la actuación precedente creó el peligro, pero ésta ya está fuera de control y sigue su curso, que en el art. 489 bis (luego ter), 3.º del CP anterior (hoy art. 195.3) constituye mera omisión de socorro agravada por ingerencia, no comisión por omisión.

¹⁸⁴ Así me siguen, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 24 1991, (203 ss.) 208 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la Hacienda Pública y la SS, 1995, 53 n.82; La administración desleal, 2001, 62; PAREDES, El riesgo permitido, 1995, 213 ss.; GÓMEZ RIVERO, LL 1995-3, 793 ss. (aunque luego lo aplica extensivamente a casos de ingerencia del 489 ter, 3º del anterior CP); FARALDO CABANA,

comisión por omisión, siguiendo literalmente mi posición dice: “entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien

en Sanz Larruga/Gómez/Juane, Lecciones de Dº sanitario, 1999, 524-526; TRAPERO, La participación omisiva en el delito de abusos sexuales, AFDOur 2003, 449 ss., 465 ss.; LUZÓN CUESTA, Compendio DP, PG, 21.ª 2011, 169; DE VICENTE REMESAL, Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control, ForFICP 2014-2, 109 y n. 87 (79 ss.); ROSO, La autonomía del delito comisivo omisivo, ForFICP 2017-1, 243, coincidiendo con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por descontrolarlo como criterio normativo de imputación objetiva (si bien en 233 ss. sostiene la tesis de la autonomía del delito comisivo omisivo); igual El delito comisivo omisivo, en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin Dr.h.c. UIGV, Lima, en prensa 2017, VI.7; Cap. 20 en Luzón (dir.)/Rosó (coord.), Manual Prácticas, DP, PG, 2017, Lecc. 20, en prensa; tb. RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 115 ss., 120 ss.; REDUR 11, 2013, 112, 109 ss., combinando mi criterio con el del dominio sobre el fundamento del resultado, el del compromiso de una barrera de contención y el de la desestabilización de un peligro; igualmente MEINI, ADP (Perú) 2003, 436 s. sigue mi criterio del aumento del riesgo por la omisión igual que en la comisión activa (citándome en n. 49 y 50, en ésta tb. con Díaz), pero combinándolo con el de la desestabilización de Gimbernat (433 ss.) y el de Silva (436 s., n. 48 y 50) y a continuación tb. (437 ss.) con el de Schünemann. Se declara próximo a mi posición o la de Silva GRACIA, en Modernas tendencias (congreso UNED), 2001, 413 n. 9, 425 ss.; igual PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 484, pero en 485 acaba acogiendo el criterio de Silva. El propio SILVA SÁNCHEZ admite la proximidad de su criterio al mío, en Cobo (dir.), Coment CP I, 1999, 456: el compromiso y su vulneración “implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo”, reconociendo en 456 s. n. 33 que ello está muy próximo a mi planteamiento, con cita de un pasaje mío –LUZÓN, EPen, 1991, 239 s.– donde expongo que esa omisión de su función normal o específica desencadena o descontrola un peligro que social y normativamente se consideraba prácticamente controlado o incluso conjurado); y en CPC 1989, 377 n. 42 llega incluso a coincidir totalmente con mi criterio al afirmar que el supuesto de quien incumple un compromiso material así “puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”: v. más detalles *infra* en n. 216.

CARBONELL, CPC 2014, 16, critica (igual que otros muchos antes) el criterio de la creación o incremento del riesgo por la omisión impropia: si no hay causalidad, tampoco la omisión incrementa nada, pero en 15 n. 34 atribuye este criterio a Rguez. Mesa y Paredes, sin mencionar que ambos autores siguen mi posición y lo reconocen expresamente.

Aparentemente coincidente con mi criterio LANDECHO/MOLINA, PG, 9.ª, 2015, 294, al afirmar que en la comisión por omisión para la equivalencia “el primer requisito de la imputación objetiva –que la conducta cree un riesgo jurídico-penalmente relevante– concurrirá en aquellos supuestos en que la acción omitida haya incrementado el riesgo de que se produzca el resultado típico”; pero realmente aluden a algo bien distinto: a que la acción debida (protectora) y no realizada habría evitado o al menos disminuido ese riesgo, ya que a continuación aclaran. “Cuando la hipotética intervención del autor no suponga siquiera ex ante la disminución del riesgo faltará este requisito”. De modo similar sólo aparentemente coincide con mi criterio la formulación de PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 480, estableciendo para la imputación objetiva además de la causalidad hipotética los criterios de imputación objetiva de los delitos de comisión, por lo que “la omisión relevante para la imputación del resultado sería aquella que supone dejar de controlar o disminuir un riesgo preexistente para el bien jurídico”, por lo que se imputa el resultado que “es la realización del riesgo no controlado ni disminuido por la omisión de la acción esperada, que debía y podía haber evitado”; igual la formulación de STRATENWERTH/KUHLEN, PG, 6.ª 2011, § 13/54: de modo correspondiente al principio del aumento del riesgo para la imputación objetiva del resultado en el delito de comisión, “en el delito de omisión ha de bastar que de todos modos la acción requerida hubiera *disminuido* el peligro de su producción”, ya que en § 13/51 sostienen que en los delitos puros de resultado la conducta típica en caso de omisión se desprende en principio de una pura inversión de las exigencias que rigen para el delito comisivo.

jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola con ‘su omisión’ el peligro que hasta entonces estaba conjurado o sea inexistente, es decir, lo crea, o, si ya existía un peligro, pero controlado *la propia omisión*, al descontrolarlo, *aumenta el peligro de modo determinante de la lesión*, pero en los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión”.

b) Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión; y excepciones

Esta posición propia ha sido desarrollada con todo detalle en mi PG, 3.^a 2016 (31/103 ss.), como veremos más adelante tras exponer las demás posiciones restrictivas del criterio de la equivalencia, y se fundamentará por qué, siempre desde la perspectiva normativa del juicio de creación o aumento del peligro por la omisión al darse por descontado o seguro que el peligro estaba controlado, en los garantes de control ese juicio ha de ser de seguridad de un control actual del riesgo o peligro y en los garantes de protección ha de haber o total vulnerabilidad del bien jurídico o un blindaje seguro del mismo: v. *infra* IV.C, V. También se examinará su aplicación a la participación por omisión (*infra* V.5) y la posible excepción de algunos supuestos de imprudencia que pueden operar como delitos de infracción de deber (*infra* V.6).

3. La retirada del compromiso o barrera de contención del peligro: SILVA

SILVA SÁNCHEZ desde 1986 ha sostenido que para que haya omisión impropia equivalente a la comisión activa, incluso –dice– estructuralmente idéntica, no basta la posición de garante, sino que éste con su compromiso específico, expreso o concluyente, de actuación haya establecido una barrera de contención del peligro y al vulnerarlo con su omisión retira la barrera de contención¹⁸⁵, concepto que cuenta con

¹⁸⁵ Así apunta el criterio, con esta formulación más plástica y comprensible, en primer lugar, SILVA, El delito de omisión, 1986, 368 ss., espec. 370 ss.; y lo desarrolla posteriormente en otros trabajos: comenzando por La responsabilidad penal del médico por omisión, LL 1987-1, 955 ss., 960 ss. = en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y DP, Barcelona, 1988, 125 ss., 130 ss.; Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros, ADPCP 1987, 451 ss.; Problemas del tipo de omisión del deber de socorro, ADPCP 1988, (561 ss.), 573, y especialmente en Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPC 1989, 369 ss.; y posteriormente en Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?, RJCat 1992, 441

algún antecedente en la doctrina alemana antigua (KÖHLER)¹⁸⁶. Y posteriormente lo formula así: el compromiso más su vulneración implica normativamente un control del riesgo, un dominio idéntico a la creación del riesgo en comisión activa¹⁸⁷.

Este criterio es aún más restrictivo que los de SCHÜNEMANN y llega en buena medida a la misma restricción para la equivalencia que la exigencia de creación o aumento de peligro o riesgo desde una perspectiva normativa social y jurídica; pero no totalmente, porque el compromiso en algunos supuestos aún no supone que se considere controlado el peligro; y en sentido inverso, deja fuera indebidamente supuestos de control del peligro por situación institucional sin compromiso. V. *infra* IV.C.2 b.

Cierta proximidad con el criterio de la barrera de contención y del consiguiente control del riesgo tiene la interpretación teleológico-restrictiva de las posiciones de garante del art. 11 propuesta por CERZO, que exige que haya una asunción fáctica de la función de protección de bienes jurídicos o de control de la fuente de peligro¹⁸⁸. Pero difiere en que por una parte no se conforma con el compromiso, y además admite otros supuestos de desempeño fáctico sin previo compromiso (a no ser que se entienda que la asunción fáctica ya representa un compromiso); y por otro lado en que CERZO se conforma con que el garante haya asumido su función de protección, mencionando p. ej. a un socorrista, pero ello aún no supone (el que el socorrista de

ss. (439 ss.); Política criminal y reforma legislativa en la “comisión por omisión” (El art. 10 del Proyecto de CP de 1992), LH-del Rosal, 1993, 1069 ss.; Comisión y omisión. Criterios de distinción, CDJ 1994-XXIII, 13 ss.; El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997, 62 ss. (51 ss.); La comisión por omisión, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, 1997, 37 ss.; Art. 11, en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 462 ss.; Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 CP, en Problemas específicos de la aplicación del CP (Manuales de Formación Continuada 4), CGPJ, 1999, 153 ss.; Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS-Roxin, 2001, 641 ss.; Estudios sobre los delitos de omisión, Lima, 2004. Le sigue FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 248. Mostrando simpatía por la posición de SILVA, NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 151, aunque en 152 compartiendo tb. criterios con SCHÜNEMANN y con la posición menos exigente de CERZO.

¹⁸⁶ Así lo señala DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 102 s., al exponer que KÖHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 45 ss., sostiene la comisión por omisión cuando el sujeto especialmente obligado causa socialmente un resultado al extraer o retirar del engranaje social una pieza, posición o puesto o “barrera de protección” o barrera de riesgos, y en 103, n. 252 destaca la similitud con la fórmula de SILVA de la retirada de una barrera de contención, quien no señala ese antecedente.

¹⁸⁷ Así esta segunda formulación en SILVA, en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 455-457, donde, al compromiso específico como barrera de contención de riesgos (455), le añade la formulación (456) de que el compromiso y su vulneración “implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo” (reconociendo en 456 s. n. 33 que ello está muy próximo a mi planteamiento, con cita de un pasaje mío –LUZÓN, EPen, 1991, 239 s.– donde expongo que esa omisión de su función normal o específica desencadena o descontrola un peligro que social y normativamente se consideraba prácticamente controlado o incluso conjurado) y (457) la formulación de que el compromiso infringido genera en el sujeto activo “un dominio normativamente idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara activamente dicho peligro”, reconociendo en 457 n. 34 que se trata de la idea de dominio de SCHÜNEMANN.

¹⁸⁸ Así CERZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986. Le siguen NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 150-152, pero combinándolo con el criterio de SILVA (y en parte tb. de SCHÜNEMANN).

la playa esté en su puesto de vigilante) que haya una efectiva y segura barrera de contención, como sí está requiriendo SILVA.

4. Otros criterios restrictivos

a) *Criterio doble acumulativo: creación o aumento anterior de un peligro atribuible a su autor y actual dependencia del bien jurídico del control personal del causante del peligro*

MIR PUIG mantiene que la equivalencia con la comisión activa requiere creación o aumento anterior de un peligro en condiciones que lo hacen atribuible a su autor y actual dependencia personal del bien jurídico y control personal de su situación por el causante del peligro¹⁸⁹. MIR sostiene que su doble requisito es aún más restrictivo que los anteriores criterios¹⁹⁰. Pero a mi juicio no fundamenta suficientemente el porqué de esa doble exigencia y por qué con ella hay equivalencia con la causación activa, y tampoco desarrolla y explicita detenidamente la aplicación de ambos requisitos en los casos que examina.

b) *Criterio alternativo: desestabilización del peligro con superación del riesgo permitido o no reducción de un riesgo excesivo al permitido*

GIMBERNAT¹⁹¹ ha formulado un doble criterio alternativo para admitir la omisión impropia: la desestabilización de un foco de peligro permitiendo que supere el riesgo permitido, o la no reconducción al riesgo permitido de un peligro que ya lo había superado (respecto del garante de vigilancia o control). En principio esta construcción pretende ser restrictiva respecto de la doc. dom. para fundamentar la equivalencia. Pero hay que señalar que, aparte de una considerable *imprecisión* del primer criterio, ya que en la mayoría de sus formulaciones no se explica qué es desestabilizar un foco de peligro existente de modo que supere el riesgo permitido, la *potencialidad restrictiva de ese primer criterio queda prácticamente anulada al admitir como posible el segundo*

¹⁸⁹ MIR, Adiciones a Jescheck, PG, 1981, 874 ss.; PG, 10.^a, 2015/16, 12/38 s. Sin embargo, en los diversos supuestos que examina en 44 ss., no en todos queda claro que concurra la exigencia inicial de anterior creación o aumento de un peligro atribuible al autor.

¹⁹⁰ O sea, el de SILVA y el mío: así MIR, PG, 9.^a, 2011, 326 n. 34.

¹⁹¹ Así en ADPCP 1997, 5 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.), Coment I, 1999, 409 ss., 428 ss.; RDPCr 4 1999, 525 ss., 536 ss.; ADPCP 2000, 29 ss., 72; ADPCP 2001, 5 ss., 12 ss. Le sigue MEINI, ADP (Perú) 2003, 433 ss., pero combinándolo (436 s.) con mi criterio del aumento del riesgo por la omisión igual que en la comisión activa (citando a LUZÓN PEÑA en n. 49 y 50) y el de SILVA (n. 48 y 50) y a continuación tb. (537 ss.) con el de SCHÜNEMANN. Diversas críticas le formula ROXIN, AT II, , 2003 [PG II, 2014], § 32/27 ss.

criterio alternativo, que califica como comisión por omisión si un garante no reconduce un peligro desestabilizado y excesivo al nivel de riesgo permitido: pues esto último es casi coincidente con la simple no intervención auxiliadora de un garante, o sea, con no emprender una actividad protectora que ante un peligro ya en marcha y descontrolado muy posiblemente habría evitado el resultado por parte de un garante obligado a vigilar peligros concretos o a proteger bienes jurídicos.

1) Primer criterio alternativo: la desestabilización de un foco de peligro provocando la superación del riesgo permitido

1 a) Ese primer criterio es impreciso y desde luego menos definido y adecuado que el del aumento por descontrol de un peligro (fáctica o al menos sacionormativamente) controlado.

En efecto, en la mayoría de sus formulaciones no se explica qué es desestabilizar un foco de peligro¹⁹² existente de modo que supere el riesgo permitido¹⁹³. Por eso, para intentar averiguar y precisar el alcance del criterio, hay que explicar el significado de “desestabilizar”. Desestabilizar significa producir falta de estabilidad en un peligro o riesgo existente, y estable es lo que se mantiene sin variar durante mucho tiempo, y a ese respecto caben dos posibilidades: La primera es entender que un peligro estable puede ser el que por sí mismo no varía, sin necesidad de control externo, siendo un peligro bajo, o incluso un peligro más elevado, pero que por sí solo no varía (así p. ej. se habla de un enfermo grave pero que se mantiene estable); y entonces desestabilización sería provocar la variación en el sentido de oscilación o aumento de ese peligro que por sí solo era estable, aunque queda sin explicar si esa variación la produce una conducta activa o también la puede producir una omisión. Pero, dado que se está hablando de desestabilizar focos de peligro haciendo que superen el riesgo permitido, también se

¹⁹² Realmente el término foco de peligro no es más que un sinónimo del término tradicional fuente de peligro, pues ambos no son otra cosa que imágenes plásticas para designar el origen creador del peligro: fuente evoca el manantial de donde brota o mana el agua y foco (del lat. *focus*: fogón, hogar) alude al núcleo donde se concentra la fuerza origen del fuego, calor luz u otro efecto. Tal expresión, en alemán *Gefahrenherd*: foco de peligro, es usada ya por otros autores (en vez de o además de la tradicional *Gefahrenquelle*: fuente de peligro), p. ej. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 283 = *Fundamento y límites*, 2009, 331; ZStW 96 1984, 294; RUDOLPHI, SK, 6.^a 1994/7.^a 1999, antes del § 13/16 a (usando un ejemplo con un término sinónimo: “un foco de enfermedad amenazante”); SILVA, en Cobo (dir.) *Coment CP I*, 1999, 473. Posteriormente tb. la usan (invocando sobre todo a Schünemann) p.ej. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/17, 107, 151 (ap. V), y en 8, 19, 23, citando a Schünemann; DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, 761 ss. 788 ss., *passim*; siguiendo a Gimbernat MEINI, ADP (Perú) 2003, 433 ss.

¹⁹³ No lo hace en los trabajos cit. en n. 191. Sólo traza paralelismos con ejemplos de lo que llama desestabilizar focos de peligro mediante actividad, pero no define ni delimita el concepto.

puede entender que ello coincide en gran medida –siempre de se trate de un foco o fuente de peligro natural, no de origen en una actuación humana delictiva dolosa o imprudente– con el criterio del aumento de un riesgo controlado y de ese modo mantenido por debajo del riesgo permitido, aumento (que eso es lo que significaría desestabilización) producido por la propia omisión al descontrolarlo. Ciertamente esta cuestión queda sin desarrollar y concretar en la gran mayoría de los trabajos de este autor¹⁹⁴; aunque en algún pasaje de algún otro trabajo deja más claro que esto significa que el obligado a vigilar un foco de peligro preexistente no adopta medidas de precaución que habrían mantenido el foco de peligro dentro del riesgo permitido¹⁹⁵.

1 b) En todo caso, este primer criterio de la desestabilización no coincide con el criterio del aumento del peligro o riesgo controlado por descontrol de la propia omisión, porque, como vemos, para nada presupone ni requiere que el peligro o bien fácticamente estuviera controlado o bien socio-normativamente se diera por seguro que estaba controlado por el garante. Y además no es compatible, si el criterio de la desestabilización de un foco de peligro se quiere aplicar también a focos de peligro humanos que aún no superan el riesgo permitido: p. ej. a la vigilancia o no vigilancia de actos que implican un riesgo aún remoto de potenciales futuras actuaciones imprudentes (no controlar que siga bebiendo alcohol una persona que es posible que quiera conducir a continuación, o no evitar quitándole las llaves de contacto que se ponga al volante en esas condiciones) o incluso a la no vigilancia o control de un riesgo lejano de alguna futura actuación dolosa del sujeto (subordinado o persona a vigilar) cuyo comportamiento da indicios de poder emprender un delito doloso, p.ej. si (dolosa o imprudentemente) no adoptan medidas de control el padre o tutor de un menor o sujeto sometido a tutela al notar que éste da síntomas de ponerse agresivo ante cierta situación o el encargado de medidas de vigilancia y control de personal de una empresa que maneja fondos importantes pese a percibir que un empleado está llevando en los últimos tiempos un ritmo muy alto de gastos personales, que podría moverle a realizar defraudaciones en la empresa. Si en estos supuestos se aplica esta teoría para afirmar que el garante ha desestabilizado el peligro de modo que pase de permitido a no permitido y afirmar por ende responsabilidad en comisión por omisión del delito

¹⁹⁴ Cits. en n. 191.

¹⁹⁵ Así GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 546 s.; ZStW 111 1999, 316 ss.; ADPCP 2001, 12.

realizado por el tercero, ello es incorrecto porque no tiene en cuenta que un peligro de origen humano funciona de modo muy diferente a un peligro de origen natural debido a que el de origen humano depende de si la persona toma o no la decisión de actuar; y ello tiene al menos dos consecuencias que hacen la situación distinta del peligro de un origen (fuente, foco) natural:

En primer lugar, prescindiendo ahora de que la sola omisión de medidas de vigilancia o control por el garante aún no supone equivalencia con la comisión activa, ante un peligro remoto de origen humano, como es posible o muy posible que el sujeto a quien habría de supervisar y controlar no tome la decisión de actuar imprudentemente o incluso dolosamente, puede ser más frecuente, a no ser que los indicios en contrario sean muy vehementes, que la conducta pasiva del garante pueda invocar el principio de confianza (en que finalmente el tercero no actuará delictivamente) y por ello estar cubierta por riesgo permitido, lo que en cambio sucederá más difícilmente ante un peligro de origen natural que aún se mueva en los límites de lo no preocupante, tolerable o permitido, pero que, al percibirse que comienza a aumentar, como la fuerza natural opera automáticamente, es más probable que continúe su marcha para convertirse en un peligro relevante y no tolerable, lo que ya excluirá *ex ante* el riesgo permitido en el garante omitente (otra cosa es si su conducta es ya de omisión impropia o sólo omisión propia). En segundo lugar, en los casos en que sean más vehementes los motivos para desconfiar de la actitud del tercero y por ello no entren en juego el principio de confianza y el riesgo permitido, sino que el omitente garante actúe con imprudencia o incluso dolo, suponiendo que se den circunstancias que permitan la equivalencia, es decir, poder afirmar normativamente que su omisión crea o incrementa peligro, no será nunca peligro de autoría, esto es, de realizar –producir– el omitente el delito de resultado (como sí sucederá si el peligro es de origen natural, donde el curso natural del hecho no le quita el dominio del hecho a esa omisión creadora del peligro decisivo), sino peligro de que el sujeto no vigilado o controlado cometa el delito, o sea peligro de participación (cooperación) en la autoría de un delito ajeno imprudente o doloso, ya que será siempre éste el único que determine objetiva y positivamente el hecho con su imprudencia (poniéndose finalmente al volante muy bebido en el ej. anterior) o que domine el hecho con su actuación dolosa (decidiéndose finalmente a realizar fraudes en la empresa en el ej. citado). Por ello, si fuera imprudente la participación –cooperación–

por omisión del garante que no controla el delito, imprudente o doloso, del tercero, tal cooperación omisiva sería impune conforme al criterio, que comparto, de considerar atípica la mera participación imprudente¹⁹⁶; si fuera dolosa la cooperación omisiva del garante que no controla el delito ajeno, tal conducta sí sería ciertamente punible, pero sólo como participación, por tanto con las limitaciones de la accesoriedad y con rebaja de pena frente a la autoría si la cooperación se considerara no necesaria.

1 c) Aparte de ello, esta construcción exige que supere el riesgo permitido, mientras que en cambio para el criterio aquí defendido es suficiente que con ese aumento se produzca un riesgo mínimamente relevante a efectos jurídicos o típicos; si no superara el nivel de riesgo permitido, esa comisión por omisión en principio típica (tipo positivo) estaría, según los casos, justificada por riesgo permitido o sería ya atípica por estar amparada por adecuación social.

1 d) Por otra parte, este primer criterio alternativo **no puede caracterizar ni encaja en** los casos de comisión por omisión perfectamente fundamentables en que **socio-normativamente** se puede afirmar que es **la omisión misma del garante la que crea ex novo un peligro o riesgo hasta entonces prácticamente inexistente**: p. ej. riesgo de lesiones o muerte por inanición creado por la madre que no alimenta al bebé, igual que en la figura paralela (sin deber de garante) de crearse a sí mismo el sujeto ese riesgo de lesiones o muerte por dejar prolongadamente de ingerir alimentos. Él si los trata¹⁹⁷, pero evidentemente no hay ningún foco de peligro estable que se pueda decir que la omisión de alimentar desestabilice. Siendo así, el criterio de la desestabilización de un foco de peligro haciéndolo superar el riesgo permitido no está en condiciones de explicar adecuadamente las características de estos supuestos.

2) Segundo criterio alternativo: la no reducción de un riesgo excesivo al permitido

¹⁹⁶ V. sobre mi posición LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”, ADPCP 1989, 889 ss.; tb. en Luzón Peña, EPen, 1991, 197 ss.; DP, PG, 3.ª 2016, 18/43-52; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA n.º extraord. 2000, 53 ss.; tb. en DPCoRI 2 2003, 89 ss.; Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, FS-Roxin, 2001, 575 ss. Una amplísima información sobre las posiciones sobre la autoría y la participación imprudentes proporciona ROSO CAÑADILLAS, en su fundamental libro Autoría y participación imprudente, 2002, *passim* (donde comparto mis criterios); tb. en La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito, PJ 46 1997, 273 ss., 281; Los criterios de autoría en el delito imprudente, TSJAP 21 2002, 11 ss.

¹⁹⁷ RDPCr 4 1999, 550 s.; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 435 s.

Sin embargo y en todo caso, **la segunda posibilidad alternativa** que admite esta construcción como criterio de equivalencia, a saber, que el garante de vigilancia o control de un foco de peligro preexistente, en caso de que éste hubiera superado ya el riesgo permitido o tolerado, no adopte medidas de precaución “que lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho”¹⁹⁸, **anula prácticamente el alcance de la restricción del primer criterio alternativo.**

Pues no reducir o reconducir un riesgo excesivo y no permitido ya existente al nivel permitido, riesgo de origen no humano: procedente de objetos, productos, instalaciones o fuerzas naturales, o de origen humano por actuaciones dolosas o imprudentes, eso mismo lo puede hacer igualmente un omitente no garante si no cumple un deber general de actuación salvadora ante peligros graves y no realiza la acción de contrarrestar o frenar el peligro exigida, pero obviamente responde sin embargo sólo por una omisión propia p.ej. del art. 195 o 450 CP. Ciertamente que el criterio alternativo de la no reconducción o reducción del peligro excesivo no se aplica a terceros no garantes, sino al garante con deber de vigilancia o control; pero **entonces es únicamente esa posición o deber de garante la que fundamentará la comisión por omisión** en vez de una omisión propia, y en ese caso **falta totalmente un criterio normativo material, adicional a esa posición de garante de vigilancia o control, que permita fundamentar la equivalencia** de su omisión con la causación activa del resultado.

A mi juicio, esta segunda alternativa realmente pretende hacer responder a los garantes de vigilancia y control por un delito de infracción de deber como responsables de comisión por omisión de un delito de resultado, y como tal delito de infracción de deber se conforma con el incumplimiento de cualquier manera, también por omisión, del deber especial de garante. Pero ilimitadamente: no sólo en delitos imprudentes¹⁹⁹, donde, como ya vimos (*supra* II.7 b 3), es plausible que la infracción de un deber especial, como pueden ser los de supervisión y control encomendados a determinados cargos o posiciones pueda, al menos en ciertos casos, fundamentar autoría de omisión impropia, sino también en delitos dolosos, lo que desde luego con carácter general no

¹⁹⁸ GIMBERNAT, ADPCP 2001, 12; similar RDPCr 4 1999, 546 s., ADPCP 2000, 72.

¹⁹⁹ GIMBERNAT, en RDPCr 4 1999, 546 s., limita su 2º criterio sólo a delitos imprudentes, pero en los siguientes trabajos (ADPCP 2000, 72; ADPCP 2001, 12) ya lo amplía tb. a los delitos dolosos porque no indica ninguna restricción de su ámbito.

parece admisible (si no hay una tipificación legal expresa de un delito doloso como delito puro de infracción de deber)²⁰⁰.

3) *¿Aplicabilidad de ambos criterios a los deberes de garante de protección de bienes jurídicos?*

¿Amplía GIMBERNAT o es ampliable la aplicación de sus dos criterios a deberes de garante no de vigilancia y control, sino de protección de bienes jurídicos? Aunque estos criterios son aplicados constantemente a supuestos de garantes de vigilancia o control de peligros y él reconoce expresamente que su criterio es limitar el campo de aplicación de los delitos de omisión impropia a los casos de vigilancia de una fuente de peligro preexistente²⁰¹, no quedan totalmente excluidos los garantes de protección, pues este autor amplía en un supuesto la aplicación de sus dos criterios a deberes de garante de protección de bienes jurídicos, pero de modo excepcional y muy peculiar, afirmando²⁰² que se puede aplicar a aquellos garantes de protección en los que los sujetos que hay que proteger por su menor edad, incapacidad, mayor edad etc. se han convertido, dice, en “un foco de peligro para ellos mismos o para los demás”²⁰³ –en algún momento los llama incluso “focos de peligro andantes”²⁰⁴ (!)–, y entonces el garante realmente está encargado de controlar mediante medidas de cuidado adecuadas ese foco de peligro. Sin

²⁰⁰ En cuanto a los delitos imprudentes GIMBERNAT Art. 11, en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 423 ss., 433 ss., 437 ss.= RDPCr 4 1999, 539 ss., 545 s., 552 s., sostiene que, igual que en el delito comisivo imprudente se imputa con base en la seguridad, no del resultado, sino de que el autor aumentó el riesgo del haz de peligros que con seguridad causó el resultado, sostiene para la comisión por omisión imprudente que no hay que preguntar si la acción omitida habría evitado el resultado con seguridad, sino si la omisión de una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si a su vez ese foco de peligro ya prohibido ha causado con seguridad el resultado; y pone como ej. (en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 430 s.; RDPCr 4 1999, 545 s.) que el médico por negligencia no diagnostica la peritonitis, lo que de haber ocurrido habría dado lugar a una medida terapéutica que habría disminuido el haz de peligros: muerte por peritonitis. No obstante, frente a esta postura, **que viene a coincidir en su conclusión con la teoría de la disminución del riesgo**, aplicando a la omisión invertido el planteamiento del incremento del riesgo, aquí hay que insistir en los argumentos que ya hemos visto al tratar en general la imputación objetiva del resultado (*supra* II.3 c y d) en el sentido de que, si no hay práctica seguridad (certeza o probabilidad rayana en la misma) de que la conducta debida habría evitado el resultado, no se puede imputar el resultado a una acción imprudente y por tanto no hay responsabilidad por delito imprudente consumado de resultado lesivo, dado que no estamos en la estructura de un delito de peligro, lo que implica la no responsabilidad penal al no haber tentativa en el delito imprudente; sólo no habrá impunidad en tales casos si se producen en un sector de actividad humana en que la ley ha creado delitos de peligro.

²⁰¹ GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 552; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 437.

²⁰² GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 550 s.

²⁰³ RDPCr 4 1999, 550; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 435.

²⁰⁴ RDPCr 4 1999, 549; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 433.

embargo, con independencia de la forma buscadamente efectista de tales calificativos, en cuanto al fondo yerran en su objetivo, en su calificación: es equivocado querer caracterizar también y siempre esos casos como supuestos de garante controlador de una fuente de peligro para que encajen con su previa idea de que sólo en ese caso y no en el garante con función de protección puede haber omisión impropia, ya que, aunque en algunos contados casos los niños pequeños o los ancianos con senilidad pueden, por su falta de discernimiento, ser peligrosos, poniendo en peligro inconscientemente a los demás o a sí mismos, en la mayoría de los supuestos no es así, sino al revés, son seres totalmente desvalidos o desprotegidos frente a peligros externos, y esa es en todo caso la característica común a la situación de niños pequeños o muy pequeños, enfermos graves, inválidos o minusválidos profundos o ancianos seniles, y es por tanto incorrecto querer transformar su peculiar característica común, su total vulnerabilidad ante los peligros y dependencia de la protección ajena, en peligrosidad suya, en ser fuente de peligro. Así es erróneo decir que un anciano o un enfermo semi inválido al cuidado de su pariente, o un enfermo hospitalizado muy grave al cuidado de personal médico sanitario, es un foco de peligro para sí mismo, pues la fuente de peligro es la enfermedad, el ataque a su salud que de pronto se presenta; tampoco es exacto decir –ni desde luego es lo que socialmente se dice o afirma– que se pone en peligro a sí mismo por no alimentarse un bebé o un inválido o enfermo grave incapaz de alimentarse a sí mismo si prolongadamente no reciben alimentación, ya que el peligro para su salud o incluso su vida lo genera la prolongada desnutrición, que por su total desvalimiento e incapacidad nadie les achaca a ellos, sino a no recibir la alimentación de otros que necesitan por decisión voluntaria o descuido de los cuidadores o por accidente o fuerza mayor. Lo que en todos esos supuestos existe es una total vulnerabilidad y desvalimiento del sujeto pasivo y como veremos (*infra* V.3 h.2 a’) ella justifica que se pueda afirmar normativamente que la omisión del garante protector crea o aumenta el peligro. Y en segundo lugar, puede haber otros casos que no sean así (de total vulnerabilidad de la víctima) y ni por aproximación se pueda decir que la víctima es foco de peligro para sí mismo, p.ej. quien confía su protección o de su familia, personas y bienes a un o unos guardaespaldas armados y estos dolosamente no los defienden frente a delincuentes que atacan, o a un piloto de avioneta o helicóptero que los pueda sacar de allí en caso de erupción volcánica o catástrofe natural, y cuando surge, el piloto se da a la fuga y los deja abandonados ..., pero en los que socio-normativamente, por

excluir a terceros etc., se dé por seguro y descontado que el sujeto pasivo está protegido, seguro, blindado por el garante frente a eventuales peligros. Y como veremos *infra* V.3 h.2 a'-b'), esos también son casos de comisión por omisión porque la omisión de tal garante protector sí equivale a la comisión activa, sin que para nada la víctima sea fuente de peligro para sí misma. En conclusión, frente a lo que mantiene esta posición puede haber comisión por omisión no sólo en ciertos supuestos de garante de control y supervisión de un peligro, sino también en otros de garante de protección.

C. Recapitulación. Justificación del baremo de la creación o aumento del riesgo desde la perspectiva socio-normativa. Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivo.

1. Justificación como baremo para la equivalencia del criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión misma

La utilización como baremo para la equivalencia del criterio aquí defendido de que la misma omisión normativamente (socialmente o incluso jurídicamente) suponga la creación de un peligro o riesgo típicamente relevante o el descontrol de un riesgo o peligro existente pero controlado y el consiguiente aumento de dicho riesgo, que pasa a ser típicamente relevante, se justifica precisamente porque **ese es el mismo criterio que permite la imputación objetiva** –esto es, la relevancia típica– **de la conducta en el delito resultativo de comisión activa**, en el que no basta la simple relación causal con el resultado (o aportación causal al mismo), sino que la imputación objetiva de la propia acción **requiere la adecuación de la conducta** (idoneidad, normal previsibilidad objetiva de su potencialidad para causar el resultado en un juicio normativo) **y por tanto la creación por la misma de un peligro o riesgo relevante o al menos el aumento del mismo**, la creación de mayor peligro. Y como se ve, en el delito de comisión activa también es normativo y no puramente fáctico el criterio de imputación objetiva.

Por otra parte, para la imputación objetiva basta con la creación o aumento del riesgo o peligro y eso en la omisión impropia lo produce el descontrolamiento por ésta de un peligro que se daba por hecho que estaba bajo control del garante, como a continuación veremos en detalle. Y aún no hace falta decidir si en la conducta del garante hay “dominio”, como sostiene SCHÜNEMANN, porque el dominio es el criterio necesario para la autoría dolosa, no para la imputación objetiva: v. *supra* II.7, *infra* V.4 y 5.

2. Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivos

Las coincidencias y diferencias de mi criterio con los otros vamos a centrarlas ahora en los dos criterios restrictivos más importantes: el de SCHÜNEMANN y el de SILVA (en sus respectivos aps. ya he valorado críticamente los otros).

a) Comparación con el criterio de SCHÜNEMANN del dominio sobre el fundamento u origen del resultado

Coincidencias y diferencias del criterio(s) de SCHÜNEMANN con el criterio aquí mantenido. El criterio rector de SCHÜNEMANN del dominio sobre el fundamento u origen del resultado guarda un cierto paralelismo con el aquí propuesto del descontrol y control del peligro como concreción de la creación o aumento del mismo (y, por otra parte, aplicado estrictamente conduce a resultados relativamente próximos). Pero, como acabamos de ver, para la imputación objetiva basta con la creación o aumento del riesgo o peligro y eso en la omisión impropia lo produce el descontrolamiento por ésta de un peligro que se daba por hecho que estaba bajo control del garante; y aún no hace falta decidir si en la conducta del garante hay “dominio”, como sostiene SCHÜNEMANN. Ello será un requisito, no de la equivalencia con la comisión activa, sino de la autoría de un delito de resultado en caso de dolo, mientras que en caso de imprudencia bastará la determinación objetiva del hecho para la autoría imprudente, y en caso de simple participación (dolosa) por omisión bastará que la conducta omisiva cree o aumente un riesgo, no de realizar el hecho dominándolo o determinándolo, sino de favorecer o facilitar que otro realice el hecho. Por estas razones es más exacto hablar de control y descontrol del peligro como concreción de la creación o aumento del peligro o riesgo, y no de dominio.

Ahora bien, dejando aparte la diferencia de fundamentación, hay que preguntarse si el criterio de SCHÜNEMANN es menos o igual de restrictivo que el aquí defendido. Y aunque la fórmula del dominio sobre el fundamento, origen o razón del resultado, si se siguieran estrictamente sus requisitos de desarrollo en los diversos supuestos, podría producir prácticamente los mismos resultados restrictivos de la responsabilidad que el criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión, sin embargo, en ocasiones SCHÜNEMANN no aplica en casos concretos de modo totalmente estricto sus propios requisitos:

Así en casos de dominio sobre cosas peligrosas, pese a que en general dice que ha de ser dominio real y no sólo potencial, a veces afirma la existencia de ese dominio en el tráfico, aunque no se pueda dar por hecho o por seguro que lo ejerza o va a ejercer realmente, p.ej. el dominio del titular de una casa sobre el tejado en mal estado²⁰⁵. O en los garantes de protección, pese a requerir repetidamente un especial desvalimiento o fragilidad o vulnerabilidad de la víctima, luego se conforma con el desvalimiento o vulnerabilidad parcial²⁰⁶: p. ej. en los presos, el paciente o enfermo grave pero no totalmente desvalido que acude a urgencias, el accidentado que aún puede moverse con dificultad, el niño que no nada muy bien y cuya madre encarga a un nadador que lo vigile²⁰⁷, en cuyos casos no siempre se va a dar normativamente por hecho o por descontado que el garante va a proteger realmente. Y finalmente en los casos de garante de control o vigilancia que incumple ese control sobre actividad delictiva de terceros, él afirma la equivalencia y por ello comisión por omisión como autor si el directivo de una empresa tiene “dominio personal” (sobre subordinados) que cometen delitos; ello se debe a que en su concepción basta un dominio inicial sobre el origen o fundamento del resultado y no exige luego dominio del hecho durante la producción del delito; sin embargo, tal dominio del hecho sólo lo ejercen los sujetos que cometen activamente el delito (de apropiación indebida, fraude, fiscal, medioambiental etc.), a no ser que el directivo o el supervisor tenga también dominio del hecho como autor mediato por órdenes, presión, superioridad etc., pero no siendo así será sólo cooperador de los delitos realizados activamente por otras personas de la empresa.

b) Comparación con el criterio de SILVA de la retirada del compromiso y barrera de contención

Vamos a destacar las coincidencias y diferencias del criterio de SILVA con el criterio mío. ¿Es menos o más restrictivo? SILVA dice que su criterio es más restrictivo que el mío²⁰⁸. Ello no es totalmente exacto, pero en todo caso en algunos extremos no es el más adecuado.

²⁰⁵ SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 284 (Fundamento, 2009, 332.).

²⁰⁶ SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 348 ss. (Fundamento, 2009, 398 ss.).

²⁰⁷ Cfr. respectivamente sobre esos supuestos SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349 (presos), 350 (paciente), 351 (accidentado), 353 s. (niño y nadador). = Fundamento, 2009, 398, 400, 400 s., 402 s.

²⁰⁸ Así SILVA, CPC 1989, 376, n. 39, donde, tras citar mi opinión (en LUZÓN, LL 1986-3, 545 n.25) de que su posición basada en el compromiso de una barrera de contención (El delito de omisión, 1986, 369 ss.) es potencialmente extensiva y menos restrictiva que la mía, sostiene que su criterio “es restrictivo

Por una parte, aun siendo muy restrictiva, más incluso que el criterio de SCHÜNEMANN (puesto que no todos los casos de dominio sobre el fundamento o razón del resultado implican un previo compromiso específico de contención del peligro), la formulación inicial de SILVA (existencia de un compromiso –de protección o control–, aunque no sea expreso, sí concluyente e inequívoco y por eso su incumplimiento es retirar una barrera de contención²⁰⁹) no es lo suficientemente estricta en su requisito para algún grupo de casos; por tanto, en este aspecto es menos restrictiva que la mía. La cuestión es que la sola asunción de un compromiso específico de actuar como barrera de contención, por muy inequívoco y específico que sea el compromiso, no es tan exigente y restrictivo como el presupuesto de mi criterio del aumento o descontrol del riesgo. Ciertamente en los casos en que el garante de hecho esté cumpliendo ya su compromiso de contención y de pronto deja de desempeñar el control del peligro o la protección de los bienes de alguien frente a peligros, ello sí coincide exactamente con la primera posibilidad que admito en mi criterio, la de que fácticamente el peligro estaba controlado o afrontado mediante una protección puesta en práctica. Pero en los demás supuestos en que ello no es así, el mero compromiso asumido de contener el peligro no siempre equivaldrá a una situación en la que normativamente, al menos sacionormativamente, se considere controlado o contenido el peligro (y sin embargo la formulación original de SILVA defiende siempre la equivalencia en ese caso)²¹⁰: como

al máximo” y que en cambio, aunque mi concepción “se halla ... muy próxima” a la suya, mi propuesta de que normativo-socialmente se dé por hecho que el riesgo está controlado, sin apuntar el compromiso individual es la base de tal confianza social, sí podría resultar extensiva. Pero SILVA puede permitirse esa afirmación porque en este trabajo, como expongo a continuación (en el texto, dos párrafos más abajo), en 1989 introduce una restricción que no estaba en su formulación inicial de 1986: que se trate de un compromiso no formal, sino efectivo y material.

²⁰⁹ Citando textualmente los términos que emplea SILVA en la primera formulación de su criterio en El delito de omisión, 1986, 370 s.; tampoco exige más en ADPCP 1988, 573: la identidad estructural y material precisa para la comisión por omisión exige “la existencia de un previo acto de compromiso de contención de riesgos en el sujeto que luego omite hacerlo”.

²¹⁰ Con anterioridad a la formulación de SILVA en 1986, SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 351 (Fundamento, 2009, 400 s.), señala con razón que “no todo compromiso o promesa de auxilio en una situación peligrosa representa ya una asunción de dominio: Así por ejemplo en el conocido caso del senderista (un caminante o senderista encuentra en un lugar solitario a un accidentado, al que abandona haciéndole la promesa de buscar inmediatamente ayuda, cosa que sin embargo después no hace) no se da ningún acto de confianza que fundamente el dominio, en la medida en que falta una *disposición* del sujeto amenazado”; lo que variaría –añade– si el accidentado hubiera podido intentar llegar arrastrándose hasta la aldea más próxima y no lo hiciera por la promesa, pues entonces sí habría un acto de confianza y de disposición suyo que fundamenta una posición de dominio entre el accidentado y quien le promete ayuda, y la asunción por parte de éste modifica la vulnerabilidad de aquél. Y algo más adelante (1971, 351; 2009, 401) añade que “el cumplimiento parcial del deber de samaritano [de socorro] no modifica sustancialmente la situación de peligro, mientras que en cambio la asunción del dominio se caracteriza

hemos visto, en muchas posiciones de garante de protección un garante se compromete voluntariamente a proteger bienes jurídicos de otra persona en caso de un eventual peligro y sin embargo el incumplimiento de su compromiso no se considera que normativamente aumente el peligro si socio-normativamente no se da por seguro, por descontado que ese garante va a establecer automáticamente una contención (la protección) si se presenta un peligro; p. ej. un cónyuge o morador puede prometer incluso expresamente a otro adulto cuando van a convivir en el mismo hogar, que avisará al servicio médico o lo llevará a un centro médico si el otro morador, que estaba sano, sufre de pronto un accidente o enfermedad en la morada, y no obstante la valoración normativa, tanto jurídica como social, no da por descontado, por seguro, que si de repente surge un peligro para la salud o incluso vida de un morador hasta ese momento en plenas facultades, el otro morador vaya a cumplir su promesa –a veces bastante antigua– de protección, máxime si ha habido enfrentamientos o enemistad entre esos moradores, lo que explica la reacción de desentenderse. Y cuando ello sea así, como no estamos ante un peligro o riesgo fáctica ni normativamente contenido o controlado, tampoco normativamente se puede afirmar que la omisión es la que aumenta el peligro por descontrolarlo o dejar de contenerlo, sino que el garante sólo deja que el peligro no contenido ni controlado siga su curso; y ello es una omisión propia de garante, una omisión pura ciertamente agravada por ser de un garante, pero no supone comisión por omisión.

Ciertamente en una reformulación posterior del criterio, precisamente ante mi crítica de que su concepción asentada sobre el compromiso era menos restrictiva que la mía y “potencialmente extensiva”²¹¹, SILVA en 1989 añade otras exigencias a su criterio distintas de la formulación inicial, reformulándolo en esta segunda versión²¹² así: “yo, con tal concepto, ... no me refiero a un compromiso formal, sino efectivo, material e inequívoco”²¹³; y por ello exige “que el sujeto ... haya adoptado el *compromiso*

por una *modificación de la estructura del desamparo*; si se quiere, se puede emplear al respecto el término ‘aumento del peligro’”. Como se ve, para estos casos de asunción la formulación de SCHÜNEMANN acaba coincidiendo prácticamente con la mía.

²¹¹ Manifesté esa opinión y que la posición de SILVA, aún muy similar, podía ser menos restrictiva que la mía en LUZÓN PEÑA, PJ 2, 1986, 83 n. 25 = LL 1986-3, 545 n.25; tb. en LUZÓN, EPen, 1991, 240 n.25.

²¹² Aunque antes SILVA en La responsabilidad del médico por omisión, LL 1987-1, 960 (955 ss.) = en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y DP, Barcelona, 1988, 130 (125 ss.), ya había reclamado para la comisión por omisión en la responsabilidad médica la “asunción efectiva con compromiso específico”.

²¹³ SILVA, CPC 1989, 376, n. 39.

específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados. Tal ‘compromiso material’ se adquiere mediante la *realización de actos inequívocos de contención* del riesgo o riesgos de que se trate. Los referidos actos –en general ‘constantes’, ‘normales’– suscitan tanto en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión incontestable de que tal sector de riesgo se encuentra ‘bajo control’²¹⁴. Esto ya coincide más con mi criterio; hasta el punto de que SILVA llega a añadir, en la línea de SCHÜNEMANN, que “el sujeto que se ha comprometido domina, pues, totalmente el acontecer típico”²¹⁵, e incluso, ya en mi línea, que el supuesto de quien incumple un compromiso material así “puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”²¹⁶. De todos modos no queda muy claro si lo que cuenta es el juicio normativo de control del peligro y creación por ello de riesgo por la omisión o la situación fáctica de tener contenido ese riesgo, pero en lo expuesto como parte central de su posición parece preponderar este aspecto (“la realización de actos inequívocos de contención”), y entonces no se trata ya de un compromiso inequívoco, concreto y real, sino aún más, del efectivo desempeño o ejercicio de actos de la función de contención en virtud del compromiso. En tal caso este criterio será excesivamente restrictivo, ya que, como he expuesto y aún veremos con más detalle (*infra* V.3 a y f), lo que cuenta es que socio-normativamente se dé por seguro, por descontado que el garante va a controlar el peligro, aunque no lo esté haciendo efectivamente.

²¹⁴ CPC 1989, 376, cursivas en el original. En trabajos posteriores ya repite estas formulaciones: así SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, 62: asunción del compromiso material; 63 n. 157: el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos fundamenta un dominio sobre el riesgo; 64: el compromiso infringido, un compromiso específico de contención de riesgos, que genera en el sujeto un dominio normativamente idéntico al del sujeto que crea el peligro; 68: requiere la “asunción fáctica del compromiso de protección”; 69: sólo concurren los presupuestos de la equivalencia “cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados”; idéntico en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 455, 456 n. 33, 457, 462, 464; similar en RJCat 1992, 441 ss., espec. 442 (un compromiso específico y material de protección del recluso frente a agresiones).

²¹⁵ SILVA, CPC 1989, 376 s.

²¹⁶ SILVA, CPC 1989, 377, n. 42, poniendo como ejemplos estructuralmente idénticos el de quien provoca la avenida de un río sobre un pueblo rompiendo una presa y el de quien, habiéndose comprometido en el sentido material expuesto a cerrar las compuertas siempre que se produjera una crecida, no lo hace, dando lugar asimismo a la avenida: “Si el primer supuesto es de creación naturalística del riesgo, el segundo puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”. Ello pese a que reiteradamente SILVA afirma en varios lugares (*El nuevo CP*, 1997, 63 n.157; en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 456 n. 33) que “la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos fundamenta un dominio sobre el riesgo... Prueba de que la omisión no crea el riesgo ... es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo)”; pero a continuación (*El nuevo CP*, 1997, 64; en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 457) matiza sobre la comisión por omisión que “no hay en ella creación *causal* del riesgo, sino ausencia de control del mismo” (cursiva añadida).

Por otra parte, la formulación de SILVA, si se toma estrictamente su literalidad, resulta *ante un grupo de supuestos demasiado restrictiva* para una correcta equivalencia de la comisión por omisión con la activa, porque *deja fuera todos aquellos casos en que el garante lo es*, no por contrato o asunción de funciones que implican un pacto tácito con la sociedad, sino *en virtud de obligaciones legales que se le imponen por su condición no voluntariamente asumidas* (p. ej. de paternidad, de deber profesional ante ciertas situaciones o de función pública legalmente impuesta y no voluntariamente aceptada) y aunque en el caso concreto el obligado tampoco asuma voluntariamente un compromiso específico de contención²¹⁷. Y dentro de estos supuestos de posiciones o deberes de garante claro que puede haber casos en que, con los requisitos señalados, el incumplimiento del deber suponga omisión impropia. ¿O es que acaso, en el caso tradicional más inequívoco de comisión por omisión, el de la madre que deja morir de hambre al hijo recién nacido, sólo habría equivalencia con la comisión activa si la madre había comenzado a asumir ya voluntariamente su función de control alimentando al bebé pero luego la interrumpe y retira su compromiso de contención del peligro, y no habría homicidio (en sentido amplio) en comisión por omisión si la madre desde el principio no asume voluntariamente ese compromiso y rol y niega el alimento al pequeño desde el primer instante?

V. Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión como forma de imputación objetiva del resultado a la omisión. Los casos normales: autoría por dominio o determinación objetiva del hecho

Vamos a ocuparnos como supuestos normales de los casos de **autoría**, y dejamos para un segundo momento los supuestos de participación por omisión. (Lo sustancial de lo que sigue lo he anticipado en mi PG, 3.^a 2016, 31/103 ss. y en mis artículos cit. *supra* en n. *).

²¹⁷ Y efectivamente SILVA, en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 475 s., frente a la posición de que hay deberes legales institucionales, concretamente frente a la posición de JAKOBS de distinguir deberes de garante por la posición institucional y otros derivados de la propia autoorganización, admite equivalencia sólo por haber asumido voluntariamente la función de control de riesgos concretos, lo cual (475) “es una cuestión organizativa, dinámica, que no puede asociarse ni a instituciones ni a vínculos estáticos”; y en 476 concluye respecto de los deberes de origen legal o contractual-formal: “Para quienes sigan las concepciones institucionalistas lo decisivo resultará ser la ostentación del rol, con independencia de la efectiva asunción de funciones. En otras palabras, el fundamento se hallaría, respectivamente en la ley o el contrato (formal) y no en la asunción efectiva de funciones de control, como yo pienso, por reconducción de la comisión por omisión al ejercicio de una competencia de organización”; cfr. tb. 473 s. y 476 n. 85 *in fine*.

1. La creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de imputación objetiva, también en los delitos de comisión activa.

En el delito de **comisión activa** que consista en un tipo de causación o de resultado lo característico del mismo es la creación activa de un riesgo²¹⁸ mediante la actividad del sujeto: esta actuación positiva pone en marcha un curso causal que por primera vez, o bien crea o provoca un riesgo hasta ese momento inexistente de producción del resultado²¹⁹, o bien, si ya existía un cierto riesgo, tal actividad lo incrementa decisivamente, y dicho riesgo se realiza en el resultado: así lo destacan de modo penetrante algunos autores (STRATENWERTH, OTTO, SILVA), señalando como contraposición que en cambio en el delito omisivo (propio) hay un riesgo preexistente que se va a realizar en el resultado y que no es disminuido por una acción del sujeto²²⁰. Eso precisamente es lo que ha puesto de manifiesto la teoría de la **imputación objetiva** al exigir como primer requisito *la creación de un riesgo jurídicamente relevante por parte de la acción* (la *adecuación ex ante* de ésta) y, en segundo lugar, dentro del fin de la norma, la realización de ese riesgo o peligro en el resultado, lo que se comprueba ya *ex post*²²¹. Y de cualquiera de las dos maneras dicha actividad —en caso de consumación

²¹⁸ Así SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 ss., 169, 196, *passim*; pero SILVA hace esta afirmación de todos los casos de comisión, con lo que incluiría también a los delitos de mera actividad, en los que no parece muy adecuado hablar de creación del riesgo (de resultado); similar en 150: la comisión vulnera la prohibición de ingerencia en la esfera jurídica ajena.

²¹⁹ Resultado que normalmente consistirá ya en la lesión del bien jurídico (ej. la muerte, las lesiones físicas, en la estafa el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo), pero que en algunos tipos resultativos puede consistir en un resultado anticipado distinto: ej. lograr la “posesión” en el tráfico de drogas, o en las falsificaciones de moneda o documentales el lograr crear un objeto con un mínimo de apariencia engañosa, lo que sin embargo todavía no supone lesión ni peligro concreto para la fe pública: v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 14/11.

²²⁰ Así STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, nm. 976; 6.ª 2010, § 13 3, ciertamente hablando de (delito de) “acción” en lugar de denominarlo de “comisión”; OTTO, AT, 1.ª 1976, 166; 7.ª 2004, 156; SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 ss., 169, 196. Similar, pero menos preciso, es el planteamiento de SAMSON, FS-Welzel, 1974, 592 s.: es comisión la intervención que empeora la situación de un bien jurídico en situación normal, y omisión la que no lo mejora; coincide SAMELÜCK, Zur Unterscheidung, 1976, 135 ss., 138.

²²¹ Cfr. al respecto sobre la imputación objetiva en el delito de comisión activa LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 15/50 ss., 61ss. Así lo destaca en la comparación delito de actividad/de omisión STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13 3; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2011, § 13 3, señalando que la distinción mencionada, según la cual en el delito de acción el autor ha creado o aumentado el riesgo y en el de omisión no ha disminuido el riesgo, la realiza “sobre la base de los criterios aquí mantenidos de la imputación objetiva”. También SILVA, CPC 1989, 377 n. 42, hace esta distinción entre la creación de riesgo o peligro *ex ante* como criterio de imputación objetiva de la propia conducta fundamental para la equivalencia y realización *ex post* de ese peligro en el resultado como criterio de imputación objetiva del resultado (precisamente defendiéndonos a MIR y a mí de la crítica de HUERTA: v. con más detalle *supra* n. 57); similar RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 116.

y autoría— causa con imputación objetiva el resultado determinando objetiva y positivamente el hecho (dominando el hecho en caso de dolo).

Pues bien, para que un delito omisivo sea de **omisión impropia**, es decir de comisión por omisión, el criterio o exigencia de que la omisión misma cree un riesgo inexistente o antes totalmente controlado o incremente decisivamente (descontrole) un riesgo existente controlado en parte, no es sino **trasladar aquí el criterio general de que el primer requisito de la imputación objetiva** (ya en los delitos de causación activa de resultado) es **que la conducta cree un riesgo jurídicamente relevante (adecuación de la conducta)**²²². Lo mismo ha de regir en la omisión impropia para que haya equivalencia con la realización activa del correspondiente tipo comisivo de resultado. Por tanto para ello —para la imputación objetiva de la conducta, equivaliendo a la conducta típica de la comisión activa— la propia conducta, en este caso la omisión misma en las circunstancias que la rodean ha de crear un peligro o riesgo relevante hasta ese momento inexistente o, lo que será lo más frecuente, ha de aumentar, descontrolándolo, un peligro o riesgo existente pero controlado o bastante controlado y con ello crear un riesgo o peligro mayor y ahora jurídicamente relevante por descontrolado y preocupante²²³. Dicha *creación o aumento de peligro o riesgo sólo en algunos casos por la omisión del garante, no por su conducta anterior*, es posible afirmarla desde una perspectiva normativa, social o jurídica o ambas cosas, aunque naturalmente basada en datos fácticos.

2. Imputación del resultado sin causalidad material, natural, pero con situación jurídicamente equivalente a la causación mediante actividad

Esto significa que la creación o, más frecuentemente, aumento de peligro por la propia omisión desde un punto de vista normativo, social o jurídico, ciertamente no es causación del resultado en sentido material, naturalístico, la cual requiere la modificación del mundo externo en estado pacífico por una energía real, de origen natural o de una actividad humana, pero jurídicamente sí es una *situación exactamente*

²²² En el mismo sentido ROSO, Cap. 20 en *Luzón Peña (dir.) /Roso (coord.)*, Prácticas de DP, PG, Valencia, Tirant, 2017, en prensa (citando mis Lecc PG, 3.^a, 2016, 31/104 s.), quien había llegado por su lado a la misma conclusión.

²²³ También ROSO, La autonomía del delito comisivo omisivo, ForFICP 2017-1, 242 s., coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por su descontrolamiento como criterio normativo de imputación objetiva.

equivalente a la causalidad estricta (algunos la consideran por ello “causa” en sentido jurídico) y por ello permite la imputación jurídica, la imputación objetiva del resultado a esa omisión.

3. La perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa, como justificación de la afirmación de creación o aumento del riesgo por una omisión

a) *Descontrolamiento o desencadenamiento del peligro ante un control fáctico o ante un juicio normativo de seguridad de control por el garante*

Como hemos visto (*supra* IV.B.2 a), n. 177), dado que algunos objetan a mi criterio que ninguna omisión causa ni crea el peligro, porque la omisión es algo negativo: no realizar una acción debida²²⁴, o a la inversa, que en sentido social toda omisión crea o incrementa el peligro o riesgo²²⁵, hay que responder que efectivamente –contra lo que sostienen las posiciones afirmativas de la causalidad– en el plano natural entre la omisión y el resultado lesivo no hay causalidad real pues ésta requiere la intervención de una energía natural o humana que modifique el estado de cosas (v. *supra* II.2 a-c), pero desde la perspectiva normativa, sea socio-normativa o incluso jurídica, sí se puede afirmar que hay supuestos en que la omisión misma es la que crea un peligro prácticamente inexistente o totalmente conjurado, es decir anulado mediante control del propio sujeto, o bien en que, habiendo un cierto grado de peligro, pero sometido a cierto control del garante, la omisión lo descontrola totalmente y hace que aumente ese peligro o riesgo. En efecto, hay riesgos existentes, pero controlados porque ocurre:

-que **esos riesgos fácticamente están controlados**: v.gr. el equipo quirúrgico que lleva a cabo una operación no especialmente complicada o arriesgada controlando perfectamente todo su desarrollo e incidencias; la madre, padre o reemplazante de ellos

²²⁴ Así la crítica a mi posición en MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 874: naturalísticamente ninguna omisión crea nada y por tanto tampoco puede crear peligro alguno, pero socialmente toda omisión sin la cual el resultado se habría evitado crea o aumenta el peligro, y parecen seguirle ZUGALDÍA, CPC 24 1984, 586 n.46, y HUERTA, ADPCP 1985, 55 n.64. De modo menos matizado: BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 404: en la medida en que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión”; similar Díez RIPOLLÉS, PG, 4.ª 2016, 136, 235, pero oponiéndose incluso a mi criterio del aumento del peligro desde el punto de vista siconormativo: dado que el delito impropio de omisión no tiene como presupuesto la existencia de una relación de causalidad por “la conocida incapacidad de la omisión para causar resultados”, “de ahí que no proceda exigir que la omisión cree o incremente, ni siquiera en un sentido siconormativo, el peligro de producción del resultado... como han sostenido... Luzón y Paredes”. Aquí estos autores, a diferencia de MIR y de mi propia posición, no distinguen entre el plano real de la causalidad y el plano normativo en el que también se puede afirmar una creación o aumento de peligro, aunque no haya causación en el plano natural.

²²⁵ Así también MIR, cit. en n. anterior; HUERTA, ADPCP 1985, 53-56.

que tienen a su cargo a un recién nacido y los alimentan correctamente; los pilotos de aviones o helicópteros, que manejan un proceso peligroso por el riesgo de estrellarse por posibles incidencias o fallos del aparato o del pilotaje, pero que lo tienen bajo control en el desempeño de su función. Si en estos supuestos dichos garantes de repente voluntaria o inconscientemente soltaran de sus manos el curso de los acontecimientos y permitieran así una hemorragia del paciente o la caída del avión o la inanición del bebé, la propia omisión habría transformado en incontrolado un peligro hasta entonces plenamente controlado y por tanto conjurado, y por consiguiente habría creado el peligro, el riesgo del resultado. Aun así, *si un peligro o riesgo está realmente controlado, ello casi siempre es en parte fácticamente así, pero en parte también es que se considera normativamente como controlado*: así en estos ejemplos, el equipo médico controla de hecho la operación (salvo emergencias inafrentables), pero también es porque social y jurídicamente se da por hecho no van a dejar de hacerlo así durante toda la intervención, y exactamente lo mismo cabe decir del control de la situación del bebé por aquel de los padres o encargado que lo cuida²²⁶ y del control del funcionamiento de la aeronave por el piloto o pilotos.

-o que normativa-socialmente o incluso jurídicamente **se da por seguro, se da por descontado, se da por hecho, se supone**²²⁷ que los peligros o riesgos están controlados

²²⁶ Como ya he anticipado *supra* n. 180, había intuido este criterio LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, cuando, tras sostener en p. 52 que la omisión simple naturalísticamente no es causa, pero que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado, como si la madre deja de alimentar al hijo, el cirujano deja sin ligar un vaso sanguíneo o el notario omite en un documento un dato esencial, añade en p. 53: “Y ello en esta clase de conductas, porque la omisión no se da aisladamente, sino en una concatenación de circunstancias *en cuyo encauzamiento tenía intervención* directa el sujeto, *cuyo curso normal*, y exigido por el derecho, desvía con la omisión que interrumpe la normalidad de su intervención; interrupción que significa precisamente ese algo positivo que físicamente origina el resultado, por permitir *el desencadenamiento* de las potencias energéticas que lo producen” (subrayados añadidos). Pero este autor atribuye a este criterio sentido físico, naturalístico y no normativo, y además no lo utiliza como criterio restrictivo dentro de la comisión por omisión, porque afirma que en ella siempre se causa el resultado.

²²⁷ Todas esas fórmulas son las que he empleado en LUZÓN PEÑA, PJ 23 1986, 84 ss.; EPen, 1991, 240 ss. Cierta similitud con estas fórmulas guarda el criterio del “aseguramiento” y deberes de aseguramiento que DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 740 ss., 764 ss., utiliza para deslindar la comisión por omisión frente al criterio del salvamento y deberes de salvamento como característico de la omisión propia (por lo demás, influido por la concepción jakobsiana, sostiene --741-755-- que el deber de aseguramiento corresponde a la gestión de la propia esfera y sus consecuencias en forma de gestión de peligros). Pero ese criterio no describe los presupuestos de las diversas situaciones de comisión por omisión de modo tan preciso y matizado como el que permite el criterio aquí defendido y que estoy desarrollando. Por otra parte, tras sostener (Omisión e injerencia, 2006, 866) que para la comisión por omisión en la infracción de deberes de protección “éstos deben interpretarse también a la luz del principio de gestión: en estos casos, sólo comete por omisión un delito de resultado el garante que gestiona la protección del bien jurídico”, DOPICO debilita su afirmación cuando después añade (867 s.) que el deber

por el propio sujeto; e incluso a veces que están conjurados (prácticamente anulados, salvados) totalmente. Si éste entonces omite seguir controlándolos, **normativamente, social y jurídicamente**, se afirma que, aunque no causa materialmente el resultado lesivo, es precisamente **su omisión la que descontrola, desencadena y por ello la que aumenta el riesgo o peligro** (crea nuevo, superior peligro).

b) Inexistencia de previo control por el garante

Pero *sensu contrario*, y aquí despliega este criterio su efecto sumamente restrictivo de una excesiva amplitud de la omisión impropia, ello significa que **cuando normativamente (jurídica o socialmente) no se dé por hecho, por descontado, por seguro que el peligro está controlado** en general o al menos en particular frente a su amenaza a un concreto bien jurídico, **la omisión, por mucho que sea de un garante, no descontrola ni desencadena el peligro ni por tanto lo crea ni aumenta, sino que deja que el riesgo o peligro siga su curso natural que nunca estuvo controlado** y por consiguiente **no es comisión por omisión, sino sólo una omisión propia** (eso sí, agravada por ser omisión pura de garante).

c) Blindaje o protección segura de un bien jurídico como forma de control del peligro para el concreto bien jurídico frente a simple protección

En el supuesto de un garante de protección de un bien jurídico: **blindar el bien jurídico, es decir protegerlo seguro frente a un eventual peligro o peligros** que puedan amenazarlo también puede ser **una forma de controlar el peligro o riesgo no erga omnes**, frente a todos los posibles bienes jurídicos y víctimas, **pero sí de controlar, intentar anular los efectos del peligro frente a un concreto bien jurídico**. Por eso, si por el modo muy específico y seguro de protección del bien jurídico desempeñado por ese garante se puede decir que ha blindado el bien jurídico frente a un eventual peligro o peligros, es decir *si normativamente se da por hecho o por descontado que el bien jurídico está seguro, blindado por el garante* frente a los posibles peligros o riesgos, entonces *normativamente también se puede afirmar que la omisión dolosa o imprudente que de pronto realice ese garante descontrola y hace aumentar el riesgo o peligro frente a ese bien jurídico* y habrá **comisión por omisión**. Para una fundamentación adicional por el efecto que ese blindaje produce de excluir buscar a

de salvamento también se fundamenta en “la responsabilidad por la gestión de la propia esfera y sus consecuencias” (aunque en forma de revocación de peligros y no forma parte de la propia prohibición de lesionar, sino que el deber de salvamento es un deber derivado).

otros posibles protectores v. *infra* V.3 c, d, h.2 a'. Por el contrario, si la existencia de un garante brinda ***una cierta protección a un bien jurídico, pero éste normativamente – social o incluso jurídicamente– no se considera totalmente a cubierto, blindado por el garante, entonces la omisión de éste no descontrola ni por tanto aumenta el peligro frente a ese bien jurídico*** y el sujeto **no realiza comisión por omisión**, sino sólo una omisión propia agravada por ser garante.

d) El control o protección seguros evitan que se recurra a otro posible control o protección

Por cierto, hay que señalar que *seguramente en la mayoría de los casos* si fácticamente o al menos normativamente se da por hecho, por descontado, que el riesgo o peligro está controlado, de modo general o frente a un bien jurídico, por el garante, con ello y por ello *ese garante controlador evita o impide que se recurra a otros posibles controladores o protectores*²²⁸ (sobre cuándo es así y cuándo no en los garantes de protección v. *infra* V.3 h.2), con lo que si el garante de pronto omite cumplir su función y descontrola, el peligro es por supuesto mayor que uno controlado, pero será incluso mayor de lo que sería si se hubiera recurrido a otros posibles controladores, lo que no se ha hecho por contarse con él.

e) Valoración desde normas jurídicas o normas sociales

Se debe partir del criterio normativo, social o jurídico, de cuándo se da por totalmente seguro, por descontado que el riesgo estaba controlado y no era jurídicamente relevante o preocupante. Es una ***cuestión de interpretación a veces de las propias normas jurídicas*** que imponen deberes y funciones de evitación y consideran prácticamente seguro que van a ser cumplidos, ***otras veces de los usos y convicciones (normas) sociales*** que dan igualmente por seguro el eficaz cumplimiento de la función controladora o protectora plasmada en un deber jurídico; y en ese caso hay que considerar que ***también la norma jurídica secunda la convicción de las normas***

²²⁸ Ya BINDING, Die Normen II, 1, 2.^a 1914, 525 ss., señaló que la asunción de funciones de protección o control (encuadrable en el principio de la ingerencia) presenta una doble faz: por una parte mejora la situación del bien jurídico, pero por otra parte la empeora al provocar la confianza y consiguiente abandono del afectado y de terceros y por ello aumenta la vulnerabilidad de la víctima: lo destacan p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 124 ss.; STREE, FS-H. Mayer, 1966, 155 ss.; SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349 n. 95 = Fundamento, 2009, 399 n. 98; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 68 = en Cobo (dir.), Coment CP I, 1999, 463 [citando en ambos lugares a Binding, pero sin indicar la obra y pp.]. Pero mi postura exige más, no basta que haya una posición de control o de protección, sino que tiene que darse por hecho o por descontado que el riesgo está controlado o que el bien está seguro, para que ello provoque auténtica desprotección por terceros.

sociales. Pero obviamente ese juicio normativo se basa en circunstancias y datos fácticos. Ejs.: la propia norma jurídica da por seguro –dentro de lo técnica y humanamente posible– el control del riesgo por los controladores aéreos, pilotos aéreos, encargados del funcionamiento seguro del servicio ferroviario, guardagujas, guardabarreras, si cumplen su función conforme a las normas y patrones de la correspondiente actividad o profesión; o el pleno control de riesgos de desnutrición, frío etc. para un recién nacido si está con su madre o en su defecto con el padre. Es una creencia socio-normativa de seguridad: si no se considerara que ya hay control fáctico del posible riesgo, en todo caso hay esa creencia socio-normativa en la seguridad en que la madre o persona que la reemplace alimentará al bebé recién nacido y no provocará su desnutrición con lesiones o llegando a la muerte. Y lo mismo ocurre en todos los casos citados de cumplimiento de la función profesional normal.

f) La base del juicio normativo de seguridad del control: el efectivo desempeño del mismo por la gran mayoría de garantes en esa situación

¿Y cuándo se da normativamente, social o jurídicamente, por descontado o por hecho que el peligro o riesgo está perfectamente (dentro de lo humanamente posible) bajo control del garante? Pues cuando en la gran mayoría o la inmensa mayoría de supuestos como ese los garantes efectivamente desempeñan o ejercen eficazmente y no dejan de cumplir su misión y deber de controlar el riesgo en general o en particular frente a bienes jurídicos de alguien concreto; entonces socio-normativamente se da por hecho, por descontado que el garante está controlando el peligro (general o particular), de modo que si sorpresivamente no lo hace, por dolo o por imprudencia, su omisión está descontrolando el peligro que se consideraba bajo control y por ello aumentando decisivamente el grado de peligro. Así sucede p. ej. en el cumplimiento de funciones profesionales normales, o de contratos muy específicos con un encargo concreto, o de funciones muy específicas de protección o control voluntariamente asumidas, como p.ej.en los supuestos en que normativamente, incluso jurídicamente se da por supuesto y por hecho el control del riesgo por controladores aéreos, pilotos de aeronaves, guardagujas, guardabarreras, interventores o controladores de cuentas respecto del empleo de fondos públicos²²⁹; o en la protección de bebés y niños pequeños por el

²²⁹ Aquí me refiero obviamente a países en que no hay una corrupción extendida también entre los funcionarios de los organismos públicos de control de cuentas o actividad económica en las administraciones.

instinto de conservación de la especie humana en el caso de los padres; para más ejemplos v. *infra* V.4 a y b).

En cambio, hay muchos otros **supuestos en que los obligados a actuar por deberes de garante no siempre lo cumplen o no lo cumplen bien o plenamente**, sino que a) con cierta frecuencia infringen su deber, o b) aunque sí intentan cumplir su deber, con cierta frecuencia ocurre que no pueden cumplirlo con plena eficacia. *Ejemplos de a)*: muchas veces no cumplen su deber de protección de un bien jurídico frente a posibles peligros determinados parientes como los hijos con sus padres ancianos o los cónyuges que se llevan mal, los participantes en una comunidad de peligro, montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra etc. (pero no es igual el guía alpino jefe de la expedición que el resto de montañeros compañeros de cordada: los participantes se confían plenamente al primero, no a los otros; y distinto es el caso de oficial, suboficial o soldados en caso de acción bélica: no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, ya que los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él), y menos en una comunidad de vida o convivencia, o funcionarios legalmente obligados por su cargo a proteger, como p. ej. funcionarios de prisiones; o incumplen frecuentemente su deber de control del peligro muchos ingerentes que perdieron el control del mismo al provocar el accidente, o los obligados a vigilar y prevenir en empresas o instituciones posibles actuaciones delictivas de otros, incluso los de empresas auditoras (no es el caso de interventores o controladores de cuentas de organismos públicos, que suelen cumplir en su inmensa mayoría su deber). *Ejemplos de b)*: p.ej. los vigilantes o salvavidas en playas y piscinas tienen una misión de protección muy específica si algún bañista sufre peligro de ahogarse y normalmente la cumplen, pero no se puede dar por descontado que siempre o en la gran mayoría de casos lo harán con plena eficacia; los bomberos suelen acudir con bastante presteza ante los avisos de emergencias, como incendios o inundaciones, pero no siempre llegan con toda la celeridad deseable. **Entonces naturalmente, ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar controlado el peligro por éste; por ello su omisión no descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una mera omisión propia agravada (a veces tipificada expresamente como**

delito, pero a veces no, y en las omisiones tipificadas algunas prevén agravación para el garante, pero la mayoría no).

g) Equiparación legal en la Parte especial de alguna omisión de garante a la comisión activa precisamente por falta de seguridad de que el garante cumpla su función

Por cierto, que *en algunos casos en que no hay total seguridad ni se da siempre por descontado que un garante va a cumplir su deber* de protección o de control y por ello, aplicando el criterio general, no habría comisión por omisión sino sólo una omisión propia agravada por ser garante su autor, *sin embargo la norma considera que en un determinado supuesto la omisión del garante es igual en gravedad a la comisión activa, y por ello la ley decide equiparar en pena en el precepto de la parte especial la omisión de ese garante en evitar un resultado a la causación activa* del resultado; y lo tiene que hacer expresamente precisamente porque no da por seguro o por hecho que el garante vaya a cumplir prácticamente siempre su función: Así sucede de modo paradigmático en los delitos de torturas o contra la integridad moral cometidos por autoridades o funcionarios contra detenidos o presos, donde, tras castigar el art. 174 y 175 la comisión activa de los hechos, el art. 176 castiga con las mismas penas de los artículos precedentes “a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”: v. *supra* II.6. Exactamente lo mismo hace el § 225 n° 4 I StGB.

h) Aplicación de algunos criterios adicionales para concretar el criterio aquí mantenido

Pues bien, creo que es posible *aplicar a esta perspectiva*, para concretar del todo cuándo con la omisión de función se provoca un riesgo prácticamente inexistente o se descontrola un riesgo controlado y por ello se crea o aumenta el peligro, *los criterios de SCHÜNEMANN pero del modo más estricto* y consecuente (h.1), y *algún otro criterio conexo* (h.2). Ellos nos permiten concretar aún más mis baremos:

h.1) En garantes de control: dominio o control real sobre el peligro

a') En los casos de posición de garante con *función de control del peligro*, comenzando por los *peligros de origen no humano-responsable* (como objetos, procesos, instalaciones, fuerzas naturales), sólo habrá **equivalencia** cuando normativamente se pueda dar por hecho que de verdad hay un **real (no sólo potencial)**

control o *dominio del garante sobre el fundamento u origen del resultado*, que es el *peligro* (posiblemente para múltiples bienes jurídicos y sujetos) proveniente de factores externos (naturales o humanos no responsables) y el garante de pronto deja de ejercer ese dominio, cuando el garante de verdad dominaba o, mejor, controlaba el peligro y de pronto lo descontrola, dolosa o imprudentemente, aumentándolo así a un peligro típicamente relevante. Basten de momento sólo algunos ejemplos: así sucede con los encargados del normal funcionamiento y seguridad del tráfico ferroviario o con los controladores aéreos en el desempeño de sus funciones (*infra* V.4 a 1) se desarrolla con más ej.). Sin embargo, **no habrá equivalencia** ni por tanto comisión por omisión cuando normativamente únicamente se pueda afirmar que hay **sólo control o dominio potencial, pero no real**: así si el dueño de una casa no repara el estado relativamente malo del tejado y la caída de una teja provocada por el viento lesiona a un transeúnte²³⁰; pues en este caso no se puede dar por seguro que el propietario realmente está ejerciendo o va a ejercer el control sobre el estado del tejado: v. para una argumentación más amplia *infra* V.4 a 1), párr. 5).

b') Si se trata de deberes de garante de *vigilancia y control de peligros provenientes de una actividad humana ajena, concretamente de la posible comisión de delitos por otros*, los únicos que tienen el dominio del hecho y pueden ser autores son los terceros, y no el garante. Por ello, en caso de que normativamente se pudiera dar por seguro que el garante iba a ejercer su control (p. ej. que, si dentro de un programa de "compliance" el encargado de la supervisión y vigilancia de la legalidad de las operaciones en una empresa detecta graves irregularidades en un departamento, lo va denunciar) y por ello afirmar **que su omisión crea o aumenta un peligro, será un peligro de favorecimiento, o sea de participación, no de autoría del delito ajeno**: v. ampliamente *infra* V.4 a 3), V.5. Y lo mismo rige para los garantes de vigilancia o supervisión, pero con función de protección de bienes jurídicos, no de control de peligros concretos: *infra* V.3 h.2 b'.

²³⁰ En cambio, SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 284, afirma que en ese caso el poseedor de la casa tiene el dominio sobre el tejado en mal estado, pese a haber exigido antes que el dominio sobre la fuente del peligro sea real y no sólo potencial.

h.2) En garantes de protección: desvalimiento total o blindaje

En los *garantes con función de protección de un bien jurídico frente a alguno o múltiples peligros externos*. A mi juicio caben dos alternativas (a' y b'): total desvalimiento y vulnerabilidad o blindaje seguro del bien jurídico.

a') Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad normativa en su protección. No comisión por omisión como regla si sólo hay desvalimiento parcial

Como primera alternativa, se debe aplicar también el criterio del control (SCHÜNEMANN dice dominio) sobre el especial desvalimiento o desprotección, o vulnerabilidad, del bien jurídico²³¹. Y aplicarlo estricta y restrictivamente. No basta como regla que haya una desprotección simple y por eso el titular del bien jurídico (o si es menor o incapaz, fáctica o jurídicamente, alguien o la norma por él) recurra a un garante protector (aunque, como sabemos, con esto se conforma la doc. dom.). Tampoco basta, aunque pudiera parecer suficiente, que el titular del bien jurídico, al tener ya un garante protector (un vigilante en la playa o piscina, un guarda en la urbanización o el condominio privado, un guía de montaña etc.), no recurra a otros medios humanos o materiales de protección, con lo que si el garante falla, aumenta la desprotección y por ello el nivel de riesgo, que se supone que el garante afrontará llegado el caso (desvalimiento o desamparo simple y parcial). Es preciso, en esta primera alternativa, **un total desvalimiento y vulnerabilidad del bien jurídico que por eso depende totalmente de la protección y blindaje que le presta el garante frente a eventuales peligros** o riesgos que se puedan presentar: ¿por qué? porque *en ese caso normativamente* (social o incluso jurídicamente) *se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable*, desamparado e indefenso y *tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por éste* (dentro de lo que el garante está en condiciones de hacer) frente a un eventual peligro o peligros que se puedan presentar. Así p. ej. será la situación de un enfermo gravísimo en la UCI de un hospital respecto del personal médico y sanitario responsable de su cuidado, o la de un recién nacido o incluso un niño pequeño respecto de sus padres, etc. (para más ej. v. *infra* V.4 b 1), 1.º y 3) i.f. Por tanto, normativamente (o incluso a veces

²³¹ También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva y con el criterio de Schünemann y mío del desvalimiento.

ya fácticamente) en tales supuestos sí se puede afirmar que la omisión por el garante de prestar ese blindaje que se daba por seguro aumenta o incluso crea el peligro de resultado lesivo.

A la inversa ello significa que como regla (la excepción a continuación en b') **no habrá comisión por omisión si** no actúa, o no actúa eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger) **respecto de bienes jurídicos de una persona sólo parcialmente vulnerable y desvalida**, que por tanto aunque con dificultades puede protegerse por sí misma o mediante otros; la presencia del garante supone ciertamente una cierta protección para los bienes jurídicos, pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros, porque los bienes jurídicos de la persona sólo parcialmente desvalida pueden ser también protegidos por ésta sin depender absolutamente del garante; y por ello no se da por hecho que el garante los va a proteger plenamente en todo caso, de modo que su omisión dolosa o imprudente al surgir un peligro no lo crea ni aumenta y por tanto es **sólo una omisión propia de garante**. Para ejs. v. *infra* V.4 b 1), 2°.

b') Excepción: comisión por omisión pese a un desvalimiento sólo parcial si un protector específico ofrece un blindaje seguro y por ello se renuncia a otras posibles protecciones

Como segunda alternativa, también cabe afirmar que había blindaje del bien jurídico frente a algún potencial o probable peligro amenazante **si, aunque la víctima no está totalmente desvalida o indefensa por sí misma**, sino que puede utilizar en alguna medida medios propios de protección, un tanto insuficientes o no seguros, no obstante **la existencia de un garante protector específico muy eficaz y fiable** (por compromiso o por deber legal o institucional) que supone **un blindaje seguro**²³² (v. *supra* V.3 c y h.2 a') hace que el **titular del bien jurídico o terceros (particulares u organismos) preocupados por él renuncien a buscar la protección o blindaje seguro por otros terceros, precisamente porque –y sólo en la medida en que– ya consideran totalmente asegurado el bien jurídico frente al eventual peligro**; ello significa que el sujeto tiene en principio seguro y blindado su bien jurídico por el garante, pero precisamente sólo en la medida en que este cumpla su función, porque si no lo hace, ahora ya no cuenta con la protección sustitutiva o cumulativa de otros terceros que

²³² También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide, dentro de mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva, especialmente con mi criterio del blindaje.

habría hecho frente con igual eficacia al peligro que se presentara y que habría sido buscada para no depender sólo de los insuficientes medios propios en caso de no considerarse segura la protección ofrecida por el garante presente, y que no se ha buscado precisamente porque se consideraba segura y plena su protección. Entonces el desblindamiento significa aumentar de golpe el nivel de desprotección al haberse excluido la de otros posibles protectores, y por ello aumentar y descontrolar de pronto decisivamente el peligro que pueda atacar a ese bien jurídico: equivale a los casos de interrupción o frustración activa de cursos causales salvadores ajenos, que es delito comisivo según opinión dom.²³³. Así p. ej. sucede con el guarda o vigilante de seguridad nocturno de un establecimiento o local, que cuenta además con sistema de alarma conectada a la policía, si incumpliendo su función, que se da por seguro que desempeña, no hace nada ante la entrada de unos ladrones en el local, y por ello crea riesgo, en este caso no de realizar el tipo, sino de cooperación: de facilitar la realización del tipo del robo a los ladrones. Dicho criterio se puede aplicar también a los directores de banco que asesoran habitualmente a clientes en sus inversiones en productos financieros, fondos de pensiones, compraventas de acciones etc., si en un caso no les advierten, sino que les ocultan riesgos de una operación y hay por ello estafa en comisión por omisión. Los clientes parten con razón de la base de que ese director los va a proteger de riesgos excesivos o vicios ocultos de una operación como hace siempre, y como suelen hacer habitualmente los directores de bancos; por tanto, si de pronto en una ocasión ocultan vicios o riesgos tremendos y ello hace confiar al cliente en suscribir una operación segura, están desprotegiendo de golpe a un cliente que se podía considerar blindado o seguro frente a riesgos patrimoniales. Ello será tanto más evidente cuanto menor sea el nivel de conocimientos económicos del cliente, pues en ese caso podría aceptarse una situación de total vulnerabilidad y desamparo suyo, que se sumaría a la función de protección muy específica del director del banco.

Pero a la inversa ello significa que *no habrá comisión por omisión si* no actúa, o no actúa a tiempo y eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que

²³³ Con diversas fundamentaciones: así p.ej. ENGISCH, Die Kausalität, 1931, 28; siguiéndole RUDOLPHI, SK, 4.^a 1984, antes del § 1/ 43; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 293 ss.; KAHRS, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, 217; PHILIPPS, Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht, 1974, 120; ROXIN, Problemas básicos del DP, 1976, 228, 236; SCHMIDHÄUSER, AT, 1982, 98 s.; SILVA, El delito de omisión, 1986, 229 ss.

asume por propia iniciativa la función de proteger), cuya presencia supone ciertamente **una cierta protección** para los bienes jurídicos, **pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros**, p. ej. la presencia de algún vigilante salvavidas en la playa frente al riesgo de ahogarse o la existencia de un parque de bomberos en otro barrio del municipio que pudieran hacer frente a los peligros de un incendio ya comenzado. En tal caso, si la posible víctima o víctimas no acuden a otros garantes para completar y tener una protección totalmente eficaz, es que **se conforman con una protección parcial, así que la presencia del primer protector no ha excluido la posibilidad de que se recurriera a otros**. Por tanto, puesto que en caso de producirse un riesgo no se da socio-normativamente por hecho que los bienes jurídicos están totalmente seguros y blindados frente al peligro, éste no se da por controlado frente a ese bien o bienes –en los ejemplos citados no se da por seguro que el salvavidas de la playa va a salvar a tiempo al bañista que se empieza a ahogar o a ser arrastrado mar adentro por la corriente, o que los bomberos podrán llegar a tiempo y salvar de sufrir lesiones o la muerte a personas apresadas en el incendio del edificio–, no comete dolosa o imprudentemente por omisión homicidio o lesiones graves ese garante protector que no actúa dolosa o imprudentemente: el vigilante de la playa que no se lanza a tiempo a salvar al bañista que se ahoga o el personal de bomberos que pudiendo no llega a tiempo para salvar a alguna persona atrapada en el incendio; esos sujetos responderán en caso de dolo por omisión de socorro, que debería estar legalmente agravada por tratarse de garantes (sobre los posibles sistemas de agravación v. *infra* VI), además de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

i) Al excluirse otros posibles controles o protecciones: ¿empeoramiento del riesgo por la existencia de un garante seguro o por el incumplimiento de su función?

SCHÜNEMANN, refiriéndose a los casos que considera de dominio sobre un desvalimiento, desamparo o vulnerabilidad parcial de la víctima bien por haber un acto de someter a la misma al dominio del garante o bien por un acto de disposición y confianza de la posible víctima hacia su protector, mantiene que en todos esos casos, para que se pueda afirmar su criterio del dominio sobre el fundamento del resultado, la asunción de su posición por el garante protector ha de influir y modificar la situación de vulnerabilidad y desamparo de la víctima, en el sentido de aumentarla o

incrementarla²³⁴, y concluye respecto de dicha modificación de la estructura del desamparo: “si se quiere, se puede emplear al respecto el término del ‘aumento o incremento del peligro’”²³⁵; y explica que ello es así porque el acto de asunción normalmente hará abstenerse al sujeto parcialmente desamparado de recurrir a otras precauciones de protección, u otras veces le hará abstenerse de intentar salvarse él mismo²³⁶. Pero, aunque esto ciertamente se parece a la posición defendida por mí, como diferencia, y sustancial, hay que destacar lo siguiente: *la conducta anterior del garante que asume una función de protección segura por sí misma no aumenta el peligro o riesgo en el que se encuentra el bien jurídico, sino que en principio el contar con esa protección que se da por hecho que es segura y que se va a efectuar, si de verdad se cumple, es al revés: disminuye el peligro para el bien jurídico aunque su titular no acuda a otros protectores o a medidas propias* (recuérdese el doble efecto paradójico destacado por BINDING: v. *supra* n. 228): Por tanto, *es la omisión*, el incumplimiento de ese garante protector *lo que aumenta decisivamente el peligro para ese bien jurídico que podría haberse aminorado acudiendo a otras protecciones* alternativas. Por ello mi criterio insiste siempre en que en la comisión por omisión es la misma omisión del garante la que aumenta un peligro o riesgo que se suponía controlado.

4. Aplicación del criterio de equivalencia defendido (la omisión normativamente crea un peligro relevante o aumenta al descontrolarlo un peligro controlado) a los diversos supuestos de posiciones de garante en casos de autoría por dominio o determinación objetiva del hecho

Respecto de los diversos supuestos que a continuación se examinan remito a lo tratado *supra* III.2 sobre si tales posiciones de garante realmente son jurídicamente tales, es decir si se basan o no en un deber jurídico especial de evitar el resultado. Ahora

²³⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349-354 (Fundamento, 2009, 398-404): Concretamente, dicha asunción de la posición de garante afirma que “ha de... ser modificadora de la vulnerabilidad” de la víctima e “influir en su situación, en su desamparo” (1971, 351; 2009, 400), ha de haber “una modificación de la situación de desamparo” (351, 354; 2009, 400, 403), “una efectiva modificación de la situación de vulnerabilidad” (352; 2009, 402), “una modificación de la estructura de desamparo” (351; 2009, 401); “aún ha de añadirse siempre un aumento del desamparo”, que “incrementara la vulnerabilidad de la víctima” (349; 2009, 398 s.).

²³⁵ SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 351 (Fundamento, 2009, 401).

²³⁶ Así SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 350, 351 (Fundamento, 2009, 399 s.); en 1971, 353 (2009, 402 s.), añade el ejemplo de que el acto de confianza del paciente en el médico que le atiende le haga abstenerse de acudir a otros médicos de servicio.

sólo queda examinar brevemente si las omisiones correspondientes cumplen o no el criterio de equivalencia con la comisión activa²³⁷.

Vamos a tratar en primer lugar los supuestos base en que el omitente garante sin duda es **autor**, de una omisión impropia o sólo propia: o bien porque ante una situación de peligro o de necesidad de prestación positiva actúa (omisivamente) solo y controla el hecho (lo domina o en caso de imprudencia lo determina objetivamente), sin que intervengan otras personas que puedan ser consideradas autores por tener preferentemente el dominio del hecho, p.ej. ya por obrar activamente, o bien es autor por tener el dominio del hecho compartido con otro garante coautor, o porque con su omisión creadora de riesgo domina el hecho a través de un sujeto irresponsable, p. ej. un menor, que actúa como instrumento: v. *supra* II.7 c). En tales casos el omitente garante es autor, ya se verá si de omisión impropia o de omisión propia agravada, porque en todo caso con su conducta domina si tiene dolo o como mínimo determina objetivamente su hecho omisivo, o, si hay equivalencia y se trata por tanto de comisión por omisión, domina o determina objetivamente, conjuntamente con el acontecer natural, el hecho comisivo productor del resultado²³⁸.

²³⁷ Remito *supra* a la n. 183 para una enumeración de los ejemplos de comisión por omisión en autoría o en participación frente a los de omisiones propias de garante que, aplicando ya este criterio en su enunciado básico, traté en mis trabajos de los años 70 y 80 cits. en la nota 176.

²³⁸ Frente a este planteamiento afirmando que en el delito omisivo, y concretamente tb. en el omisivo impropio, puede haber autoría por dominio del hecho, o al menos determinación objetiva del hecho en caso de imprudencia, o por el contrario haber solamente participación si el omitente no domina o determina, sino que sólo favorece el hecho dominado o determinado objetivamente por otro, la concepción seguramente más extendida considera que en el delito omisivo impropio no puede hablarse de dominio del hecho y distinguirlo del mero favorecimiento o participación, sino que al infringir el garante su deber específico de intervención es siempre autor, en una palabra, que se sostiene que con el deber de garante la omisión equivale siempre a la comisión activa y es autoría, y por tanto que la omisión impropia es –se utilice o no ese nombre– un “delito de infracción de deber” en la concepción roxiniana (así lo sostiene desde luego el propio ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/140 ss.). Ello reposa en la idea de que no puede haber dominio del hecho si no hay causalidad material positiva entre la omisión y el resultado (aunque curiosamente parte de la doctrina sí admite relación de causalidad, negativa, hipotética o causalidad sin más entre omisión y resultado), no puede haber dominio del hecho sobre una causalidad (sólo la naturaleza “dominaría” objetivamente el curso del hecho, o sólo la actuación positiva y causal de un tercero dominaría el hecho); exactamente igual que otro sector minoritario (ARM. KAUFMANN, WELZEL, etc.: v. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 30/40) ha sostenido que, al no haber causalidad, en el delito omisivo no puede haber dolo, que es la supradeterminación voluntaria del curso causal. Pero como ello no es cierto, sí que dentro de supuestos de omisión que normativamente creen o incrementen el peligro o riesgo puede distinguirse entre aquellos en que con tal conducta y con dolo se domina positivamente o con imprudencia se determina objetiva y positivamente el hecho (autoría), y otros (participación) en que no es así y sólo se favorece el dominio o determinación objetiva del hecho por otros sujetos.

a) Posiciones de garante de control, supervisión o vigilancia de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)²³⁹

1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales

a') En el caso de funciones de control o supervisión de fuentes de peligro no humanas, sino de procesos mecánicos, vehículos, instalaciones o máquinas, cosas peligrosas, animales, fuerzas naturales, etc., o de peligros procedentes de personas inimputables²⁴⁰, lo más frecuente será que se cumpla el criterio de equivalencia y la omisión del garante cree o aumente el peligro o riesgo si efectivamente éste se daba por hecho fácticamente pero sobre todo normativamente que estaba controlado por el

²³⁹ Dentro de las posiciones de garante de control, tanto de procesos, sistemas, instalaciones o mecanismos a veces peligrosos, como de la posible actividad delictiva de personal de las empresas, tanto directivos como empleados, dentro de su funcionamiento, merece una especial atención, que en este trabajo no se le puede prestar, la responsabilidad penal por omisión, muchas veces comisión por omisión, del empresario y de los encargados supervisores, tanto en calidad de autores de sus propios delitos dolosos o imprudentes como de partícipes –dolosos– por omisión en delitos comisivos –generalmente activos– ajenos (ello al margen de los modernos diversos sistemas de responsabilidad penal y no penal de las propias personas jurídicas, precisamente por omisiones, no de las mismas, sino de sus directivos o supervisores). Puedo remitir aquí a algunas obras especialmente importantes y sus respectivas bibliografías: a la que en gran medida abrió esta vía: SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; posteriormente: Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, ADPCP 1988, 529 ss.; Die strafrechtliche Verantwortung der Unternehmensleitung im Bereich von Umweltschutz und technischer Sicherheit, en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, 1994, 137 ss.; Unternehmenskriminalität, FG-BGH 50 Jahre, IV, 2000, 621 ss.; Resp. penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP 2002, 9 ss.; Zur Regelung der unechten Unterlassung in der Europa-Delikten, en Tiedemann (ed.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, 103 ss. = Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos, en Tiedemann (dir.)/Nieto (coord.), Eurodelitos: El DP económico de la Unión Europea, UCLM, 2005, 35 ss.; BOTKE, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, Berlin, 1994; Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, 129 ss.; y en la doctrina de lengua española a trabajos fundamentales de DEMETRIO CRESPO, Responsabilidad penal por omisión del empresario, 2009; Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, RDJC 22, 2007/08, 101 ss.; tb. en DPCoRI 28, 2009, 195 ss.; tb. RBCCr 79, 2009, 41 ss.; [Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas, en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, 2016, 123 ss.](#); BACIGALUPO, La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, CDJ 1994-VII, 63 ss.; LASCURAÍN, Fundamento y límites de los deberes de garantía del empresario, LH-Tiedemann (Madrid), 1995, 209 ss.; SILVA, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 357 ss.; MEINI, Resp. penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 2003; GARCÍA CAVERO, La posición de garantía del empresario: a propósito del caso Utopía, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 381 ss.; PEÑARANDA RAMOS, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), LH-González-Cuéllar, 2006, 411 ss.; DE VICENTE REMESAL, ForFICP 2014-2, 79 ss.

²⁴⁰ Como se ve, el grupo no incluye sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108-124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio, sino que es mucho más amplio.

garante y su omisión de pronto lo descontrola y lo hace aumentar decisivamente. Pero si no es así, no habrá equivalencia.

b') Sí que hay equivalencia en caso de omisión por darse por descontado que el garante tiene el peligro bajo control sólo con cumplir su función profesional normal en los controladores profesionales de procesos, sistemas, instalaciones o aparatos peligrosos, como los encargados del funcionamiento del sistema ferroviario y de que los convoyes tengan vía libre o se detengan, como los controladores aéreos o como los pilotos de aviones o helicópteros (v. sobre esos ejs. y la fundamentación de la equivalencia *supra* V.3 a), V.1), o los ejemplos clásicos del guardagujas encargado de cambiar las agujas ante la llegada de un tren o el guardabarreras que ha de bajar las barreras para que no irrumpan vehículos o personas en un paso a nivel ante el paso de un convoy, o los encargados de abrir las compuertas de una presa cuando las aguas podrían amenazar desbordarla, etc. Y ante el peligro agudo de una dolencia cardíaca, vascular o cerebral para un paciente, los miembros del equipo médico-sanitario de la UCI haciendo frente a los eventos, oscilaciones o ataques que se presenten (lo mismo ocurre en un equipo quirúrgico que controla la operación, pero este supuesto puede considerarse como caso de ingerencia: *infra* V.4 a 2)). Por tanto, la omisión de actuación de esos controladores constituye comisión por omisión, dolosa o imprudente, de homicidio, lesiones, daños o estragos según los resultados producidos.

c') En el campo del Derecho penal de la empresa, lo mismo ocurrirá respecto de la responsabilidad por el producto (delitos contra los consumidores, fraudes, delitos contra la salud pública) si los encargados de evitar que se introduzcan sustancias tóxicas o deficientes en una cadena de producción, o de controlar que no haya vertidos o emisiones ambientalmente nocivas superiores al nivel permitido en una empresa, incumplen de modo imprudente o incluso doloso sus deberes de supervisión y control. Y en el supuesto del supervisor, interventor o controlador oficial de cuentas de empresas o administraciones públicas, si incumple revelar datos reales muy negativos de una institución o empresa, como es su función específica y normal y se da por hecho que la va a cumplir, su omisión de detectar y revelar esos fallos equivale a dar activamente datos falsos, y por eso puede constituir sin duda autoría de falsedad en documento oficial o mercantil en comisión por omisión, y además puede inducir a error y a confiarse a inversores creyendo que todo está bien en la situación económica, contable,

legal, etc. de la institución en cuestión y a invertir en ella o adquirir sus acciones o bienes de la misma y ello puede suponer, si hay dolo, coautoría de estafa, o incluso de blanqueo de bienes, en comisión por omisión (si fuera sólo imprudente, ciertamente no está castigada en la estafa, pero sí en el blanqueo imprudente).

d') En cuanto al control de peligros o riesgos procedentes de la naturaleza o de seres humanos no responsables: El control por sus dueños o encargados de animales peligrosos, especialmente de perros para que no vayan sueltos y sin bozal y ataquen a personas, e incluso para llamarlos de modo imperativo y contenerlos inmediatamente si se lanzan a atacar, y con mayor razón el de fieras o animales muy peligrosos en poder de personas, no sólo está estrictamente impuesto como deber por leyes y reglamentos sino que se da por hecho por las normas sociales que es efectivamente ejercido por la enorme mayoría de los dueños; de modo que si omiten ejercerlo dolosa o imprudentemente, sí hay equivalencia a la comisión activa. Algo similar acontece con la supervisión y control de enfermos mentales peligrosos, que se da por descontado que será ejercido por los cuidadores profesionales de un centro psiquiátrico; pero probablemente no es así en el caso de sus familiares encargados, donde no se da por seguro que los tienen controlados para que no puedan dañar a personas u objetos, por lo que su omisión no será comisión por omisión, sino omisión propia, materialmente más grave por ser de garantes. A veces los peligros pueden proceder de la propia naturaleza, p.ej. por fenómenos meteorológicos extremos, sísmicos, volcánicos, etc.; cuando se está en zonas en que se desencadenan con frecuencia tales peligros para personas y cosas, se puede haber encargado –por parte de la comunidad o de un particular– a alguien un mecanismo de control, reacción o defensa frente a tal riesgo extremo, y normalmente se dará socio-normativamente por hecho que ejercen tal control, por lo que si este sujeto omite dolosa o imprudentemente cumplir su función cuando se desencadena el fenómeno natural, habrá generalmente comisión por omisión. En las intervenciones de los bomberos frente a incendios parece más adecuado distinguir: una cosa es si llegan o no siempre a tiempo ante un aviso para extinguir el incendio, donde la experiencia indica que no se puede dar por hecho que llegan siempre o prácticamente siempre en tiempo adecuado, por lo cual a mi juicio no hay equivalencia con la comisión activa dolosa o imprudente de daños, lesiones o muertes, sino sólo omisión de socorro más grave (de haber dolo al menos eventual), además de responsabilidad disciplinaria en

caso de demora en su intervención; en cambio, es distinto el juicio socio normativo de si, ya ante el incendio, pudiendo los bomberos van a contener el fuego y salvar a una persona en peligro inminente (función de control del peligro y/o de protección), donde normativamente –social y jurídicamente– desde luego se da por descontado que actuarán así, por lo que si en algún caso un bombero dolosa o imprudentemente no lo hace, realizará el delito de resultado en comisión por omisión.

e') Hay algunos supuestos de conductas de personas responsables de objetos o personas que pueden producir daños en que por sus peculiaridades no se puede aceptar la equivalencia que sostiene la doc. mayor. Así el caso de las tejas en mal estado, que podrían desprenderse y caer al suelo, es especial, no sólo porque el dueño o titular de un edificio con tejado en mal estado no siempre cumple ese deber de supervisión y control, seguramente tb. porque hay otros responsables de supervisión y vigilancia y con más medios en los organismos y servicios oficiales, por lo cual socio-normativamente no se puede dar por hecho o por descontado que ejercerán el control, sino que además, a diferencia de los otros casos tratados, aquí el peligro es incierto, potencial y no se sabe si va a ser inminente; por eso no habrá dolo generalmente en el sujeto ni se considera que ha comenzado una tentativa aunque no haya caída, y si finalmente se produce el accidente, con un peligro concreto *ex ante* totalmente incierto, no habrá dolo sino imprudencia. Igual sucede por cierto con el control por los padres o cuidadores de posibles, no seguros, actos peligrosos de los niños, que p. ej. puedan arrojar objetos desde un piso alto a la calle y dañar a personas que pasaran por allí.

2) Actuar precedente peligroso o ingerencia

Con independencia de las clases de ingerencia que puedan generar posición de garante (al respecto v. *supra* III.4 b 2), en la gran mayoría de los casos de actuación precedente peligrosa, al no tener controlado el ingerente el peligro que creó ni darse por hecho que lo tiene controlado, su omisión no descontrola ni por tanto aumenta ni crea más peligro y por ello no es comisión por omisión. Así, en los casos paradigmáticos de previa causación de un accidente por el sujeto que a continuación omite ayudar a la víctima, por mucho que el ingerente haya creado un peligro con su actuación precedente, imprudente o –si se admitiera como suficiente para la posición de garante– fortuita, y ello le genere un deber de actuación especial y superior a los deberes generales de salvamento del resto de personas, como ya he anticipado: v. *supra* IV.B.2

a, 2º, si a continuación dicho peligro escapa a su control y su curso natural lo hace aumentar por sí sólo, que es lo más normal cuando una persona provoca imprudentemente o fortuitamente un atropello, un accidente laboral, etc., entonces el ingerente creó el peligro, pero no dolosamente, sino sólo de modo imprudente (en cuyo caso responderá luego de un delito de lesión imprudente además de su posterior omisión) o incluso fortuito y por ello impune, pero si a continuación no intenta contrarrestar el peligro que creó, su omisión no crea ni aumenta en absoluto ese peligro, que ya marcha solo, y por tanto no realiza dolosamente el delito de resultado en comisión por omisión, sino sólo una omisión propia, que en la omisión de socorro el art. 195.3 considera agravada por ser de un garante ingerente.

E igual sucede en los discutidos casos (v. *supra* IV.B.1, n. 170) del hostelero que sirve bebida a un conductor que se embriaga y luego va a conducir o la incitación a beber en iguales circunstancias por los compañeros de rondas, la provocación o facilitamiento imprudente de suicidios o la de delitos de otros dejando sin custodia un arma a su alcance. En ellos el creador del riesgo (que además en el supuesto de servir o facilitar bebidas a una persona o compartir las rondas con él, aunque luego vaya a conducir, se discute si hay imprudencia e ilícito o si es una conducta neutra o socialmente adecuada), una vez que lo ha puesto en marcha, ni fácticamente lo tiene controlado ni socio-normativamente se da por hecho que lo controle, de modo que su posterior omisión, de impedir que conduzca quien ha bebido o que pueda el tercero usar el arma para suicidarse o delinquir, no desencadena o descontrola ni por tanto crea o aumenta –dolosa o imprudentemente– el peligro. La conducta suya que creó riesgo o peligro (aumentó el peligro de que la otra persona actuara de modo peligroso) fue su conducta activa precedente imprudente, pero ésta era una mera participación, dado que esa actividad del ingerente no implicaba la determinación objetiva y positiva del hecho, sino que el dominio positivo del hecho lo tenía sólo, salvo que estuviera en situación de inimputabilidad, el sujeto que bebe y luego conduce o el que agarra el arma y se suicida o comete un delito con ella; y si sólo hubo imprudencia en la ingerencia (otra cosa es que hubiera dolo eventual), la participación imprudente es impune²⁴¹. Quedaría entonces únicamente una eventual responsabilidad del ingerente por omisión de socorro u omisión de impedir delitos.

²⁴¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 18/43 ss.

Solamente en los supuestos, menos frecuentes, en que la ingerencia no supone que el sujeto pierda el control del peligro en cuanto creó el peligro con su conducta previa, sino que lo mantiene bajo su control, se podrá decir entonces, como también he anticipado (*supra* IV.B.2 a, 3º), que, si de pronto lo descontrola dolosa o imprudentemente, su omisión sí supone crear o aumentar decisivamente el peligro de lesión y por tanto habrá comisión por omisión. Así si una persona hace fuego para una parrilla en una zona boscosa, con lo que está creando un riesgo imprudentemente, pero que lo mantiene controlado mientras se mantenga encima e impida la propagación, y sólo si se retira sin apagar totalmente las brasas, entonces descontrola el riesgo y habrá incendio (doloso o imprudente) en comisión por omisión; o si un terrorista lleva encima por la ciudad un explosivo, pero lo mantiene bajo control al no haber puesto en marcha el temporizador o no activar el mecanismo detonante, hasta que en un determinado momento, doloso o imprudentemente, dejara abandonado el explosivo en un local, con lo que su omisión sí descontrola y por ello aumenta decisivamente el peligro. Y lo mismo cabe decir si un cirujano y su equipo emprenden una operación del paciente, creando por supuesto un riesgo no escaso, pero lo están manteniendo perfectamente bajo control con las medidas adecuadas, hasta que de pronto por imprudencia o dolo aquél dejara de contener, suturar y ello provoca una hemorragia (aunque en este supuesto el deber de garante del equipo quirúrgico se fundamenta también y preferentemente por el acuerdo –contrato– con el paciente o sus familiares que consienten, y por los deberes legales que incumben en esos casos a médicos y sanitarios).

3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes

Estos deberes de supervisión y control de fuentes podrán, según las circunstancias de los distintos supuestos dar lugar o no a que normativamente la omisión aumente la situación de peligro, dependiendo de si normativamente, social o jurídicamente, se podía dar por hecho que el garante iba a supervisar o controlar ese peligro: así hemos visto que ello se podrá afirmar respecto de los interventores públicos en su supervisión de cuentas, pero en muchos casos no respecto de los auditores privados, que no siempre son tan minuciosos y fiables. Ahora bien, pese a poder darse en principio el criterio de imputación del aumento de riesgo, sólo habrá autoría si la omisión del supervisor realiza por sí misma el tipo, como en los ejs. vistos (*supra* V.3 f) de que la omisión de correcto

control por un interventor de cuentas dé lugar ya a cometer por omisión falsedad en documento oficial o mercantil o a coautoría de estafa o fraude a inversores o de blanqueo de capitales; pero pese al aumento del riesgo no será autoría si la omisión del supervisor o controlador no domina el hecho y no realiza el tipo, sino que, como ocurrirá *en la mayoría de estos supuestos, se limita a favorecer que terceros, que dominan o determinan objetivamente el hecho, realicen el delito dolosa o imprudentemente* y por tanto es *mera participación* (cooperación) en esos delitos, punible si es dolosa. En los supuestos de transferencia de responsabilidad sucede a veces que la delegante conserva sin embargo un deber de supervisión del cumplimiento de su función de control (o tb. podría ser de protección) por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación en forma de cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, cooperación que será punible si es dolosa, pero que es atípica si es sólo participación imprudente²⁴²; ello a no ser que en la omisión imprudente de un deber de supervisión se dé la excepción de ser autoría de un delito de infracción de deber imprudente, que se indica a continuación con carácter general.

Sin embargo, una importante excepción a la calificación como participación por omisión es que en los delitos imprudentes la interpretación de una norma de cuidado (y de actuación de vigilancia y control) lleve a la afirmación de que excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* V.6.

²⁴² Sin embargo en estos supuestos es frecuente que doc. y jurisprud. afirmen la responsabilidad como autores, en comisión por omisión o en comisión activa, tanto del delegado como del delegante. Más correctamente ROSO, Autoría y participación imprudente, ForFICP 2015-2, 106 s., señala que en el delegante que omite supervisar al delegado habrá sólo participación (que actualmente tb. considera punible aunque sea participación imprudente).

b) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro

1) Deberes por encargo contractual de una función de protección: con desvalimiento total o sólo parcial del sujeto pasivo; el blindaje o no del bien jurídico

En las funciones de garante de protección a las que se obliga un sujeto por encargo contractual o pacto con el titular o portador del bien jurídico o con sus familiares, hay que distinguir si ese sujeto pasivo es totalmente vulnerable y desamparado o si sólo se encarga la protección a un garante por encontrarse aquél en situación de vulnerabilidad y desvalimiento meramente parcial. Si hay *total vulnerabilidad y desvalimiento* constitucional o connatural (como la llama SCHÜNEMANN) del sujeto pasivo (bebé o niño pequeño, inválido, anciano achacoso, oligofrénico profundo, etc.), que por ello *depende totalmente de otra persona que actúa como su cuidador*, y exactamente igual si hay vulnerabilidad completa situacional, transitoria, p. ej. un enfermo o accidentado grave, que queda totalmente en manos del personal médico o sanitario que lo atiende, entonces, como vimos *supra* V.3 h 2 a', se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable y desamparado e indefenso y tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por el garante frente a un eventual peligro, por lo que si el garante omite, desblinda el bien jurídico y descontrola dolosa o imprudentemente un peligro que se daba por controlado frente a ese bien jurídico, de modo que él aumenta el peligro frente a ese bien jurídico y realiza por tanto dolosa o imprudentemente en ***comisión por omisión*** el delito de resultado.

Por el contrario, si el *sujeto pasivo sólo es parcialmente vulnerable y desvalido*, porque puede protegerse, aunque sea parcialmente, y por ello los obligados a proteger por contrato no siempre cumplen tal deber o no lo cumplen bien o plenamente, ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar blindado por éste el bien jurídico y por eso controlado el peligro para ese bien jurídico; por ello no se considera normativamente que su omisión descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una ***mera omisión propia agravada***²⁴³, como ya se ha visto *supra* V.3 f.2.º, h.2

²⁴³ En cambio, SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 342, 348 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 398 ss., trata tb. el desvalimiento, vulnerabilidad o desamparo parcial como fuente de dominio para

a'. Así p. ej. normativamente no se da por hecho que protegen siempre y de modo plenamente eficaz el vigilante o socorrista en una playa o una piscina (ej. visto en V.3 f, 2.º), o los guardas de seguridad y control en la entrada de una urbanización, o igualmente las personas de servicio doméstico o criados contratados para las labores de la casa y también, aunque no específicamente, para cuidar de los niños si no protegen a estos en caso de peligro; en esos casos no se consideraba *ex ante* blindado, plenamente seguro el bien jurídico frente a eventuales peligros.

Sin embargo, como también se ha visto *supra* V.3 h b', hay una **excepción** si *pese a haber vulnerabilidad sólo parcial* del titular del bien jurídico, se encarga a un garante una *misión de protección muy específica, eficaz y fiable*, con la que se da por hecho que el *bien jurídico está blindado y seguro* y precisamente *por eso su titular renuncia a buscar otros garantes* o medios de protección seguros; en tal caso su omisión vuelve a ser **comisión por omisión** dolosa o imprudente. Recuérdese los ej. cit. del guarda de seguridad nocturno del local comercial (aunque él sólo será partícipe) o del director de la agencia bancaria en quien confían plenamente los clientes para sus inversiones. Y muy seguramente éste es también el caso de la niñera contratada específicamente para cuidar y proteger a algún niño pequeño (a diferencia del contrato de los sirvientes) si no lo protege en caso de surgir un peligro.

2) *Deberes por estrecha vinculación familiar o análoga*

En el caso de los deberes de protección por parentesco, que normalmente son deberes por ley, pero se discute si caben también los supraleales (v. *supra* III.2), hay que distinguir si el pariente es persona totalmente desvalida o no: En el primer caso, que pertenece realmente al grupo a), sí hay comisión por omisión del correspondiente delito de resultado por lo ya expuesto. Si el pariente que en un caso concreto sufre peligro no es persona totalmente vulnerable y desvalida, el otro pariente que no le asiste no comete omisión impropia, sino, por mucho que tenga un deber especial (no sólo moral, sino incluso jurídico-civil de asistencia), una omisión propia de garante. Y en el caso de los discutidos deberes supraleales de garante, como entre parientes de grados más alejados o entre parejas de hecho, creo que precisamente por no ser deberes legales claros y precisos, tampoco se da por hecho normativamente –ni jurídica ni sólo socio-

el garante. Pero, como vemos, ello no puede generar equivalencia con la comisión activa. V. mi crítica *supra* IV.B 1, C.2 a.

normativamente— que el sujeto va a cumplir una función de protección ante un eventual peligro para el pariente, ni siquiera aunque éste esté totalmente desvalido; por ello su omisión no es comisión por omisión, sino una omisión propia, p. ej. de socorro, en su caso con una agravante de parentesco.

3) Deberes por participar en comunidad de peligro y deberes por comunidad de vida

En los supuestos de comunidad de peligro ya vimos *supra* III.4 a 2) que muchas veces no hay deber jurídico de garante; y en todo caso, será frecuente que no haya equivalencia. Suponiendo que hubiera deber de garante recíproco entre los implicados en una comunidad de peligro, lo que es más que discutible y sólo se puede aceptar si lo han pactado previamente (v. *supra* III.4 a 2), en absoluto se da por descontado que vayan a proteger seguro al otro en caso de peligro montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra o soldados en una acción bélica, o en casos de emergencia como incendios, naufragios, catástrofes naturales, secuestros, bombardeos o similares los pasajeros de barcos, aviones, trenes o metros, huéspedes de hoteles, visitantes del edificio, etc., y por ello su omisión de salvamento nunca será comisión por omisión. En cambio, además de tener posición de garante por contrato, no es igual la situación en el guía alpino jefe de la expedición que la del resto de montañeros compañeros de cordada, pues los participantes se confían plenamente para las emergencias al guía, no a los otros, por ello no contratan a otro guía y se da por seguro que éste va a proteger, por lo que su omisión sí podrá constituir comisión por omisión dolosa o imprudente. Distinto es el caso del mando, oficial, suboficial pese a tener posición de garante respecto de sus soldados en caso de acción bélica, ya que no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, pues los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él (sobre esas dos situaciones v. ya *supra* V.3 f, 2º), ni se da por hecho que los mandos vayan a proteger seguro a sus soldados subordinados, por lo que la omisión de los mandos no será comisión por omisión sino omisión propia agravada. Por último remito a lo expuesto anteriormente sobre la situación de otros profesionales o cargos con posiciones de garante de protección en caso de emergencias, como bomberos o miembros de unidades militares en casos de incendios, donde habrá comisión por omisión porque se da por hecho su intervención protectora de bienes jurídicos si ya están en el incendio, pero ello no es así y por tanto sólo omisión propia agravada y responsabilidad disciplinaria si no intervienen con plena

eficacia y prontitud para llegar al incendio (v. *supra* V.3 f, 2.º, V.4 a 1 d’); o las tripulaciones de barcos o aviones en casos de emergencia como naufragios o necesidad de evacuación por accidentarse la nave tienen estrictos deberes legales de garantía frente a los pasajeros (v. *supra* III.4 a 2), dando prioridad absoluta a la evacuación y salvamento del pasaje antes que la tripulación, pero además normativamente, social y jurídicamente, se da indudablemente por descontado que la tripulación procede así y que es seguro que los pasajeros van a estar protegidos por la tripulación dentro de los medios disponibles, por lo que si en algún caso insólito el capitán o tripulantes pudiendo no protegen a pasajeros y p. ej. se salvan ellos mismos, cometerán en comisión por omisión homicidios o lesiones²⁴⁴.

La *comunidad de vida* no siempre genera auténticos deberes entre sus integrantes. Pero cuando surjan deberes por vida en común o comunidad de vida, no siempre serán deberes jurídicos de garante *sensu stricto* y en todo caso, como regla no hay equivalencia:

En los supuestos de comunidad de vida o vida en común, incluso en los de convivencia en el hogar o morada, donde hay una confianza recíproca mucho mayor, incluso obligada por la situación, y en donde se puede mantener (como SCHÜNEMANN) que hay un pacto recíproco de protegerse de los eventuales peligros que puedan surgir para el otro en la convivencia cotidiana, hay que sostener por las mismas razones que en la comunidad de peligro, pero con más motivo aún dado que ni siquiera es auténtica comunidad de peligro²⁴⁵, que ***en la mayoría de los casos no hay comisión por omisión***: no hay equivalencia con la comisión activa porque generalmente la omisión de apoyo o ayuda por el otro conviviente ante un peligro que surge para el otro por un accidente o incidente cotidiano o incluso por una repentina enfermedad o ataque grave, y aunque el amenazado no pueda valerse por sí mismo, por supuesto no crea ese peligro, pero tampoco lo aumenta socio-normativamente, ya que el omitente no lo tenía bajo control fácticamente, pero tampoco se considera sacionormativamente que lo tenía bajo control

²⁴⁴ Por esos y otros delitos se condenó en 2015 al capitán F. Schettino, al mando del crucero italiano Costa Concordia, que en enero de 2012 encalló y volcó frente a las costas de la Toscana, y escandalosamente el capitán abandonó el barco antes de que se evacuara a todo el pasaje, fingiendo incluso estar aún en el barco en llamadas telefónicas que tuvo mediante su móvil con la capitania marítima, en cuyo naufragio resultaron cinco pasajeros muertos y cientos heridos.

²⁴⁵ Cfr. lo que he expuesto *supra* n. 105 frente a la afirmación de SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 = Fundamento y límites, 2009, 405, de que la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio.

por dar por descontado, por seguro, que lo está controlando²⁴⁶, y que se pueda afirmar que entonces repentinamente el omitente decide dejar el control, incrementando así el peligro.

Como hemos visto (*supra* V.3 h 2 a'), ello sólo sucederá y sí habrá comisión por omisión cuando los convivientes bajo la protección del garante tengan una total vulnerabilidad o desvalimiento constitucional (niños muy pequeños, inválidos o con una minusvalía muy severa o enfermos muy graves, ancianos desvalidos), donde sí se da por seguro que el garante protector con el que conviven intervendrá y que por ello el bien jurídico está blindado frente a eventuales peligros, pero no en los restantes casos de convivientes sin ese total desvalimiento o vulnerabilidad, a los que de pronto les surja un peligro o emergencia.

4) Asunción voluntaria y transferencia de función de protección

Por sí sola la asunción voluntaria de una función de protección (sobre cuyo posible carácter de deber jurídico de garante y su fundamento v. *supra* III.4.a 4), III.6) no generará equivalencia, salvo que la asunción de la protección genere mayor indefensión del sujeto protegido, que por confiar ya no pueda protegerse o excluya la protección por otros; en ese caso la omisión supone crear, incrementar o descontrolar un riesgo que se suponía mucho menor (equivale al impedimento activo de cursos causales salvadores ajenos: v. *supra* texto correspond. a n. 233).

No hay peculiaridades especiales en cuanto a la omisión de su deber de protección por el delegado a quien se le ha transferido dicha misión por el delegante, ya que, o bien acepta dicho cometido en virtud de pacto o contrato o le viene legalmente impuesto, y por consiguiente rigen los criterios generales respecto de los deberes de protección en virtud de contrato o del cargo (*supra* V.4.b 1, *infra* V.4.b 5). Y como ya hemos visto, el delegante conserva sin embargo a veces un deber de supervisión del cumplimiento de su función de protección por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de

²⁴⁶ Por tanto no es compartible la afirmación de SCHÜNEMANN, 1971, Grund und Grenzen, 1971, 356, 354= Fundamento y límites, 2009, 406, 404, de que en la comunidad de vida en relación a los peligros de la vida cotidiana en el hogar el garante tiene el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, incluso en caso de un ataque cardíaco repentino. Es más correcto comprobar, o bien, como propone MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/38 s., 45-47, si realmente el omitente ejerce el control efectivo sobre el peligro que surge, o bien con la fórmula aquí propuesta, si en el caso en cuestión ello se daba por hecho, por descontado.

comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación como cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, participación punible si es dolosa, pero atípica si es sólo participación imprudente (v. *supra* V.4.a 3).

5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo

Los garantes de protección por funciones orgánicas o del cargo público (generalmente de origen legal, pero otras veces contractual o por asunción: v. *supra* III.4.a 4)), y lo propio cabe decir de los agentes o profesionales privados encargados de dichas funciones por delegación de la autoridad, si no la prestan, realizarán un delito en comisión por omisión o por el contrario sólo una omisión propia de garante dependiendo de si normativamente se da o no por hecho que van a proteger seguro y que con su presencia el bien jurídico está blindado frente a un eventual peligro. Y ello depende de la interpretación socio-normativa y jurídica según los supuestos.

Cabe apuntar que muy probablemente se puede dar por descontada la intervención protectora de los funcionarios que tienen esa misión, p. ej. policías o integrantes de servicios públicos de atención a indigentes sin hogar, *ante un peligro grave para personas totalmente vulnerables y desvalidas*, en cuyo caso su insólita no intervención sería comisión por omisión dolosa o imprudente de homicidio, lesiones, etc. (o participación en comisión por omisión si el peligro proviene de una actuación delictiva de terceros). Pero ello *no será así frente a peligros que afectan a personas sólo parcialmente desvalidas*, porque lamentablemente la experiencia muestra que en tal caso no se puede dar por segura la protección pronta y eficaz de los funcionarios policiales o asistenciales; por ello su incumplimiento del deber producirá sólo una omisión propia agravada por ser garantes, como denegación de auxilio, omisión por funcionario de impedir delitos, omisión de socorro con la agravante de abuso de carácter público. (Como se ve, esta distinción para los funcionarios coincide con el criterio general propuesto *supra* V.3 h 2 a'). Y también vimos que desgraciadamente las autoridades y funcionarios policiales o penitenciarios no siempre cumplen su deber de impedir torturas o vejaciones a detenidos o presos a su cargo, y que, por ello, para evitar que sea una simple omisión propia, algunos CP como el español en su art. 176 han tenido que equiparar expresamente tal omisión a la comisión activa de la tortura o atentados a la integridad moral: v. *supra* II.6, V.3 g. Por otra parte, aplicando el criterio general ya expuesto *supra* V.3 h 2 b', también se podrá dar normativamente por hecho

que van a brindar su función protectora si se trata de *una misión específica muy eficaz y fiable* del funcionario; p. ej. si la labor controladora de cuentas públicas o de entidades privadas de los interventores públicos se considera no sólo supervisión y control de peligros, sino protección de bienes jurídicos colectivos o incluso privados.

Esta posición diferenciadora aquí defendida es por tanto divergente de la opinión bastante extendida de afirmar la equivalencia por tratarse de cometidos específicos y legalmente previstos de funcionarios públicos, en vista de que la Administración tiene precisamente la misión de proteger a la sociedad y los ciudadanos. Sobre los supuestos en que, fuera de los criterios aquí defendidos como regla, excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de estos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* V.6

5. Aplicación del criterio de equivalencia defendido en la participación por omisión²⁴⁷

a) Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión: cooperación por omisión

Puede suceder que la omisión de un garante sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, normalmente cooperación por omisión. Esto desde luego ocurrirá en primer lugar si el tercero tiene indiscutiblemente el dominio del hecho por realizar activamente el delito y con ello excluye que la omisión del garante pueda crear o aumentar el riesgo controlándolo y sobre esa base dominar el hecho; en tal caso la omisión del partícipe sólo creará un riesgo, no de dominar o determinar el hecho, sino de favorecer o facilitar el hecho que domina o determina otro con su actuación positiva. Así si un vigilante armado y con conexión a sistemas de alarma, contratado en un comercio o una empresa para dar seguridad durante el horario nocturno o en días no laborables (garante de protección) y del que se da por descontado que cumplirá su función protectora, sorprendentemente, porque lo han sobornado o por

²⁴⁷ Sobre participación (en especial cooperación) por omisión, de la que ya me ocupé en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 ss.; LL 1986-3, 535 ss.; tb. en EPen, 1991, 225 ss., cfr. ampliamente los importantes trabajos de RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013; La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores, [en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, 2016, 157 ss.](#); tb. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/124-170; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 180 ss., 157 ss.

represalias o venganza contra la empresa, no impide que entren ladrones en los locales y roben ni avisa tampoco a la policía. Hay que subrayar que facilitar es hacer más fácil, quitar algún obstáculo o dificultad, con ayuda material, como en el caso anterior, o psicológica que refuerce su propósito, al autor que realiza el tipo. Apoyo psicológico hubo en el caso del tío que, tras hacer que su sobrina subiera a un coche de unos jóvenes por la noche confiada por estar él a bordo (cooperación que es dudoso si era activa u omisiva), presenció impasible sin marcharse y sin recriminarles o intentar evitar su conducta cómo los dos jóvenes violan reiteradamente a su sobrina y acaban matándola (supuesto de la STS 31-1-1986²⁴⁸), pasividad estando presente que constituía un claro apoyo moral a los violadores, probablemente aún mayor si por el parentesco próximo se le considerara garante, pero que es perfectamente posible también en un no garante.

Pero en segundo lugar también puede una cooperación por omisión facilitar la autoría por un garante de un delito en comisión por omisión: El favorecimiento puede ser simplemente moral, reforzando la resolución delictiva del autor, p. ej. si uno de los padres está bañando en casa a un niño de un año y de pronto lo deja solo en la bañera porque se va al cuarto de al lado a ver en televisión una parte decisiva de una retransmisión deportiva y el niño empieza a ahogarse, cuyo padre sería autor de lesiones o incluso homicidio en comisión por omisión, normalmente con dolo eventual, y un vecino que lo presencia se dedica a comentar el evento con el padre, en vez de incitarle a volver inmediatamente con el niño o de salvarlo él mismo, y ese vecino tendría responsabilidad como cooperador moral por omisión del padre²⁴⁹, que es más grave que una mera omisión de socorro. O puede ser un favorecimiento material por omisión que no llega a dominar el hecho: así si un tercero, que vive en el domicilio y se ha comprometido a adquirir los paquetes de leche maternizada y traérselos a una madre que acaba de tener un bebé, está de baja maternal y lo alimenta con biberón, pero sin el menor entusiasmo y duda incluso si dejar morir al niño como aquél sabe, no le trae dichos paquetes a la madre, haciéndole así materialmente más fácil no alimentar al

²⁴⁸ A 211; sent. comentada ampliamente por mí: LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 ss.; LL 1986-3, 535 ss.; tb. en EPen, 1991, 225 ss.

²⁴⁹ Planteamos como cooperador a un vecino no garante, porque si quien se pusiera a conversar con el padre animándole a seguir viendo la televisión fuera a su vez garante, p.ej. la madre, entonces sería también autora de lesiones u homicidio en comisión por omisión, ya que, además de ser garante, social y jurídicamente se daría por descontado que ella controlaría de inmediato el riesgo para el niño, así que con su omisión aumenta el peligro que se suponía controlado y domina o determina el hecho junto con la omisión del padre.

bebé, que acaba muriendo; y aquí es igual a efectos de cooperación si el tercero es un no garante o es incluso otro garante, el padre del bebé (ello sólo supondría una agravante de parentesco igual que en la autora), pues éste no tiene el dominio y el control del hecho, que queda en manos de la madre.

b) ¿Inducción por omisión?

En principio no parece posible que una omisión por un tercero, aun cuando sea garante, de disuadir a una persona de la posibilidad que se plantea o le plantean otros de que cometa un delito, pueda crear en el autor una resolución criminal que no tenía y por tanto ser inducción por omisión; pero sí podrá considerarse cooperación moral o psíquica si esa actitud exteriorizada de no disuadir a quien ya quiere cometer un delito, le refuerza psíquicamente en su resolución, en cuyo caso valorando las circunstancias el juez decidirá si esa cooperación moral es simple complicidad o, por ser decisiva para acabar el autor de afianzarse en su propósito, cooperación necesaria. Ello salvo algún caso absolutamente excepcional en que la pasividad de una persona pueda interpretarse como incitación al delito de otra, que se produzca con esa finalidad y que efectivamente induzca al otro a delinquir²⁵⁰. Aparte de ello supone un obstáculo añadido al conceptual la fórmula del Derecho positivo español, que dice “los que inducen *directamente* a otro” (art. 28, 2.º a CP, como en el art. 14, 2.º de los anteriores CP), lo que requiere inducción o instigación expresa y no mediante silencio u omisiva.

6. Excepción: no aplicación del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo en algunos contados supuestos de delitos de infracción de deber dolosos o imprudentes

Ahora bien, aparte de la regla general expuesta que requiere para la total equivalencia con la comisión activa no sólo posición de garante sino también que la omisión suponga creación o incremento decisivo de un peligro que resulte descontrolado (con dominio del hecho o con mero favorecimiento de un hecho ajeno), puede haber excepcionalmente supuestos de admisión de una comisión por omisión sin concurrir dichos requisitos de equivalencia: se trata de delitos de infracción de deber en sentido estricto en los que hay otra forma de imputación del resultado a la conducta

²⁵⁰ Así lo expongo en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 87 n. 36 = EPen, 1991, 244 n. 36, añadiendo: “P. ej., una persona a quien otro intenta persuadir de que cometa un delito, sin que le esté convenciendo, cambia de opinión y se siente movido por primera vez a delinquir cuando observa el silencio y la no desaprobación de un tercero que para él tiene mucha autoridad moral, lo que interpreta correctamente como un asentimiento o incitación de ese tercero”.

omisiva del sujeto: la *imputación como autoría por el mero incumplimiento de un deber especial de garante*. Ello puede ocurrir en primer lugar en los casos contados de tipos de la Parte especial que ya en su forma dolosa constituyen delitos de infracción de deber, con independencia de la forma de intervención activa u omisiva, con o sin dominio del hecho, como p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado que indebidamente accede o permite que otros accedan a los documentos o que realiza o consiente la destrucción o inutilización de medios para impedir el acceso²⁵¹; v. *supra* II.7 b 2).

Pero especialmente importante es la excepción en algunos casos de delitos imprudentes que cabe entender como delitos de infracción de deber, en los que lo único decisivo es la vulneración de un deber especial por el sujeto, sin que importe si hay autoría por dominar o determinar objetivamente el hecho o sólo favorecimiento de un hecho ajeno o sólo permitir que se produzca. Sin que la conducta suponga una creación o aumento de peligro que además determine objetivamente y positivamente el curso del hecho, sin embargo puede interpretarse, como ya apunté en 1989 como excepción al criterio de la determinación objetiva del hecho, que habrá *autoría imprudente en comisión por omisión por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro* y poder interpretarse que ello es decisivo para el sentido de la ley que establece el deber especial del garante que al mismo tiempo es un deber especial de cuidado a efectos de imprudencia. Ejs. no supervisar el legalmente obligado si en un local o establecimiento que acoge, al menos en ocasiones a gran cantidad de personas, como una sala de fiestas o de conciertos, discoteca, cine, teatro etc., existen y funcionan correctamente las debidas salidas de emergencia, o los extintores de fuego requeridos reglamentariamente. Con independencia de que se podrá afirmar también la equivalencia, pero además la determinación objetiva del hecho, respecto de la conducta omisiva de su deber primario de control de los dueños o responsables del local, me parece que al menos es totalmente adecuado afirmar para *la omisión por las autoridades o funcionarios legalmente responsables de dicha supervisión, vigilancia y control o por otros profesionales encargados de dicha misión por la autoridad* administrativa que equivale valorativamente “según el sentido del texto de la ley a la causación activa” del resultado

²⁵¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 12/27.

dañoso: pues la pena del delito imprudente es mucho menor que la del correspondiente delito doloso, lo que permite considerar aquí ese incumplimiento de la supervisión como axiológicamente equivalente a la producción mediante causación activa del delito de homicidio, lesiones o estragos (lo que no sucedería en el delito doloso), se puede además estimar que ese es precisamente el sentido de la norma de cuidado de la legislación administrativa que está en la base del tipo penal imprudente como norma infringida, y la misión de vigilancia y control de esos factores de riesgo por los funcionarios públicos precisamente hace que el público confíe, dé por hecho que se cumplen las medidas de seguridad legalmente previstas para emergencias y riesgos repentinos y por ello acuda masivamente al local.

VI. La existencia de una categoría intermedia: las omisiones propias de garante (que no llegan a equivaler a la comisión activa). Soluciones de tratamiento punitivo superior a la omisión propia e inferior a la comisión por omisión

1. Introducción

Como hemos expuesto reiteradamente, hay múltiples supuestos de omisiones de evitar un resultado lesivo por parte de garantes de control o de protección que sin embargo no equivalen a la causación activa y por ello no cumplen los requisitos típicos del delito comisivo correspondiente y por tanto no son comisión por omisión. SILVA SÁNCHEZ ha denominado (1986) con acierto a estas conductas como “omisiones propias (o puras) de garante” (y después también omisiones puras o propias agravadas), señalando que constituyen una categoría de gravedad intermedia entre la omisión propia y la impropia, porque, aunque no llegan a la comisión por omisión de un delito de resultado y son por eso una omisión propia, sin embargo la gravedad de su ilícito es considerablemente mayor por no ser el simple incumplimiento de un deber general de ayuda o fomento por un ciudadano cualquiera, sino el incumplimiento de un deber especial de evitar el resultado impuesto a un garante jurídicamente obligado a ello²⁵².

²⁵² Así SILVA, El delito de omisión, 1986, 336 ss, 343-348; CPC 1989, 381 y n. 66; CDJ 1994-XXIII, 19 El nuevo CP: cinco cuest., 1997, 70 ss. = en Cobo, dir., Coment CP, I, 1999, 466 ss. (en ambos textos la llama tb. “omisiones de gravedad intermedia”); en Problemas específicos de la aplicación del CP, CGPJ, 1999, 153 ss. Siguiéndole, entre otros, yo mismo: LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 85 (y generalmente los autores que me siguen, cits. *supra* en n. 184); Estudios Penales, 1991, 241 s.; PG, 3.^a 1996, 31/152 s.; GRACIA MARTÍN, NFP 61 1999, 154; DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 592 ss.; ROSO, ForFICP 2017-1, 237 ss.; El delito comisivo omisivo, en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin Dr.h.c. UIGV, Lima, en prensa 2017, V. SILVA cita en El delito de omisión, 1986, 346 n. 286, como antecedentes, aunque sin esa denominación, las propuestas de algunos autores alemanes de crear tipos agravados de omisiones propias,

Sin embargo, los Códigos no suelen prever tipos de omisiones puras agravadas por la circunstancia de ser un garante su autor, salvo alguna contada figura típica como en el art. 195.3 (489 bis –luego ter–, 3º del CP anterior) la omisión de socorro agravada por la previa ingerencia del omitente.

2. Propuesta de SILVA: tipos omisivos puros de la PE agravados

Ante ello caben dos soluciones legislativas de *lege ferenda* para dar adecuada cuenta de la entidad de estas figuras intermedias: pueden crearse, o bien en la Parte especial tipos agravados o cualificados para garantes en las omisiones propias, o bien una cláusula agravatoria en la Parte general, guardando proporción la agravación con el tipo de resultado no evitado. SILVA ha propuesto la primera solución, es decir, crear en las figuras de omisiones propias tipificadas en la Parte especial (omisión de socorro, de impedir o denunciar delitos, de perseguir su comisión, denegación de auxilio, etc.) cualificaciones o tipos agravados en general cuando el autor sea un sujeto especialmente obligado como garante a evitar un resultado, pero su omisión no equivalga a la comisión activa; la pena sería superior a la de la omisión propia del ciudadano normal, pero inferior a la del delito de resultado²⁵³. No obstante, esta solución presenta una importante carencia, y es que son muy pocos los tipos existentes en la PE de omisiones puras y por tanto no todos los supuestos de no evitación por un garante de un resultado lesivo que no llegue a la comisión por omisión iban a coincidir con esos tipos de omisiones propias para poder introducir cualificaciones en las mismas. Y en segundo lugar, incluso en las omisiones propias tipificadas como la omisión de socorro esta solución tampoco tiene en cuenta la proporción con la gravedad del resultado no impedido por el garante, ya que no es igual de grave que éste no socorra para evitar una muerte que para evitar unas posibles lesiones no graves.

Así era la regulación de la redacción inicial (en 2008) del art. 23, 2.º CP nicar.: aumentar a penas superiores a la típica las penas de las correspondientes figuras de omisión propia. Pero tenía el inconveniente, como acabamos de ver, de que habrá muchas omisiones propias de garante de evitar resultados en las que no haya figuras de un delito base de omisión propia, como la de socorro o la de impedir delitos, que se pudieran agravar. Seguramente por ello en

especialmente de la omisión de socorro: así una tesis doct. de FREIENSTEIN, *Lasst sich die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten auch auf die Verletzung sittlicher Pflichten zurückführen?*, 1936, y sobre todo SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendung*, 1974, 346; y ROXIN, *Política criminal*, 1972, 47; *JuS* 1973, 200 n. 36 (esta última cita de Roxin la hace SILVA tb. en *El nuevo CP: cinco cuest.*, 1997 71, n. 182; en Cobo, dir., *Coment CP, I*, 1999, 467 n. 66).

²⁵³ Así SILVA, lugs. cits. en n. anterior.

2012 se cambió la redacción de ese párr. 2º por una en que al garante se le rebaja la pena a la inferior a la del delito de resultado (resultado que no ha evitado): v. *infra* 4., n. 254.

3. Solución del § 13. 2 StGB: aplicar la atenuación facultativa a la pena del delito de comisión activa a una omisión que se considera impropia

La segunda solución apuntada la permite realmente la regulación del § 13 del StGB alemán, que tras exigir para la comisión por omisión en el apartado 1 además de un deber jurídico especial correspondencia con la realización del tipo legal mediante un hacer (lo que ya sabemos que es algo menos estricto que la equivalencia), admite no obstante en el ap. 2 una posible (facultativa) atenuación de la pena conforme al § 49, 1, quedando por debajo del límite mínimo de la pena típica. Una disposición similar contiene p.ej. el art. 13.2 CP peruano de 1991. Esta regulación, si se aplica a las omisiones propias de garante, tiene la ventaja de poder abarcar todos los supuestos sin depender de si la conducta coincide o no con una omisión propia ya tipificada en la PE. Pero presenta el grave inconveniente conceptual de que el precepto no dice que la atenuación, que es facultativa, se aplica a los casos en que la omisión del garante no corresponda a la realización activa del tipo, sino que sigue aplicándose a la conducta en que buenamente el tribunal lo estime más justo pero que sigue siendo de “comisión por omisión”, como reza la rúbrica del precepto.

4. Solución preferible: regulación en la PG y aplicar, por no ser comisión por omisión, una atenuación obligatoria a la pena del correlativo delito de comisión activa si hubiera equivalencia

Por eso la solución preferible parece regular estas omisiones intermedias en la Parte general, y concretamente como segundo apartado del art. 11, pero dejando claro que se trata de aquellas omisiones de garante que no son comisión por omisión porque no equivalen a la causación activa, y que por ello obligatoriamente debe atenuarse la pena quedando por debajo de la del delito de comisión activa²⁵⁴. Mi propuesta por tanto es un nuevo apartado 2 del art. 11 que se exprese en términos parecidos a estos: “2. Si la no evitación del resultado, pese a infringir un especial deber jurídico del autor, no equivale

²⁵⁴ Tal regulación general, que es la que tras la reforma por L n° 779/2012, de 1-1, dispone ahora el art. 23,2º del CP nicar., tiene la ventaja de que no habría que crear en la Parte especial, para evitar lagunas, ni nuevos tipos de omisiones propias con agravación en su caso para los garantes, ni una enorme cantidad de preceptos en los que se atenuara la pena del tipo de resultado para la correspondiente omisión por un garante de evitar el correspondiente resultado pero sin llegar a la comisión por omisión. Y tiene la adicional ventaja, ya indicada, de guardar proporción con la gravedad del resultado no evitado por el garante.

según el sentido del texto de la ley a su causación, se impondrá la pena inferior en dos grados [o en uno o dos grados] a la del correspondiente delito de resultado”, que obviamente podrá ser doloso o imprudente. Ello significaría p. ej. para una omisión propia de garante que dolosamente no evita la muerte de una persona la pena inferior en dos grados a la del homicidio (prisión de 10 a 15 años según el art. 138), es decir, una pena de prisión de 2,5 a 5 años, en vez de la pena de multa de la omisión de socorro del no garante en el art. 195.1 y de la actual pena agravada de prisión de 6 meses a 4 años en el art. 195.3 para la omisión de socorro del previo ingerente²⁵⁵.

²⁵⁵ Esta propuesta la he formulado y fundamentado en mi PG, 3.ª 2016 31/155, tras señalar en 353 s. los problemas de las otras alternativas.