

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho.

**Universidad de La
Laguna.**

Curso: 2020/2021.

Convocatoria: JULIO.

DELIMITACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE OMISIÓN PURA Y DE COMISIÓN POR OMISIÓN

*[Delimitation between the crimes of pure omission and
commission of omission]*

Claudia Azuaga Plasencia

Tutor: Esteban Sola Reche

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN

La distinción entre omisión pura y comisión por omisión ha generado una permanente discusión objeto de estudio por la doctrina científica y en la decisiva fundamentación jurídica de resoluciones judiciales. Y se ha hecho evidente que con una muy importante trascendencia práctica. En la legislación española esas distinciones se han entorpecido con la introducción en el CP de 1995 de una muy desafortunada cláusula de identificación de la comisión por omisión en el art. 11.

Este trabajo trata de ilustrar los factores de esa distinción y su traducción con la referencia al Derecho positivo. Poniendo de manifiesto las implicaciones de la diferente estructura típica de una clase y otra de omisión. Y que los distintos criterios considerados mantienen la importancia de un debate que no está en condiciones de cerrarse.

ABSTRACT

The distinction between pure omission and commission by omission has generated a permanent discussion under study by scientific doctrine and in the decisive legal foundation of judicial decisions. And it has become evident that with a very important practical significance. In Spanish legislation, these distinctions have been hampered by the introduction in the 1995 CP of a very unfortunate clause identifying the commission by omission in art. eleven.

This work tries to illustrate the factors of this distinction and its translation with the reference to positive law. Revealing the implications of the different typical structure of one class and another of omission. And that the different criteria considered maintain the importance of a debate that is not in a position to close.

Sumario

1. La distinción entre la omisión pura y la comisión por omisión: interés de la cuestión	4
1.1 Planteamiento y casos	4
1.2 Implicaciones de carácter sistemático	12
1.3 ¿Diferentes situaciones típicas? (tipo objetivo y subjetivo de cada uno de ellos) ...	15
2. Criterios de distinción.....	24
3. Aplicación de los criterios.....	33
4. Conclusiones	38
5. Tabla de jurisprudencia	43
6. Bibliografía	45

1. La distinción entre la omisión pura y la comisión por omisión: interés de la cuestión

1.1. Planteamiento y casos.

1. En el prólogo a la segunda edición de la editorial Tecnos del Código Penal de 1995, Gimbernat Ordeig hacía unas severas objeciones al texto con el que culminaron algunos de sus preceptos. Especialmente críticas dirigidas a la regulación de la comisión por omisión en el art. 11 del CP, en la que se opta por una determinada dirección que parece anclada en el Mezger de 1933, y en la entonces todavía dominante teoría del deber jurídico, que desconoce la crisis por la que atraviesan las categorías doctrinales de la omisión impropia tanto en España como en Alemania, adoptando el criterio de la injerencia a pesar de las críticas recientes y crecientes de las que está siendo objeto, ignorando de esta forma las aportaciones realizadas por Silva Sánchez el mayor especialista nacional de la omisión.

1

Por lo que se refiere al fondo de la regulación del art. 11 del CP se establece, en primer lugar, la temprana adopción de la teoría del deber jurídico, que, por su parte, Gimbernat Ordeig critica, ya que debiera haberse añadido y haberse previsto la posibilidad de atenuación -vinculada de forma prácticamente unánime, como su reverso, a aquella teoría- para la comisión por omisión. En segundo lugar, critica que el art. 11 del CP es sumamente confuso, ya que no se establece si la omisión equivale a la acción siempre que concurren los requisitos a) y b) del art. 11 del CP 9, o si es preciso, además, que “según el sentido del texto de la Ley (la omisión) equivalga a su causación (del resultado). Por último, el art. 11 del CP 95 establecía el criterio de la injerencia como fundamento de una omisión impropia, sin embargo, el art. 195.3 del CP 95 al injerente causante de un accidente se le hace responder inconsecuentemente, no por un delito consumado contra la vida o la integridad física en comisión por omisión, sino por una omisión pura la cual, por consiguiente, diga lo que siga el art. 11 del CP 95, “no equivale a una acción”; y que, aunque en el art. 11 a) del CP 95 se afirma que la omisión equivale a una acción “cuando exista una específica obligación legal de actuar”, el padre que, infringiendo su específica obligación

¹ Gimbernat Ordeig (1997), *Prólogo a la segunda edición del CP*, págs. 69 ss.

legal, no impide que su hijo menor se prostituya, se le hace responder, en el art. 189.2 del CP 95, de una omisión pura sancionada con pena de multa y no, como se derivaría lógicamente del referido art. 11 a) del CP 95, de un favorecimiento de la prostitución en comisión por omisión del art. 187.1 del CP 95, castigadas con prisión de uno a cuatro años y multa.²

También critica que el CP acaba tratando como omisiones puras a inactividades que, según lo previsto en los supuestos a) y b) del art. 11, deberían constituir en principio comisiones por omisión, ya que según la voluntad objetiva de la ley y conforme a una interpretación integradora y conjunta de todo el CP 95, el criterio de la posición de garante ni es decisivo ni tampoco exclusivo, y que, en consecuencia, a la omisión sólo se le podrá imputar el resultado cuando aquella equivalga, de acuerdo también con el art. 11, párrafo 1º - que es donde se encerraría el criterio legal determinante y abierto de equiparación-, cuya formulación ha de ser interpretada estableciendo, primero, cuales son los mecanismos que permiten atribuir una lesión típica concreta a una acción, y determinando, después, cuándo la omisión presenta lo que Sánchez Silva denomina “una identidad estructural” con aquella.

3

2. Debido a los cambios que debía presentar el nuevo Código Penal de la época, el Código Penal actual es su art.1.2 establece que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”, en relación con este precepto el art. 25.1 de la CE que según él “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” estableciendo de esta forma la irretroactividad de la ley penal.⁴ Asimismo, el art. 10 del CP parte de que “son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley” como disposición general sobre los delitos, haciendo así referencia a que sólo se castigarán las omisiones puras o las comisiones por omisiones que se encuentren reguladas en el Código Penal.

La omisión es definida por la RAE como aquella “falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”. Sin

² Gimbernat Ordeig (1997), *Prólogo a la segunda edición del CP*, pág. 69.

³ Gimbernat Ordeig (1994), “Causalidad, omisión e imprudencia”, págs. 25 ss.

⁴ V. también las Disposiciones transitorias 1º y 2º del CP.

embargo, según Gimbernat Ordeig, es “*aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara*”⁵.

3. A este respecto, Silva Sánchez sostiene que la omisión punible es el juicio de imputación de la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico.⁶

De modo que para la omisión parece que es preciso construir una teoría distinta a la establecida para la acción, porque hay cuestiones propias de los delitos de acción, e los delitos de comisión activa, que no se plantean en los delitos de omisión. La construcción de tal teoría parece absolutamente necesaria al darse, en la mayoría de los códigos penales, una declaración inequívoca en el sentido de que hay que sancionar omisiones, esto es, que no sólo son punibles las acciones, las realizaciones activas, sino también las realizaciones omisivas de delitos.⁷

4. Tal comportamiento pasivo nos lleva a establecer dos tipos de omisiones, distinguiéndose entre omisión pura y comisión por omisión. Distinción bipartita sostenida por gran parte de la doctrina, a diferencia de otros autores que la consideran insuficiente por entender que no abarcan todas las posibles clases que se pueden presentar⁸. Sin embargo, será la distinción que utilizaremos, delimitándola a lo largo del trabajo.

5. El Código Penal contiene delitos tanto de omisión pura (art. 195 del CP sobre la omisión del deber de socorro, el art. 450 del CP en cuanto a la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, o incluso el art. 408 del CP en relación al delito de abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos, faltando de esta forma a la obligación de su cargo, ya que la omisión no ha de producir un resultado concreto, sino que la omisión por si misma ya es castigada aunque no se produzca tal resultado) como de comisión por omisión (art. 178 del CP ante agresiones sexuales, en relación con el art. 11 del CP que establece que aquéllos delitos que produzcan un resultado sólo puede ser

⁵ Gimbernat Ordeig, (2007), “*Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*”, pág. 583.

⁶ Silva Sánchez (2006), “*La imputación del resultado de la omisión*”, pág. 195.

⁷ Silva Sánchez (2010). “*El delito de omisión. Concepto y sistema*”, págs. 30 y ss.

⁸ Rodríguez Vázquez (2017), “*Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos*”, pág. 86.

cometido por omisión, cuando la no evitación del delito, suponga infringir un especial deber jurídico del autor, y que esto conlleve a su causación). Asimismo, se establece como prototipo del delito de comisión por omisión el art. 138 del CP en cuanto el homicidio se realice con la no realización de una acción que suponga un resultado concreto, que en este caso sería el fallecimiento de la persona, y sería un buen ejemplo de que tal omisión equivale a su modalidad activa castigado por el precepto mencionado. Otro ejemplo, es el art. 226 del CP en relación con el delito abandono de familia, cuando el que sin justa causa no cumpliere las obligaciones inherentes a los padres o abandonare el domicilio familiar.

Por tanto, el delito de omisión pura se define como *“aquella que tiene lugar cuando el sujeto incumple un deber de actuar, sancionándose independientemente del resultado acaecido, es decir, se produzca o no un resultado y, produciéndose éste, cualquiera que sea su gravedad”*; con un paralelismo con los delitos de comisión por omisión puesto que en éstos también se exige *“la producción de un resultado y su imputación a la omisión realizada”*⁹

6. Sin embargo, la comisión por omisión se trata de delitos de resultado, que, aunque estén tipificados en su modalidad activa pueden ser cometidos por omisión conforme al art. 11 del CP, cuando se verifican los requisitos previstos en el mismos. Estos requisitos, nos indican, en definitiva, cuándo un no hacer equivale a causar efectivamente un resultado delictivo.¹⁰

7. Por ello es muy compleja su delimitación, puesto que el mismo delito puede estar perfectamente encajado ante un delito cometido por omisión pura como en un delito de comisión por omisión. Un ejemplo de su dificultad de delimitación la encontramos en el art. 196 del CP, donde el profesional que estuviere obligado denegare asistencia sanitaria o abandone los servicios sanitarios, cuando esto suponga un riesgo grave para la salud de la persona. Este artículo se puede encajar tanto en el delito de comisión por omisión, al entender que ha de darse un resultado de peligro concreto (*“cuando causare un riesgo grave para la salud de las personas”*) ya que conforme al art. 11 del CP se dan una serie de requisitos para

⁹ Rodríguez Vázquez (2017), *“Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos”*, pág. 85.

¹⁰ Navarro/Sola/Romeo (2016), *“El tipo de omisión doloso e imprudente”*, pág. 55 y ss.

poder hablar de esta clase de omisión. Los requisitos son: cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar (el profesional sanitario deniega la asistencia médica o abandona los servicios sanitarios) y también se dará la comisión por omisión cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Sin embargo, el art. 196 del CP objeto de la delimitación, no es un delito de comisión por omisión, sino un delito de omisión pura, puesto que lo esencial en la comisión por omisión no es la posición de garante, sino que la acción equivalga a una omisión. Por todo ello, el precepto se califica como un delito de omisión pura ya que penaliza la omisión de la prestación sanitaria independientemente de si se produce un resultado o no; es decir, dejando a un lado si el paciente termina falleciendo o acarreado un mayor problema, puesto que es de poca importancia el resultado acaecido.

La delimitación resulta compleja para unos determinados delitos sobre si nos encontramos ante una omisión pura o una comisión por omisión. Veamos unos ejemplos, donde la jurisprudencia ha decidido si es uno u otro.

El Tribunal Supremo en su sentencia 613/2018 de 29 de noviembre responde a la cuestión de la delimitación de estos dos tipos penales, estableciendo que: “así la doctrina más autorizada diferencia en la omisión pura el sujeto se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, para combatirlo, dejando que siga su curso y sin responder del resultado, en tanto en la comisión por omisión, ésta crea, desencadena e incrementa el peligro de cuyo resultado responde el sujeto”.

Por tanto, para esta Sala “la dificultad de distinguir la cooperación en los delitos, de la omisión del delito del art. 450 del CP, ha de resolverse a favor de la primera cuando el agente está involucrado en la misma acción delictual, u ostenta una posición de garante que le obliga a impedir que se produzca el resultado. En efecto, en reiterada jurisprudencia de esta Sala, como por ejemplo STS 37/2006 de 25 de enero, 716/2009 de 2 de julio, 25/2015 de 3 de febrero, y 17/2017 de 20 de enero, la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico.

La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”.

8. Además, el Tribunal Supremo añade que: “es cuestionable desde el punto de vista jurídico que cuando el sujeto de la infracción no evita pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico. Pues bien, la jurisprudencia, por ejemplo, STS 1480/99 de 13 de octubre, 27/2007 de 25 de enero, ha admitido la participación omisiva de un delito de resultado, y conforme al actual art. 11 del CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que, teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos: a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice); b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante. A esta concreta posición de garante, formalmente, 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. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado”.¹¹

9. Además, la sentencia establece que: “la inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no

¹¹ ECLI:ES:TS: 2018:4046

por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal. Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento. En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material. Por tanto, si conforme al art. 11 del CP los delitos que consistan en la producción de un resultado solo 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, en el caso que nos ocupa no puede equivaler la omisión de la acción de reclamar el particular la deuda que tiene con la Administración a la acción típica de sustraer o consentir que otro sustraiga las caudales públicos, pues la acción de exigir administrativamente su pago no garantiza efectivamente el cobro y en todo caso, el dinero que constituye el precio, no se encuentra incorporado al patrimonio público y por tanto, no puede ser sustraído”.

10. Se establecen otros ejemplos sobre unos determinados delitos en concreto, delitos dolosos por omisión que el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia, delimita si se tratan de delitos de omisión pura, o de comisión por omisión.

Por un lado, nos encontramos el infanticidio, como por ejemplo la STS de 28 de marzo de 1989, donde el Tribunal Supremo exige expresamente la “posición de garante” en un supuesto de infanticidio por comisión por omisión. En el relato de los hechos probados, se explica cómo la madre, al quedar embarazada de su novio, tuvo una idea fija determinante de su conducta posterior: ocultar el embarazo y al llegar al momento del parto, dio a luz sola y dejó abandonada a la criatura que nació viva. No ligó el cordón umbilical y dejó al recién nacido en una bolsa que depositó bajo un barril de madera. La causa esencial de la muerte

del niño fue “la omisión de los debidos cuidados”. Pudo probarse que la madre actuó voluntaria y conscientemente.

En la sentencia se admite expresamente la posibilidad de que la conducta de la madre revista la modalidad activa (matar) o la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta en relación con esta última de la posición de garante que a la madre corresponde respecto al hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres en el Código Civil.¹²

Por otro lado, la STS de 13 de julio de 1991 sobre un delito de homicidio. Los hechos probados son: los procesados, uno de ellos el recurrente, golpearon repetidamente a la víctima durante largo tiempo. Tanto los procesados como la víctima se encontraban bajo la influencia del alcohol, pero esto no les privaba de su capacidad de conocimiento y voluntad. Después, los procesados abandonaron a la víctima y ésta murió posteriormente. El frío agravó la situación.

La Audiencia había condenado al recurrente por un delito consumado de homicidio. El procesado considera, en cambio, que los hechos fueron constitutivos del delito de lesiones. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Cree que, aunque la agresión no tuviera la entidad suficiente como para producir la muerte, debe condenarse al procesado por el delito de homicidio por no intentar evitar la muerte después del ataque. Se apoya en la teoría de la posición de garante: “... en todo caso, una vez que los propios procesados habían creado una situación tan gravosa para la víctima, se convirtieron en posición de garantes para obviar el resultado dañoso que pudiera producirse, y al no evitar aquél, son autores en comisión por omisión del fallecimiento posterior de la persona a la que previamente habían inferido múltiples golpes, que normalmente debieron producir su muerte, a lo que coadyuvaron las circunstancias ambientales, sin que los procesados hicieran nada por intentar reducir los riesgos que debían haber previsto”.¹³

¹² Alastuey Dobón (1992), “*Delitos de Comisión por Omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, págs.977.

¹³ Alastuey Dobón (1992), “*Delitos de Comisión por Omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, págs. 984.

11. Un ejemplo podría ser la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1977, sobre un delito de inducción al suicidio. Aunque en esta sentencia del Tribunal Supremo condenó por homicidio-suicidio u homicidio consentido por acción, resulta interesante para el estudio del tema que nos ocupa, puesto que en ella el Tribunal se ratifica en su posición de admisión de la posibilidad de apreciar la comisión por omisión del delito de auxilio e inducción al suicidio.

Se trata de dos amantes que desean quitarse la vida y realizan con ese fin acciones paralelas: inyectarse un veneno. El sobrevive e inyecta él mismo veneno a su amante, que muere.

Este es el Considerando de la sentencia que expresa lo siguiente: “El 409 castiga la inducción y auxilio al suicidio que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesorio y tanto activa como pasiva, que requiere el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas, pero también a móviles abyectos. El 409 castiga también el auxilio al suicidio hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte llamado homicidio-suicidio, homicidio consentido, homicidio consensual, auxilio ejecutivo al suicidio o finalmente homicidio concertado con la víctima que desea morir (...) que requiere por parte del auxiliador una ejecución activa y material”.

En conclusión, el Tribunal Supremo admite el auxilio e inducción al suicidio por omisión, pero no el homicidio-suicidio por omisión.¹⁴

1.2. Implicaciones de carácter sistemático.

1. Los delitos de comisión por omisión, así como los delitos de omisión pura pueden realizarse tanto por tentativa y en su modalidad imprudente.

Comencemos por los delitos de **omisión pura**, en relación con la **imprudencia**, ésta puede surgir tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica o de las propias

¹⁴ Alastuey Dobón (1992), “*Delitos de Comisión por Omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, pág. 989.

posibilidades de intervención, como de la falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada.¹⁵

No obstante, y aunque las omisiones propias imprudentes fuesen estructuralmente posibles, en nuestro Código Penal, en el que rige la excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, al no haber previsto el legislador ningún tipo de omisión propia por imprudencia sólo se castigan las omisiones propias dolosas.¹⁶

2. Sin embargo, en cuanto a la **modalidad imprudente en los delitos de comisión por omisión**, al igual que en el tipo de lo injusto imprudente de acción es necesaria la inobservancia del cuidado objetivamente debido (y que la no evitación del resultado sea consecuencia de tal inobservancia). Y así serían supuestos de comisión por omisión imprudentes, aquellos en los que el sujeto prevé la realización de los elementos objetivos del tipo, pero confía en que no se realicen finalmente; o bien los casos en los que no ha previsto, pero ha podido prever la realización de los elementos objetivos del tipo (el sujeto no se percata de la inminente lesión del bien jurídico protegido). También habrá comisión por omisión imprudente cuando se ha realizado una acción distinta a la idónea para evitar el resultado, por no haber identificado el sujeto correctamente los medios para realizar la acción salvadora o por haber ejecutado negligentemente la acción salvadora.

En todo caso, en supuestos de este tipo puede plantearse el problema de la delimitación entre acción y omisión en los delitos imprudentes, dado que en el delito imprudente el sujeto siempre actúa dejando de prestar toda la diligencia debida en el caso concreto (el nivel de cuidado objetivamente debido).

3. Por otro lado, cabría hablar de **tentativa, en los delitos de omisión pura**, sólo sería posible hablar de ella en los supuestos en los que faltara algún elemento del tipo objetivo sin que ello fuera previsible *ex ante*.¹⁷

¹⁵ Muñoz Conde (1972), “*El desistimiento voluntario de consumir el delito*”, pág. 232.

¹⁶ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, págs.149 y ss.

¹⁷ Navarro/Sola/ Romeo Casabona, (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 155 y ss.

4. Y por su parte, **la tentativa en los delitos de comisión por omisión** cabe señalar que lo que se analiza en este punto no es la tentativa de omisión, sino la omisión para intentar cumplir el deber.¹⁸

5. Para determinar la existencia de tentativa debemos determinar el principio de ejecución. Existen dos posturas básicas al respecto:

- a) Comienza la tentativa cuando comienza la lesión al deber (que puede surgir de una posición de garante o no), es decir, desde el comienzo del estado de peligro que hace exigible una intervención.¹⁹
- b) Hay principio de ejecución antes del momento preciso en que la intervención deja de tener posibilidad de ser eficaz.²⁰

Existen dos objeciones al primer criterio:

- 1) Que el mandato de acción sea indiferente al momento en que se ejecuta.
- 2) Que las posibilidades de acción se den a lo largo de un lapso temporal más o menos dilatado.

Ambas objeciones se basan en que existen situaciones en que luego de surgir el mandato, el peligro no aumenta hasta la consumación. Mas el mandato no surge en una situación neutra para el bien jurídico, sino que lo hace cuando el bien jurídico se halla ante una situación desvalorada socialmente, a la cual la norma agrega el desvalor jurídico que convierte el no hacer en omisión. La acción mandada debe ejecutarse desde el primer momento, ya que, aunque el peligro no aumente progresivamente, la consumación se acerca ineludiblemente, y cada minuto que pasa se acercando a la consumación según su dominio potencial del suceso.

En cuanto al segundo criterio, trae una gran inseguridad ya que nunca se sabe con exactitud cuando es el último momento útil. Además, el segundo criterio, mas que como principio de ejecución, funciona como desistimiento eficaz de la tentativa hasta ahí realizada.

¹⁸ Villar (2018), “*La estructura de la omisión y su tentativa*”, pág.12.

¹⁹ Bacigalupo Zapater (2006), “*Delitos impropios de omisión*”, pág. 154.

²⁰ Bacigalupo Zapater (2006), “*Delitos impropios de omisión*”, pág. 155.

En resumen, como consecuencia lógica al desarrollo realizado de la estructura de la omisión propia, el principio de ejecución se define de la misma forma que en la omisión impropia y responde al primer criterio reseñado.

6. La tentativa en la omisión siempre es inidónea, puesto que lo único que aporta el sujeto omitente al suceso externo, es precisamente su omisión que se constituye en causa no obstativa a dicho suceso. Además, no tiene fuerza causal positiva (como así tiene la acción), por ende, no puede modificar la dirección causal de dicho suceso. Pero lo que puede determinar el corte del desarrollo causal del suceso externo es el grado de tentativa. Si se corta el desarrollo del suceso luego del punto en que el sujeto consideraba que podía producirse el resultado, la tentativa será acabada; pero si se corta antes de tal momento, la tentativa será inacabada, lo cual obstaría a un desistimiento antes que la tentativa se transformará en acabada.²¹

7. Por último, existe una problemática de la **autoría y participación** en estos delitos, que se suscita sobre todo cuando lo que el sujeto omitente no evita es la realización de un delito de comisión activa (y no un curso lesivo natural, una enfermedad, o situaciones similares). Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien, habiéndose comprometido de modo previo a ello; no evita la comisión de un delito. Hay autores que han sostenido la tesis de que es autor por omisión, de modo que, en los delitos en los que esta forma comisiva sea posible, el sujeto que no evita la comisión delictiva activa, también autor, en su caso por omisión. De todos modos, en la jurisprudencia europea, incluyendo la alemana y la española, eso no ha prosperado. La solución en estos casos es para la doctrina dominante la de complicidad por omisión, por entenderse que el que no impide la comisión activa del hecho no puede ser estimado autor por omisión de este, dado que sólo el que lo realiza activamente tiene el dominio central sobre el mismo.²²

1.3. ¿Diferentes situaciones típicas?

En cada tipo de omisión, ya sea en la omisión pura como en la comisión por omisión, nos encontramos con un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

²¹ Villar (2018), “*La estructura de la omisión y su tentativa*”, pág.13.

²² Silva Sánchez (1993), <https://doi.org/10.22199/S07189753.1993.0001.00004>.

1.3.1. *El tipo objetivo de los delitos de omisión pura.*

1. Los elementos del tipo objetivo de los delitos de omisión pura son:

- A) La situación típica: situación de peligro para el bien jurídico protegido descrita en el correspondiente tipo de omisión pura.
- B) La no realización de la acción exigida por la norma. Para determinar cuál puede ser esa acción existen dos criterios principales. El primero de ellos establece que la acción exigida por la norma será aquella que conforme a un juicio *ex ante* es posible que evite el resultado (esta acción es la misma en los delitos de omisión pura y de comisión por omisión). En este punto debe realizarse, por tanto, un juicio de previsibilidad objetiva equivalente al que se realiza en el ámbito de los delitos de acción; juicio que nos ilustra sobre el *objeto del deber* del sujeto, es decir, sobre cuál es la acción indicada que no debe omitir y que, además y como se ha dicho, es común a las omisiones propias y a las impropias.²³ Debe insistirse en que esto nada tiene que ver con una eventual subsiguiente imputación del resultado, que sí tiene lugar en la omisión impropia o comisión por omisión, pero no en la omisión propia u omisión pura.
- C) La capacidad objetiva concreta para realizar la acción ordenada: que también precisa para ser afirmada de un juicio de previsibilidad objetiva, correlato del que se realiza en los delitos de acción, y que por tanto incluye el conocimiento del ciudadano medio.²⁴ La capacidad objetiva concreta para realizar la acción ordenada viene conformada por la posibilidad de conocimiento de la situación típica y de los medios para realizar la acción (que será conocimiento efectivo en los delitos dolosos); la posibilidad material de utilizar los medios y realizar la acción y la posibilidad de un acto de voluntad de realizar la acción.²⁵

Por tanto, cometería el delito de omisión pura aquél que, en la situación típica, no realizase la acción indicada por la norma teniendo la capacidad concreta de realizarla. Y, a la inversa, sería atípica la conducta de aquel que sí realiza la acción indicada por la norma

²³ Gimbernat Ordeig, (2002), “*La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*”, pág. 694.

²⁴ Mir Puig (2003), “*Significado y alcance de la imputación objetiva del Derecho Penal*”, pág. 214.

²⁵ Mir Puig (2003), “*Significado y alcance de la imputación objetiva del Derecho Penal*”, pág. 325.

(conforme al juicio *ex ante* anteriormente mencionado), aunque finalmente se produjese el resultado (que, entendemos, que no forma parte del tipo objetivo de estos tipos de delitos).

1.3.2. *El tipo subjetivo de los delitos de omisión pura.*

1. En lo referente a este aspecto, el dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de la capacidad objetiva concreta de realizar la acción ordenada²⁶ a favor de incluir que el sujeto se sustraiga voluntariamente, a pesar de este conocimiento, de la obligación de actuar.

Además, la sentencia del Tribunal Supremo, habla sobre la diferencia entre el dolo en los delitos activos y los omisivos; estableciendo para éstos últimos que la característica básica del dolo implica que el autor no tiene la verdadera voluntad de realización del comportamiento, sino que no tiene la suficiente decisión para emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. Por ello, el Tribunal Supremo entiende que: “*en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que general el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción*”.

1.3.3. *El tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión.*

1. El art. 11 del Código Penal establece que sólo podrá hablarse de comisión por omisión cuando se den los siguientes requisitos:

- A) Debe tratarse de *delitos de resultado*. De la misma manera que los delitos propios de omisión o de omisión pura se corresponden con los delitos de mera actividad, los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión se corresponden con los delitos de resultado. La doctrina discute si con la referencia a delitos de resultado el legislador alude solamente a delitos de lesión o también a delitos de peligro concreto.²⁷ Sin embargo, lo cierto es que el propio legislador prevé expresamente supuestos en los que se originan resultados de peligro en comisión por omisión, como por ejemplo el art. 316 del CP o el art. 385.2º del CP.

²⁶ Cerezo Mir (1980), “*Culpabilidad y pena*”, pág.253.

²⁷ Mir Puig (2003), “*Significado y alcance de la imputación objetiva del Derecho Penal*”, pág. 209.

La diferencia con los delitos de resultados cometidos por acción es que en el caso de la comisión por omisión no existe relación de causalidad entre la omisión y el resultado²⁸. La relación entre el comportamiento del sujeto y el resultado delictivo se establece en un plano normativo y no naturalístico. En realidad, lo que más importa para la comisión por omisión no es lo que realmente pasó sino *lo que pudo pasa*; lo relevante, en consecuencia, no es la causalidad real sino la denominada *causalidad hipotética*, es decir, lo que podría haber pasado si el sujeto omitente hubiese cumplido con el deber derivado de la norma. En otras palabras, interesa la posibilidad concreta que tuvo el sujeto activo de evitar el resultado.

29

Todo ello conduce a exigir en el tipo objetivo de estos delitos dos requisitos. El omitente debe no haber realizado la acción indicada por la norma habiendo tenido capacidad concreta para realizarla. En este punto no existen diferencias entre la omisión pura y la comisión por omisión, por lo que vale lo ya dicho respecto a aquélla. Y, en segundo lugar, ese resultado le tiene que ser objetivamente imputable. El problema es que, al no existir, como se ha dicho, relación de causalidad sobre la que posteriormente construir la imputación objetiva del resultado, en los delitos de omisión el resultado le será objetivamente imputable al omitente cuando *la acción debida hubiera podido evitar con una probabilidad rayana en la certidumbre la producción del resultado.*³⁰

B) Para poder hablar de comisión por omisión se debe infringir un *especial deber jurídico del autor*, lo que la doctrina identifica con el requisito de la *posición de garante*. No cualquiera puede cometer un delito en comisión por omisión sino sólo aquellos obligados por un especial deber jurídico que, tal y como establece el propio art. 11 del CP, puede tener distintos fundamentos: la ley, el contrato o el previo riesgo para bien jurídico creado por el omitente. Sólo podrá, por tanto, cometer un delito en comisión por omisión aquél que, por su estado, posición, cargo o actuar precedente esté especial y jurídicamente obligado a evitar el resultado y ostente, por tanto, la posición de garante, lo que convierte a su vez a los delitos de comisión por omisión en *delitos especiales propios*.

²⁸ Muñoz Conde (1972), “*El desistimiento voluntario de consumir el delito*”, pág.166.

²⁹ Mir Puig (2003), “*Significado y alcance de la imputación objetiva del Derecho Penal*”, pág.235.

³⁰ Mir Puig (2003), “*Significado y alcance de la imputación objetiva del Derecho Penal*”, pág. 233

2. El criterio empleado por el legislador a la hora de definir la posición de garante ha sido calificado (y criticado) por la doctrina como formal limitándose a enumerar las siguientes fuentes de ese *especial deber jurídico*:

- i) *Obligación legal de actuar*: es el caso de las obligaciones directamente derivadas de la ley.
- ii) *Obligación contractual de actuar*: es el caso de las obligaciones que encuentran su fundamento en un contrato.
- iii) *Creación del riesgo mediante una acción u omisión precedente*: casos que la doctrina ha denominado de *inferencia* y que colocan al sujeto que ha provocado de forma dolosa o imprudente un peligro para la potencial víctima, en posición de garante frente a los bienes jurídicos en riesgo de esta. La razón que justifica que de la inferencia se derive este especial deber jurídico es que se entiende que quien provoca el peligro de que otro sea dañado (injerencia) debe cuidar de que tal riesgo no se materialice en un resultado típico.³¹

Para hablar de inferencia se tiene que haber creado el peligro mediante una acción u omisión ilícita, que puede ser voluntaria o imprudente, excluyéndose los supuestos de caso fortuito, pues debe ser posible imputar al sujeto el peligro creado por su acción.

3. La enumeración legislativa de las fuentes de la posición de garante del art. 11 del CP ha sido criticada por la doctrina, por su carácter meramente formal. El problema que arrastra la formalidad del criterio utilizado por el legislador es que no tiene en cuenta el criterio material de si el sujeto omitente le corresponde una *específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de la fuente de peligro*. Es decir, que no tiene en cuenta si el sujeto ha asumido o no de forma fáctica la protección del bien jurídico o el control de la fuente de peligro, lo que determina finalmente que el criterio formal aparezca en unas ocasiones como demasiado amplio y en otras como demasiado estrecho.

Y así, el criterio formal permite incluir supuestos en los que, pese a existir obligación jurídica, no se da una asunción fáctica del deber de protección de los bienes jurídicos

³¹ Muñoz Conde (1972), “*El desistimiento voluntario de consumar el delito*”, pág.673

implicados. Mientras que conforme a ese mismo criterio se excluye la posición de garante en supuestos en los que pese a no existir tal obligación jurídica si se ha dado una asunción fáctica del deber de proteger los bienes jurídicos implicados.

En cuanto al primero problema, el de la excesiva amplitud del criterio formal, es posible salvarlo a través de su corrección con criterios materiales mediante una interpretación teleológico-restrictiva (según el criterio del Cerezo Mir PG). Es decir, la concurrencia de una obligación jurídica sería condición necesaria pero no suficiente para afirmar la posición de garante, puesto que un especial deber jurídico en el sentido exigido por el art. 11 del CP podría todavía excluirse con base en el criterio material de que no se ha producido la asunción fáctica de la función de protección del bien jurídico o de control de la fuente de peligro. Más difícil se representa sin embargo la solución al problema de la excesiva restricción del criterio formal y su eventual sustitución por un criterio material; esto es: afirmar la posición de garante, pese a no existir obligación jurídica, cuando si se dé la asunción fáctica aludida. Pues a esto último se opondría el principio de legalidad.

C) En último lugar, el art. 11 del CP exige, de manera independiente a la posición de garante el requisito de la *equivalencia*, es decir, que *la omisión equivalga a la acción*.

4. Según Gimbernat Ordeig, “*el problema de la equivalencia de la omisión del garante con la causación positiva del resultado típico es el más difícil -y, al mismo tiempo, el más importante- de la dogmática de la omisión impropia*”. Y es, en efecto, el problema más difícil, puesto que se trata de encontrar los criterios que permitan afirmar que la comisión por omisión es equiparable y, por ello, merece la misma pena, que la comisión activa.

La doctrina ha debatido la cuestión de si en este punto lo que se exige es una simple equivalencia material o valorativa entre la comisión activa y la comisión por omisión, es decir, desde la perspectiva del contenido de lo injusto específico del correspondiente delito de acción³²; o si, por el contrario, y considerando el anterior como un entendimiento en exceso débil del requisito de la equivalencia, ésta debe más bien concebirse como una auténtica identidad en ciertos supuestos de la comisión activa y la comisión por omisión.

³² Cerezo Mir (1980), “*Culpabilidad y pena*”, págs. 266 y ss.

Desde la primera perspectiva, se parte de que lo que el legislador ha previsto y exige del juez es un juicio de equivalencia (no de identidad) valorativa entre la omisión y la acción. El fundamento se encontraría en considerar que el cumplimiento de un deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento de un deber de omitir y que, por ello, la infracción de un deber de actuar es menos grave que la infracción de un deber de omitir.³³

En cambio, desde la segunda postura se afirma que es posible hablar, no solamente de equivalencia, sino de identidad en el plano normativo (no evidentemente en el ontológico), tanto estructural como materialmente, de la comisión activa y de la comisión omisiva (cabe mencionar que Romeo Casabona, afirma que no es suficiente con tener la función de proteger el bien jurídico o de controlar la fuente de peligro, sino que es necesario que en el caso concreto se actualice esa situación de dominio y dependencia). En tanto que el Código Penal prevé la misma pena para uno y otro caso (sin la posibilidad de atenuación).

5. En este último sentido es fundamental la aportación de Silva Sánchez, que afirma que comisión activa y comisión por omisión son dos formas diversas ontológicamente, pero idénticas desde la perspectiva normativa, tanto en su estructura como en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico; donde lo relevante es: *“la asunción del compromiso material de actuar como barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena, y la vulneración de ese compromiso”*; por ello genera un dominio normativamente idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara activamente dicho peligro.³⁴ No en vano, la asunción del compromiso produce un *“estado de confianza y abandono, tanto en los potenciales afectados como en los potenciales terceros intervinientes”*³⁵, que hace que el curso causal quede en manos del sujeto que ha adquirido el compromiso de actuar como barrera de contención (así lo afirma el catedrático Sola Reche). Lo fundamental es, por tanto, la confianza que tal asunción despierta en la víctima o en otros terceros, que provoca en los mismos la reacción de abandonar otras medidas de protección o renunciar a adoptarlas. El garante entonces se convierte en *“dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado”*³⁶

³³ Cerezo Mir (1980), *“Culpabilidad y pena”*, pág. 267, siguiendo a Armin Kaufmann.

³⁴ Silva Sánchez (1997), *“El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales”*, págs. 62 y ss.

³⁵ Silva Sánchez (1994), *“Comisión y omisión, Criterios de distinción”*, pág. 14.

³⁶ Silva Sánchez (1987), *“La responsabilidad penal del médico por omisión”*, pág. 957.

En realidad, y pese a que se trata de dos criterios que parten de premisas y que llegan a resultados diferentes, de ambos es posible extraer importantes consecuencias prácticas. El criterio de la asunción fáctica del compromiso de actuar como barrera de contención impide efectivamente extender la punibilidad de la comisión por omisión a casos que no son idénticos a su comisión activa. En estos supuestos solo podría hablarse de comisión por omisión en los casos de asunción efectiva con compromiso específico, y no en los supuestos en los que el sujeto se limita a no actuar.³⁷ Y por ello porque en estos últimos casos, no se puede decir que el sujeto tenga el dominio del proceso que llevará al resultado y no se ha producido el efecto de inhibición de otras medidas salvadoras por parte de la víctima o de terceros.³⁸

Además, y también conforme a la primera de las posturas, es cierto que la aproximación global al caso permite excluir la equivalencia respecto a hechos, que, por su específica configuración, nunca pueden ser idénticos a la comisión activa.

En todo caso, la determinación de este segundo criterio de equivalencia no deja de presentar cierta vulnerabilidad para la seguridad jurídica, sea cual fuere la perspectiva que adopte.

6. Por su parte, es la jurisprudencia la que también se ha hecho eco de este tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión, donde el Tribunal Supremo establece una serie de criterios e interpretación, los cuales vamos a mencionar.

En primer lugar, en su sentencia nº 17/2017 de 20 de enero, enmarca un concepto de posición de garante; *“relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa”*.

³⁷ Silva Sánchez (1987), *“La responsabilidad penal del médico por omisión”*, págs. 958 y ss.

³⁸ Schünemann (2009), *“Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia”*, págs. 392 y ss.

Así como también menciona la posible realización del delito acorde con las formas de participación del mismo, acordándose que: *“la participación omisiva ha de partir de unos presupuestos; a) el presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice); b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.”*

Además, también se pronuncia sobre la inacción cuando ésta equivale a la realización de un acto positivo, diciendo que: *“pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado”*

Por tanto, añade, que la equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito de comisión por omisión, *“se debe apreciar cuando la omisión corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo”*.

La sentencia del Tribunal Supremo, también establece la primera diferencia que existe entre el tipo objetivo de los delitos de omisión pura y el tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión, de manera que *“la situación anteriormente señalada no se produce cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a un peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión (procedente de causas naturales, actuaciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y cronológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico.”*³⁹

7. Por último, la sentencia del Tribunal Supremo 1490/1999 de 13 de octubre, donde el alto tribunal ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual art. 11 del CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que, teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

³⁹ ECLI:ES:TS: 2017:87

1.3.4. *El tipo subjetivo de los delitos de comisión por omisión.*

1. El tipo doloso exige el conocimiento de la situación típica, de la no realización de la acción preceptiva, de la capacidad concreta de acción y de la probabilidad rayana en la certeza de su evitabilidad.⁴⁰

2. En cuanto a la posibilidad de que concurra error de tipo o error de prohibición, hay que tener presente que el error sobre los elementos de la posición de garante sería un error de tipo, pero el error sobre el propio deber de garante sería un error sobre el mandato (error sobre la antijuridicidad de la conducta) que recibe el mismo trato el error de prohibición.

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo nº 716/2019 de 2 de julio, que trata de la diferencia entre el dolo en los delitos activos y los omisivos; estableciendo para éstos últimos que la característica básica del dolo implica que el autor no tiene la verdadera voluntad de realización del comportamiento, sino que no tiene la suficiente decisión para emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. Por ello, el Tribunal Supremo entiende que; *“en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que general el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción”*.

2. Criterios de distinción.

1. El primer criterio para diferenciar a los delitos de omisión pura y a los delitos de comisión por omisión, es el criterio que llamaremos existencia o no de resultado.

Por ello, si ante una situación donde una norma imperativa obliga a realizar una determinada actividad en tanto que no se requiere en el tipo ningún resultado, basta el mero no hacer o no actuar en la situación típica, por lo que nos encontraríamos ante un delito de omisión pura, que para cometerlo no es necesario que se produzca un resultado determinado, sino simplemente la infracción de no realizar la conducta prevista en la norma.

⁴⁰ Romeo Casabona (1994), *“Límites de los delitos de comisión por omisión”*, pág.35.

En resumen, cometería un delito de comisión pura aquel sujeto que, no realizase la acción indicada por la norma teniendo capacidad concreta de realizarla.⁴¹

2. Sin embargo, nos encontramos ante un delito de comisión por omisión, en aquellas circunstancias en el que la omisión de una determinada conducta provoque un resultado. Se trata, por tanto, de delitos de resultado que, aunque se encuentren recogidos en el Código Penal como delitos de acción, se pueden realizar también en su modalidad omisiva, si además se verifican que concurren los requisitos del art. 11 del CP.

Por todo ello, el primer criterio de distinción hace referencia a la producción o no de un resultado, y que ese resultado sea imputable al autor del delito cometido. Es decir, que nos encontraremos ante un delito de omisión pura cuando el sujeto no realice la conducta prevista en la norma cuando tiene obligación de hacer una determinada acción, pero éste la omite, independientemente o no de que se produzca un determinado resultado. Y, por el contrario, estaremos ante un delito de comisión por omisión cuando si se produzca un resultado que sea objetivamente imputable, puesto que la no realización de ese resultado conllevaría a pensar que es nos encontramos ante una tentativa de ese delito en calidad de omisión.

3. Por otro lado, el segundo criterio que vamos a establecer para la distinción de estos delitos es el de la posición de garante que se tiene en los delitos de comisión por omisión.

En este aspecto, los supuestos de omisión pura no ofrecen “grandes” problemas. En estos casos, el tipo penal es formulado expresamente como una norma de mandato, que obliga a hacer algo determinado. El problema surge respecto a aquellos tipos penales que son redactados como normas de prohibición.⁴² Puede ocurrir que la conducta realizada no infrinja la norma de prohibición típicamente, de manera que no se podrá calificar como conducta activa, sin embargo, puede infringir el reverso de esa norma prohibitiva, subyacente en el tipo, es decir, la norma de mandato. Calificándose la conducta como omisiva, la pregunta por tanto será ¿puede igualarse esa conducta omisiva a la conducta activa que parece ser la primera que quiere evitar y castigar el tipo penal (más concreto, el

⁴¹ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 153.

⁴² Rodríguez Vázquez (2017), “*Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos*”, pág. 89.

legislador a través del tipo penal)? Y si es así, ¿cuándo puede igualarse? Ante estas cuestiones surgen dos opiniones doctrinales. Para quienes sostienen que la diferencia entre una y otra es exclusivamente formal, no se exigirán más requisitos a la omisión que a la acción, salvo la demostración de la relación de causalidad, de carácter naturalístico, imposible de establecer en la omisión, pues como sostiene la mayoría de la doctrina *ex nihilo nihil fit*, para que la omisión pueda ser igualada a la acción será necesario demostrar la imputación objetiva del resultado a esa omisión, así como los demás elementos de la parte subjetiva del tipo. Sin embargo, quienes defienden que la distinción formal entre acción y omisión responde a una diferencia material, consideran que la equivalencia entre acción y omisión no se puede hacer automáticamente. Para que la conducta que infringe una norma de mandato contenida en un tipo prohibitivo pueda ser igualada a la conducta activa, en su “desvalorización”, ha de cumplir unos especiales requisitos. En el fondo, lo que se está diciendo, es que la norma de mandato y la norma de prohibición reflejan distintos deberes, que no son intercambiables, y que las conductas que las infringen tampoco pueden ser igualadas sin más.⁴³ A partir de aquí se construye la teoría de la posición de garante como elemento puente que permite llegar a desvalorar la omisión de la misma manera que la acción y atribuirle idénticas consecuencias jurídicas.

4. Sobre los requisitos exigidos para igualar una acción a una omisión, hablando así de comisión por omisión, se han desarrollado dos grandes teorías. La primera de ellas, mayoritaria, es la teoría de la posición de garante⁴⁴, la segunda es la denominada teoría de la creación o incremento del riesgo⁴⁵ (también se puede identificar una teoría intermedia, que exige tanto una posición de garante como la constatación de la identidad entre acción y omisión)⁴⁶.

Además, esta posición de garante que obliga al autor a evitar el resultado se puede fundamentar, según el art. 11 del CP, en uno de estos tres aspectos:

⁴³ Rodríguez Vázquez (2017), “Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos”, pág. 90.

⁴⁴ Cuadrado Ruíz (1997), “La comisión por omisión como problema dogmático”, pág.455; Octavio de Toledo y Ubieto/Huerta Tocildo (1986), “Teoría jurídica del delito”, pág. 565 y 578; Gómez Pavón (2013), “La responsabilidad del médico por omisión”, pág. 295.

⁴⁵ Luzón Peña (1974), “Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro”, págs. 269 y ss.; el mismo, “La participación por omisión en la jurisprudencia del TS”, págs.79 y ss.

⁴⁶ Silva Sánchez (1986), “El delito de omisión: Concepto y sistema”, págs. 342, 347, 359 y ss. y 369 ss.; Cuadrado Ruíz (2000), “La posición de garante”, pág.20.

- La Ley: obligaciones derivadas de esta. Por ejemplo: los padres en relación con los hijos.
- El contrato: obligaciones contractuales también hacen responsables de ciertos resultados lesivos a quienes las asumen. Por ejemplo: el socorrista con el bañista.
- El actuar precedente: la creación para un riesgo para el bien jurídico mediante una acción u omisión del sujeto puede ser también fundamento de la posición de garante. Por ejemplo: no apagar bien el fuego que se ha hecho en el monte. Por ello habría comisión por omisión si pese al origen imprudente de la acción (pues, aunque es una omisión, en el caso de la comisión por omisión se convierte jurídicamente en una acción), la determinación de no actuar y la aceptación del resultado son conscientes y queridas, es decir dolosas.

5. El tercer criterio de distinción es el referido a la equivalencia que tiene la comisión por omisión con la causación activa, esa equivalencia que no se da en los delitos de omisión pura.

Para que la omisión de evitar un resultado por parte de un garante constituya un delito de comisión por omisión, normativamente ha de exactamente equivalente a la causación activa del resultado. En ordenamientos jurídicos sin una regulación legal de la comisión por omisión en la parte general del Código Penal ello tiene que ser ineludiblemente así, ya que la omisión del garante, para satisfacer las exigencias de tipicidad, ha de realizar el correspondiente tipo de resultado, es decir, ser subsumible en el respectivo legal de producción del resultado, y ello requiere una exacta equivalencia normativa de esa omisión con la producción activa del resultado.

Y lo mismo sucede en aquellos Códigos Penales que contienen una regulación impropia en su parte general, como es el caso del Código Penal español con la exigencia de posible equiparación o, respectivamente, de equivalencia de la omisión a la comisión activa.

47

6. Por su parte, encontramos la opinión de un Doctor en Derecho Penal, sobre la posibilidad de aplicar un atenuante en la pena que se le vaya a imponer al autor de un delito

⁴⁷ Luzón Peña (2017), “Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, pág. 1.

de comisión por omisión. En opinión del Profesor Luzón Peña; “habría que interpretar el significado de la fórmula de la correspondencia también en el sentido de una precisa equivalencia normativa con la comisión activa precisamente para aquellos supuestos de omisión de impedir el resultado que constituyen una auténtica comisión por omisión y por ello no merecen atenuación alguna. Y entonces la mera correspondencia con el hacer activo debería interpretarse en el sentido de que queda reservada para aquellas omisiones de garante que a pesar de la posición de garante no son equivalentes a la causación activa del resultado y por tanto no merecen atenuación de pena; y que el cambio en las omisiones de garante no son equivalentes a la causación activa del resultado y por tanto no merecen una atenuación de pena; y que en cambio, en las omisiones de garante equivalente la misma que la de la causación activa del resultado, ya que esa omisión es subsumible sin la menor fricción con el correspondiente comisivo”⁴⁸.

Asimismo, respecto a este criterio distintivo, nos podemos encontrar con tesis restrictivas que exigen la exacta equivalencia para la comisión por omisión.

7. Todo esto presupone una fundamentación muy estricta de la equivalencia entre comisión activa y comisión por omisión. Como bien es sabido en la doctrina jurídico penal alemana el intento más completo que se ha efectuado en este sentido restrictivo es la teoría formulada desde 1971 por Schünemann exigiendo dominio sobre el fundamento, origen o razón del resultado -dominio que según él precisamente concurre también en la comisión activa- en el garante como criterio de la equivalencia⁴⁹; según él esta circunstancia en el caso de los deberes de garante de control y supervisión presupone dominio sobre la fuente de peligro, y en los deberes de garante de protección dominio sobre la vulnerabilidad y desamparo de la víctima. En la doctrina penal española hay que destacar ante todo dos concepciones restrictivas, que fueron defendidas poco después de la anterior: En primer lugar, la sostenida por el Profesor Luzón Peña⁵⁰, en los que formulé una tesis muy restrictiva según la cual sólo se puede admitir equivalencia entre omisión y comisión activa cuando la omisión misma desde la perspectiva normativa, es la que crea un peligro antes conjurado, pero ahora descontrolado por la omisión, o bien la que aumenta un peligro que antes estaba

⁴⁸ Luzón Peña (2017), “Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, pág. 2.

⁴⁹ Luzón Peña (2017), “Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, pág. 2.

⁵⁰ Luzón Peña (1974), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, pág. 272

parcialmente controlado; y que ello a su vez sólo sucede si normativamente, desde normas sociales o jurídicas, se parte de la base o se da por seguro que el peligro o riesgo está controlado por el sujeto que a continuación omite. La tesis del Profesor Luzón Peña ha sido recogida parcialmente por la doctrina y también por alguna jurisprudencia. Posteriormente, Silva desde 1986 ha mantenido la opinión de que el criterio de la equivalencia consiste en la retirada de una barrera de contención del peligro mediante la omisión, es decir, que el garante con su anterior compromiso específico de actuación ha colocado una barrera de contención y con su omisión retira esa barrera de contención del peligro⁵¹. Y más adelante también Mir Puig ha defendido en una tesis doblemente restrictiva, parcialmente coincidente con las anteriores, que la equivalencia requiere creación o aumento 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 peligro.

8. Por último, a este criterio se añaden las principales características que tiene la concepción del Profesor Luzón Peña en referencia a la equivalencia de la omisión a la comisión mediante causación activa, dónde vamos a hacer hincapié en lo que se refiere a la creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de la imputación objetiva. El Profesor, en este sentido dice que; en la comisión activa de un delito de resultado lo característico del mismo es la creación activa de un riesgo mediante la actividad el 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 resultado, 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, 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 sujeto. Eso precisamente es lo que 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, es decir 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 comprueba ya ex post). De ahí deriva y se explica la exigencia que para la comisión por omisión planteo de que precisamente la omisión misma cree el peligro (o el riesgo) de producción del resultado o lo incremente decisivamente (y, por tanto, cree aún más peligro).

⁵¹ Silva Sánchez (1986), “*El delito de Omisión. Concepto y sistema*”, págs. 368 y ss.

Y ello no es sino trasladar a los delitos impropios de omisión del primer requisito de la imputación objetiva (válido ya en los delitos de causación activa de resultado), o sea, que la conducta cree un riesgo jurídicamente relevante (adecuación de la conducta)”⁵².

9. Por último, para terminar de determinar los criterios de distinción, Lacruz López, establece una clasificación de estos dos tipos de delitos de omisión, donde utiliza unos criterios que nos permiten definir sus distintas clases y que, a su vez, eviten una complejidad innecesaria. Por todo ello, los criterios son los siguientes:

- El teórico-normativo, que utilizaremos para llevar a cabo una primera clasificación de los delitos de omisión, según el que tipo penal requiera o no la producción de un resultado lesivo o de peligro para un bien jurídico.

En aplicación de este primer criterio se puede establecer una primera distinción entre delitos de omisión pura y delitos de comisión por omisión. En ambos casos su razón de ser es la protección penal de determinados bienes jurídicos, para lo cual el legislador impone al autor el deber de actuar. Ahora bien, la diferencia estriba en que mientras que en los primeros el tipo del delito consumado no requiere la producción de resultado lesivo o de peligro derivado de la omisión, en los segundos el tipo penal exige la producción de un resultado perjudicial para el bien jurídico.⁵³

- El del círculo de sujetos, que emplearemos para diferenciar, en un segundo nivel, entre las omisiones puras, según que el autor esté sometido a un deber general o a un deber específico, por ocupar en este último caso una posición de garante.

La utilización del segundo criterio clasificatorio solo cabe en los delitos de omisión pura, cuya consumación se produce por la no realización de la conducta prescrita por el legislador (deber jurídico). Ahora bien, ese deber puede ser “general” (basado en el principio de solidaridad) y, por ello, puede ser específico (basado en circunstancias que determinan una obligación especial de actuar por parte del sujeto en orden a la protección del bien jurídico),

⁵² Luzón Peña (2017), “Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, pág. 4.

⁵³ García Navarro (2015), “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal”, pág. 21.

pudiéndose imponer jurídicamente solo a determinadas personas que ocupan una posición de responsabilidad cualificada, y cuya infracción supone la realización de un delito de omisión pura “de garante”. Este criterio no se aplica a la gran mayoría de los delitos de omisión y resultado, pues estos solo pueden ser cometidos por personas que ocupan una posición de garante. Por tanto, se puede afirmar que las omisiones puras generales constituyen delitos comunes, mientras que las omisiones puras de garante, así como las de omisión y resultado conforman delitos especiales.⁵⁴

- El causal, para distinguir, en un segundo nivel, dentro de los delitos de omisión y resultado, entre aquellos en que la causalidad es “hipotética” (ficticia y lógica) o bien en el marco sociocultural (real y subjetiva).

En este criterio diferenciamos los delitos de omisión y resultado según que la conducta sea causa del mismo (causalidad en el marco sociocultural), en cuyo caso estamos ante omisiones causales, o bien que el resultado pueda atribuirse normativamente a aquella (causalidad “hipotética”), lo que ocurre en los supuestos de omisiones no causales.⁵⁵

- El formal, de naturaleza jurídico-positiva, que nos servirá para distinguir, en un tercer nivel, las omisiones a las que se atribuye un resultado lesivo o de peligro para un bien jurídico, según que la conducta omisiva se refleje explícitamente o no en el tipo penal.

Este último criterio es de aplicación exclusiva a los delitos de omisión no causal; según este criterio, podemos establecer la clasificación siguiente: delitos de omisión no causal expresa, cuando el tipo penal contempla de manera explícita la omisión no causal equiparable, cuando la omisión no está tipificada expresamente y, por ello, hay que aplicar el art. 11 del CP. El calificativo de la omisión viene justificado por la intención de respetar al máximo el significado del verbo empleado por el legislador en la redacción de dicho artículo, en el que

⁵⁴ García Navarro (2015), “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal”, pág. 22.

⁵⁵ García Navarro (2015), “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal”, pág. 22.

se concretan las circunstancias en que “equiparará” la omisión a la acción en la producción de un resultado.⁵⁶

10. Por tanto, para los delitos de omisión y resultado en los que dicha modalidad de conducta no figura expresamente en el tipo penal hemos de recurrir al art. 11 del CP; donde se aprecia que, en la primera parte del precepto, se puede señalar que tiene una naturaleza declarativa y no constitutiva; pues, como señala el Tribunal Supremo⁵⁷; “... aunque en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito... la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad...”.

En relación con esta primera parte, se establece dos criterios concurrentes para la equiparación entre la no evitación y la causación del resultado: la infracción por el autor de un especial deber jurídico y que tal equiparación sea conforme al sentido del texto de la ley. Respecto de tales criterios cabe señalar lo siguiente:

- Hay que partir de la premisa de reconocer la capacidad del autor para realizar la acción omitida impuesta como deber; pues, en caso contrario no se le podría imputar el delito. A este respecto, el alto Tribunal⁵⁸ afirma que: “... la existencia de una omisión depende de que el autor haya tenido, en el momento en el que debía cumplir un mandato, capacidad de acción, es decir capacidad para realizar el comportamiento ordenado por la ley. Esta capacidad solo falta cuando el omitente carecía completamente de conciencia de las circunstancias que generan su deber de actuar o cuando le es totalmente imposible realizar el movimiento corporal requerido”.
- Sitúa expresamente al autor en una posición de garante respecto del bien jurídico, lo cual implica que el deber jurídico infringido está dirigido a la evitación del resultado (que puede consistir tanto en una lesión como en un peligro para el bien jurídico protegido) y que la identificación de dicho deber de actuar permite concretar el ámbito de personas que pueden ser autoras de la infracción penal, las cuales deben reunir las condiciones exigidas en los correspondientes tipos activos.

⁵⁶ García Navarro (2015), “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal”, pág. 22.

⁵⁷ ECLI:ES:TS: 2000:7196

⁵⁸ ECLI:ES:TS: 1993:6565

- Como en la omisión no es posible apreciar una causalidad “natural” (real y objetiva), para relacionar la acción omitida con la evitación del resultado es preciso recurrir a una causalidad “hipotética” (ficticia y lógica), que se puede apreciar cuando se hubiese podido evitar aquel, con una probabilidad rayana en la certeza, siempre y cuando el sujeto activo del delito hubiese llevado a cabo la conducta impuesta por el deber de actuar, aunque también es posible relacionar la omisión con el resultado a través de una causalidad sociocultural (real), como se expuso anteriormente.⁵⁹
- La equivalencia según el sentido del texto de la ley quiere significar que; “... cuando la acción típica tiene determinadas características o modalidades, la omisión debe ser el correlato de esa acción”.

3. Aplicación de los criterios de distinción.

1. A continuación, algunos ejemplos servirán de ilustración para poder diferenciar aquellos delitos de omisión pura y de comisión por omisión, donde se verá que en algunos casos no es tan fácil hacer la distinción, así como tampoco será sencillo saber si nos encontramos con una acción o una omisión.

En primer lugar, un ejemplo que nos lleva a situarnos en una situación donde no sabemos si estamos ante una acción y una omisión es cuando el médico, a petición del enfermo, desconecta las máquinas que mantienen a éste con vida: ¿nos encontramos pues ante un supuesto de eutanasia activa punible en virtud del art. 143.4, o ante una omisión atípica consistente en la interrupción del tratamiento médico que buscaba prolongar la vida del paciente? En estos casos, parece que más que atender a la estructura fenomenológica u ontológica del proceso (si el médico actúa, desencadenando un proceso causal que determina finalmente la muerte del paciente; o no hace nada), hay que atender a su sentido normativo. Y así, en este caso, no se realizan actos ejecutivos que tienden a producir directamente la muerte del paciente (eutanasia activa directa) o que acepten el resultado de muerte como consecuencia necesaria del fin que persigue (por ejemplo, el fin de evitar de evitar padecimientos y dolores al paciente, en el caso de la eutanasia activa indirecta), sino que se prescinde o no se aplica el tratamiento que mantendría con vida al paciente

⁵⁹ García Navarro (2015), “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal”, pág. 25.

(independientemente de que la omisión del tratamiento requiera de alguna acción por parte del médico), produciéndose la muerte de éste como consecuencia de su enfermedad.⁶⁰

La omisión relevante para el Derecho Penal es aquélla en la que concurre posibilidad concreta de acción, sin embargo, esto se excluye cuando por ejemplo hay un joven que se encuentra inconsciente en la tumbona de una piscina porque lo han narcotizado pueda omitir el deber de socorro de un niño que en ese mismo momento se está ahogando. También excluiría el caso de quien simplemente se ha quedado dormido, pero sería sin perjuicio de que en este caso o similares se pudieran exigir responsabilidades por acciones u omisiones previas a esos comportamientos; por ejemplo, si el sujeto dormido en la tumbona es el padre del niño u otro sujeto especialmente obligado a proteger los bienes jurídicos de éste.⁶¹

2. Por otro lado, como ejemplo paradigmático de delito de omisión pura es el delito de omisión del deber de socorro tipificado en el art. 195.1 del CP. Conforme a este precepto, omite el deber de socorro aquél que no auxilie a una persona que se encuentre en peligro manifiesto y grave; y ello independientemente de que el peligro en el que se encuentra esa persona se transforme o no finalmente en un resultado de lesiones o de muerte. Por tanto, en la situación típica descrita en dicho precepto el sujeto viene obligado a actuar socorriendo a la víctima, y de no hacerlo estaría omitiendo el deber de socorro, independientemente de que la víctima finalmente sobreviva (por ejemplo, por ser auxiliada finalmente por otra persona incluso más cualificada) o muera a consecuencia del accidente.

Asimismo, en relación con lo anterior, si un sujeto conduce por la autopista y en la cuneta divisa un coche accidentado de cuya interior pugna por salir una persona herida, estará omitiendo el deber de socorro desde el momento en el que no para con el fin de socorrerla, con capacidad concreta de hacerlo (capacidad concreta de acción), pues en este instante infringe el deber de auxilio que le impone el art. 195 del CP. Es por tanto indiferente para la calificación de la omisión como típica que minutos más tarde otro conductor pare y rescate a la persona accidentada. Pero a estos efectos es también indiferente el hecho de que la persona accidentada finalmente fallezca, pues no cambiarían por ello los términos de la

⁶⁰ Navarro/Sola/Romeo (2016), *“El tipo de omisión doloso e imprudente”*, pág. 151.

⁶¹ Navarro/Sola/Romeo (2016), *“El tipo de omisión doloso e imprudente”*, pág. 152.

infracción del deber del omitente. Éste seguiría respondiendo únicamente por la omisión del deber de socorro y nunca por la muerte del accidentado.⁶²

3. Y así, no infringiría el deber de socorro aquél que auxilia a la persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave, aunque tal auxilio no sea eficaz, es decir, aunque, pese a prestar tal auxilio, pueda producirse incluso la muerte del accidentado (siempre y cuando una eventual infracción del cuidado objetivamente debido en la realización de la conducta ordenada no nos permita hablar de imprudencia).⁶³

4. Además, en estos tipos de delitos, podemos apreciar la tentativa, puesto que, si un sujeto conduce por la autopista y en la cuneta divisa un coche accidentado, estará omitiendo el deber de socorro desde el momento en el que no para con el fin de socorrerla. Sin embargo, esto hace que nos planteemos que ocurriría si el conductor volviera más tarde, arrepentido de su conducta, a realizar la acción salvadora. Pues lo que sucedería es que en ese momento el delito de omisión del deber de socorro ya estaría consumado. En este sentido, “cualquier aplazamiento de la acción preceptiva (...) representa ya la consumación del hecho”.⁶⁴ En este punto, el Tribunal Supremo ha admitido la tentativa en un caso de omisión del deber de socorro en el que la persona había fallecido de forma inmediata en el accidente⁶⁵. Más recientemente en este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, 10/2008, de 20 junio, y de Madrid 159/2007, de 27 de febrero.

5. Por otro lado, hay que tener en cuenta que en estos casos no se cuestiona si se ha omitido o no deberes como el de socorro, sino si el concreto resultado producido (muerte, lesiones, perjuicio patrimonial en la estafa, etc) se puede imputar al sujeto en comisión por omisión, haciéndole responder como si hubiera causado por acción el correspondiente resultado.⁶⁶

Asimismo, nos podemos encontrar con casos reconducibles a la imprudencia (comisión por omisión imprudente). Este sería el caso del socorrista que no se lanza al agua,

⁶² Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág.153.

⁶³ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 154.

⁶⁴ Muñoz Conde (1972), “*El desistimiento voluntario de consumir el delito*”, pág. 686.

⁶⁵ ECLI:ES:TS: 1980:4980

⁶⁶ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 156.

sino que considera suficiente lanzar un salvavidas a la persona que se está ahogando, sucediendo que la víctima, por su estado de excitación, no pueda agarrarse a él.

En referencia a lo mencionado en el párrafo anterior, es importante ver que no existe relación de causalidad entre la omisión y el resultado, ya que se establece en plano normativo y no naturalístico, así, desde las perspectivas de las leyes naturales, la omisión del auxilio por parte del socorrista no es la causa de la muerte del bañista, aunque, en un nivel normativo quepa hacerle responsable de ese resultado de la misma manera que si lo hubiera causado activamente.

6. Por todo ello, la comisión por omisión necesita de una posición de garante, donde el legislador enumera unas determinadas fuentes de ese especial deber jurídico (obligación legal de actuar, obligación contractual de actuar y creación del riesgo mediante una acción u omisión precedente). En esta última es necesario decir que en tanto que la acción precedente debe ser ilícita, tendríamos que excluir la posición de garante en el caso del hostelero que sirve bebidas alcohólicas, pues del despacho de bebidas alcohólicas no se deriva del deber de impedir las acciones punibles de los clientes. En cambio, el bañista que empuja de manera imprudente a un niño en el borde de la piscina con el resultado de que éste cae a la misma y luego, con capacidad concreta de acción, no realiza la acción que, con probabilidad rayana en la certeza, evitaría el resultado de muerte, podría ser (dándose el resto de los requisitos del art. 11 del CP) reo de un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, puesto que estaría sujeto a un especial deber jurídico de actuar que le convierte en garante de los bienes jurídicos implicados. Por el contrario, el conductor que circulando con toda prudencia arrolla a un suicida que se les tira a las ruedas del coche no tendría un especial deber jurídico en el sentido del art. 11 del CP.⁶⁷

Sin embargo, atendiendo a un criterio formal de la posición de garante de estos delitos de comisión por omisión, podemos incluir supuestos en los que, no se da una asunción fáctica del deber de protección de los bienes jurídicos implicados; por ejemplo, en el caso de un hijo independizado de hecho de sus padres o de un socorrista que ha sido contratado pero que todavía no ha empezado a desempeñar sus funciones. Pero, por otro lado, dentro de éste mismo criterio, puede que si se de esa asunción fáctica del deber de proteger los

⁶⁷ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 159.

bienes jurídicos implicados, sería el ejemplo de aquellas personas que viven juntas, cuando existe un contrato, pero éste sea nulo o en el caso de comunidad de peligros, como sería un equipo de alpinistas.⁶⁸

7. Por consiguiente, el art. 11 del CP también exige, el requisito de la equivalencia, es decir, que la omisión equivalga a la acción. En este sentido, esta equivalencia se representa casi de manera intuitiva, en el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo recién nacido con el resultado de que éste muere de inanición, se nos antoja algo más complicada de afirmar en el caso de la madre que no evita (e incluso consciente) la violación de su hija, o si en el delito de estafa el “engaño bastante” que exige el tipo de acción podría tener el mismo (des)valor con comportamientos omisivos (así, no sacar de su error a otro).⁶⁹

Por todo ello, el fundamento de que el legislador exige del juez un juicio de equivalencia consiste en considerar que el cumplimiento de un deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento de un deber de omitir. De ahí, que la muerte de un recién nacido se considere punible en comisión por omisión como un delito de homicidio y no de asesinato. De esta manera, se podría concluir que es lo mismo asfixiar al hijo recién nacido que privarle de alimento hasta que muere, o que es lo mismo vender una mercancía impidiendo activamente que el comprador descubra un defecto sustancial, que no informar del mismo; y, desde una aproximación valorativa y global al supuesto de hecho, se concluiría que no es lo mismo violar a tu hija que evitar que la violen.⁷⁰

8. Se entiende también que en los casos conocidos como de “monopolio de la posición de ayuda” en el ámbito de la responsabilidad médica, se plantea cómo debe ser responder el médico rural o el médico de urgencias o de guardia ante la muerte o las lesiones de un paciente al que no atendió, pudiendo haberlo hecho de forma eficaz. Tampoco se oculta que estas omisiones son claramente más graves que la omisión pura de socorro.⁷¹

9. Por último, en el tipo subjetivo de los delitos de comisión por omisión, cabe la modalidad imprudente, como por ejemplo cuando el guía de montañismo lanza una cuerda

⁶⁸ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 160.

⁶⁹ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 160.

⁷⁰ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 161.

⁷¹ Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 162.

con una resistencia manifiestamente insuficiente para soportar el peso del excursionista que ha quedado descolgado. Sin embargo, en el delito imprudente de comisión por omisión hay que plantearse el problema de la delimitación entre acción y omisión, ya que en el ejemplo que hemos mencionado arriba del socorrista que no se lanza al agua, sino que considera suficiente lanzar un salvavidas a la persona que se está ahogando, como supuesto de comisión por omisión imprudente, se realiza una acción distinta a la idónea para evitar el resultado. Pero, si lo que hace el socorrista es lanzar desatentamente un flotador al bañista, pero le golpea en la cabeza y pierde el conocimiento, ahogándose antes de que dé tiempo de recogerle, entonces nos encontraríamos ante un delito de acción imprudente por establecerse una relación de causalidad entre la acción “defectuosa” y el resultado cuya producción quería impedir.⁷²

4. Conclusiones.

1. Como conclusión, tendremos en cuenta al especialista en la materia, el profesor Silva Sánchez, donde en una Conferencia en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte en Chile, habla sobre los diferentes tipos de omisión delimitándolos entre ellos.

Pues bien, el mencionado autor comienza la Conferencia preguntando cuales son las omisiones punibles, señalando que sería de alguna manera el inicio del problema para su delimitación. La doctrina al respecto distingue en este sentido dos grandes grupos de omisiones. El primero de ellos no plantea problemas especiales. Está compuesto por las que se denominan convencionalmente, en todo el mundo, omisiones puras. Dicho grupo de omisiones no plantea problemas, en primer lugar, porque suelen estar tipificadas expresamente, y eso siempre es una facilidad para la determinación de sus elementos constitutivos así como para su aplicación. En segundo lugar, porque son omisiones que comete cualquier persona; en otras palabras, omisiones respecto a las cuales cualquier persona puede ser sujeto activo idóneo. Finalmente, porque no fundamentan una responsabilidad por el resultado, es decir, que aún en el caso de que, tras haberse omitido la realización de una conducta debida, se haya producido un resultado, al sujeto no se le puede hacer responsable por ese resultado que se ha producido. Se le impondrá una sanción por el

⁷² Navarro/Sola/Romeo (2016), “*El tipo de omisión doloso e imprudente*”, pág. 163.

mero no hacer, por la omisión que ha cometido, pero no se le atribuirá responsabilidad ni se le sancionará por ese resultado producido, como bien establece Silva Sánchez.

Por todo ello, en esta omisión el sujeto se encuentra ante “una situación de peligro”, y este es el primer elemento de cualquier delito de omisión, la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. El segundo elemento radica en “la posibilidad concreta de acción” y el tercero en “la producción de un daño”. Con todo ello, tenemos el elemento característico del delito de omisión: la “no actuación”.

2. Ahora bien, la cuestión es si sólo se castigan estas omisiones, o, dicho de otro modo, si las omisiones sólo se castigan por estas vías. Muchos autores alemanes, así como autores españoles, han establecido que se ha de incluir en los códigos penales se tipifique expresamente junto al delito realizado por una acción, también el realizado por omisión. Por tanto, no hay por qué pensar que cuando el Código Penal habla de “el que mate”, esta refiriéndose al que “cause activamente” la muerte de otro y, por ello, está utilizando el término “matar” en un sentido descriptivo-naturalístico y está pensando en quien realiza un movimiento corporal que, a través de un curso causal físico-natural, produce un resultado físico. En este punto, Silva Sánchez entiende que es absurdo que el legislador está utilizando el verbo matar en ese sentido.

3. Por su parte, en cuanto al delito de comisión por omisión es necesario establecer cuales son los requisitos generales en virtud de los cuales un sujeto puede ser hecho responsable por omisión de producción de un resultado.

4. En las cláusulas que han ido introduciéndose en diversos países, se habla de que responde por omisión el que teniendo un “deber jurídico específico” de evitar un resultado, no lo evita.

Imaginemos pues, que un sujeto que pasa por la orilla de un río y, viendo a alguien que se está ahogando, no le extiende la mano, aunque ello le sería facilísimo y bastaría para salvar al otro.⁷³

⁷³ Silva Sánchez (1993), <https://doi.org/10.22199/S07189753.1993.0001.00004>

A este respecto, la doctrina alemana, en concreto Armin Kaufmann, señala una dicotomía que va a ser fundamental, consistente en determinar que hay dos posibles cauces, a través de los cuales un sujeto puede ser responsable, por omisión, de la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico que él no ha causado.

5. En primer lugar, según este autor, sucede en esto en los casos de “estrecha vinculación familiar”. Por ejemplo, la de los padres respecto a los hijos. En este caso se da un vínculo, no sólo de consanguinidad sino, de modo más general, un vínculo social, puesto que la sociedad en su conjunto relaciona a los hijos pequeños clarísimamente con sus padres. Hay, pues, una estrecha vinculación del padre con el hijo, del sujeto activo con el bien jurídico. Si el padre, dada una situación para eludir el peligro, para contrarrestarlo, responde de ese resultado lesivo como si lo hubiere causado activamente.

6. En segundo lugar, Armin Kaufmann menciona el supuesto de “comunidad de peligro”. A su juicio, las personas que se encuentran en una comunidad de peligro, por ejemplo, en actividades como el excursionismo, crean entre sí una vinculación especial de socorro recíproco, de tal manera que, dada una situación de peligro, si uno de ellos no socorre a los demás, responde del resultado lesivo que sufran las otras personas, como si lo hubiera causado activamente. Pese a ello, hay que establecer que es una situación de las más discutibles, concretamente en nuestro país, en una situación de consumo conjunto de drogas, que sería otra comunidad de peligro, se rechazó la imputación de la muerte de uno de los drogadictos al resto de compañeros que no lo socorrieron. La Fiscalía planteó la acusación de homicidio por comisión por omisión, pero el Tribunal Supremo acabó entendiendo que no, que había una omisión del deber de socorro pura y simple.

7. En tercer lugar, el autor mencionado hace referencia a la “función de protección de bienes jurídicos”, es la “asunción”, el hecho de asumir tal función de protección. Cuando una persona asume frente a la sociedad la protección de un bien jurídico determinado, responde por el resultado lesivo que eventualmente pueda acontecer. El caso ejemplar es el del médico. El problema radica en lo material: el médico asume frente al paciente, frente a la familia del paciente también y frente a la sociedad en su conjunto, el hecho de que todo lo que ocurra en la relación con la enfermedad es “cosa” del médico. En este caso, pues, la asunción determina que, si se produjera una lesión, siempre y cuando hubiera posibilidad de

actuar y se dieran los demás requisitos de los delitos de omisión que se han ido mencionando inicialmente, se podrá hacer responsable de esta a ese médico por omisión.

8. Sin embargo, Armin Kaufmann concluye que, para que tenga lugar una “comisión por omisión” no basta, pues, con que el sujeto ostente una posición de garantía entendida como posición estática de deber jurídico-material cualificado. Más bien, es preciso que el sujeto haya asumido frente a la sociedad de modo concreto, en la situación de que se trate, por una u otra vía, un compromiso específico y cualificado de hacer frente a situaciones de peligro precisas para bienes jurídicos determinados. El compromiso tiene una doble vertiente. Por un lado, parece que el bien jurídico queda mucho más protegido, pues no en vano el sujeto afirma frente a todos su disposición a hacerse cargo de él. Pero, por otro lado, también el compromiso tiene una faceta negativa para el bien jurídico en cuestión: que la sociedad se despreocupa, en cierta medida, del mismo. Por lo tanto, la existencia de compromisos concretos del médico, de hacer frente a los riesgos respectivos, da lugar a que la sociedad, los destinatarios, confíen, dejando el eventual proceso lesivo de bienes jurídicos en manos de quien se comprometió a controlarlo. Así, resulta que esa persona domina un eventual acontecer lesivo de bienes jurídicos de la misma manera que si lo causara activamente. Son dos formas de dominio, ciertamente distintas en el plano naturalístico. Este principio permite que la comisión por omisión sea perfectamente típica a los efectos del tipo de homicidio, lesiones, etc., entendidos en clave no descriptivo-naturalística, sino normativa, de adscripción.

9. Sin embargo, a pesar de todo lo mencionado anteriormente relacionado con el requisito del compromiso, y de que debe concurrir en el sujeto lo que hemos denominado una situación de garantía cualificada, tienen que darse efectivamente los otros requisitos de la imputación por omisión. Alguno de ellos es común a todas las omisiones. Así, la exigencia de que concurra una situación de peligro. Por ejemplo, que el hijo de un sujeto que pertenece a la confesión de los Testigos de Jehová se esté desangrando. Asimismo, la no realización de la acción debida, es decir, la de llevar a su hijo al hospital para que le practiquen la transfusión correspondiente. En tercer lugar, que la realización de dicha acción fuera algo posible. A todo ello se une un último elemento fundamental: que la realización de aquella acción, de esa acción que era posible y que ese sujeto estaba específicamente obligado a realizar, hubiera podido evitar el resultado. La jurisprudencia española ha establecido el por qué de este requisito, donde un médico no realiza una acción determinada, sin embargo, de

que aún cuando hubiese podido realizarla, no hubiese podido evitar el resultado. Aquí, evidentemente, quedó sin ninguna responsabilidad por una simple razón: se trata de una imprudencia a la que no se le puede atribuir un resultado, y que por tanto no es punible. Si hubiera sido una omisión dolosa, se podría haber hablado de una tentativa del médico, pero en ese caso, el médico que, sin duda, cometió una imprudencia, no pudo ser sancionado.

10. Con todo, Silva Sánchez, advierte que lo que conocemos en España por comisión por omisión, es decir, sobre la posibilidad de cometer por omisión tipos delictivos de la parte especial, no se agota ni por asomo la problemática de esta figura, que es altamente compleja.

74

⁷⁴ Silva Sánchez (1993) <https://doi.org/10.22199/S07189753.1993.0001.00004>

5. Tabla de jurisprudencia.

<u>Resolución</u>	<u>Ponente</u>
ECLI:ES:TS: 2019:2310	Berdugo Gómez de la Torre.
ECLI: ES:TS: 2018:404	Berdugo Gómez de la Torre
ECLI:ES:TS: 2017:87	Berdugo Gómez de la Torre
ECLI:ES:TS: 2015:180	Conde- Pimpido Touron.
ECLI:ES:TS: 2010:7355	Berdugo Gómez de la Torre.
ECLI: ES:TS: 2009:4629	Berdugo Gómez de la Torre.
ECLI:ES: APCR: 2008:912	Alfonso Moreno Cardoso.
ECLI:ES:TS: 2007:248	Ramos Gancedo.
ECLI:ES:TS: 2007:1468	Colmenero Menéndez de Luarca.
ECLI:ES:TS: 2006:1208	Berdugo Gómez de la Torre.
ECLI:ES:TS: 2000:7196	Jiménez Villarejo.
ECLI:ES:TS: 1999:6305	Martínez Arrieta.
ECLI:ES:TS: 1993:6565	Bacigalupo Zapater.
ECLI:ES:TS: 1989:2223	Román Puerta.
ECLI:ES:TS: 1980:4980	Román Puerta.

6. Bibliografía.

- Alastuey Dobón (1992), “*Delitos de Comisión por Omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, en ADPCP, págs. 969 ss.
- Alberto Villar (2018), “*La estructura de la omisión y su tentativa*”, 53, págs. 173 ss.
- Bacigalupo (2006), “*Delitos impropios de omisión*”, Dykinson.
- Cerezo Mir/ Romeo Casabona (2007), “*Límites de los delitos de comisión por omisión*”, en Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas hispano-alemanas de Derecho Penal en homenaje al profesor Claus Roxin como motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid, Ed. Civitas.
- Cerezo Mir (1980), “*Culpabilidad y pena*”, siguiendo a Armin Kaufmann, Tecnos.
- Cuadrado Ruíz (2000), “*La posición de garante*”, en ADPCP.
- Cuadrado Ruíz (1997), “*La comisión por omisión como problema dogmático*”, en ADPCP.
- García Navarro (2015), “*Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, nº14.
- Gimbernat Ordeig (1997), “*Prólogo a la segunda edición del CP*”, en Tecnos.
- Gimbernat Ordeig (1994), “*Causalidad, omisión e imprudencia*”, en ADPCP, fascículo III, págs. 25 y ss.
- Gimbernat Ordeig, (2002), “*La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, pág. 694.
- Gimbernat Ordeig (1987), “*Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*”, en ADPCP, págs. 579- 608.
- Gómez Pavón (2013), “*La responsabilidad del médico por omisión*”, en Comares.
- Luzón Peña (2017), “*Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa*”, en el Libro Homenaje al Profesor Luzón Peña.
- Luzón Peña (1974), “*Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*”, en Dialnet.

- Luzón Peña (1974), *“La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”*, en Fundación Internacional de Ciencias Penales.
- Mir Puig (2003), *“Significado y alcance de la imputación objetiva del Derecho Penal*, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología*”, UNED.
- Muñoz Conde (1972), *“El desistimiento voluntario de consumir el delito”*, en *Bosch*.
- Octavio de Toledo y Ubieto/Huerta Tocildo (1986), *“Teoría jurídica del delito”*, págs. 565 y 578.
- Rodríguez Vázquez (2017), *“Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos”*, en *Nuevo Foro Penal* (89) págs. 75 y ss.
- Romeo Casabona/Sola Reche/Boldoba Pasamar (dirs.) (2016), *“Derecho Penal. Parte General”*, Comares, Granada.
- Romeo Casabona (1994), *“Límites de los delitos de comisión por omisión”*, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas hispano-alemanas de Derecho Penal en homenaje al profesor Claus Roxin como motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid*.
- Schünemann (2009), *“Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia”*, Marcial Pons, Madrid.
- Silva Sánchez (2006), *“La imputación del resultado de la omisión”*, en Dialnet.
- Silva Sánchez (2003). *“El delito de omisión. Concepto y sistema”*, (2ª ed. Actualizada), Ed. B de F, Montevideo Buenos Aires.
- Silva Sánchez (1997), *“El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales”*, en Bosch, Barcelona.
- Silva Sánchez (1994), *“Comisión y omisión, Criterios de distinción”* en la comisión por omisión, CuCGPJ, Madrid.
- Silva Sánchez, (1993) Conferencia dictada en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte- Sede Coquimbo <https://doi.org/10.22199/S07189753.1993.0001.00004>
- Silva Sánchez (1987), *“La responsabilidad penal del médico por omisión”*, en Dialnet.
- Silva Sánchez (1986), *“El delito de omisión: Concepto y sistema”*, Bosch, Barcelona.

