



TRABAJO DE FIN DE MASTER : ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA  
DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

PARA OPTAR EL TÍTULO DE : MASTER EN ESTUDIOS JURÍDICOS  
AVANZADOS.

AUTOR : HUGO FAVIÁN APAZA MAMANI

TUTOR : Prof. Dr. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ.

BARCELONA, 2015

## ÍNDICE

<b>Capitulo Primero</b>	<b>3</b>
<b>Objeto de la Investigación</b>	<b>3</b>
<b>1. Introducción:</b>	<b>3</b>
<b>2. Planteamiento del Problema Practico a Tratar: el caso 1</b>	<b>5</b>
<b>Capitulo Segundo</b>	<b>9</b>
<b>Estado Actual de la Dogmática del Delito de Comisión por Omisión</b>	<b>9</b>
<b>1. La Propuesta de Silva Sánchez: Tripartición (Gradualista) de los Delitos de Omisión</b>	<b>9</b>
1.1. Identidad Estructural y Material entre Omisión y Comisión Activa	9
1.2. Tratamiento del Caso 1	10
<b>2. La Postura de Gracia Martín y Rueda Martín: la Omisión como forma de Dominio Social</b>	<b>10</b>
2.1. Exposición	11
2.2. La Comisión por omisión como Dominio Social de un Garante Especifico	11
2.3. La Comisión por Omisión como Dominio Social a partir de una Posición en Comisión por Omisión	15
2.4. El Tratamiento del Caso 1 y la participación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal	17
2.5. Consideraciones Criticas	19
<b>3. La doctrina de Lascuraín Sanchez: la Igual Autonomía como posición de Garante</b>	<b>21</b>
3.1. Exposición	21
3.2. El Fundamento de los Deberes de Garantía en un Estado Democrático: La Libertad y la Igualdad	22
3.3. Clasificación de los Deberes de Garantía	24
3.3.1. Deberes de Garantía Derivados del Ejercicio de la Propia Autonomía	24
3.3.2. Deberes de Garantía Fundamentados en la Preservación de la Autonomía Ajena	27
3.4. Tratamiento del Caso 1	29
3.5. Crítica:	29
<b>4. La doctrina de Dopico Gomez-Aller: La Omisión Como Gestión Libre de un Riesgo</b>	<b>31</b>
4.1. La Construcción de Dopico desde la Dogmática Dividida a una Dogmática Unitaria	31

4.2.	El Comportamiento Omisivo como Gestión de Riesgos	32
4.2.1.	El Deber de Protección y la Competencia Institucional como Manifestaciones del Principio de Gestión	35
4.3.	La Interpretación del Art. 11 del CP Como Clausula Interpretativa Autentica	35
4.3.1.	El Problema de la Tipicidad Formal	36
4.3.2.	El Problema de Determinación	37
4.3.3.	Resolución de la Tipicidad Formal y Determinación en el art. 11 del CP	38
4.4.	Una Definición de Comisión por Omisión y el Problema de la Injerencia en Especifico	40
4.4.1.	La Definición de Comisión por Omisión	40
4.4.2.	Distinción entre Aseguramiento y Salvamento	42
4.4.3.	La Injerencia Como Un Supuesto de Comisión por Omisión	45
4.4.3.1.	La Usurpación del Control de un Foco de Peligro	45
4.4.3.2.	Usurpación de los Medios de Protección de la Víctima	46
4.5.	Tratamiento al Caso 1	48
4.6.	Criticas y Consideraciones Particulares	49
<b>5.</b>	<b>La doctrina de Robles Planas: La Omisión como la Libre Infracción de un Deber Positivo o Negativo</b>	<b>50</b>
5.1.	Exposición	50
5.2.	El sistema de Intervención en el Delito	50
5.3.	La intervención por Omisión en la Teoría de la Intervención Delictiva	53
5.3.1.	La Conducta típica Omisiva (Problemática General de la Desaprobación Típica de Conductas)	54
5.3.2.	Autoría y Participación en la Intervención Omisiva	58
5.3.3.	Tratamiento de los Delitos de Infracción de Deber o de Competencia Institucional	59
5.4.	Tratamiento del Caso 1	62
5.5.	Aportes Dogmáticos y Consideraciones Criticas	63
	<b>Capítulo Tercero</b>	<b>65</b>
	<b>Balance General y Conclusiones</b>	<b>65</b>
<b>1.</b>	<b>Crisis de la Dogmática del Delito de Comisión por Omisión: Verificación de la Hipótesis Planteada</b>	<b>65</b>
<b>2.</b>	<b>Lineamientos para Un Tratamiento de la Intervención Omisiva del Titular de un Deber Institucional</b>	<b>68</b>
2.1.	Traslado del Problema a la dogmática de la Competencia por la Infracción de Deber y la Competencia por Organización	68
2.1.1.	La Participación en los Delitos de Competencia Por Organización y los Delitos de Dominio	70
2.1.2.	La Intervención en los Delitos de Competencia Institucional	72
2.2.	Apunte Sobre la Imputación del Resultado en los Delitos de Infracción de Deber: Una Delimitación a Partir de las Esferas de Competencia	76
<b>3.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>80</b>
	<b>Bibliografía</b>	<b>82</b>

## Capítulo Primero

### OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1. INTRODUCCIÓN:

El *Objeto de estudio de esta investigación*, se encuentra delimitado en exponer el tratamiento que brinda actualmente la doctrina jurídico penal a la imputación de un resultado típico a un comportamiento omisivo, ello es el análisis contemporáneo de la dogmática del delito de comisión por omisión, circunscribiendo tal panorama a las exposiciones hechas en castellano.

La *razón* que me llevo a la elección de tal tema, *la justifico en la vigencia actual* que mantienen las interrogantes que giran en torno a la determinación de cuando y como el comportamiento de una persona puede ser calificado como una comisión por omisión, así ya algunos autores llegan a calificar al deber de garante como el capítulo más oscuro de la parte general del derecho penal<sup>1</sup>. Y si bien el estudio del delito de comisión por omisión ha sido una materia que ha acompañado a la evolución de la teoría del delito casi desde su origen, considero que *las razones de la vigencia de la discusión se cifran en que*: tal tema es estrictamente normativo, lo que le permite evolucionar junto a los cambios de la teoría del delito, además la sociedad postindustrial conlleva, por una parte a la

---

<sup>1</sup> Así se observa la contraposición, por una parte entre: PAWLIK, Michael, en: HEINRICH/JÄGER/ACHENBACH/AMELUNG/BOTTKE /HAFFKE/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Festschrift für Claus ROXIN*, 2011, Band 1, p. 931. Y, por otra parte: ROXIN, *DP PG, T 2*, Cap. 32, n.m. 2.

conurrencia de varios sujetos en el marco de una estructura organizada produciendo la disociación entre acción y responsabilidad<sup>2</sup> con el consecuente problema de determinar el deber de controlar comportamientos ajenos, y por otra parte a que el empleo de nuevos avances tecnológicos conllevo a la aparición de nuevos riesgos junto con el problema de definir los límites de control de tales fuentes de riesgo<sup>3</sup>, tales variables creo que abonaron en mantener en vigencia la discusión del delito de comisión por omisión, así por ejemplo el análisis de la responsabilidad penal que pueda surgir en un empresario por la no evitación de un delito cometido por su subordinado, es un problema actual que si bien no era un punto de análisis en épocas anteriores, hoy es analizado confrontándolo con la posibilidad de ser coberturado con la dogmática de la comisión por omisión.

El *problema que se tratara de resolver*, ha sido delimitado atendiendo a que la dogmática de la comisión por omisión es tan extensa que exigía definir un problema específico a partir del cual explicar su estado actual, a si se opta en este trabajo por analizar si la dogmática del delito de la comisión por omisión puede dar una respuesta satisfactoria a los casos en que: una persona -que teniendo un deber de garante o sea destinatario de un deber especial- interviene omisivamente en un delito ajeno, o con otra terminología, la pregunta planteada es observar cual es el tratamiento que se debe brindar a quien ostenta un deber institucional cuando interviene omisivamente en un delito ajeno<sup>4</sup>.

Entonces el *objetivo del presente trabajo* será analizar si las posturas que se contienen en los principales estudios contemporáneos realizados sobre el delito de comisión por omisión permiten aportar soluciones solventes al problema mencionado.

Tal objetivo se llevara desarrollando una *hipótesis: es posible que los casos de participación omisiva de un garante institucional, conformen casos que lleven a la crisis de los planteamientos contemporáneos del delito de comisión por omisión*. Si por crisis de la ciencia del derecho penal se entiende a una crisis de identidad, en la que lo

---

<sup>2</sup> Hecho que tensiona a la teoría clásica del delito, según: SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2013, p. 7.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, 2006, p. 13

<sup>4</sup> Un objeto de estudio semejante es el tomado por PAWLIK, *El Funcionario Policial Como Garante de Impedir Delitos*, 2010, p. 181. En cambio un objeto de estudio más amplio, por no ser tan específico, es el abordado por RUEDA MARTÍN: “el estudio de las conductas que constituyen una cooperación por omisión en un delito doloso de acción”, en: RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 50.

cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social<sup>5</sup>. Entonces cuando menciono *crisis del delito de comisión por omisión*, me refiero a que *la identidad* de tal forma de imputación puede estar cuestionada, así controvertido puede resultar analizar si en realidad una omisión es distinta a una comisión cuando se trata de un deber institucional, también trato de poner de manifiesto que *el propio modelo* para afrontar tal tipo de delito puede ser cuestionable, talvez es posible que resulte cuestionable dejar de imputar el resultado, y finalmente trato de poner en manifiesto que las estructuras argumentativas que se emplean en doctrina pueden no aportar utilidad para solventar una solución y en cambio sea necesario un cambio de estructura de imputación que ponga atención no a las formas como se manifiesta un comportamiento sino a una estructura que atienda al tipo de deberes de las personas. Sera un caso jurisprudencial –temáticamente lo denominaré *Caso 1*- el que se utilizara para confrontar cada una de las principales exposiciones hechas en castellano sobre el delito de omisión y verificar la hipótesis de esta investigación.

La estrategia para abordar tal problema se reflejara en *la articulación del trabajo*, compuesta de tres capítulos: el primero tratara propiamente del planteamiento del problema y la presentación de un caso práctico, en el siguiente se expondrá la síntesis de las obras que han abordado el estudio de la comisión por omisión anotando por cada autor cual es la solución que aporta al Caso 1, presentando luego algunas observaciones a las construcciones presentadas, y en el tercer capítulo se expondrá el análisis global del estado actual de la dogmática del delito de comisión por omisión y una propuesta de solución al caso 1.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA PRACTICO A TRATAR: EL CASO 1**

Como se anunció, el desarrollo de este trabajo girará en torno a confrontar las propuestas doctrinarias de los representantes de la dogmática del delito de comisión por omisión con el “*Caso 1*”, este es un caso resuelto por la Corte Suprema del Perú, que corresponde a la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2528-99-Lima, del 25 de agosto de 1999, en cuyo texto la exposición de los hechos y el pronunciamiento del tribunal es el siguiente:

---

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2010, p. 5

### *Hecho imputado*

«(...) en el presente caso fluye de autos que en horas de la mañana del día dos de abril de mil novecientos noventa y tres, en circunstancias que los agraviados retornaban a su domicilio a bordo de su vehículo, fueron intervenidos por los encausados, quienes aprovechando su condición de efectivos policiales los registraron, encontrando entre los documentos de Antonio un billete de cien dólares, del cual se apoderaron manifestando que era falsificado; asimismo, les solicitaron sumas de dinero a fin de ser dejados en libertad, por lo que se dirigieron a dos cajeros automáticos para retirar dinero de la cuentas de los agraviados; sin embargo, al no lograr su propósito por no contar con dinero en efectivo ambos cajeros, concertaron una cita a la que los agraviados debían acudir llevando consigo dinero a cambio de devolverles sus documentos personales».

### *Intervención omisiva de un policía*

«que, al respecto, se ha establecido que si bien el encausado «*Juan Carlos*», estuvo a bordo del vehículo policial en el que fueron desplazados los agraviados, desde el momento en que se inicia el hecho hasta cuando éste concluye, no participó activamente en la comisión del delito de extorsión, de allí que la tesis central de la defensa, gire en torno a una pretendida atipicidad de su conducta, que no lo exime de reproche moral»<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Vale rescatar que el pronunciamiento de la Corte Suprema del Perú, concluyo indicando: “*Fundamento jurídico de la Sala Penal Suprema sobre la posición de garante del efectivo policial* «respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico o posición de garante; que, en el caso de autos se verifica la existencia de esta causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado «*Juan Carlos*», de evitar el resultado»; en principio, por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole por ello el resultado lesivo perfectamente imputable; también se verifica que el citado encausado, se encontraba en una posición de garante frente al bien jurídico de los agraviados, ya que ésta surge también cuando el agente tiene el deber de vigilar la conducta de otras personas, tal como sucede en el caso de autos; es por ello, que concurriendo en el análisis los dos presupuestos que nos

Como se observa se trata de un caso protagonizado por un policía que se limitó a ver como otros dos policías consumaban un delito en perjuicio de un particular, o en otras palabras, el análisis de la participación omisiva del titular de un deber institucional por la no evitación de un hecho delictivo consumado por parte de otro obligado institucional. La relevancia de este problema la cifra en que cuenta con la presencia de un comportamiento omisivo cuya relevancia se define por la concurrencia de una competencia institucional, y otro detalle que aporta relevancia es que guarda una identidad aproximada con un problema analizado recientemente por Michael PAWLIK<sup>7</sup>—*temáticamente denominare a esta variante como Caso 2-*, él plantea el caso de la siguiente manera:

“El funcionario policial P está haciendo el recorrido de todas las tardes, por el barrio residencial a su cargo. En un sector de jardines de mala visibilidad desde la calle, divisa casualmente al ladrón E, a quien él conoce bien como tal, y nota que éste se dispone a irrumpir en la casa de O, que está de viaje. P podría arrestar a E sin mayores dificultades, como él mismo reconoce, y así impedir el robo.

---

permiten determinar cuándo estamos frente a una comisión por omisión punible, es correcto afirmar, que el encausado “Juan Carlos”, es coautor del delito de extorsión”.

Y la corte también se pronunció en torno a los argumentos de la defensa quien *alegó la «atipicidad» del comportamiento del efectivo policial que intervino de manera omisiva*, y la Corte Suprema expuso las siguientes razones:

«que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión; respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico o posición de garante; que, en el caso de autos se verifica la existencia de esta causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado Juan Carlos Reyes, de evitar el resultado; que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión»

<sup>7</sup> PAWLIK, “El Funcionario Policial Como Garante de Impedir Delitos” (Trad. Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti), en: EL MISMO, *La Libertad Institucionalizada*, 2010, p. 181.

Pero quiere regresar tan rápidamente como sea posible a la comisaría, en la que se está transmitiendo un importante partido de fútbol. Por ello decide «no haber visto nada» y sigue su ronda. El robo tiene éxito; E le sustrae a O una serie de valiosos objetos de arte”.

Como resolvería tal problema la actual dogmática del delito de comisión por omisión es la pregunta a examinar en las siguientes páginas.

## Capítulo Segundo

### ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DEL DELITO DE *Comisión por Omisión*

#### 1. LA PROPUESTA DE SILVA SÁNCHEZ: TRIPARTICIÓN (GRADUALISTA) DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

##### 1.1. IDENTIDAD ESTRUCTURAL Y MATERIAL ENTRE OMISIÓN Y COMISIÓN ACTIVA

El profesor SILVA SÁNCHEZ identifica una identidad estructural entre la acción y la omisión en base a la asunción del compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos, y así genera una propuesta de tripartición de los delitos de omisión, que le lleva a concluir que en la interpretación del art. 11 CP el criterio rector es la equivalencia en el sentido del texto de la ley.

Pero tal identidad no se da en todas las omisiones, por lo que identifica una triparticipación de los delitos de omisión<sup>8</sup>: Los delitos de comisión por omisión, que son idénticos, estructural y materialmente a la comisión activa, y los delitos de omisión que no son idénticos a la comisión activa, y que se dividen en omisiones puras generales y omisiones puras de garante (omisiones de gravedad intermedia). Y con tal clasificación, no se podría configurar delitos de comisión por omisión en delitos de mera actividad y tampoco en los delitos de propia mano o en los delitos de apropiación<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de Omisión*, 2º ed., p. 471.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de Omisión*, 2º ed., p. 438.

Para los efectos de este trabajo, es útil abocarse al tratamiento que le brinda a las omisiones que son estructuralmente idénticas a la comisión, por ello vale señalar que SILVA identifica la identidad estructural cuando el omitente ha asumido voluntariamente el compromiso específico de actuar a modo de “barrera de contención”<sup>10</sup> frente a determinados riesgos para bienes jurídicos específicos, de modo que si se levanta tal barrera el peligro surtirá efectos sobre el bien jurídico. Y solo de ese modo se podrá afirmar que tal riesgo se encuentra controlado por el sujeto, entendiéndose aquel control, como una pertenencia del tipo, en sintonía con la definición que aporta MIR PUIG<sup>11</sup>.

En trabajos posteriores, SILVA identifica a la estructura de la comisión por omisión, como una variante de la responsabilidad por organización de la propia esfera de competencia, y en cambio señala que los delitos de omisión no deben convertirse en casos de responsabilidad basada en una competencia institucional<sup>12</sup>.

## 1.2. TRATAMIENTO DEL CASO 1

Según el profesor SILVA, el caso del garante que se limita a observar como consuma un delito un tercero, corresponde a un caso de omisión de garante, pudiendo configurarse como una omisión de impedir un delito, tal conclusión se puede extraer de sus trabajos sobre la omisión de los funcionarios penitenciarios<sup>13</sup>, y la idea para tal conclusión sería que el omitente no habría asumido un deber de impedir aquel riesgo con la consecuente ausencia de dominio sobre tal riesgo, o en otras palabras, existirá una ausencia de control específico sobre el riesgo que luego se realizará en el resultado<sup>14</sup>.

## 2. LA POSTURA DE GRACIA MARTÍN Y RUEDA MARTÍN: LA OMISIÓN COMO FORMA DE DOMINIO SOCIAL

---

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de Omisión*, 2º ed., p. 465.

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, 2004, p. 121

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Artículo 11”, en: *Estudios Sobre los Delitos de Omisión*, Grijley, Lima, 2004, p. 217 p.p. 17.

<sup>13</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, 2004, p. 123. Así como en: SILVA SÁNCHEZ, “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?”, en: *Estudios Sobre los Delitos de Omisión*, 2004, p. 143-165.

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario*, 2004, p. 146.

## 2.1. EXPOSICIÓN

Para la exposición de GRACIA MARTÍN<sup>15</sup>, se tiene que abordar a tres protagonistas, dos de ellos representados por las dos posturas que el profesor en mención ha desarrollado – aunque la segunda solo está aún delineada- y el tercer protagonista es su discípula RUEDA MARTÍN<sup>16</sup>, y lo trascendente de esta última es que ha aportado un estudio en específico de nuestro *Caso 1* en base a las líneas escritas por su maestro en su segunda época. La estrategia será entonces, exponer las dos posturas de GRACIA MARTÍN y a la par exponer los puntos de compatibilidad que rescata RUEDA MARTÍN, luego de ello se anotará el tratamiento de la participación omisiva que se obtiene, y se concluirá con un grupo de consideraciones críticas a todo este aparato argumentativo.

## 2.2. COMISIÓN POR OMISIÓN COMO DOMINIO SOCIAL DE UNA POSICIÓN DE GARANTE ESPECIFICA

Parte GRACIA por asumir la distinción entre prohibiciones y mandatos, señalando que la omisión no es causal del resultado, así la situación típica de los delitos de omisión siempre se refiere a un peligro no dominado por la voluntad del autor pero en dirección a la producción de un resultado. A pesar de la ausencia de causalidad, se reconoce que hay algunas omisiones que sí son directamente subsumibles en los tipos de la parte especial, y para determinarlas es necesario un *procedimiento analógico* que identifique en ellas los elementos esenciales de la comisión activa, de modo que si bien se trata de casos con distintos elementos naturalísticos al tener elementos esenciales sobre ellas recaerá un idéntico valor: el juicio de tipicidad<sup>17</sup>, solo con tal procedimiento se afirmará la tipicidad

---

<sup>15</sup> GRACIA MARTIN, Luis, “La Comisión por Omisión en el Derecho Penal Español”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Idemsa, Lima, 2004, págs. 115-163 (Originalmente fue publicado en 1994). Y, posteriormente: GRACIA MARTIN, Luis, “Los Delitos de Comisión por Omisión (Una Exposición Crítica de la Doctrina Dominante)”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Idemsa, Lima, 2004, págs. 171-245 (Originalmente fue publicado en 2001).

<sup>16</sup> RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, *¿Participación por Omisión? Un Estudio Sobre la Cooperación por Omisión en un Delito de Acción Doloso cometido por un Autor Principal*, Atelier, Barcelona, 2013. A continuación se tiene: RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, “La Cooperación por omisión en un Delito de Acción Doloso y la Determinación de su Identidad con la Cooperación Activa: Una Propuesta”, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *Dogmática del Derecho Penal L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 439 y sig. Y finalmente se cuenta: RUEDA MARTIN, M<sup>a</sup> Ángeles, *Sobre la Necesidad de Exigir una posición de Garante para Atribuir una Responsabilidad Penal*, InDret 1/2015 ([www.indret.com](http://www.indret.com))

<sup>17</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 133.

de tales omisiones, y para estas omisiones una cláusula de equivalencia solo sería declarativa<sup>18</sup>.

*El Dominio Social como Criterio de Identidad.* Aun admitiendo que la identidad no puede hallarse en lo ontológico sino en lo normativo, GRACIA considera que las posibilidades de valoración del objeto las determinan sus propiedades ónticas<sup>19</sup>, así en la omisión el sustrato óntico es una acción finalista no realizada por quien tenía capacidad de emprenderla, y este sustrato permitirá señalar que la identidad entre acción y omisión radica en una determinada posición del sujeto que lo relaciona a la situación típica, señalando que tal criterio es *la relación de dominio social*, entendida como el: “conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico”<sup>20</sup>. Añade GRACIA que tal relación de dominio cualquier persona podrá establecerla cuando se trate de delitos de dominio, pero en ciertos delitos es necesario que los sujetos se encuentren especialmente caracterizados, tal es el caso del prevaricato<sup>21</sup>.

Así, *dominio social* será: “el conjunto de condiciones que permiten al sujeto que se encuentra en esa relación concreta, y sólo a él, tomar la decisión, y posteriormente actualizarla mediante un acto concreto de dominio, de realizar la lesión del bien jurídico en forma típica, que es por cierto, el acto supremo de dominio personal sobre un bien jurídico”<sup>22</sup>. Conformando entonces el dominio social *una posibilidad normativa del dominio del hecho*, distinguiéndose por ello de la concepción de SCHÜNEMANN<sup>23</sup> y también distinguiéndose del dominio finalista<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> GRACIA MARTIN, Luis, “Política Criminal y Dogmático Jurídico Penal en el Proceso de Reforma”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Idemsa, Lima, 2004, Política criminal y dogmática jurídico penal, p. 624.

<sup>19</sup> “Acción y Omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica [pero] las valoraciones del derecho, sin embargo y a mí juicio, deben estar condicionadas y encontrar su límite en las estructuras lógico-objetivas”, en: GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 155.

<sup>20</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 141. Igualmente: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 70 y en: RUEDA MARTIN, *InDret* 1/2015, p. 18.

<sup>21</sup> GRACIA MARTIN, *El Actuar en Lugar de Otro*, I, 1985, p. 351.

<sup>22</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 142-143. Igualmente RUEDA señala que la persona a realizar la acción ordenada por el mandato es: “el que tenga el dominio del ámbito social en el que ha de ser producida tal situación o evitada la no deseada”, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 66.

<sup>23</sup> GRACIA MARTIN, *El Actuar en Lugar de Otro*, I, 1985, p. 357.

<sup>24</sup> GRACIA MARTIN, *El Actuar en Lugar de Otro*, I, 1985, p. 361.

*El Dominio Social y la toma de Posición de Garante Específico por Asunción de una Situación de Peligro.* La nombrada toma de decisión requiere de una situación previa de organización, así puede existir en principio una situación atípica pero que esté plenamente organizada de modo apto para producir la lesión. Frente a tal situación, el sujeto puede incorporarla a su esfera personal de dominio mediante un “acto personal de *asunción* del dominio sobre esa situación”, y a tal acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico le llama “posición de garante específica”<sup>25</sup>. Ese acto de asunción logra que el peligro atípico entre en la situación de lo injusto típico y forme “el momento constitutivo de la situación típica para la omisión. Es el acto que hace entrar a un peligro atípico en la situación de lo injusto típico”<sup>26</sup> y ello por cuanto tal asunción personal del dominio de la situación es la que permite que el garante decida sobre la producción del resultado. De ello se deriva, que el dominio social no puede ser fundamentado antes de la situación típica de peligro, pues en ese momento los factores causales aún no están organizados en dirección a la lesión del bien jurídico<sup>27</sup>. Tal efectiva asunción del dominio personal sobre una situación de peligro existente, y por lo tanto, absolutamente determinada supone la exclusión del tipo de comisión por omisión de todos los supuestos en que la garantía que haya asumido el sujeto se extiende a la protección de bienes jurídicos frente a situaciones de peligro de posible producción en el futuro<sup>28</sup>, en otras palabras tan sólo una posición de garante específica –necesaria para la comisión por omisión- entrará en juego cuando aparezca la situación típica y en tal momento se tiene que realizar la asunción. Y finalmente resta decir, que en los casos de asunción de una fuente de peligro, el sujeto estará desde un principio en posición de garante específica<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 144. Luego se verá, que dejó de utilizar tal terminología.

<sup>26</sup> Siendo tal acto de asunción: “el acto que en los delitos de comisión por omisión sustituye a la necesidad existente en los delitos de acción de que el autor realice los actos preparatorios, es decir, los actos de organización de la situación típica”, en: GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 144. Reconociendo igualmente que es a partir de la asunción la forma como se ingresa a la relación de dominio social: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 71.

<sup>27</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 145.

<sup>28</sup> Se cita este ejemplo: “no dará lugar a comisión por omisión los casos del socorrista que no hace nada para impedir que se ahogue un bañista que espontáneamente ha sufrido un corte de digestión (...) el funcionario de prisiones que no hace nada para impedir la muerte del recluso que está en situación crítica a consecuencia de haberse colocado en situación de huelga de hambre (...) en cambio, se situarían en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión el socorrista que se hubiera lanzado al agua, creando así una expectativa seria de salvamento (...) el médico de prisiones, el de urgencias o el rural, que han asumido de un modo efectivo ya el tratamiento de contención de la inanición del recluso huelguista de hambre”, en: GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 148-149.

<sup>29</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 150.

*Los requisitos de la Acción Omitida.* GRACIA, anota dos requisitos propios de la omisión a la que se imputaría un resultado, primero que el sujeto solo será garante específico si con su acción con seguridad se hubiese evitado el resultado. Y además la omisión por comisión se ha de tratar de la no realización de una intervención material y directa sobre la causa fundamental del resultado<sup>30</sup>.

*El tratamiento de la Injerencia.* Gracia niega que la injerencia acarrea responsabilidad en comisión por omisión, pues la posición que adopte el sujeto tras desencadenar el proceso causal que tienda autónomamente a la producción del resultado, es un curso ajeno de modo absoluto al sujeto, en tales eventos la omisión del injerente es un mero no evitar, no subsumible en los tipos que exigen causar, y tampoco se da el requisito de intervención material y directa. En cambio, si se reconoce una injerencia en comisión por omisión si se realiza con dolo, porque en ella si se tendrá una consciencia y voluntad en dirección al resultado, pero en tal caso no se plantearía la problemática tratada<sup>31</sup>.

*Una clasificación de las Omisiones Punibles*<sup>32</sup>. Empleando los criterios de grados de posición de garante y concreta capacidad de acción del sujeto, distingue 4 tipos de omisiones punibles:

- a) Comisión por Omisión, que es la explicada hasta el momento.
- b) Omisión Pura, en la que no media relación alguna entre omitente y bien jurídico.
- c) Omisión de Garante Genérico. Que en su interior se puede distinguir: i) De un garante genérico sin capacidad específica de acción de dominio de la causa fundamental del resultado. ii) De un garante genérico con la capacidad específica de acción de dominio de la causa fundamental del resultado, pero en las que no se produjo la asunción efectiva del dominio.

Entonces y resumiendo, yo entendería que se postula que es con el dominio social, la forma como una omisión es idéntica a una acción para así atribuirle un resultado,

---

<sup>30</sup> Por ejemplo: una enfermera no omitiría típicamente si su deber fuese solo avisar a un médico para que intervenga él a un enfermo en un momento crítico, en: GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 156-157.

<sup>31</sup> GRACIA MARTIN, *Los Delitos de Comisión por Omisión*, 2004, p. 236 p.p. 206. Adhiriéndose a tal postura: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 61.

<sup>32</sup> GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 160.

implementándose tal dominio social con un acto de asunción en una situación de peligro que genera una posición de garante específica<sup>33</sup>.

### 2.3. LA COMISIÓN POR OMISIÓN COMO DOMINIO SOCIAL A PARTIR DE UNA POSICIÓN EN COMISIÓN POR OMISIÓN

Posteriormente GRACIA, ha delineado una segunda postura indicando que la equiparación entre acción y omisión, se puede hallar sin una posición de garante, y para ello parte por señalar que un punto fijo: “a mi juicio, el *tertium comparationis* tiene que estar constituido por los principios objetivos que informan el ordenamiento jurídico penal como uno orientado a la protección de bienes jurídicos (...) por *el contenido desvalorativo de la categoría del tipo de lo injusto*, y, finalmente, por la escala de valoraciones objetivas del Derecho (...) deducibles del Derecho Positivo”<sup>34</sup>.

A continuación, GRACIA y adhiriéndose RUEDA MARTÍN<sup>35</sup>, descartan el carácter constitutivo de la posición de garante para la comisión por omisión tanto en su sentido formal como material<sup>36</sup>, pues tiene la incorrección de que la mera no evitación del resultado no puede alcanzar el desvalor de la producción activa, atribuyéndole a la posición de garante solo la utilidad de ser una circunstancia agravante: “la posición de garante no es, en absoluto, elemento constitutivo de lo injusto específico de la comisión por omisión, y ello por las mismas razones que no lo es del tipo de lo injusto que la misma comparte con la acción como forma típica de realización intercambiable con ésta (...)”<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> En palabras de GRACIA: “Sólo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva”, en: GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 159.

<sup>34</sup> GRACIA MARTIN, *Los Delitos de Comisión por Omisión*, 2004, p. 232 (la cursiva es mía).

<sup>35</sup> Ella concluye: “el valor de la acción omitida que tiende a cumplir con el mandato en un delito de comisión por omisión no depende de que el sujeto ostente una posición de garante formal o material respecto del bien jurídico protegido”, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 63.

<sup>36</sup> Las críticas a la concepción formal y material del deber de garante también las asume RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 59 a 62. RUEDA MARTIN señala: “la existencia de una posición de garante (...) no puede hacer surgir per se un concreto deber de actuar porque se configura con carácter previo y anterior a la situación en la que surge dicho deber y sin tener en cuenta las circunstancias específicas en las que tiene lugar la lesión del bien jurídico (...) no responde a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico”, en: RUEDA MARTIN, *InDret* 1/2015, p. 11 y 13-14.

<sup>37</sup> “La posición de garante, entonces, cuando exista y sea relevante en un contexto de realización del tipo (...) podrá ser un elemento que suponga una mayor gravedad de lo injusto, pero totalmente prescindible para la constitución o fundamentación de lo injusto específico”, en: GRACIA MARTIN, *Los Delitos de Comisión por Omisión*, 2004, p. 259.

Al descartar el empleo de la posición de garante recurre GRACIA, para la equiparación de ciertas omisiones a la comisión, a *las características de la omisión misma en cuanto comportamiento*, como determinante de la eventual subsumibilidad directa de la omisión en el tipo de la parte especial, siendo solo el desvalor que pueda aportar la posición de garante un elemento formal de autoría: “son entonces, las características de la propia omisión, y en absoluto la posición de garante en cuanto características del autor, lo que determina que una omisión alcance la categoría de la comisión por omisión”<sup>38</sup>. Con tal base, se entiende la clasificación que postula de los delitos vinculados a una omisión y un resultado<sup>39</sup>:

- a) Tipos de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa (art. 196 CP).
- b) Tipos de omisión y resultado con alternativa de comisión por acción u omisión, es decir tipos de comisión por omisión en sentido estricto, por cuanto en ellos si se puede dar un idéntico fundamento e igual desvalor entre omisión y acción. Y dentro de esta clase se distingue:
  - b.1. Delitos de Comisión por Omisión Explícita.
  - b.2. Delitos de Comisión por Omisión Implícita.

Entiendo que con esta concepción se termina poniendo de relieve el poder causal de la omisión de una persona en una determinada situación de peligro. Y el tránsito de la postura de GRACIA MARTÍN se observa en que para afirmar la asunción del dominio social en un inicio se postuló una posición de garante específica, y luego se desechó tal concepto. Y resulta que esta segunda posición es la tomada por RUEDA MARTÍN, quien reemplaza la idea descartada por la de “posición de comisión por omisión”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> “Las características de la acción omitida las que deban ser tenidas en cuenta para determinar, al margen de la posición de garante, si la omisión de esa concreta acción constituye comisión por omisión”, en: GRACIA MARTIN, *Los Delitos de Comisión por Omisión*, 2004, p. 261. Cita el siguiente ejemplo de una omisión con la entidad suficiente para constituir comisión por omisión sin ser garante: “tanto el terrorista que se ha dejado el artefacto explosivo en la oficina bancaria, que es garante por injerencia, como un cliente experto que se encuentra en el banco en ese momento y se percata de que el paquete olvidado contiene un explosivo, que en absoluto es garante por ningún concepto, tienen la capacidad de realizar la misma acción de desactivar o, en cualquier caso, de alejar el artefacto del banco para evitar la catástrofe”, en: GRACIA MARTIN, *Los Delitos de Comisión por Omisión*, 2004, p. 263 p.p. 277. Se adhiere a tal idea: RUEDA MARTIN, InDret 1/2015, p. 12.

<sup>39</sup> GRACIA MARTIN, *Los Delitos de Comisión por Omisión*, 2004, p. 183 a 191.

<sup>40</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 72.

Entonces en el concepto de comisión por omisión de RUEDA MARTÍN, no se emplea ninguna posición de garante, pero si el resto de herramientas desarrolladas por GRACIA, así se emplea como herramientas para determinar la autoría en comisión por omisión a la preexistencia de un bien jurídico involucrado en una función social o institucional y a la posición que el agente asume generando una relación de dominio social que conforma una estructura lógico-objetiva, entonces se tendrá *una posición de comisión por omisión*, que requerirá sea actualizada en la situación de peligro concreta, de modo que: “autor en comisión por omisión es aquel que de un modo totalmente voluntario y libre haya incorporado el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de dominio social y siempre que este dominio se actualice luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa determinante del resultado”<sup>41</sup>.

#### 2.4. EL TRATAMIENTO DEL CASO 1 Y LA PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN EN UN DELITO DE ACCIÓN DOLOSO COMETIDO POR UN AUTOR PRINCIPAL

Vale exponer la construcción argumentativa de RUEDA MARTÍN sobre la participación omisiva, antes de señalar su respuesta al *Caso 1*. Parte reconociendo la existencia de omisiones que pueden verse involucradas como formas de participación en la comisión de un hecho doloso pero solo bajo la forma de complicidad o cooperación necesaria<sup>42</sup> y que ellas tampoco requieren una cláusula de equivalencia al ser subsumidas directamente en los preceptos legales de la participación<sup>43</sup>. Y consecuente con lo postulado por GRACIA, delimita el actuar del partícipe frente al autor indicando que este no podrá tener el dominio social típico siendo también innecesaria la presencia de un deber de garante, pero en cambio sí es determinante los criterios de identidad entre una cooperación activa y una omisiva, de modo que tal identidad pueda encontrarse en las características de la omisión misma<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 74. Igualmente en: RUEDA MARTÍN, InDret 1/2015, p. 19.

<sup>42</sup> Descartando en cambio la posibilidad de inducción por omisión, RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 84 y 86.

<sup>43</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p.166.

<sup>44</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 92-94 y 126. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 442-443.

RUEDA, plantea como elementos<sup>45</sup> para definir cuando una omisión puede fundamentar un contenido de injusto idéntico al de una acción positiva, o en otras palabras los elementos necesarios para enjuiciar la utilidad objetivo/subjetiva de una participación en comisión por omisión<sup>46</sup>, cita a los siguientes. *El dolo en el partícipe*, que contiene un componente cognitivo conformado por el conocimiento de la situación típica, además de conocer el modo de impedir el resultado. Mientras que el elemento volitivo está conformado por un acuerdo de voluntades referido a que el partícipe asume de modo libre y voluntario un compromiso efectivo de poner en práctica su capacidad específica de contribución en un hecho dominado por un autor<sup>47</sup>, vale añadir que en distintos pasajes de su obra RUEDA señala que tal acuerdo puede ser tácito y simultáneo a la acción de ejecución<sup>48</sup>. Y para concretizar este acto de asunción en una omisión RUEDA recurre al criterio de ROXIN, realizará una omisión que genere una contribución: “quien para posibilitar un delito abandona la resolución de actuar ya adoptada”<sup>49</sup>.

Sobre la utilidad que se extrae de una omisión solo cabe apreciarla si un sujeto posee la capacidad de contribuir, que se determina con dos factores: La aportación debe poseer una determinada capacidad lesiva<sup>50</sup>. Y el aporte del omitente debe ser realizado en la etapa del inicio de la tentativa del hecho del autor<sup>51</sup>.

Con los apuntes realizados, la respuesta al Caso 1 que postula RUEDA MARTIN, y en consecuencia también GRACIA MARTIN, resulta ser que *no le imputa complicidad en el*

---

<sup>45</sup> También se desglosan los requisitos para una cooperación por omisión, en: RUEDA MARTIN, InDret 1/2015, p. 22.

<sup>46</sup> Si bien descarta los criterios que señalan que una omisión no puede incrementar un riesgo (p. 130 a 132), no se entiende claramente cuál es la diferencia de aquellos con una contribución útil –que es el criterio utilizado por Rueda-, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 130.

<sup>47</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p.135 a 137. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 449.

<sup>48</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 109 y 143-144. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 454.

<sup>49</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p.138 (la cita original pertenece a ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8º Ed, p. 487). Y como lo indica RUEDA, tal criterio no es contemplado en el tomo 2 del manual de ROXIN. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 450.

<sup>50</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 141. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 452.

<sup>51</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 163. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 461.

resultado al omitente al efectivo policial que se limita a ver como se ejecuta un delito y este solo respondería por un delito de omisión pura, y en defecto de este conllevaría a la impunidad, así se indica: “la simple presencia de un sujeto en el momento en que un tercero está cometiendo dolosamente un hecho delictivo (un homicidio, unas lesiones, una agresión sexual, etc.) de modo que no lo desaprueba expresa o tácitamente, no supone que estamos ante una cooperación delictiva, sino a la sumo ante una omisión de socorro o una omisión del deber de impedir determinados delitos”<sup>52</sup>. Así, expresamente RUEDA MARTÍN plantea los siguientes ejemplos: si una mujer observa como su pareja abusa sexualmente de la hija de este último<sup>53</sup>, o si una madre observa como el padre ejerce violencia domestica sobre el hijo en común<sup>54</sup>, o el caso del padre que no impide que su menor hijo favorezca el delito de otro<sup>55</sup>, en todos esos casos solo se respondería por un delito de omisión pura, una omisión de socorro o una omisión de impedir delitos y si no es así: “la omisión es impune”<sup>56</sup>. Las razones que apunta, son dos: no hay acuerdo de voluntades entre omitente y autor<sup>57</sup> y porque la omisión de quien ve como se realiza un delito por otra persona, tal omisión no tiene potencial lesivo alguno, afectándose solo a la solidaridad humana<sup>58</sup>.

## 2.5. CONSIDERACIONES CRITICAS

- *No se brinda una uniforme fundamentación para descartar la imputación por el resultado frente a la participación omisiva de un garante. Sobre el tratamiento de la participación omisiva, llama poderosamente la atención el hecho que RUEDA*

---

<sup>52</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 152. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 460.

<sup>53</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 159.

<sup>54</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 160.

<sup>55</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 141.

<sup>56</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 142.

<sup>57</sup> “Si no existe un acuerdo de voluntades, la presencia meramente pasiva de una persona ante la comisión de un hecho delictivo doloso por parte de un autor que lo domina, se tiene que valorar como una omisión del deber de impedir determinados delitos”, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 140. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 451.

<sup>58</sup> “Dicha omisión [la del padre que solo observa] no supone una contribución, favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento del dominio del hecho que ostenta un autor que actúa (...) En este caso concreto la omisión indicada sólo tiene efectos lesivos sobre la situación de un determinado bien jurídico: la dimensión específicamente jurídica de la solidaridad humana”, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 142. Igualmente: RUEDA MARTÍN, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, 2014, p. 452.

MARTIN reconozca la posibilidad de una participación en base a *un acuerdo de voluntades tácito y concomitante a la ejecución* entre autor y cooperador, y lo aplique a un caso en el que se protege el patrimonio<sup>59</sup>, y en cambio en los casos en que debiera protegerse la indemnidad sexual de un menor de edad no se reconozca la aplicación de tal acuerdo de voluntades tácito<sup>60</sup>. Considero que la solidaridad humana tendría que llevar a la solución contraria. Pero más allá de tal crítica, se observa que el aceptar en ambos casos un acuerdo de voluntades tácito, podría llevar a una ilimitada imputación del resultado a toda omisión de quien observa un delito. Lo que evidencia que flexibilidad del criterio postulado.

- *La incompatibilidad de la subsumibilidad directa y el argumento analógico.* Como se indicó GRACIA busca los elementos de identidad entre comisión y omisión para identificar a las omisiones que tengan entidad suficiente para atribuirles un resultado y con tal fin emplea un procedimiento analógico, pero a pesar de ello concluye que tal operación permite una subsumibilidad directa en los tipos de la parte especial. Teniendo en cuenta que la aplicación de la analogía supone reconocer la ausencia de algunos de los requisitos típicos, tal reconocimiento sería ya suficiente para que el principio de legalidad formal impida una subsunción directa de las omisiones porque la analogía siempre supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra<sup>61</sup>. Por lo que afirmar que la omisión es analógica a la comisión y a pesar de ello es subsumible directamente en el tipo significa entonces que hay: “una contradicción entre conclusión y premisas iniciales”<sup>62</sup>.
- *Exigir un acto de asunción efectivo en el momento de surgir el peligro es un acto de asunción incompleto porque es unilateral y por tanto no puede fundamentar una responsabilidad, y a su vez significa desmotivar el inicio de acciones para cumplir el mandato*<sup>63</sup>. Al señalarse que el asumir la posición de comisión por

---

<sup>59</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 142.

<sup>60</sup> RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 159.

<sup>61</sup> MIR PUIG, DP PG, 8º ed., 4/40.

<sup>62</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 655.

<sup>63</sup> También RUEDA trabaja con la misma exigencia de asunción unilateral efectiva al indicar: “este dominio [requiere] se actualice luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa determinante del resultado”, en: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 74. Igualmente en: RUEDA MARTIN, InDret 1/2015, p. 19

omisión es insuficiente porque requerirá que se actualice en el momento del peligro, ello es con una asunción específica o adicional, con cuya exigencia se obtendría un resultado insatisfactorio: “el omitente [en posición de comisión por omisión] sólo responde por el resultado si en algún momento decidió cumplir su deber, pero no si en todo momento quiso incumplirlo”<sup>64</sup>. Y la razón de ello, es que la asunción de un peligro no puede depender de la decisión unilateral del propio obligado<sup>65</sup>.

### 3. LA DOCTRINA DE LASCURAÍN SANCHEZ: LA IGUAL AUTONOMÍA COMO POSICIÓN DE GARANTE

#### 3.1. EXPOSICIÓN

El planteamiento de LASCURAÍN SANCHEZ<sup>66</sup> contiene especial singularidad al delinear una justificación de los delitos de comisión por omisión desde una perspectiva constitucional, así genera una legitimación del comportamiento omisivo a partir de la concepción de las bases del estado democrático.

Él parte por reconocer una diferencia entre prohibiciones (obligaciones negativas) y mandatos (obligaciones positivas), distinguiendo luego el comportamiento comisivo y omisivo, y definiendo a este último a veces en la forma clásica entendida como ausencia de movimiento corporal<sup>67</sup> pero también empleando una definición material<sup>68</sup>, al indicar que: las prescripciones son “mandatos relativos al control de nuestro ámbito de dominio para evitar la interferencia en el ajeno” y las prohibiciones son “deberes negativos de no intromisión (...) en la esfera de libertad ajena”<sup>69</sup>. Por mantener tal distinción, el requisito nuclear de la imputación de un resultado a un comportamiento omisivo, lo conforma el

---

<sup>64</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 659.

<sup>65</sup> DOPICO escribe: “En derecho, una asunción de funciones que no supere el ámbito del furo interno, es decir, una asunción sin delegante no puede tener efecto fundamentador de responsabilidad”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 659.

<sup>66</sup> Fundamentalmente se reflejan sus tesis en su monografía: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los Delitos de Omisión: Fundamento de los Deberes de Garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>67</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 74 p.p. 160.

<sup>68</sup> Así se refiere a mandatos dirigidos a generar el crecimiento de la autonomía ajena (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, p. 65) o también cuando afirma que los deberes de acción son más gravosos, por limitar en mayor medida el comportamiento (p. 68).

<sup>69</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 74.

deber de garantía o un especial deber positivo<sup>70</sup>. Para su exposición, primero anotare cual su fundamento para los deberes de garantía, luego señalare su clasificación de tales deberes positivos y finalmente destacar cuál es su respuesta al Caso 1 y señalar un grupo de observaciones.

### 3.2. EL FUNDAMENTO DE LOS DEBERES DE GARANTÍA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO: LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Para LASCURAÍN la legitimación de una norma de comportamiento debe satisfacer y ser construida sobre dos columnas: criterios de utilidad (utilidad para la protección de un bien legítimo: justificación cuantitativa o utilitarista) y criterios de distribución<sup>71</sup> (porque se dirige una norma a su destinatario: justificación distributiva).

Y en base a los nombrados pilares, toma en consideración que la tarea de adscripción de posiciones de garantía es una labor de tipificación y la vez una tarea de política criminal, proponiendo LASCURAÍN *un criterio democrático de política criminal* conformado por los valores de *libertad* (autonomía como principio de moral intersubjetiva) e *igualdad* (noción material de igualdad), así indica: “La justificación que se busca la aportan los valores propios de un criterio democrático de legitimación. Dicho criterio parte de una determinada concepción de la personalidad moral integrada fundamentalmente por las nociones de libertad e igualdad: “cada persona es libre e igual en dicha libertad a las demás personas”<sup>72</sup>. Además indica que consecuente con tales valores, surge como propio del Estado democrático en cuanto Estado social, el principio de solidaridad intersubjetiva<sup>73</sup>.

*Implementando tal idea para la legitimación de las obligaciones jurídicas en general*, se obtiene que *un primer escalón* lo conforma una ponderación de libertades, así serán legítimos los deberes que limitan la autonomía del individuo: “cuando los deberes

---

<sup>70</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 20. Menciona también que se trata de: “una cuestión relativa a la justificación de la creación de determinados tipos penales”.

<sup>71</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 55. Esta forma de legitimación de la norma de comportamiento en dos columnas, LASCURAÍN se adhiere a FREUND y MOLINA FÉRNANDEZ.

<sup>72</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 55. También anota dos ideas: que la base para decidir la organización social se toma entre todos pero quedando al margen de tal decisión los valores libertad e igualdad. Y además que la noción de democracia es indesligable a la noción de libertad (p.p. 122 p. 57).

<sup>73</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 57-58.

impuestos deparen una preservación de la autonomía ajena superior a la autonomía que se sacrifica con la imposición de la obligación misma”<sup>74</sup>. Con ello, el “juicio de legitimidad consiste (...) en un juicio de ponderación de libertades que se resuelve en términos de ganancia de libertad”<sup>75</sup>, siendo el norte de tal ponderación la preservación de la autonomía de otro<sup>76</sup>. Pero tal modo cuantitativo de resolver el conflicto, para evitar la violación de los presupuestos esenciales de la autonomía e igualmente impedir que la obligación constituya un daño, junto al principio de autonomía debe situarse el principio de la dignidad de la persona<sup>77</sup>. Mientras que en *un segundo escalón*, destinado a justificar el destinatario de la obligación, estará asociado *al ejercicio de la libertad del obligado, porque es él quien disfruta de las ventajas de la libertad*, entendiendo que “la razón axiológica que está detrás de la selección del obligado radica precisamente en la propia atribución general e igual de autonomía”<sup>78</sup>.

Y llevada tal justificación para legitimar obligaciones positivas especiales de los delitos omisivos<sup>79</sup>, *el primer escalón* –que será común para los dos tipos de garante- referido a determinar cuándo es legítimo obligar a alguien a que haga algo que complemente o mejore la autonomía de otro, es satisfecho con una justificación utilitarista de la libertad: “se obtendrá cuando los deberes impuestos deparen una preservación de la autonomía ajena superior a la autonomía que se sacrifica con la imposición de la obligación misma”<sup>80</sup>, tal balance positivo de proporcionalidad en términos de libertad, tiene límites: la inviolabilidad de la propia autonomía, que resulte estrictamente necesario para

---

<sup>74</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 58.

<sup>75</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 59.

<sup>76</sup> Careciendo entonces de justificación las obligaciones de que dirigen a mejorar la propia autonomía del obligado, porque según LASCURAÍN, citando a NINO, explica que la imposición de tal pauta intersubjetiva de conducta –limitar la autonomía para dar más libertad a los demás- se justifica cuantitativamente porque con ella se logra que más gente goce de más autonomía en comparación al grupo de personas a quienes se les impone tal pauta intersubjetiva, se cita un ejemplo: se prohíben las violaciones porque ello depara un resultado global en término de autonomía superior, así se faculta un ejercicio libre de la libertad sexual para todos, en comparación a la alternativa de permitir las violaciones que solo significaría facultar la libertad de quien se arrogue tal libertad, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 59 p.p. 128.

<sup>77</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 60.

<sup>78</sup> Se entiende que el ejercicio de la libertad requiere su propia limitación: “el principio de autonomía como principio de moral intersubjetiva comporta la propia restricción de la autonomía” (p. 58), “la autonomía de cada individuo depende, al menor en parte, de la de los demás, y es algo que uno debe parcialmente a los demás, en el sentido de que la posee gracias a las limitaciones en la autonomía de los demás”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 62,

<sup>79</sup> Antes lleva tal legitimación a las normas de comportamiento que imponen obligaciones negativas (delitos comisivos), siendo sencillo su engarce con el sinalagma de libertad y responsabilidad, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 60 a 63.

<sup>80</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 148.

preservar la autonomía ajena y que no deje al obligado en peor situación que al beneficiado<sup>81</sup>.

Sobre *el segundo escalón*, la determinación del sujeto obligado o del titular del deber de garante, se atribuye al titular del ejercicio de la libertad: “la asignación de deberes de garantía sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de un ámbito de autonomía”<sup>82</sup>, así al reconocerse la autonomía ello supondrá la obligación de controlar tal ámbito de autonomía para que no dañe la autonomía ajena, aplicando entonces el *neminem laedere* a los delitos de omisión<sup>83</sup>.

En otro apartado, trata a los deberes referidos a mejorar o suplir la autonomía ajena, al estar referidos a proveer de una protección, se reconoce que carece de una justificación axiológica en el ejercicio previo de la autonomía<sup>84</sup>, y en su lugar opta por atribuir tal carga sobre el colectivo social, que se encauza a través del Estado quien a su vez lo delega en funcionarios públicos<sup>85</sup>.

### 3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS DEBERES DE GARANTÍA<sup>86</sup>

#### 3.3.1. DEBERES DE GARANTÍA DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LA PROPIA AUTONOMÍA

En este grupo se encuentran los deberes de garantía que se justifican en el ejercicio de la autonomía del sujeto y la restricción que comporta la atribución general de autonomía: “somos así garantes de la indemnidad de los bienes respecto a los peligros que emanen de nuestro ámbito de organización”<sup>87</sup>. Se distinguen tres formas:

---

<sup>81</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 66.

<sup>82</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 149. Igualmente en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p.305.

<sup>83</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 73.

<sup>84</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 76 y 78.

<sup>85</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 79.

<sup>86</sup> Si bien con una denominación propia, se trata de la tradicional división de la teoría de las funciones, de tal parecer: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p.507.

<sup>87</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 84. Y con tal postulado se evidencia la filiación con el planteamiento de JAKOBS.

- a) El Mantenimiento de Fuentes de Riesgo en el Ámbito Propio. Se es garante de los peligros provenientes de cosas que se encuentran en nuestro ámbito de organización, excluyéndose el empleo de cosas propias por parte de otros sujetos. Si se analiza la posibilidad de ser garante, el titular de un local donde se realiza un delito, al tratarse del empleo de un elemento inocuo que es convertido en peligroso por un tercero que actúa libremente, quien además organiza el hecho, entonces la tolerancia del titular no generará un deber de garante y podrá catalogarse de participación –omisiva- solo si cabe atribuir a dicho comportamiento un sentido de contribución al hecho y no una simple falta de entorpecimiento del mismo que se producirá cuando se produzca el abandono de una resolución de actuar ya adoptada<sup>88</sup>, y en específico para verificar si se produce tal contribución con la cesión de un espacio para la comisión de un delito se constatará ella con la expresa obligación jurídica que se impone a los titulares de los establecimientos públicos de impedir tal uso<sup>89</sup>.
- b) La Injerencia o Creación de riesgo. Nuestro ámbito de organización también se puede extender con el propio comportamiento, generando una injerencia en un ámbito ajeno, que se producirá cuando: “dicha injerencia suponga un ejercicio normal de la libertad del sujeto” y que exigirá en tal caso un mandato de control de nuestro propio ámbito de organización<sup>90</sup>. Pero la limitación de tal posición de garante se producirá en su generación, al exigirse la conciencia del carácter peligroso de la propia acción, mientras que el contenido del deber de garantía estará delimitado por la licitud del curso de riesgo desencadenado y que la medida de tal deber de control guarde compatibilidad con la utilidad social del riesgo<sup>91</sup>.

Con la fundamentación anterior, se excluye del ámbito de la injerencia a las conductas justificadas porque no son manifestaciones del ámbito libre de quien

---

<sup>88</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 86. Abandona tal criterio, ampliando además otro supuesto de participación omisiva, referido a se permita la utilización de los propios medios para la realización de un delito ajeno, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p.322.

<sup>89</sup> LASCURAÍN reconoce en tal campo la pertinencia de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, que tipifica como infracción grave la tolerancia de consumo ilegal de drogas en locales públicos, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.90.

<sup>90</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.92.

<sup>91</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.95 y 96.

recurre a la justificación<sup>92</sup>. Se excluye la comercialización de productos como fuente de garante, si al momento de participar de su producción, no se tenía conocimiento de su peligro<sup>93</sup>.

Un supuesto especial lo conforma el tratamiento de *los riesgos dentro del propio ámbito de organización* que desatan otras personas o con nuestra colaboración. Para resolver ello se parte por reconocer que la facultad del ejercicio de la autonomía excluye el control de la autonomía ajena, ello en virtud del *principio de responsabilidad por los hechos propios*. Pero dentro del propio ámbito de organización, se mantiene un deber de garantía por los riesgos de personas que actúan dentro del nombrado ámbito<sup>94</sup>, así como de las personas no autónomas que están a nuestro cargo<sup>95</sup>.

Pero una excepción al nombrado principio, lo conforman los garantes de protección, en tal caso se asignara un deber de garante en relación con el control de los comportamientos de otro que incluso ejerce su autonomía con plena responsabilidad, debiendo responder tal garante si se produce un resultado que pudo evitarlo y aun cuando existan autores que puedan responder de tal comisión dolosa<sup>96</sup>.

En cambio no conforma una excepción, al principio de responsabilidad por los hechos propios, la participación delictiva porque no genera deberes de garantía de control del comportamiento del autor<sup>97</sup>, así se es garante de los riesgos propios pero no de los riesgos ajenos a los que contribuyeron los riesgos propios<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.98.

<sup>93</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.105.

<sup>94</sup> Así responderá como autor el empleador que no impide el delito del empleado, porque “la libertad del empleado forma parte del proyecto del empleador”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 320.

<sup>95</sup> Así por ejemplo se tendría un deber de garante sobre el empleado a quien se le ordena que suelte al perro dentro del jardín, así como el deber del padre de cuidar a su hijo, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.105-106.

<sup>96</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.106.

<sup>97</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.108.

<sup>98</sup> Se cita un ejemplo: si 3 personas roban, pero en el transcurso del atraco uno de ellos golpea violentamente a la víctima –fuera del plan inicial- y tal víctima muere, se tendrá ciertamente un deber de garantía en los otros 2 por haber causado la indefensión de la víctima pero es cuestionable que incumplieran su deber por lo inesperado de la agresión, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.109.

Finalmente dentro de la injerencia, ubica las formas de desprotección de otro, por cuanto se puede lesionar un bien si se eliminan los mecanismos de protección de la víctima, y se presenta cuando se da un acto inicial con un significado objetivo de protección y al que quepa razonablemente conectar la inhibición de medidas alternativas de amparo del bien<sup>99</sup>.

- c) Es la Asunción libre y la Delegación la tercer fuente de un deber de garantía derivado de la propia autonomía, que puede consistir en la protección del delegante –delegación de competencias de autoprotección- o en la protección de otros –delegación de un deber de garantía: tanto de un deber de amparo como de control-<sup>100</sup>. Para que se produzca tal delegación, se requiere el ejercicio coordinado de dos esferas (delegante libre y delegado libre), la capacidad en el delegado y dotación del necesario dominio para el ejercicio de la tarea delegada<sup>101</sup>. De lo que se deriva que solo surtirá efectos la delegación cuando su cumplimiento resulte a priori posible<sup>102</sup>, y el limite será aquello que el ordenamiento considere indelegable<sup>103</sup>. Y así como reconoce la delegación implícita, en estrechas comunidades de vida o de comunidades de riesgo (matrimonio), señala que se puede también producir un acuerdo tácito de suspender tal delegación (separaciones de hecho)<sup>104</sup>.

### 3.3.2. DEBERES DE GARANTÍA FUNDAMENTADOS EN LA PRESERVACIÓN DE LA AUTONOMÍA AJENA

<sup>99</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.111.

<sup>100</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.115. Un caso de delegación de un deber de garante de control se daría con el nombramiento de un oficial de cumplimiento, en tal caso se produce una transformación del deber originario del delegante-empresario-, que pasa a ser de supervisión e intervención, y ello porque continua siendo el ámbito del delegante, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.116-117. Igualmente en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 306.

<sup>101</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.120. En cambio no son requisitos, ni la formalidad, ni la expresividad del pacto (p. 125). Igualmente en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.116-117. Igualmente en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 310.

<sup>102</sup> Fundamentos y Limites, p. 218.

<sup>103</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p.116-117. Igualmente en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 312.

<sup>104</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 127. Por tal reconocimiento del matrimonio, creo que es incorrecta la crítica de: MOLINA, Gonzalo, *Delitos de Omisión Impropia*, 2014, p. 361.

Y finalmente, resta explicar cómo resuelve LASCURAÍN los casos en que algunas personas tienen reducida su capacidad para organizar su autoprotección y que están amenazadas por riesgos que no son atribuibles a otras personas. Llega a reconocer que este es un campo de deberes institucionales<sup>105</sup>, y para definir quien tendrá tal deber de garante, inicialmente atribuye parcialmente a todos tal deber, que lo satisfacen con contribuciones económicas, para luego convertir en garante a las instituciones públicas<sup>106</sup>. La constitución de tal tipo de deber de garante, tiene dos caracteres específicos: solo tiene solidez en la justificación utilitarista y en cambio es débil en la justificación distributiva, por cuanto no se verifica un acto de libertad previo. Y su cumplimiento se realiza por delegación en los funcionarios<sup>107</sup>.

En la definición de los bienes y procesos a los cuales se anuda un deber de garante a cargo del Estado, LASCURAÍN anota dos grupos: los casos en que se tenga una necesidad de protección a favor de quienes carecen de capacidades de autoprotección y los casos en que el Estado limita la autonomía del individuo para su autodefensa<sup>108</sup>.

Y finalmente, LASCURAÍN, para justificar la existencia de los deberes paternos filiales, descarta a la asunción y con ella la posibilidad de una justificación distributiva<sup>109</sup>, y solo le resta apuntar razones de utilidad al ser los padres las personas idóneas para cuidar a sus hijos<sup>110</sup>, y aun cuando se reconoce la ausencia de uno de los pilares sobre los que construyo los anteriores deberes de garante afirma que: “con una columna (la de la utilidad del deber) mucho más sólida que la otra (la de su distribución) se sostiene así la asignación de posiciones de garantía a los padres por el mero hecho de serlo”<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p.305.

<sup>106</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 135.

<sup>107</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 136. Creo que la referencia al funcionario delegado es suficiente para cumplir con la exigencia de certeza, por cuanto sería imposible predefinir la identidad completa del garante –al fin y al cabo en ninguna posición de garante se cumpliría con tal especificidad-, por lo que no resulta tan sustentable la crítica de: MOLINA, Gonzalo, *Delitos de Omisión Impropia*, 2014, p. 361.

<sup>108</sup> Cita como un ejemplo las catástrofes naturales que atribuiría un deber de asistencia social al Estado, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 139 y 154. Lo curioso de ello, es que al constituirse en deber de garante, se tendría que imputar el Estado – o sus funcionarios competentes- el resultado lesivo que se produciría a los ciudadanos en caso no se cumpliera tal deber.

<sup>109</sup> Porque no es compatible con la realidad, debido a que la procreación no siempre es voluntaria, y por cuanto no es acorde con el derecho, pues la paternidad no es renunciable y tampoco entonces aquel deber de protección, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 141.

<sup>110</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 143.

<sup>111</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 143.

### 3.4. TRATAMIENTO DEL CASO 1

En la sistemática de LASCURAÍN, no se aborda directamente el caso nombrado, pero al tratarse el Caso 1 de un supuesto en que el peligro es organizado por otra persona autónoma, no cumpliéndose por ello el presupuesto de amenaza por riesgo no imputable a otro que habilitaría el deber de preservar la autonomía ajena, y además al no emplear LASCURAÍN el criterio de la competencia institucional, la respuesta que brindaría sería negar una posición de garante que sustente la imputación del resultado, y solo restaría la posibilidad de atribuir un delito de omisión pura agravada (omisión del deber de perseguir delitos por parte de funcionarios públicos), y en cuya ausencia se tendría la impunidad del efectivo policial que observa la comisión de un hecho delictivo cometido por otro<sup>112</sup>.

### 3.5. CRÍTICA:

Como se mencionó uno de los méritos de esta postura es asentar su construcción en una base democrática, pero sus aspiraciones de satisfacer todos los supuestos cubiertos habitualmente con la comisión por omisión, le acarrea algunas observaciones:

- *No se logra aportar una fundamentación única a todos los deberes de garante, ello se observa en que se fundamenta de distinta manera los deberes de garante que provienen de la propia autonomía y los que se refieren a la preservación de la autonomía ajena. En la terminología de LASCURAÍN, en el segundo grupo solo se tiene la columna distributiva: son razones de utilidad, y no se cuenta en cambio con razones cualitativas: no se puede explicar el deber de los funcionarios estatales y de los padres como la consecuencia de un actuar libre.*
- *La definición que atribuye a los deberes de garante no mantiene la distinción entre comisión y omisión sobre la que construye su doctrina, y termina siendo irrelevante. Así en su definición inicial y ontológica de tal distinción se observa*

---

<sup>112</sup> Y en palabras de LASCURAÍN, si se desviaría el modelo de legitimación democrática de garantes con la construcción de otra fuente de garante fuera de las que él ha clasificado, ello supondría: “una merma en la cualidad democrática del Estado y, en concreto de su ordenamiento penal”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los Delitos de Omisión*, 2002, p. 137.

que no puede afirmarse que la prohibición sea menos gravosa que el mandato<sup>113</sup>. En otro pasaje de su obra, afirma que es necesaria la distinción entre deberes positivos y negativos en la sociedad postindustrial, pero con ello en realidad se está demostrando que tal distinción pierde su importancia cuando una esfera peligrosa pueda actuar sola sin constante impulso muscular de su titular<sup>114</sup> (caso de los automatismos propios de la sociedad postindustrial). Y mientras que en la definición material de omisión con la que construye su clasificación de las distintas posiciones garante, señalando que se trata de un mandato de control de nuestro ámbito de dominio, con tal definición no se puede ver la contraposición entre deberes positivos y deberes negativos, por cuanto el control de una esfera exigirá tanto que se cumpla con gestionar el cuerpo de forma que no dañe a los demás como que se controle que el hijo pequeño no queme la alfombra ajena jugando con un mechero. Así la distinción ontológica de acción y omisión es un cuerpo extraño en la construcción de LASCURAÍN<sup>115</sup>, quien en realidad parece trabajar con un concepto normativo.

- *La definición de una posición de garantía difícilmente podría alcanzarse con una ponderación de los bienes individuales implicados, sino tal definición debe recurrir a un dato supraindividual.* Se observa que la ponderación no puede hacerse sobre los meros intereses individuales, ello llevaría a soluciones limitadas, sino es necesario incorporar al discurso un dato fundamental supraindividual<sup>116</sup>, que podría ser la adscripción de esferas de autonomía que formen un modelo general de ordenación.

---

<sup>113</sup> El deber de frenar el coche no puede ser más gravoso que el de no acelerarlo.

<sup>114</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 511.

<sup>115</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 513.

<sup>116</sup> Si se atiende solo a una ponderación, resulta problemático ya determinar las cargas de deber en los casos de conflicto de bienes idénticos. Por ejemplo (conflicto de patrimonio contra patrimonio): si A vende un piso a B, pero omite comunicarle que tiene una hipoteca. Para saber si A comete una estafa, es necesario definir cuál es la información relevante que tiene el deber de comunicar y por su parte cual es la información que B debe sumar por su propia cuenta, pudiendo incluso variar tales deberes si alguno de los personajes es una empresa, tal respuesta no se puede alcanzar con la comparación de los patrimonios sino solo con la determinación de los deberes de comunicación que cada uno tenía, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 516. Igualmente señala: “no puede ser resuelta atendiendo tan sólo a los intereses de los directamente implicados en el conflicto”, en: p. 499.

#### 4. LA DOCTRINA DE DOPICO GOMEZ-ALLER: LA OMISIÓN COMO GESTIÓN LIBRE DE UN RIESGO

Para exponer el pensamiento de DOPICO, es camino útil primero anotar cuál es su definición de omisión, lo que incluirá exponer el contenido de las conductas de aseguramiento y de salvamento, para continuar con la exposición del sentido que atribuye al art. 11 CP, y señalar cuál es su postura para el tratamiento de la comisión por omisión y la injerencia junto a un grupo de consideraciones críticas de su planteamiento. Concluyendo con definir cuál sería el tratamiento que brindaría al Caso 1 y anotando un grupo de observaciones.

##### 4.1. LA CONSTRUCCIÓN DE DOPICO DESDE LA DOGMÁTICA DIVIDIDA A UNA DOGMÁTICA UNITARIA

Es fundamentalmente en su tesis doctoral, la oportunidad en que el profesor DOPICO GOMEZ-ALLER (2006)<sup>117</sup> expone su posición del comportamiento omisivo, abordando en específico el problema de la injerencia.

Luego de realizar una completa exposición histórica de la evolución dogmática de la comisión por omisión y del argumento de la injerencia, su toma de posición, la construye a partir de constatar la existencia de una *dogmática dividida*<sup>118</sup>. Así las *teorías causales* trabajaron con un concepto de comisión único, que giraba alrededor de la causalidad. Con las *teorías del deber jurídico*, se partió de un esquema dualista, por una parte se tenía una teoría general del ilícito basada en el delito activo doloso de resultado, pero al no contener la omisión el concepto de causalidad, se enriqueció el concepto de antijuridicidad con la infracción de un deber especial. Continuaron las *teorías de la posición de garante* con el esquema dividido, pero trasladaron el deber de actuar a la tipicidad, considerándose los delitos de omisión como delitos especiales, pero además los elementos restrictivos de la causalidad pasaron de esta última al ámbito de la tipicidad, como restricciones normativas del tipo (la posición de garante como criterio normativo de imputación).

---

<sup>117</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión e Injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>118</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p.671.

El último paso que anota DOPICO, es el imparable normativismo, que reestableció un mismo núcleo típico normativo para comisiones activas y omisivas, ello es una concepción de realización típica unitaria, cuyo eje esencial dejó de ser el elemento ontológico, siendo reemplazado por la imputación objetiva o el elemento normativo de la tipicidad, conformándose así la omisión como un criterio normativo de definición de la infracción.

DOPICO se decanta por admitir la ausencia de la relevancia entre comisión activa y omisiva, tomando un fundamento común de responsabilidad: la competencia por organización (o *neminem laedere*)<sup>119</sup>, lo cual lo acerca al planteamiento de JAKOBS, pero sin adoptar su teoría de los deberes.

#### 4.2. EL COMPORTAMIENTO OMISIVO COMO GESTIÓN DE RIESGOS

El fundamento material de los deberes de garante que construye DOPICO para la omisión, lo inicia a partir de definir la libertad como la asignación de un ámbito para la gestión exclusiva<sup>120</sup>, entonces el sistema jurídico establece un modelo de gestión descentralizado, de modo que existen tantos núcleos de gestión como personas. De ello deriva el conocido sinalagma: la *responsabilidad* por un comportamiento dañoso exige una *conducta libre* del sujeto, y esta debe entenderse como *la gestión de un ámbito asignado a tal persona en exclusiva*; entonces a una persona se le puede exigir responsabilidad por un acto de su gestión defectuoso, por ejemplo el fundamento material del deber de garante del empresario se construiría a partir de considerar que la libertad de organización empresarial trae como necesario correlato el deber de velar por que la actividad de la empresa no dañe bienes jurídicos ajenos<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 676. Aunque vale considerar que parece dubitativo en derribar la distinción entre comisión y omisión, debido a una larga tradición liberal del Derecho Penal, en: p. 864. Igualmente: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 260.

<sup>120</sup> Se trata de un concepto ideal de libertad: como producto del Derecho, en contraposición al concepto liberal contractualista, el primero tiene un uso intrasistemático y el segundo extrasistemático, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 741 p.p. 203. Señalando como fundamento al ejercicio de la libertad también en los supuestos de omiso socorro derivado de accidente fortuito, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2002, p. 252.

<sup>121</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ARROYO/NIETO (dir.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance*, 2013, p. 169.

Tal fundamento indica que es el mismo para delitos de resultado como para los delitos de mera actividad<sup>122</sup>. Pero aquello que es propio de los delitos de resultado es que: “el delito activo de resultado atiende al cuerpo humano como un foco de peligro”<sup>123</sup>, y tal foco se entiende como referido a irrogar daños a otro, en el sentido de lesionar los derechos de otro, mediante la usurpación de la titularidad de tal esfera de gestión ajena. Vale detallar que el principio de gestión tiene dos manifestaciones: “solo lesiona quien gestiona un foco de peligro o un medio de protección ajeno”<sup>124</sup>.

Y tal acto de gestión, no puede ser descrito conforme a sus características físicas, sino debe ser descrito en relación con las diversas normas que establecen el ámbito de libertad del titular de una esfera<sup>125</sup>, *así se entiende a la omisión como una forma de gestión*, entonces se puede producir daños con omisiones o con movimientos autónomos del cuerpo en casos de reposo.

*El ámbito de gestión de una persona*, primero está definido por *el cuerpo humano*, que interesa solo en la medida en que es gestionado en exclusiva por la persona, así la gestión del cuerpo está asignada a la persona que reside en la cabeza<sup>126</sup>. Y ello permite además incluir como elementos de la propia esfera<sup>127</sup>, elementos que además define como cuerpo en sentido amplio, a: *los objetos* que están al servicio de la libertad de organización (animales o maquinas) y también *las actividades*, lo que incluye al control de los empleados por parte del empresario, ello es el control del factor humano<sup>128</sup>.

*El límite del ámbito de gestión*, también esta impuesto por el Derecho que se encarga de establecer reglas de la interacción que obligan al sujeto a asegurar su esfera jurídica, de

---

<sup>122</sup> Llama la atención que DOPICO cite como un caso de gestión de riesgo a la responsabilidad por omisión de socorro, indicando que “tal responsabilidad surge al no poner su cuerpo al servicio del salvamento de alguien en peligro”, si se observa en detalle no se ha realizado previamente a la omisión de socorro ningún acto de gestión que obligue a tal prestación y que puede generar responsabilidad, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 743.

<sup>123</sup> Reconociendo el empleo de la terminología de GIMBERNAT, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 744.

<sup>124</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 755.

<sup>125</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 744.

<sup>126</sup> Entonces si la gestión del cuerpo humano estuviera asignado a otra persona, esta última sería la responsable del comportamiento. Dopico sita como antecedentes de esa idea a Fichte con su “quinto teorema” y también a Jakobs, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 743 p.p.210.

<sup>127</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 745. Igualmente: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2002, p. 256.

<sup>128</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ARROYO/NIETO (dir.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance*, 2013, p. 170.

dos formas: se establecen reglas entre los diferentes partícipes en el tráfico definiendo el deber de cuidado para evitar que el ejercicio de libertad sea dañoso. Y además estableciendo deberes de adquisición de información, ello es realizar una investigación necesaria para saber si la conducta propia dañara a otros. Tales reglas constituyen el núcleo de certeza de la comisión por omisión<sup>129</sup>.

Surge la duda de compatibilizar tal *deber de aseguramiento* de la propia esfera con el art. 11 CP que requiere *la infracción de un especial deber jurídico*. Para DOPICO<sup>130</sup> el nombrado artículo se refiere a una especialidad formal, así explica primero que los deberes de aseguramiento son deberes generales por lo que se trata de *delitos de dominio*, que pueden tener dos formas: una acción es prohibida para todos y en cambio un mandato de omitir solo compete a quien debe realizarlo, por lo tanto el artículo 11 al indicar un deber especial *atiende a la distinción formal* entre acciones y omisiones y en esa medida se trata este último de un deber especial. Pero tal especialidad no hace que los delitos de comisión por omisión sean delitos especiales, porque ahí la especialidad se determina atendiendo a un concepto material.

DOPICO *acepta la existencia de la participación omisiva en un delito activo*<sup>131</sup>, creo que como una idea derivada de ubicar a los delitos de omisión dentro de los deberes de aseguramiento de riesgos y no identificarlos con delitos especiales. De manera que si la conducta del autor consiste en “producir” el resultado típico, mientras que el cómplice realiza aportaciones instrumentales a tal efecto, no hay ningún inconveniente en que con un comportamiento omisivo se pueda infringir cualquiera de ambas normas, así por ejemplo un responsable de cumplimiento si al omitir sus deberes posibilita la comisión de un delito de fraude, cabe hablar de una responsabilidad penal como partícipe por omisión<sup>132</sup>. Y esta conclusión a su vez es una consecuencia de haber dejado de lado las teorías cuasicausales o hipotético causales que identificaban al autor omisivo como aquel

---

<sup>129</sup> Vale anotar que esta responsabilidad por la gestión de la propia esfera es distinta a la propiedad sobre el bien, así DOPICO indica: “una cosa es la titularidad de acciones civiles para la defensa y recuperación de la propiedad, y otra la relación intrínseca entre la facultad de decidir de modo exclusivo sobre la propia esfera y la responsabilidad por los peligros que ésta integre”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 751.

<sup>130</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 753.

<sup>131</sup> Aceptando también la inducción por omisión, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 757.

<sup>132</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ARROYO/NIETO (dir.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance*, 2013, p. 184.

que contra un deber no retira condiciones causales del resultado, en otras palabras, es erróneo identificar como deber de garante todo deber “especial” de realizar movimientos corporales.

De las dos últimas ideas puedo extraer, que para DOPICO *el título de imputación en los delitos de omisión es definido con el dominio del hecho*, que rige igual que en los delitos comisivos, porque ambas formas de comportamiento se sustentan en la gestión de riesgos.

#### 4.2.1. EL DEBER DE PROTECCIÓN Y LA COMPETENCIA INSTITUCIONAL COMO MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE GESTIÓN

Un tema relevante es la postura de DOPICO frente a los deberes de protección y la competencia institucional. Su preocupación es restringir la tendencia expansiva que existe en tales campos. Y para ponerle un freno opta por emplear como base el principio de gestión como explicación de todas las conductas lesivas, lo que significa requerir un mínimo de gestión libre para imputar responsabilidad, incluyendo los casos de deberes de protección y la competencia institucional<sup>133</sup>.

Y tal axioma le permite afirmar que una responsabilidad en comisión por omisión se presentara: “sólo en la medida en que el omitente se encuentre gestionando un foco de peligro o los medios de protección de un bien jurídico ajeno cabrá [entonces] afirmar que su omisión ha lesionado”<sup>134</sup>, por lo que aun cuando se configure una asunción formal pero sin gestión de riesgo no habrá en tal caso comisión por omisión, el ejemplo es claro: si una persona paseando por una calle desierta se encuentra a su cónyuge desamparado y en peligro grave, su omisión no constituye una conducta típica de homicidio sino solo una omisión de socorro agravada por parentesco.

#### 4.3. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 11 DEL CP COMO CLAUSULA INTERPRETATIVA AUTENTICA

DOPICO postula que el art 11 del CP es una cláusula de interpretación auténtica de lo que debe ser entendido como comisión por omisión. Para ello desarrolla su postura a partir de

---

<sup>133</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 755.

<sup>134</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 756.

analizar el significado del art. 11 CP abordándolo desde dos problemas: la tipicidad formal, que hace referencia al límite de los significados posibles del texto de la norma y el problema de determinación, que alude a la concreción en la definición típica<sup>135</sup>.

#### 4.3.1. EL PROBLEMA DE LA TIPICIDAD FORMAL

Aquí se analiza el problema de si los verbos típicos hacen referencia sólo a acciones o también a omisiones, en otras palabras, examinar si se puede incluir una omisión en los términos “matar” o “causar”. Para DOPICO tales obstáculos no son un problema de conceptos<sup>136</sup> sino son un problema del uso del lenguaje, abocado a analizar si en alguna de las acepciones posibles de la expresión típica puede ser abarcada una conducta omisiva, se habla pues del límite de los significados posibles y se trata por ello de un problema de interpretación gramatical<sup>137</sup>.

Sobre el primer obstáculo, referido así existe algún límite lingüístico que impida denominar “matar” a una omisión, DOPICO parte de identificar como evidente que una de las acepciones de un verbo causal como “matar” permite incluir comportamientos omisivos, entonces constata que el tenor literal admite la inclusión de ciertas omisiones en el tipo. Por lo que es el idioma y no el art 11 CP, quien permite incluir los comportamientos omisivos en los verbos típicos que emplea el legislador<sup>138</sup>.

El segundo obstáculo es identificar el “causar” con una omisión. Apelando al uso común del lenguaje<sup>139</sup>, pone de relieve que “causar” es ser razón o motivo de que suceda una

---

<sup>135</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 679. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 283.

<sup>136</sup> El problema de la tipicidad formal, lo supera primero al dejar de lado el concepto de delito conforme al entendimiento del dogma causal, conforme al cual sólo puede ser delito una acción entendida como movimiento muscular, y se supera tal problema conceptual porque no existe un imperativo pre jurídico que impida considerar que se puede cometer un delito de resultado mediante una omisión, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 680. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 283.

<sup>137</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 683. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 287.

<sup>138</sup> El ejemplo es el siguiente: es evidente que al menos uno de los significados posibles del término causar permite decir que la madre desnaturalizada ha matado a su hijo de 2 meses de edad si lo abandona en su casa y viaja a otra ciudad, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 682. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 286.

<sup>139</sup> Echando mano al RAE y también a que los tipos penales se expresan en un lenguaje más adscriptivo que descriptivo siguiendo en esto último a SILVA SÁNCHEZ, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 684 p.p. 33. Añade además que el sentido de causar como irrogar daños es un registro lingüístico

cosa, significado que coincide con los términos *irrogar o infligir un daño*, y esta definición no se refiere a términos físicos naturales sino a términos de imputación, que si incluyen a la omisión como un significado de causar. Añadiendo además que el sentido “mecánico-newtoniano” al no incluir como causa el no detener fuerzas mecánicas ajenas al cuerpo del agente, no se condeciría con el sentido que si agrupa la tipicidad formal<sup>140</sup>.

Ahondando en el sentido de “causar”, se indica que este es un término polisémico, y puede ser entendido como irrogación o como causación mecánica, pero este último sentido es incapaz de describir el ámbito típico<sup>141</sup>, en cambio el primer sentido nombrado si es un concepto normativo<sup>142</sup>.

#### 4.3.2. EL PROBLEMA DE DETERMINACIÓN

Identificar cual es la omisión, de entre todas las que tengan alguna relación con el resultado y que pueda entrar en el ámbito típico es un tópico que se ha abordado en dos vías.

La primera es la teoría sintomática que busca los rasgos externos comunes a toda omisión comisiva, empleando la agrupación tipológica clásica, la triada: deber legal, contractual o injerencia, ello es identificar una “posición de garante”. El problema de esta vía es que no explica el fundamento más allá de vagas menciones a un desvalor similar al de la comisión activa y es además una definición circular<sup>143</sup>.

---

acorde al Derecho Español: art. 1902 del Código Civil, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 685. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 288.

<sup>140</sup> DOPICO también responde, indicando que es una falsa generalización, la crítica finalista que postulaba que las omisiones no pueden causar un resultado, así frente al caso en que se considerase que la madre causa la muerte de su hijo si le deja morir de hambre, KAUFMANN indicaba: “de ser así, toda omisión, incluida la omisión propia, sería una causación del resultado y, por ello, en este caso en homicidio”, frente a ello DOPICO anota: “El hecho es que el idioma permite denominar “matar” a algunas conductas omisivas (...) pero no ha todas (...) lo que las personas denominados “matar” no se define conforme a las reglas del concepto finalista de acción y omisión (...) resulta forzado e irrazonable excluir conductas que no son “mecánicamente causales” del resultado pero que son sin duda, causar un mal, en el sentido de irrogarlo o infligirlo”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 686. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 290.

<sup>141</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 687. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 292.

<sup>142</sup> Pero tal perspectiva normativa no debe ser exagerada, porque: “lo que no es dable es apelar a una identidad en el plano normativo o valorativo para introducir en el ámbito típico una conducta que no puede ser aludida con uno de los significados posibles del verbo típico”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 705. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 313.

<sup>143</sup> Cita DOPICO la crítica de FREUND: solo se puede definir posición de garante de manera circular, “la definición sería posición de garante es aquella en la que se encuentra el omitente impropio. Si volvemos

La segunda vía es la teoría analítica, que opta por determinar qué es lo común entre comisión activa y omisiva, siendo lo importante si a tal conducta le es imputable la producción de un resultado típico. Esta vía permite construir una teoría del tipo, cuyo objeto es determinar cuáles son los requisitos típicos, y en los delitos puros de resultado su eje ha sido la imputación objetiva, mientras que en la comisión por omisión ha sido la teoría del garante<sup>144</sup>. Esta es la vía que ha sido tomada en los trabajos de las últimas décadas, camino iniciado por SCHÜNEMANN, pero además permite la subsumibilidad directa de las comisiones omisivas en los tipos penales, opción esta última que DOPICO considera acertada<sup>145</sup>.

#### 4.3.3. RESOLUCIÓN DE LA TIPICIDAD FORMAL Y DETERMINACIÓN EN EL ART. 11 DEL CP

La comisión por omisión es directamente subsumible en los tipos de resultado y el art. 11 no es una cláusula extensiva del tipo, según DOPICO<sup>146</sup>, y ello desde una lectura sin prejuicios del primer inciso del art. 11 CP, ya que el primer requisito que exige tal cláusula es que la omisión sea subsumible en el tipo penal en cuestión, ello es que “la omisión de evitación del resultado” y su “causación” deben equivaler según el sentido del texto de la ley: el concreto tipo penal de que se trate, es decir, deben ser “idénticas en valor” formal y materialmente, entonces el art 11 no crea la equivalencia sino ella preexiste.

Tal identidad valorativa (normativa) significa que la producción de un resultado y la causación a la que se refiere el art 11 necesariamente deben interpretarse como irrogar o infligir daños, así el texto legal en cuestión contiene una cláusula interpretativa de los

---

a preguntar: ¿qué es la omisión impropia?, sólo caben dos respuestas: la circular (es la omisión en posición de garante) o la meramente descriptiva o enumeradora: es la omisión de quien está en las siguientes posiciones, que llamaremos de garante: A, B, C (...) X; por este vacío informativo del concepto de posición de garante entiende este autor que se trata de un mero slogan con el que en vez de resolver los problemas se sustraen del debate”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 690 p.p. 43. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p.295 p.p. 29.

<sup>144</sup> La teoría del garante es una teoría de la imputación objetiva, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 690 p.p. 44. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p.295 p.p. 30.

<sup>145</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p.686.

<sup>146</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 691-693.

verbos típicos que recuerda al interprete que el verbo típico de los delitos puros de resultado abarca ciertas omisiones<sup>147</sup>.

El segundo inciso del art 11, literalmente incorpora la tríada clásica de fuentes formales de la posición de garante, al hilo de la mención al “deber especial” del autor, pero ello no significa una afiliación a la teoría de los deberes, sino es una restricción tipológica<sup>148</sup> que indica: si se quiere sancionar una comisión por omisión, es necesario que encaje en alguno de los tres grupos de casos o en varios de ellos, entonces el segundo inciso del art 11 estaría operando como una restricción del ámbito de omisiones típicas, entendiéndose que el segundo inciso acumula más requisitos de los exigidos en el primer inciso del art 11<sup>149</sup>.

Por lo que para DOPICO, la omisión comisiva es subsumible directamente en el tipo, y el art 11 es una cláusula interpretativa autentica, que establece restricciones adicionales en el caso de los delitos de resultado<sup>150</sup>, por lo que tal articulo nos dice: “que, en los delitos que consisten en la producción de un resultado, la comisión omisiva sólo podrá aceptarse dados los siguientes requisitos: equivalencia según el sentido del texto de la ley (tipicidad, imputación objetiva) e infracción de un deber especial del autor legal, contractual o derivado de injerencia (restricción tipológica adicional)<sup>151</sup>”.

Resumidamente considero que la postura de DOPICO significa que el problema de la tipicidad formal lo resuelve al interpretar el art.11.1 CP y definir el causar en el sentido del texto de la ley, como irrogar o infligir un daño, lo que permite incluir a las omisiones.

---

<sup>147</sup> Dopicico supera además dos críticas: No se puede sostener que la acción no equivale a la omisión y enviar tal equivalencia solo al merecimiento de pena, ello por cuanto el argumento de merecimiento no es generalizable para el resto de tipos penales. Tampoco se trata con la cláusula analizada de una liberación de límites formales, entendiéndose que el texto de la ley solo contiene causaciones, porque el tenor del texto de la ley puede abarcar varios sentidos, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 694-695. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p.302.

<sup>148</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 698. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p.305.

<sup>149</sup> Indica DOPICO que no es corrector entender que el segundo inciso del art 11 añade una mayor garantía de taxatividad, porque: “los deberes infringidos en la comisión activa son los mismos que en la comisión omisiva”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 700. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 307. Y cabe señalar además que tanto los deberes de control de un foco de peligro como el de protección pueden imponerse con cualquiera de las tres formas que establece la ley: ley, contrato o injerencia, en: DOPICO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, 2º Ed., p. 249.

<sup>150</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 701. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 309.

<sup>151</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 702. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 309.

Mientras que el problema de la determinación, lo resuelve al interpretar el art. 11.2 CP como la necesidad de identificar las omisiones pasibles de serles imputables un resultado –y ello porque lo han causado según el art. 11.1 CP-, como aquellas que encajen en una de las formas tipológicas que contiene este último artículo.

De manera residual ello significa que los delitos de mera actividad o de medios comisivos determinados, si son susceptibles de comisión omisiva, pero no se someterán a las reglas del art 11, porque este solo se refiere a delitos de resultado, sino deberá atenderse al propio tipo penal en cuestión<sup>152</sup>.

#### 4.4. UNA DEFINICIÓN DE COMISIÓN POR OMISIÓN Y EL PROBLEMA DE LA INJERENCIA EN ESPECIFICO

##### 4.4.1. LA DEFINICIÓN DE COMISIÓN POR OMISIÓN

DOPICO critica la definición usual de comisión por omisión, que la define como la no evitación de un resultado infringiendo un deber especial, y tal definición para explicar ciertos supuestos recurría al dogma de la injerencia<sup>153</sup>, entendida como desencadenamiento<sup>154</sup>, planteando que todos los supuestos de omiso aseguramiento eran casos de movimiento prolongado (desencadenar el movimiento y posteriormente no detenerlo), evidenciándose que se confundía, al darle el mismo tratamiento, el aseguramiento de la propia esfera con la injerencia.

---

<sup>152</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 702. Igualmente en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 309. Claro este régimen distinto de reglas genera una crítica: son mayores las exigencias legales para la comisión por omisión de un delito de resultado, en comparación de las exigencias para la comisión por omisión de un delito de mera actividad, por lo que sería contraproducente colocar mayores exigencias para los delitos que imponen mayores penas y ser más relajado en exigir menos para los delitos de mera actividad.

<sup>153</sup> Se entiende que tal dogma postula: “se imputara un resultado cuando se ha realizado una acción previa que desencadena un riesgo y luego se omite controlarlo”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 867.

<sup>154</sup> Tal teoría planteaba: “puede imputarse en comisión por omisión la muerte de un niño atropellado porque el conductor del coche de caballos omitió frenar cuando debía, esta primitiva construcción deducía el deber jurídico del cochero del mero hecho de haber azuzado a los caballos anteriormente (injerencia, causación precedente)”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 760. Igualmente: DOPICO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, 2º Ed., p. 251.

Tal postura tiene 2 errores en sus elementos definitorios, primero se define por un tema inesencial, porque atender a la acción previa significa recurrir a una idea de cuasicausalidad que a su vez no permitiría explicar los casos de movimientos que no tienen origen en un acto muscular del sujeto sino el foco de peligro se activa por sí solo o por acción de otro, así el error está en que: “no puede ser fundamento de responsabilidad aquello que, si es mentalmente eliminado del supuesto, no afecta la responsabilidad”<sup>155</sup>. Estos casos en que la injerencia previa no es relevante, son llamados casos de “injerencia impropia”.

Y en segundo lugar, es olvidarse de un elemento esencial, se trata de un foco de peligro por el que responde el sujeto, sito en su esfera de autonomía. Olvidarse de tal elemento conlleva a un error de extensión, porque al basarse en la causalidad precedente incluye la injerencia generada a partir de una legítima defensa e incluso afirmar la participación punible si se da una aportación lícita al delito ajeno que obligaría a evitar tal delito. Según DOPICO, tal extensión se observa además en que al emplearse el criterio de la causalidad precedente se brindaría a los casos de omiso salvamento el mismo tratamiento del omiso aseguramiento de la propia esfera, ello es abarcar como comisión por omisión los casos de injerencia imprudente seguida de omiso salvamento doloso<sup>156</sup>.

Así DOPICO, indica que el problema surgió de una confusión histórica: el no haber distinguido entre injerencia impropia e propia, lo que conlleva a no identificar los casos de omiso aseguramiento de la propia esfera<sup>157</sup>.

Precisamente rechazando la yuxtaposición de una “cuasicausalidad” e “infracción de deber”, postula definir la conducta lesiva –que engloba los casos de comisión por omisión–, como: “la gestión inadecuada de ciertos peligros adscritos a la propia esfera o de las medidas de protección de otra esfera, ya sea por acción o por omisión”<sup>158</sup>. Se

---

<sup>155</sup> Se entiende que serían casos indudablemente de comisión por omisión, el caso del cochero que no frena a su caballo aun cuando este último inicie su galope por sí solo, sin ser azuzado, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 760.

<sup>156</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 761. DOPICO añade una crítica más: el definir la comisión por omisión como la infracción de un deber especial, lleva a no poder distinguir entre autoría y complicidad, en: p. 867.

<sup>157</sup> Yo entiendo que Dopicó asume como correcta distinguir la *injerencia impropia*, en la que no importa la acción previa, y debe ser tratada como un comportamiento comisivo. Distinta de la *injerencia propia*, que por el hecho de serlo debe recibir un tratamiento distinto de la anterior.

<sup>158</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 867.

entiende entonces que los casos de omiso aseguramiento de la propia esfera, sin poner atención a la exigencia de una acción previa (no importando tampoco su existencia ni sus características)<sup>159</sup>, pueden ser resueltos como acciones comisivas imputando tal resultado al agente que no aseguro el foco de peligro en tales casos, en sus palabras: “para el omiso aseguramiento de los focos de peligro de la propia esfera rigen exactamente las mismas reglas que en relación con las “acciones comisivas”. En estos casos cabe decir, en la medida en que un foco de peligro de su esfera está surtiendo efectos, el sujeto está actuando mediante un “cuerpo extendido”<sup>160</sup>.

#### 4.4.2. DISTINCIÓN ENTRE ASEGURAMIENTO Y SALVAMENTO

La siguiente duda entonces sería delimitar los casos que no corresponden a un omiso aseguramiento sino a simples omisiones de salvamento. Parte DOPICO por explicar que una norma de conducta contiene la función de protección de bienes jurídicos. Pero tal comportamiento, que infringe la norma de conducta, pone en peligro también la vigencia de la norma de sanción. Pudiéndose estructurar ello, indicando que la norma de conducta protege como bien jurídico por ejemplo a la vida, mientras que la norma de sanción protege como bien jurídico la vigencia de la norma de conducta<sup>161</sup>.

El concepto de comisión por omisión, debe buscarse en el fundamento de la responsabilidad por comisión: el deber de evitar que la propia esfera –integrada por ciertos focos de peligro- dañe a otros<sup>162</sup>, siendo limitado hablar de una actuación mediata o inmediata sobre un foco de peligro. Y desde allí, DOPICO define el criterio más

---

<sup>159</sup> Dopico plantea un problema que puede ser sometido a observación con el siguiente ejemplo: A sufre una persecución del agresor X quien desea realizar un atentado contra la integridad sexual de A, frente a ello A se defiende encerrando a X en el departamento de B, y luego de producirse el encierro A llama a B y le cuenta lo sucedido. Entonces si transcurren 3 días de encierro, habrá desaparecido la amenaza que justifico el encierro. Según Dopico, se debe analizar por un lado la responsabilidad del propietario de la casa, quien al ser la persona que gestiona el foco habitáculo, sino realiza la liberación, sería responsable del delito contra la libertad. Y en cambio, la responsabilidad de la persona que realizó el encierro justificadamente, sino realiza la liberación “decaída la situación de legítima defensa podrá ser una mera omisión del deber de socorro” porque esta persona no gestiona el foco de peligro habitáculo por haber hecho el encierro en una casa ajena. Entonces yo observo que la persona que realizó el encierro en casa ajena recibiría una pena más benigna en comparación al propietario que no realizó tal encierro.

<sup>160</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 763.

<sup>161</sup> En ello se contiene la diferencia con JAKOBS: DOPICO distingue entre una legitimación para establecer las normas de conducta y para establecer las normas de sanción. Lo que a su vez le pone más cerca de FREUND, al reconocer tal la razonabilidad de legitimar la infracción de normas de conducta en intereses cuya protección es constitucionalmente asignada al Estado, ello en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 766 p.p. 276 y 277.

<sup>162</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 771.

razonable para distinguir aseguramiento y salvamento desde la perspectiva del obligado a asegurar: “hablaremos de **aseguramiento**, pues, cuando de eliminarse mentalmente el foco de peligro, la lesión desaparece de la representación del hecho (...) se hablara por el contrario, de **salvamento** cuando de eliminarse mentalmente el foco de peligro, la lesión no desaparece; es decir: cuando el peligro ya no puede ser asegurable”<sup>163</sup>, así se entiende que los deberes de aseguramiento hacen referencia a los supuestos de un acto de gestión de la propia esfera que genera daños y que genera una posición de garante por dominio de una esfera, mientras que los deberes de salvamento aluden a los casos de responsabilidad por la omisa revocación de los peligros producidos por una gestión de la propia esfera, es decir de los peligros que surgen luego de un accidente<sup>164</sup>. Con tal diferencia se puede aludir metafóricamente a que un peligro aún no haya salido (aseguramiento) o que definitivamente haya salido de la esfera o del dominio del autor (salvamento)<sup>165</sup>.

En tal estado DOPICO atribuye a su distinción un carácter más: *el omiso aseguramiento*, será claramente una forma de causar o irrogar daños, porque se gestiona una esfera ajena. De forma distinta sucede, con *el omiso salvamento*, se trata de los casos en que se da un acto previo de afectación a un esfera ajena (habitualmente no doloso), seguido de una mera no revocación de sus consecuencias y en ellos no se causa o irroga daños porque: “no cabe decir que la segunda conducta (el omiso salvamento) sea una intromisión de la propia esfera en la ajena. Si el injerente omite salvar a la víctima, no está con ello haciendo surgir un output lesivo de su esfera, sino simplemente no revocando el que previamente salió de ella”<sup>166</sup>. Por lo que al no tratarse en el salvamento de la gestión de un foco sobre el que se ostente una soberanía exclusiva, se trata de una *responsabilidad derivada* del ámbito de competencia organizativa, pudiendo ejemplificarse ello con el art. 195.3 CP pues él hace referencia a un accidente ya acaecido y al causante de dicho accidente,

---

<sup>163</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 770.

<sup>164</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 257 y 259. Un ejemplo gráfico es el siguiente: si por un fallo mecánico imprevisible o intervención imprevisible de tercero el coche derrapa y queda atravesado en medio de la autopista, el conductor deberá cumplir con su deber de aseguramiento o gestionar el foco de peligro (señalarlo, retirarlo del arcén, etc.), es decir evitar el accidente; de no hacerlo así si tiene lugar un accidente podremos hablar de la comisión por omisión de delitos de lesiones u homicidio. Pero si ya se ha producido un accidente imprudente dejando a la víctima incapaz de protegerse y en peligro, *su omiso salvamento doloso* dará lugar a un delito de omisión de socorro en concurso con un delito imprudente de homicidio y no a un homicidio doloso por omisión si ésta fallece finalmente.

<sup>165</sup> Pero sin entender ello en un sentido fáctico o geográfico, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 771.

<sup>166</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p.773.

configurándose como un caso de omiso salvamento, que se presentaría en eventual concurso con el delito imprudente que genero la situación de salvamento<sup>167</sup>.

Tal deber de salvamento contiene caracteres específicos<sup>168</sup>:

- a) Es un deber derivado: Tanto el deber de aseguramiento como el deber de salvamento tienen origen en la competencia por organización: “salvar el bien que uno ha puesto en peligro es un deber derivado del mismo fundamento que obligaba a no generarlo”<sup>169</sup>. Pero ambos deberes tienen dos momentos: “el aseguramiento (no-generación del riesgo) es la gestión de los peligros de un ámbito de autonomía asignado en exclusiva, donde el sujeto es el soberano, en el salvamento se trata tan solo de la revocación de los riesgos que surgen de la propia esfera autónoma, y la revocación no se realiza gestionando la esfera de autonomía, sino salvando, es decir, haciendo lo que todos están autorizados a hacer”<sup>170</sup>. la conducta de irrogar un daño, contiene un elemento primario: no-aseguramiento (basado en una libertad de pretender un fin), pero también un elemento secundario: el no salvamento (un deber de pretender un objetivo).
- b) Es un deber menos resistente en ponderaciones: se entiende la inexibilidad del salvamento cuando se tiene un peligro que amenaza al obligado del salvamento<sup>171</sup>.
- c) El deber de salvamento sólo rige para los bienes jurídicos más importantes: como la vida o la integridad física, mas no para el patrimonio.
- d) Solo se sanciona allí donde el CP lo tipifica expresamente: el código penal mantiene un sistema de taxatividad absoluta en relación con las llamadas “omisiones de gravedad intermedia”<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 784.

<sup>168</sup> Explicando igualmente tal diferencia: DOPICO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, 2º Ed., p. 254.

<sup>169</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 776.

<sup>170</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 777.

<sup>171</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 778.

<sup>172</sup> Tal sistema se opone al art 13 del StGB, por cuanto este atribuye al juez la facultad de decidir que omisiones menos graves se sancionan, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 780.

- e) Opera de modo distinto en relación con la justificación o con los tipos agravados: un omiso aseguramiento si puede generar asesinato por ensañamiento, pero no un omiso salvamento<sup>173</sup>.

#### 4.4.3. LA INJERENCIA COMO UN SUPUESTO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

El problema de la injerencia, son los casos en que se imputa un resultado cuando se ha realizado una acción previa que desencadena un riesgo y luego se omite controlarlo, lo que supone una separación temporal entre el momento de usurpación de la esfera ajena (injerencia) y la realización del tipo en cuestión<sup>174</sup>, por ello la cuestión es definir el contenido de la norma de conducta cuya infracción sanciona el tipo penal de resultado<sup>175</sup>. El Código Penal contempla la omisión tras injerencia básicamente en dos preceptos: el art. 11.b o el art. 195.3 CP., porque se discute si el agente responde por los tipos de homicidio cometido en comisión por omisión o si responde por el tipo de omisión de socorro a la víctima<sup>176</sup>. DOPICO distingue dos formas de injerencia o dos formas del criterio material que permite afirmar la equivalencia de una omisa evitación de un resultado a su causación en el sentido del texto de la ley<sup>177</sup>: la usurpación de un foco de peligro y la usurpación de los medios de protección de la víctima.

##### 4.4.3.1. LA USURPACIÓN DEL CONTROL DE UN FOCO DE PELIGRO

En este supuesto, se realiza el tipo de resultado, dándose primero una conducta mediante la cual el sujeto usurpa<sup>178</sup> la dirección de un foco de peligro (se injiere en la esfera del

---

<sup>173</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 780.

<sup>174</sup> Tal tipo de casos los explica Dopico como una excepción a la regla general que él explico previamente, referida a negar que el omiso salvamento tras conducta peligrosa pueda fundamentar de modo general una responsabilidad a título comisivo, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p.784.

<sup>175</sup> Este es el principal problema que aborda la tesis de DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 707.

<sup>176</sup> Si bien aparentemente el art. 195.3 recoge un caso específico del art. 11 b, como indica DOPICO la conclusión a la que llevaría tal falta de distinción sería insatisfactoria, porque: “llevaría a afirmar que el art. 195.3 es un subcaso atenuado de la comisión por omisión, que abarcaría precisamente los supuestos de peligro para los bienes jurídicos más importantes”, y ello conllevaría a una inexplicable atenuación en los casos que con una injerencia previa genere un peligro para la vida o la integridad física, porque se penaría solo con la pena de una omisión de socorro, en: DOPICO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, 2º Ed., p. 241.

<sup>177</sup> DOPICO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, 2º Ed., p. 247.

<sup>178</sup> DOPICO gráfico tal idea indicando que la forma de buena de entrar en la posición del dominus es la asunción, mientras que para entrar por las malas se produce por medio de la usurpación, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 789.

titular del foco de peligro), gestionándolo de modo estable o prolongado y, posteriormente omite el aseguramiento debido. Es decir el agente ingresa ilícitamente a gestionar una esfera ajena, y por ello quien entra en la posición del “dominus” adquiere sus mismos deberes.

Vale señalar que: en el primer momento, se realiza una usurpación voluntaria y el dolo del resultado solo se da en el omiso aseguramiento, imputándose entonces en comisión por omisión el tipo penal que prohíbe tal resultado. Estas reglas valen por igual para la usurpación de la posición de un garante en quien éste haya delegado el control de dicho foco de peligro<sup>179</sup>.

#### 4.4.3.2. USURPACIÓN DE LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LA VICTIMA

Son los casos de arrogarse indebidamente una gestión prolongada de ciertos medios de autoprotección ajena, en otras palabras: arrogarse la facultad de disponer de la protección de otro, estos medios de protección pueden ser medios físicos, estados de cosas o incluso funciones de un garante<sup>180</sup>. Al producirse este comportamiento no se puede manejar tales medios de protección usurpados de modo que el bien perezca, porque de hacerlo, debido a la proximidad y previsibilidad de los peligros para cuya precaución se establecen esos medios se estará irrogando un daño, funcionando tal estructura de imputación del siguiente modo: “mediante la injerencia en la esfera ajena (aún sin dolo de resultado) el sujeto adquiere la cualidad de garante al pasar a tener en sus manos su destino; y con la omisión de protección ulterior (ya con dolo de resultado) comete el delito doloso por omisión”<sup>181</sup>.

Al igual que en el anterior caso, en el primer momento, solo se da un acceso a la gestión de autoprotección ajena<sup>182</sup>, y en un segundo momento con la mala o indebida gestión

---

<sup>179</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 790.

<sup>180</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 793.

<sup>181</sup> Así entonces, por ejemplo: el ladrón de coches D ve una ambulancia estacionado en doble fila y la roba, pero al llegar a un descampado para desvalijarla descubre que dentro hay una persona sangrando abundantemente, a la que acaban de subir para llevar al hospital. Pese a ello, abandona el vehículo en el descampado y no avisa a nadie, luego el herido muere: “sí en su mala gestión (que puede también consistir en un indebido abandono de la gestión) incurriendo dolo, hablaremos de un delito doloso de daños o lesiones; y si se trata de una mala gestión imprudente, el delito de resultado en cuestión sería imprudente”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 792.

<sup>182</sup> No se trata de una puesta en peligro consciente de la vida, ni tampoco de la creación consciente de un riesgo, por lo que se distingue de la doctrina de la injerencia consciente.

puede presentarse el dolo o la imprudencia del resultado típico. E igualmente estas reglas valen en quien se haya delegado la protección de tales medios<sup>183</sup>.

Es útil detallar que aquí *la injerencia vale como acceso consciente a la gestión* de la autoprotección de otro y no como acceso consciente de un riesgo<sup>184</sup>, incluyéndose los casos de desprotección de otro realizada de modo consciente, arrogándose un dominio total de la víctima, ahí en caso de abandonarse tal gestión aún se sigue gestionando la desprotección del sujeto: “porque no es posible darse de baja en la gestión debida de cualquier modo [y] por eso no pueden equipararse estos casos con los omisos salvamentos por injerencia”<sup>185</sup>, debido a que aquí el omitente domina plenamente la integridad de la esfera ajena.

Sobre *si la injerencia puede ser involuntaria*, ello es atender al elemento subjetivo al momento de la adquisición del medio de protección ajeno, según DOPICO lo fundamental no es el elemento subjetivo al momento de la adquisición de la gestión sino lo relevante es la actuación indebida que se realiza durante la gestión de esa esfera, entonces se podrá usurpar una esfera ajena de modo inconsciente (tanto una usurpación inconsciente de un foco de peligro como de los medios de protección de una esfera ajena) pero si tal gestión se prolonga y a lo largo de su duración surge el dolo o la imprudencia de una gestión dañosa, se responderá por tal resultado<sup>186</sup>.

Un tema por el que se decanta DOPICO es afirmar que si se puede desencadenar una injerencia punible a partir de un comportamiento justificado o un estado de

---

<sup>183</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 792-793.

<sup>184</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 795.

<sup>185</sup> A diferencia de los omisos salvamentos por injerencia, evento en que el omitente no tiene en sus brazos la gestión de la esfera ajena. Los siguientes ejemplos son gráficos: Un caso de injerencia que genera responsabilidad por comisión por omisión: si en una intervención quirúrgica el médico a cargo dimite dolosamente a media operación, con el paciente abierto sobre la mesa del quirófano, se le imputara el resultado de muerte del paciente en comisión por omisión. En cambio, un caso de omiso salvamento derivado de una injerencia: un conductor atropella a un motorista, tirándole al pantano y no le socorre, será responsable del delito de omisión de socorro y lesiones imprudentes de hacerse producido estas, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 794.

<sup>186</sup> Ejemplo: “X vive en una residencia de estudiantes. Al ir a la cocina a abrir la que cree su nevera, descubre que se ha equivocado y, por error, ha abierto la de uno compañeros. Dado que no le caen bien, decide no cerrar la puerta de la nevera y permitir que se pierda todo su contenido y se quemé el motor del electrodoméstico”, en tal caso X responderá por el delito de daños, aun cuando usurpo un medio de protección del patrimonio ajeno de modo inconsciente, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 798.

inimputabilidad<sup>187</sup>, supuestos que se presentan tanto en la usurpación de la posición de control de un foco de peligro como en los casos de usurpación de la autoprotección de otro, respuesta que la fundamenta en su principio de gestión y su configuración en los casos de exceso en las causas de justificación, eventos en los que se da una usurpación ajena de modo prolongado<sup>188</sup>, o en los casos de estados de inculpabilidad pasajeros, si durante sus efectos se produce una usurpación de la esfera ajena, al darse su término, aquella persona está en la obligación de asegurar tal foco de peligro.

Finalmente cabe anotar, que el tratamiento que brinda DOPICO a los casos de omiso salvamento tras injerencia imprudente o casos de injerencia propia, en ellos se aplicara la norma del art. 195.3 CP en concurso con un delito imprudente, porque en un primer momento se tiene el desvalor del delito imprudente o un accidente fortuito y en un segundo momento un desvalor adicional: la dolosa infracción del deber de salvamento, no pudiendo abarcar el actuar imprudente tal momento doloso adicional<sup>189</sup>, siendo también irrelevante la distinción entre acción y omisión en tal segundo momento<sup>190</sup>.

#### 4.5. TRATAMIENTO AL CASO I

Si DOPICO afirma que la gestión de un riesgo es la condición que permite a posteriori la responsabilidad en comisión por omisión, entonces los casos en que se verifique la gestión de un riesgo realizada por un tercero excluiría la responsabilidad de quien solo ostenta un deber de actuar pero que omite toda participación en el ilícito del tercero. En el caso planteado llevaría a negar la responsabilidad del efectivo policial que se limita a observar como sus compañeros, también policías, consuman un delito porque él no gestiona ningún

---

<sup>187</sup> Tal posición lo pone distante de RUDOLPHI, señalando: “Si el sujeto siguiese gestionando un foco de peligro o un medio de autodefensa en el momento de la omisión, por mucho que la injerencia-usurpación hubiese sido realizada en legítima defensa o en estado de necesidad sí cabría hablar de comisión por omisión”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 800.

<sup>188</sup> Por ello creo que es un entendimiento incorrecto el que anota Gonzalo MOLINA, al señalar que DOPICO afirma a rajatabla la injerencia tras hechos justificados, como se anota arriba, este último autor exige más elementos que él solo carácter justificado, en: MOLINA, Gonzalo, *Delitos de Omisión Impropia*, 2014, p. 408.

<sup>189</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 808. Igualmente: DOPICO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2011, 2º Ed., p. 252.

<sup>190</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 817. Un último tema que trata DOPICO es el favorecimiento imprudente al delito doloso de otro, analizando la posición de SANCHEZ VERA observa en esta se incurre en un error al calificarse como una extensión de la esfera de organización la conducta de quien realizó la aportación imprudente porque con tal aportación no se está organizando ningún ámbito ajeno, se decanta por concluir que ellos no son formas de participación sino una omisión de impedir delitos, previsto en el art. 450 CP.

riesgo, sino tal riesgo fue gestionado solo por los otros dos policías quienes solicitaron dinero a los ciudadanos que fueron intervenidos, y la postura de DOPICO llevaría a la impunidad de Juan Carlos porque él rechaza las fundamentaciones duales<sup>191</sup>, conclusión que considero no excluiría la aplicación de algún tipo de omisión residual.

#### 4.6. CRITICAS Y CONSIDERACIONES PARTICULARES

Considero yo que es un punto trascendente de la obra de DOPICO definir la existencia de casos de injerencia –conducta previa- que no acarrear responsabilidad en comisión por omisión, así entonces: la omisión de salvamento tras accidente de tránsito no es un supuesto de comisión por omisión, no se imputara un homicidio doloso en comisión por omisión.

Pero igualmente mantiene puntos que generan crisis a su planteamiento, podríamos apuntar los siguientes:

- a) El Principio de Gestión no puede explicar los casos de responsabilidad institucional. Como se indicó, al exigirse una gestión de libertad, si una persona observa cómo se elimina el objeto que se encuentra bajo su protección y no realiza ningún actuar, tal omitente no respondería por tal evento, porque no gestionaba tal riesgo en aquel instante sino era una gestión de la persona que ejecutaba aquella acción, lo que conlleva a la impunidad, y en cambio si el agente es quien decide libremente apoyar en la eliminación del objeto puesto bajo su control, entonces si se respondería, evidenciándose que con igual producción de resultado no conlleva igual responsabilidad.
- b) El deber de salvamento es un deber de fundamento distinto que el deber de aseguramiento, ello se evidencia primero por el número diferente de personas a las que atañe tal tipo de deberes. Así el titular del deber de aseguramiento: sólo es el titular de la esfera, mientras que el titular del deber de salvamento atañe a todos. Y en segundo lugar, al indicar que el tipo básico de la omisión de socorro, art. 195.1 CP, se sustenta en un deber general de socorro, la mención de la existencia de un tal deber general, ya pone en evidencia que

---

<sup>191</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 755.

este no tiene su fundamento en un acto de libertad del sujeto a quien se dirige tal deber. Tal contradicción pone de manifiesto que si se tendría en ambos un mismo fundamento, se debería tener un igual número de destinatarios.

- c) El deber de salvamento y de aseguramiento emplean distintas perspectivas que no permiten elaborar con ellos un sistema. Así el deber de salvamento atiende a una perspectiva ex ante, mientras que el deber de aseguramiento a una perspectiva ex post.
- d) No se puede afirmar que el omiso salvamento sea englobado por el resultado del omiso aseguramiento, ello se evidencia con la punibilidad de delitos cuya presencia se verifica con posterioridad a la consumación de un delito previo, tal es el caso del blanqueo de capitales.

## 5. LA DOCTRINA DE ROBLES PLANAS: LA OMISIÓN COMO LA LIBRE INFRACCIÓN DE UN DEBER POSITIVO O NEGATIVO

### 5.1. EXPOSICIÓN

El Prof. ROBLES PLANAS, elabora una concepción de la participación por omisión que reviste un estilo particular al conformar una manifestación de su teoría de la intervención delictiva<sup>192</sup>, y al haber tratado específicamente el problema práctico que motiva esta investigación es por ello que su exposición será abordada en las siguientes líneas. Vale por ello primero delinear su postura sobre su sistema de intervención delictiva para luego exponer su tratamiento del delito omisivo, y al final realizar un breve análisis de su respuesta al Caso 1.

### 5.2. EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO

Partir de la identificación del hecho típico con la conducta del autor, ello es identificar dominio con responsabilidad, es una generalización y extrapolación a los supuestos de pluralidad de intervención que ROBLES desde un inicio deja de lado<sup>193</sup>. El hecho cobra un sentido independiente del actuar de cada uno de los

---

<sup>192</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, 2003.

<sup>193</sup> Por ejemplo: “también un partícipe puede dar comienzo a la ejecución del delito”, o también el siguiente caso: “la madre que tras abandonar a su hijo pide a la vecina que entre en la casa y conecte la música para evitar que los llantos del niño alerten a los demás” en este último la vecina participa durante la ejecución

sujetos, al indagarse sobre la relación que permite vincular un hecho injusto con un sujeto, la responsabilidad por la intervención en el delito surge de la relación entre el interviniente con el hecho típico, que es una auténtica relación de carácter normativo<sup>194</sup> y de pertenencia<sup>195</sup>. Para ello se trabaja con un entendimiento normativo del principio de autorresponsabilidad, que lleve a admitir un injusto como propio pese a que no se ejecute de propia mano, se trata de imputar al no ejecutor la actividad del ejecutor, fundamentándose la responsabilidad del interviniente por hacer suya la ejecución del hecho, por incorporar la actividad del otro a la realización del proyecto delictivo.

Lo que permite afirmar que desde el punto de vista del interviniente que no ejecuta, el ejecutor puede considerarse un instrumento que goza de un menor o mayor grado de libertad<sup>196</sup>, así se llega a la idea de la autoría no ejecutiva<sup>197</sup>, o a casos coautoría con aportaciones no formalmente ejecutivas pero que tienen fase en la ejecución, o casos de complicidad con aportaciones ejecutivas que sólo condicionan parcialmente la concreta aparición típica<sup>198</sup>; por mi parte entiendo que se postula la existencia de participación delictiva en el hecho típico y no en la conducta del autor. Y para identificar tal distinta intensidad en la intervención, ROBLES apunta criterios<sup>199</sup> a emplear desde un punto de vista *ex ante*: *por una parte*, el injusto personal de cada interviniente en relación con el injusto del hecho colectivo, ello es la proximidad fáctica con el menoscabo del bien jurídico o

---

y tiene un dominio sobre el hecho más próximo que la madre, pero solo se le imputaría una complicidad, en: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 3 y 18.

<sup>194</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 16. Por ejemplo: “la intervención en el delito no depende de la existencia de un pacto de intervención, sino que se da normativamente”, yo rescato el dejarse de lado la común exigencia de un acuerdo previo y reemplazarlo simplemente por un actuar coordinado entendido en sentido objetivo, así entonces: si se producen 8 lesiones con una navaja con el ánimo de matar y una tercera persona interviene en tal ejecución golpeando con una botella al sujeto apuñalado, el actuar de este tercero será de intervención – complicidad- en un homicidio, aun cuando no se tenga la necesidad de un acuerdo previo -tal caso pertenece a: SÁNCHEZ LAZARO, Indret 1/2008, p. 2 y 8.

<sup>195</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 17.

<sup>196</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 19.

<sup>197</sup> Tal situación se presentaría en los casos: “de ausencia de desaprobación en la conducta fácticamente ejecutiva y, en cambio, se pueda afirmar que el no ejecutor ha generado de forma desaprobada el riesgo de producción del resultado [son] aquellos ámbitos en los que se pueden prohibir conductas ya por su capacidad de poner en marcha cursos lesivos con independencia de la autorresponsabilidad de los que aún han de actuar”, en: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 6.

<sup>198</sup> ROBLES gráfica tales casos como cuando el ejecutor actúa solo como “cinta transportadora”, siendo entonces el ejecutor incluso impune en su actuar, o los casos de “aparatos organizados de poder”, siendo el ejecutor solo cómplice con su actuar, en: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 7.

<sup>199</sup> ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 5 y 7.

realización típica entendida en sentido estrictamente fáctico, y *por otra parte*, el significado que la aportación tiene como acto de organización para la negación del Derecho llamados elementos cualitativos del injusto, que incluye los elementos simbólico-comunicativos y elementos de infracción de deberes.

A partir de ahí, ROBLES construye en el tipo objetivo de la parte especial<sup>200</sup> su “teoría de la conducta típica de intervención en el delito”, distinguiendo dos niveles de análisis de la responsabilidad del interviniente: Primero, la constitución de la intervención, referida a si es posible afirmar un (o varios) comportamiento (s) típico (s) y ello a partir de verificar que se excedió el marco de libertad jurídico-penalmente garantizado, por ello se trata aquí del fundamento de la responsabilidad, campo de aplicación de los criterios de la imputación objetiva de la conducta (teoría de la conducta típica de intervención). Y en segundo lugar, se tiene la decisión entre autoría y participación, ello es la valoración de las aportaciones previamente definidas como típicas empleándose criterios normativos sobre la configuración relevante del hecho (teoría de la autoría y participación en sentido estricto)<sup>201</sup>. Gráficamente se puede decir que se entiende el “concepto de autor” como un subconcepto, secundario y posterior del más amplio y primario de “interviniente” en el delito<sup>202</sup>.

La *teoría de la conducta típica de intervención en el delito*, tiene el objetivo de: “deslindar los espacios de libertad general de actuación de aquellos otros afectados por prohibiciones de conductas en aras a su vinculación mediata (esto es, a través de un sujeto autorresponsable) a un hecho penalmente lesivo”<sup>203</sup>, conformado a partir de 2 pilares axiológicos: los principios de mínima restricción posible de la libertad y el de autorresponsabilidad, y que se articulan señalando: que la restricción de la libertad de actuación del primer sujeto (primer interviniente) puede resultar legítima pese a la autorresponsabilidad del segundo

---

<sup>200</sup> Robles afirma: “tanto el autor como el partícipe lesionan normas de conducta que encajan dentro del tipo de la parte especial”, en: ROBLES PLANAS, *Indret* 2/2012, p. 5.

<sup>201</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 20-23. Vale indicar que para ello, atribuye al tipo de la parte especial solo la función de describir los riesgos penalmente no permitidos, y si bien la técnica legislativa hace referencia a un agente individual, no atribuye por ello la función de definir el título en virtud del cual se imputara tal creación de riesgo típico, ver: p. 23.

<sup>202</sup> SÁNCHEZ LAZARO, *Indret* 1/2008, p. 4.

<sup>203</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 24.

(sujeto ejecutor), y ello ocurrirá cuando en el uso de la libertad del primer agente se tenga especialmente en cuenta la autorresponsabilidad del segundo, de manera que el sujeto interviniente actué considerando que el ejecutor llevará tal actuar hasta lo delictivo<sup>204</sup>.

Identificándose dos grupos de casos de creación de un riesgo de intervención: por una parte, las posiciones jurídicas especiales, referidas a los casos de deberes especiales impuestos para evitar que determinadas aportaciones sean tomadas por otro para cometer un delito<sup>205</sup>. Y por otra parte, la conducta que inequívocamente significa una adaptación o acoplamiento al hecho delictivo que va a ser cometido posteriormente<sup>206</sup>.

La idea de accesoriadad también se reformula, entendiéndose como una manifestación específica del principio del hecho típico, entonces la *accesoriadad cuantitativa* es aplicable a todo los intervinientes (no solo al partícipe) y requiere del inicio del estadio ejecutivo, mientras que la *accesoriadad cualitativa*, al ser el objeto de referencia el hecho, en sí mismo, basta para afirmar la participación que esta vaya referida a la parte objetiva del injusto<sup>207</sup>, y en cambio el lado subjetivo del hecho pertenece a cada interviniente<sup>208</sup>.

Mientras que en *la teoría de la autoría y participación en sentido estricto*, tal distinción hace referencia a la forma en que deben ser sancionadas las conductas penalmente típicas, ello es el grado de desvaloración que merecen las diversas conductas implicadas en un hecho, pero este grado de contribución no puede describirse a través de fórmulas precisas<sup>209</sup>.

### 5.3. LA INTERVENCIÓN POR OMISIÓN EN LA TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

---

<sup>204</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 25.

<sup>205</sup> Tal es el caso de la prohibición de venta de armas o deberes para evitar el blanqueo de capitales, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 26.

<sup>206</sup> Para lo cual se atendería a datos objetivos como: la relación espacio temporal con el hecho y la disponibilidad general del bien, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 28.

<sup>207</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 28.

<sup>208</sup> ROBLES PLANAS, *Indret 2/2012*, p. 3.

<sup>209</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 31.

ROBLES aplica su teoría de la intervención delictiva a la omisión, empezando por afirmar *el fundamento del injusto de intervención omisiva y luego la decisión sobre la forma de su castigo como autoría o participación*<sup>210</sup>.

### 5.3.1. LA CONDUCTA TÍPICA OMISIVA (PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA DESAPROBACIÓN TÍPICA DE CONDUCTAS)

Para afirmar el carácter típico de la omisión, Robles primero se decanta por el pensamiento de la equivalencia, así la desaprobación de la intervención omisiva debe ser por las mismas razones que resultan de la desaprobación de las conductas activas<sup>211</sup>, y apunta dos razones para afirmar la tipicidad de la intervención omisiva:

- a) *La competencia específica del sujeto*. Para él el carácter típico de una intervención omisiva no viene dado por una posición de garante con la posibilidad de evitación del resultado, sino porque al sujeto le incumbe impedir la producción de tal lesión por ostentar determinadas cualidades que hacen a su omisión equivalente a una acción<sup>212</sup>, y son tales cualidades normativas las que permiten considerar tal omisión como una expresión de libertad de aquel sujeto<sup>213</sup>.

De forma que el ámbito de la desaprobación típica de conductas requerirá que el peligro surja de *un ámbito administrado* por el sujeto<sup>214</sup>, ya sea en la propia esfera –con el deber de controlar fuentes de peligro- o en esfera ajena –con el deber de adoptar medidas de protección-, aunque tal diferencia se diluya desde una perspectiva normativa, siendo sobre todo lo decisivo: “si existe un espacio que el individuo administra libremente, pudiendo llegar a excluir

---

<sup>210</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 55.

<sup>211</sup> ROBLES PLANAS, *Indret 2/2012*, p. 8.

<sup>212</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 56.

<sup>213</sup> Este es el extremo que la permite a Robles marcar una diferencia con JAKOBS y su concepto de competencia institucional: este último concepto permite atribuir responsabilidad aún sin acto de libertad organizativo alguno, en cambio con el modelo de Robles se respeta el principio de mínima restricción posible de la libertad y no se desborda el ámbito de la responsabilidad personal, que conforman dos puntos críticos a los que lleva la concepción de JAKOBS, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 58. Igualmente: ROBLES PLANAS, *Indret 2/2012*, p. 9.

<sup>214</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 60. Igualmente: ROBLES PLANAS, *Indret 2/2012*, p. 9.

(jurídicamente) a los terceros (e incluso al Estado) de su relación con las personas o las cosas”<sup>215</sup>. Y en sentido contrario, si no se verifica aquella administración libre, solo se podrá apelar a deberes generales de solidaridad<sup>216</sup>.

Con tal explicación se crea entonces un fundamento único para la comisión por omisión y la comisión, en ambos casos se trata de la constitución de una relación de libertad. Y este fundamento además ROBLES lo traslada, en un primer momento a plenitud, incluso a los delitos de competencia institucional –y por ser relevante este traslado se apuntará más adelante en un acápite individual-.

- b) Y en segundo lugar, al comportamiento omisivo le debe ser inequívocamente inherente el peligro de ser parte de un curso lesivo, ello sucede cuando el propio ámbito se configura de forma que implique que terceros autores responsables lo conecten inequívocamente con la comisión de un delito, por cuanto, por regla general: “a la hora de configurar la propia conducta nadie debe tener en cuenta el hecho de que un tercero esté decidido a cometer un delito. La autoresponsabilidad del tercero opera como garantía del propio ámbito de libertad”<sup>217</sup>.

Y con estas consideraciones, ROBLES ejemplifica 3 casos de intervención omisiva en un delito comisivo, distinguiendo:

- a) *Los Peligros que surgen del propio ámbito de organización*. Por un lado, existen algunos peligros (ej. venta de armas) que justifican la imposición de determinados deberes de configuración del propio círculo de organización, debiéndose gestionar el peligro dentro de los niveles de tolerabilidad general, y en cambio allí: “habrá intervención (por omisión) cuando se administra un

---

<sup>215</sup>ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 61.

<sup>216</sup> Robles escribe: “allí donde no puede afirmarse que el control del peligro se halla incorporado al ámbito de organización de un sujeto, su conducta en relación con el peligro sólo podrá prohibirse apelando a deberes generales”, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 61. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p.

<sup>217</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 62. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 10.

ámbito de organización especialmente peligroso pero no se configura adecuadamente en relación con la derivación delictiva que un tercero pueda hacer del mismo”<sup>218</sup> (ej. el encargado de la armería permite que otro se lleve de la tienda una pistola sin cumplir los requisitos para ello). Y por otro lado, cuando se trate de riesgos ubicuos o neutros, se negará la desaprobación típica de tales conductas. Dentro de este grupo ubica los casos de control de peligros en relación con conductas de terceros en el marco de la empresa, imponiendo el deber de evitar que otros conecten tales riesgos con eventuales cursos lesivos<sup>219</sup>.

b) *El Control de conductas de terceros peligrosos.* Se trata de los casos de asunción o administración del control de la conducta de terceros peligrosos, en su interior atendiendo al grado de autorresponsabilidad del tercero, se pueden distinguir los siguientes supuestos:

b.1. *Si el tercero es constitutivamente irresponsable o sea un irresponsable funcional o competencial,* entonces “aquel que ostenta el ámbito de organización al que pertenece (...) deberá compensar los déficit en cuestión”<sup>220</sup>, pudiendo existir límites prefijados por estándares jurídicos.

b.2. *Si el tercero es un sujeto responsablemente peligroso.* Por regla general, el omitente responderá tan sólo por un delito de omisión pura (ej. Omisión del deber de impedir delitos), aun cuando exista una cierta conexión causal, pues: “la autorresponsabilidad del tercero es lo que impide que los casos de mera pasividad de un omitente que se halla en el mismo lugar que el tercero decidido a cometer el delito puedan calificarse como de intervención por omisión”<sup>221</sup>.

b.3. *El caso de los funcionarios públicos.* ROBLES por un lado distingue que en el caso de los funcionarios públicos que intervengan omisivamente

---

<sup>218</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 64. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 11.

<sup>219</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 64. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 12.

<sup>220</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 65. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 13.

<sup>221</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 66. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 13.

sin asumir un riesgo concreto, ellos solo podrán ser punibles con los tipos específicos que prevé el legislador con omisiones puras agravadas (ej. abandono de destino, omisión del deber de perseguir delitos), y que en su defecto –según entiendo- serán sus aportes calificados como omisiones puras. Y por otro lado, señala que en los casos en que: “el funcionario omitente haya *asumido* controlar riesgos o aspectos de los riesgos que van más allá de la clase de riesgos genéricos previstos a modo de omisiones puras [en tal caso] hay intervención por omisión del funcionario”<sup>222</sup>, vale denotar que en este campo ROBLES no hace mención a la posibilidad de una asunción tácita.

b.4. *Actividades empresariales*. En su interior al producirse la delegación de funciones, se mantienen los deberes de vigilancia y control sobre sujetos autorresponsables, que en caso de incumplimiento dan lugar a una intervención por omisión, evento que sucederá sólo cuando lo no impedido por el superior jerárquico forma parte del círculo de prestaciones a terceros que se derivan de su organización inicial, así existirá una relación de sentido necesaria para reprocharle al superior el daño producido y además podrá afirmarse que ello surgió de un ejercicio de su libertad; en otras palabras, tal responsabilidad que tiene su fundamento en que el desarrollo de la actividad del delegado-ejecutor tiene lugar en el ámbito de organización del delegante-omitente<sup>223</sup>.

c) *Control de riesgos para determinadas personas o intereses –la relación paterno filial-*. Considero que ROBLES, apunta 3 ideas en este rubro: Primero *la razón de la atribución*, señala que al verificarse la necesidad de brindar cuidado a las personas que por su constitución física o psíquica son propensos a situaciones de peligro, *postula un criterio de asignación de ámbitos de disposición basado en: la eficacia, idoneidad y en la legitimación*<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 67. (la *cursiva* es mía) Igualmente en: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 13.

<sup>223</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 68. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 14.

<sup>224</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 69. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 15.

La segunda idea es el *fundamento*, se indica que si un padre es garante de un hijo, no es por el hecho institucional de ser padre sino por “administrar” sus derechos y deberes de sus hijos, libertad especial de la que se goza desde el momento de asunción de la patria potestad, y en tal administración continua siendo el elemento de libertad el fundamento de responsabilidad. Se entiende que ROBLES, *sustenta el deber de garante de los padres en la libertad de ellos, y esta libertad se basa a su vez en la facultad de excluir a terceros de tal ámbito*, en sus palabras: “tal elemento [libertad] no reside sólo en el momento de asunción de la patria potestad, sino, especialmente, en la facultad inherente a ella relativa a la exclusión de los demás en su ejercicio continuado, generándose así una relación de dependencia del menor respecto de los padres”<sup>225</sup>.

Y al tratar los límites de tal posición de garante, la idea de libertad continua actuando, así se distingue entre *riesgos de una posición inicial o riesgos genéricos*, que son riesgos inherentes a la relación paterno filial, cuyo incumplimiento, sin más, generara responsabilidad en comisión por omisión, sin requerirse una ulterior asunción. Mientras que más allá de tales riesgos, si se necesitará ulteriores actos de asunción, que podrá ser tácita, así ROBLES escribe: “tales actos de asunción podrán entenderse realizados tácitamente si, verificándose un riesgo distinto a los propios de la posición inicial, los padres, por lo menos, no dan paso a posibles terceros salvadores. En esa medida, la no neutralización posterior del riesgo nuevo dará lugar a responsabilidad en comisión por omisión”<sup>226</sup>.

### 5.3.2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA INTERVENCIÓN OMISIVA

---

<sup>225</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 69. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 15.

<sup>226</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 70. Se plantea el siguiente ejemplo: si una madre se limita a ver como un tercero lesiona a su hijo, al no tratarse de un riesgo de la posición inicial, no se generara la responsabilidad en comisión por omisión de la madre. En cambio, si una madre observa que su pareja lesiona a su hijo, y además se tiene un contexto de convivencia peligrosa, se indica que se habrá producido una asunción tácita que exigía contener tal riesgo y así se configurará una responsabilidad en comisión por omisión de tal madre. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 16.

La idea es sencilla: “la decisión sobre la calificación como de autoría o de participación de una conducta omisiva dependerá del valor de la omisión para el conjunto del hecho”<sup>227</sup>, si se trata de una limitada capacidad de configuración, se tratará de una complicidad, pero si se trata de una configuración relevante, se tendrá una aportación de autoría.

Sobre los distintos ámbitos de auto-responsabilidad se distinguen 3 grupos<sup>228</sup>:

- a) Si se trata de ámbitos de organización de los que surgen peligros que faciliten o favorezcan la conducta delictiva de terceros, habrá *participación por omisión*, ej. quien regentando una armería permite que un individuo se lleve un arma de fuego, responde como partícipe en el homicidio de quien la usa.
- b) Si se trata del control de la conducta de terceros peligrosos, se distingue por una parte si el tercero es un constitutivamente irresponsable, el *omitente será autor mediato* generalmente. Mientras que si el tercero es funcionalmente irresponsable, el *omitente será autor*.
- c) Si se trata de la asunción de una posición que implica la contención de determinados riesgos para determinadas personas. Si el agresor –cuya administración ha sido asumida- actúa a modo de peligro natural, el omitente habrá configurado por completo el hecho. Mientras que si el agresor es un sujeto autorresponsable, el *omitente será solo partícipe*, por no ostentar la configuración relevante del hecho.

### 5.3.3. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER O DE COMPETENCIA INSTITUCIONAL

Un punto relevante en la obra de ROBLES, es su postura frente a los delitos de infracción de deber, creo que de forma continua siempre ha sido crítica de ella, pero su margen de tolerancia ha ido en aumento, distinguiéndose dos momentos:

---

<sup>227</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 74. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 18.

<sup>228</sup> Son detallados en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 75-78. Igualmente: ROBLES PLANAS, Indret 2/2012, p. 19 - 20.

Inicialmente, consecuente con su postulación de un fundamento único para la comisión por omisión y la comisión, centrando ambos casos en la constitución de una relación de libertad, ROBLES traslada tal fundamento incluso a los delitos de competencia institucional, excluyendo todo campo en estricto de aplicación a tal teoría, afirmando que en ellos lo fundamental no es la esencialidad de tal ámbito social ni el llamamiento de determinados sujetos a configurarlo, sino si: “el individuo actúa fundando una relación de exclusividad [ello es que exista] un espacio que el individuo administra libremente, pudiendo llegar a excluir (jurídicamente) a los terceros (e incluso al Estado) de su relación con las personas o las cosas”<sup>229</sup>.

Esta postura le lleva a asumir un perfil crítico a la concepción de JAKOBS, señalando por ejemplo que este al afirmar la complicitad punible en los casos de conductas neutras y en contextos caóticos<sup>230</sup>, lo realiza fundamentando la responsabilidad en consideraciones institucionales, específicamente considerando a la vida en determinadas circunstancias como institución<sup>231</sup>.

Y ello le conduce a las siguientes críticas: En cuanto a las consecuencias, señala que debería tener el mismo tratamiento al contribuir con una conducta neutra activamente como el omitir impedir tal prestación. “Supondría que cada ciudadano tendría el deber, estatalmente garantiza y delegado de no favorecer hechos delictivos ajenos en situaciones de inminente lesión de un bien fundamental de la víctima”<sup>232</sup>. Se erosionan las ideas de libertad y autonomía, por cuanto la responsabilidad no surge de un acto de libertad del individuo, sino que se atribuye institucionalmente valor supremo a un bien para luego establecerse la lesión de tal deber como nexo suficiente para generar una responsabilidad, excluyéndose así una distribución de la responsabilidad en la medida del ejercicio de la autonomía<sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 61. Igualmente: ROBLES PLANAS, *Indret* 2/2012, p. 10.

<sup>230</sup> Según JAKOBS –en la explicación de ROBLES–: “si el cliente irrumpe en la tienda con su enemigo y exige un cuchillo, la entrega adquiere sentido delictivo porque han desaparecido las condiciones de la separación de roles”, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 84.

<sup>231</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 91.

<sup>232</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 91.

<sup>233</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 92.

Sin embargo posteriormente ha terminado reconociendo un espacio propio para tal estructura de imputación –ello es un espacio que no se sustenta en un espacio de administración libre- y que lo conceptúa como deberes positivos especiales<sup>234</sup>. Tal postura me parece que la construye a partir de una reinterpretación de los deberes del ciudadano, por un lado se tienen *deberes negativos* que se fundamentan en el deber intersubjetivo de respeto: separación de esferas, y en ellos la responsabilidad por las consecuencias surge del ejercicio o gestión previo de libertad con respecto a las esferas ajenas. Mientras que los *deberes positivos* se basan en un deber para la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás, en este campo la víctima ostenta frente al autor una pretensión basada en su propia condición de conciudadano frente a la generalidad y el Estado<sup>235 - 236</sup>.

Deriva de la anterior idea, que si bien ambos tipos de deberes se refieren a un mismo mundo de bienes y derechos, ambos deberes contienen una diferencia cualitativa de intensidad de la responsabilidad que generan, así los deberes negativos generan una imputación directa (con aplicación de la imputación objetiva del resultado), mientras los deberes positivos generan una imputación débil o indirecta (distinta a la imputación objetiva del resultado)<sup>237</sup>. Y a partir de allí distingue al interior de los deberes positivos: *deberes positivos generales*, que se dirigen a todos los ciudadanos y tiene como fundamento genérico la solidaridad intersubjetiva. Y *deberes positivos especiales*, que se dirigen únicamente al portador de un “estatus especial”, condición que es obtenida con una entrada

---

<sup>234</sup> Exponiendo su punto de vista indica: “Los deberes positivos incumben primariamente al Estado (...) Se trata entonces de deberes positivos especiales o en la terminología de JAKOBS de deberes institucionales. Esta última denominación cobra pleno sentido por su vinculación con las funciones asumidas por el Estado en determinados ámbitos”, en: ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 17.

<sup>235</sup> Vale la pena rescatar que previamente ROBLES descartó identificar los deberes positivos y negativos con la acción y la omisión, así también deja de lado identificar que el no realizar una prestación positiva a favor de otro con un deber positivo, sino en cambio: “quien asume como garante la realización de actuaciones de mejora sobre un tercero y llegado el momento infringe tal compromiso, lesiona en realidad un deber negativo que podría tener fenomenológicamente un contenido positivo, de mejora”, en: ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p.5.

<sup>236</sup> En suma: “la responsabilidad en virtud de la infracción de deberes negativos surge de la realización de actos de gestión sobre esferas jurídicas ajenas (que pueden dar lugar tanto a obligaciones de no empeorar como de mejorar...). De ahí que su infracción genere responsabilidad por las consecuencias. Los deberes positivos en sentido estricto se imponen con independencia de que el obligado no haya gestionado el peligro y por ello no pueden dar lugar a imputarle –al menos en el plano estructural- el resultado lesivo”, en: ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 6.

<sup>237</sup> ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 6.

voluntaria en una “institución”. Y lo especificó de estos deberes es que su sanción no se deriva de los tipos comisivos de la parte especial, que sólo tipifican deberes negativos, sino requieren una previsión expresa<sup>238</sup>.

Implementando prácticamente tal estructura señala que una imputación de resultado, solo se presentara cuando se tenga la infracción de un deber negativo que identifique un ejercicio previo de libertad, el cual además se verifica, aunque en menor medida, en la relación paterno filial con la mera entrada en tal relación jurídica que significa una asunción<sup>239</sup>. No pudiéndose imputar un resultado, en cambio, ante la infracción de deberes positivos.

Sobre la última idea, y definiendo el campo aplicación de los deberes positivos especiales, indica que al tratarse de una estrategia complementaria de procurar el bienestar corresponde tal misión al Estado y tal deber de garante en concreto se atribuye a los funcionarios públicos<sup>240</sup>, quienes asumen una posición de garantía institucional, cuyo quebrantamiento no genera responsabilidad por el resultado, sino solo una omisión pura especial y que requiere una tipificación expresa<sup>241-242</sup>. Así escribe: “la lesión de un deber positivo (un deber relativo al bienestar ajeno) en abstracto (...) no genera nunca responsabilidad por el resultado (...) *La imposibilidad de hallar en ellas un ejercicio de libertad idéntico a la acción* determina que no puedan subsumirse en los tipos comisivos, sino que requiera su expresa previsión”<sup>243</sup>.

#### 5.4. TRATAMIENTO DEL CASO 1

---

<sup>238</sup> ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 6-7. Vale la pena poner de relieve que la diferencia entre JAKOBS y ROBLES, en este extremo versa en que el primero si establece una equivalencia entre deberes positivos y negativos, mientras que el segundo afirma que hay una diferencia cualitativa entre los nombrados deberes.

<sup>239</sup> ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 12.

<sup>240</sup> No obstante lo anotado, ello no excluye los supuestos en que el Estado asuma un deber negativo específico: “cuando el Estado asume un compromiso específico de contención de riesgos (¡deber negativo! (...)) como por ejemplo en el ámbito de los reclusos en centros penitenciarios, entonces su quebrantamiento da lugar a la imputación del resultado en comisión por omisión”, en: ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 15.

<sup>241</sup> ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 13-16.

<sup>242</sup> Vale indicar aquí, que ROBLES reconoce que existe una correspondencia entre los deberes positivos especiales y las omisiones puras de garante de SILVA SANCHEZ, en: ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p.14.

<sup>243</sup> ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 17. (*la cursiva es mía*)

Aplicando el esquema desarrollado por ROBLES al caso que motiva esta investigación, su postura se puede ejemplificar indicando que si un vendedor de cuchillos omite impedir que un comprador se lleve uno de tales bienes, con el que el comprador quiere matar inminentemente a su víctima en el contexto de una pelea con conocimiento del vendedor, según ROBLES el vendedor no sería competente porque faltaría una conexión entre su aportación y el hecho delictivo, solo ha incumplido un deber de socorro a favor de la víctima o la omisión del deber de impedir determinados delitos<sup>244</sup>, por cuanto: “la única relación normativa que puede establecerse entre el primer sujeto y el hecho delictivo es a través de la pretensión de respeto (...) Y esa es una relación estructuralmente coincidente con la prestación de auxilio”<sup>245</sup>. Esta es también la solución que apuntaría ROBLES al Caso 1, la mera presencia de un sujeto en la fase ejecutiva solo lleva a un deber de impedirlo<sup>246</sup>: el policía que no participa del delito que se realiza en su presencia, solo respondería de un delito de omisión pura agravada, como es la omisión del deber de perseguir delitos por parte de funcionarios públicos<sup>247</sup>, en su terminología se trataría de la infracción de un deber positivo especial.

##### 5.5. APORTES DOGMÁTICOS Y CONSIDERACIONES CRITICAS

Considero que su mayor aporte se cifra en su tratamiento de la participación delictiva con su teoría de la intervención delictiva, llevando tal esquema a la omisión, en su concepción normativa de los deberes. Pero su postura puede afrontar un grupo de temas sueltos<sup>248</sup> que apunto a continuación:

- a) Considero que *no se logra construir una fundamentación unitaria del fundamento de todas las formas de responsabilidad a partir de la idea de “libertad”*. Como se observa de la evolución del tratamiento que brinda

---

<sup>244</sup> Aunque concluye apuntando que sería más correcto como propuesta de lege lata, graduar la responsabilidad en el ámbito de la solidaridad y acudir a una infracción cualificada, bajo la forma de omisión agravada del deber de impedir determinados delitos, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 102-103.

<sup>245</sup> Señala además: “La inminencia de la lesión y la trascendencia del bien jurídico no son datos que caigan del lado de la esfera de libertad del potencial interviniente, sino del ejecutor”, en: ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 100.

<sup>246</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, 2003, p. 257.

<sup>247</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 67.

<sup>248</sup> Un análisis de la postura de ROBLES se tiene en: SÁNCHEZ LAZARO, Indret 1/2008, p. 8-11.

ROBLES a los delitos de infracción de deber, de afirmar que la libertad podría ser el fundamento único, termino reconociendo que en los ámbitos de deberes asistenciales a cargo del Estado, no se podía reconocer un ejercicio de libertad igual al de los delitos comisivos o de deberes negativos. Y además la insuficiencia de la idea de libertad como base para toda forma de omisión, también se evidencia en el reconocimiento de atribuir responsabilidad en comisión por omisión en el caso de riesgos de posición inicial o genéricos (ej. el deber de alimentar a un niño), eventos en los que no se puede identificar siempre un acto previo de libertad, sino una atribución por parte del sistema social a los padres<sup>249</sup>. Lo cual me permite afirmar entonces, que *la conjunción de una competencia institucional y un comportamiento omisivo, llevan también a una crisis del planteamiento* de ROBLES.

- b) En específico para el caso 1, *se observa que no se brinda una sólida fundamentación para descartar la imputación por el resultado frente a la participación omisiva de un garante*. Así observo que en el caso que una madre observa como su hijo es lesionado por su pareja en un contexto de convivencia peligrosa, ROBLES reconoce la imputación del resultado a partir de una asunción tácita por parte de la madre, pero en cambio no reconoce tal tipo de asunción cuando se trata de funcionarios públicos, campo en el que es estricto y alude solo a asunciones expresas<sup>250</sup>. Mi pregunta sería: porque la asunción tácita es válida para imputar resultados en la relación paterno filial y no en la omisión de un funcionario público.
- c) Y además creo que *no resulta absoluta la identificación de la libertad o administración autónoma con la facultad de exclusión de la que gozaría el titular de una posición de garante*. Por cuanto, tal posibilidad de exclusión resultaría ser una consecuencia de la legitimidad de tal facultad de administración autónoma, y no podría ser entonces su fundamento.

---

<sup>249</sup> Yo comparto la posición de Lascurain al descartar la vigencia de la libertad en el ámbito de la relación de paternidad: “la asunción voluntaria por parte de los padres, no cuadra con la realidad fáctica ni jurídica: ni la paternidad es siempre voluntaria ni son renunciables los deberes que emanan de la misma”, en: LASCURAIN SÁNCHEZ (2002), *Los Delitos de Omisión*, p. 155.

<sup>250</sup> ROBLES PLANAS (2003), *Garantes y Cómplices*, p. 67 y 70.

## Capítulo Tercero

### BALANCE GENERAL Y CONCLUSIONES

#### 1. CRISIS DE LA DOGMÁTICA DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: Verificación de la Hipótesis Planteada

Del análisis de las posturas de dogmática penal que se han abocado a estudiar el delito de comisión por omisión, se ha obtenido una conclusión unánime, que en algunos casos es expresa y en otros se infiere: se atribuye la comisión de un delito de omisión pura u omisión agravada (omisión de socorro, art 195 CP u omisión de impedir un delito, art 450 CP) al supuesto en que un policía se limite a observar frente a él como se consuma un delito, esa es la respuesta que ofrecerían: SILVA SÁNCHEZ quien agruparía tal supuesto dentro de la clasificación de una omisión pura de garante, GRACIA MARTIN y RUEDA MARTÍN sin emplear ninguna posición de garante lo ubicarían en una forma de omisión pura, por su parte LASCURAÍN lo agruparía dentro de la categoría de omisión pura agravada, DOPICO tendría la misma conclusión y finalmente ROBLES solo anotaría el deber de impedir delitos.

Con otro ejemplo, tal conclusión significaría que si una madre observa como el padre abusa sexualmente del hijo en común, incluso fuera de un contexto de violencia doméstica, la actual dogmática penal de la comisión por omisión atribuiría un delito de omisión de socorro. Lo cuestionable de tal conclusión se puede poner en evidencia, si se

reemplaza a la madre por un tercero sin vínculo alguno con el menor agraviado, se obtendría igual consecuencia, el tercero sin vínculo parental con el menor recibiría el mismo tratamiento que la madre: no se le imputaría el resultado producido.

Lo anterior me permite formular una observación: *Existe una crisis en el modelo adoptado al atribuir una responsabilidad solo por omisión pura u omisión de garante, porque con tal tratamiento no se puede reflejar el contenido real del injusto personal del omitente*, así el hecho que el agente intervenga omitiendo conlleva a que se le brinde el mismo tratamiento que una persona que no cuenta con la nombrada calidad especial: solo se atribuirá omisión de socorro<sup>251</sup> y tal omisión pura no tiene un área para desvalorar la calidad especial del omitente, y el peligro que ello conlleva es que desaparecería el deber de procurar la indemnidad del interés que sustenta la posición especial condicionado a que se argumente la presencia de una persona responsable de ejercer una fuerza mecánica dirigida a destruir tal interés jurídico. JAKOBS tiene una semejante crítica al indicar que si se postulase la sola imputación de un delito de omisión de garante, él indica que tal respuesta privará a la renuncia de los ciudadanos de la causa del contrato social: el fin de la obediencia a las leyes es la protección a favor de los ciudadanos<sup>252</sup>.

Además se puede formular una segunda observación: *existe una crisis en la identidad del problema, porque en el trasfondo del tratamiento que se brinda a la omisión de un garante o la omisión del titular de un deber institucional, se observa un tratamiento desigual frente a la participación activa de un garante o del titular de un deber institucional, a pesar de postularse que se realiza una desvaloración por iguales razones*. Ello es trascendente por cuanto autores como ROBLES, RUEDA y DOPICO afirman que son las mismas razones las que permiten desvalorar una participación omisiva y una comisiva, llegando incluso los dos últimos a afirmar la subsumibilidad directa de la omisión en los tipos de la parte especial, pero si efectivamente se tratara de iguales razones de desvaloración, ello debería llevar a iguales títulos de responsabilidad, pero no sucede ello. Con el ejemplo anterior, si la madre apoya entregando un arma para que el padre lesione físicamente a su hijo, nadie dejaría de calificar tal actuar como una complicidad de la

---

<sup>251</sup> Téngase en cuenta que el delito de omisión de impedir delitos, es un tipo de omisión de garante que no está recogido en todas las legislaciones, así no figura en el CP del Perú, y al atribuirse el delito de omisión de socorro, se trataría de imputar un delito común a un sujeto que interviene en la lesión del bien del que se es garante, sin desvalorarse tal calidad porque se imputaría un delito común.

<sup>252</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 29/77d.

madre en el delito cometido por el padre, evidenciándose que en la doctrina contemporánea *en realidad no se emplean las mismas razones para desvalorar la participación omisiva y la comisiva*<sup>253</sup>. Este extremo, se evidencia aún más cuando ROBLES y RUEDA reconocen limitadamente la posibilidad de acuerdos tácitos de apoyo del omitente a favor del actuar de un autor, pero no lo aceptan de forma generalizada, y ello porque si se acepta con carácter general un acuerdo tácito de cooperación omisiva, todos los casos que califican como de omisión pura tendrían que ser calificados como formas de complicidad.

Y finalmente, *existe una crisis en la utilidad social de las propuestas analizadas, ello porque las definiciones que se aportan para los delitos de comisión por omisión, tienen que recurrir a un modificación de su contenido cuando abordan el deber paterno filial*. La razón de ello es que la doctrina a definido la posición de la comisión por omisión vinculándola siempre con una manifestación de un actuar libre, ya sea bajo la forma de asunción o gestión libre, pero tal presupuesto no se puede verificar en la relación paterno filial, y ello conlleva a tener que crear un subsistema de posición de garante específico porque no reúne los caracteres generales que si permiten legitimar la imputación de un delito de comisión por omisión. Tal observación se verifica en GRACÍA y RUEDA quienes no podrían explicarlo como una forma de asunción libre, el propio LASCURAÍN indica que se está ante una forma de atribución débil porque solo tiene un pilar distributivo, DOPICO termina renunciando a incluir a la relación paterno filial en una teoría general de la comisión por omisión<sup>254</sup>, y si se comparan las posiciones de ROBLES y LASCURAÍN ambos disienten en torno a la libertad para desvincularse de tal deber.

Las razones anteriores me permiten afirmar que *si se verifica la hipótesis planteada al inicio de esta investigación: el tratamiento que la intervención omisiva de un sujeto, que ostenta un deber de actuar o un deber de garante o sea titular de un deber institucional, interviniendo así en un delito ajeno, provoca que la doctrina contemporánea de la*

---

<sup>253</sup> El riesgo que ello significa es que con tal interpretación se promovería la participación omisiva en los delitos, por cuanto con tal forma de actuar si bien podría apoyar la consumación de un delito, su sanción solo se limitaría a imputación un delito de omisión pura, obteniendo entonces el omitente un motivo seriamente para decidirse a favor de apoyar un delito pero realizando una omisión.

<sup>254</sup> “La incumbencia de los padres es excepcionalmente amplia en el ordenamiento, por lo que no puede incurrirse en el inveterado error de tomarlo como modelo para hacer una teoría sobre la comisión por omisión”, en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e Injerencia*, 2006, p. 787.

*comisión por omisión entre en crisis tanto en con el modelo adoptado, en la identidad de problema y en la utilidad social de las propuestas analizadas.*

Frente a tal diagnóstico vale rescatar el carácter que atribuye el profesor SILVA a un estado de crisis: “en mi opinión, tal crisis (...) no constituye, en sí, un fenómeno negativo, al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del Derecho Penal”<sup>255</sup>. Lo que justifica apuntar la posibilidad de solventar tal problema con un modelo distinto de imputación.

## 2. LINEAMIENTOS PARA UN TRATAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN OMISIVA DEL TITULAR DE UN DEBER INSTITUCIONAL

### 2.1. TRASLADO DEL PROBLEMA A LA DOGMÁTICA DE LA COMPETENCIA POR LA INFRACCIÓN DE DEBER Y LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN

Puede convenir determinar el fundamento de la participación omisiva de un garante institucional, por una vía distinta, empleando el modelo desarrollado por JAKOBS para quien el núcleo de la imputación parte por determinar si *el sujeto era competente* para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>256</sup>. Partir del concepto de competencia a JAKOBS le lleva a presentar a la acción delictuosa como el quebrantamiento del rol social de una persona, expresamente esta disyunción la gráfica con el binomio sujeto versus persona: “El Derecho Penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede (...) disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas (...) Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales; de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada”<sup>257</sup>. Encontramos entonces que un sujeto realiza una acción penal solo si infringe su rol social, es decir si realiza una acción que le era exigible que impida a partir del ámbito de su

---

<sup>255</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2010, p. 4.

<sup>256</sup> MONTELEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y Normativismo Penal*, p.63

<sup>257</sup> JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, en: Bases Para Una Teoría Funcional del Derecho Penal, 2000, p. 38

competencia, y por ello toda acción delictuosa significa el quebrantamiento de un deber de garante en general que se sustenta en la libertad normativa de HEGEL<sup>258</sup>, los mencionados ámbitos de competencia JAKOBS los divide en dos, que constituyen a su vez los dos grandes fundamentos de responsabilidad penal<sup>259 - 260</sup>:

*La Competencia en Virtud de Organización, que da sustento al rol de ciudadano:* parte por reconocer al ciudadano una libertad de configurar el mundo y crear riesgos, pero como contrapartida establece *deberes negativos*, con un contenido esencial de no perturbar o inmiscuirse en ámbitos ajenos, se trata del *neminem laedere*, JAKOBS, explicando que en la sociedad son necesarias dos tipos de expectativas, escribe sobre las primeras “por una parte es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros”<sup>261</sup>.

*La competencia institucional, que da sustento a roles especiales:* estos roles tienen su origen en la necesidad de la existencia de instituciones sociales elementales<sup>262</sup>, y es por ello que las personas que pertenecen a tales instituciones básicas tienen deberes positivos consistentes en proteger los ámbitos de organización ajenos de ciertos riesgos, en palabras de JAKOBS: “es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir que las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos

---

<sup>258</sup> De acuerdo a MONTEALEGRE LYNETT las bases del concepto normativo de libertad se deben a Kant, para quien la libertad no va a ser concebida de forma instrumental, sin como la realización de la razón del propio sujeto que puede proferir normas de comportamiento con validez general (p. 46), pero lo conveniente fue conectar este concepto a la idea de historicidad, y este fue el aporte de HEGEL, y entonces: “la historia, el devenir social, son las condiciones verdaderas para que éste [una persona] pueda construir su existencia (...) la libertad, es algo que deviene y se debe al origen histórico. La libertad de que gozan los sujetos es la que lleva implícita el reconocimiento de los demás miembros del grupo, de manera que libertad en sentido normativo (...) es la posibilidad que tiene el sujeto de configurar sus intereses siempre tomando en consideración la existencia libre del otro”, en: MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y Normativismo Penal*, p.48 y 69.

<sup>259</sup> MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y Normativismo Penal*, p. 74.

<sup>260</sup> El pensamiento de JAKOBS es también expuesto por Eduardo MONTEALEGRE LYNETT y Jorge Fernando PERDOMO TORRES: “el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprende de los alcances de la posición de garante”, en: MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y Normativismo Penal*, p. 62 y 63

<sup>261</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 1/7

<sup>262</sup> JAKOBS, en su obra, expresa que: “se entiende por institución, en el sentido de las Ciencias Sociales, la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a éste”, en: JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 29/58 p.p. 114.

singulares. La decepción de esta expectativa conduce a delitos que se denominan *delitos de infracción de deber*<sup>263</sup>.

Puede marcarse la especificidad de este modo de atribuir responsabilidad, indicando dentro de él no se tienen como distintos a los comportamientos comisivos y los omisivos porque no es relevante la configuración fáctica del comportamiento humano, sino el determinar si una persona ha cumplido con los deberes que le incumben de acuerdo a su posición de garante, la vigencia de esta fundamentación unitaria del tipo requiere que se ubique la conducta del agente en el campo de la competencia institucional o en la competencia por organización, por cuanto las formas de participación delictiva ahora dependen de si se trate de la infracción de deberes positivos o negativos<sup>264</sup>. Lo afirmado puede ser ejemplificado de la siguiente manera, *no guarda diferencia si* el personal de seguridad de un Banco –que resulta ser garante de protección- realiza un apoyo al hurto a realizarse en el Banco, mediante la entrega de las llaves del Banco a las personas que realizaran la sustracción en comparación a si su apoyo consiste en omitir encender las alarmas de seguridad u organizar algún tipo de acción que signifique evitar el ingreso de los autores del hurto. Mientras que *si es diferente* que un sujeto observe como un bebe ajeno se asfixia al comer una manzana en comparación a si es su propia madre quien se limita a observar aquel evento.

La nombrada distinción entre competencia por organización e institucional, se refleja también al momento de tratar la intervención delictiva, brevemente se apunta a continuación tal tratamiento:

#### 2.1.1. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE *COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y LOS DELITOS DE DOMINIO*

En este apartado como en el siguiente, se analizara como es tratada la participación delictiva tanto en los delitos de competencia por organización como en la competencia por institución, para lo cual desde luego previamente se determinara cual es el contenido de cada tipo de competencia, pero para efectos de lograr una mejor comprensión de la

---

<sup>263</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 1/7

<sup>264</sup> MONTELEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y Normativismo Penal*, p. 71

propuesta, los ejemplos que se presentaran harán alusión solo a formas de defraudación omisiva.

En pocas líneas se puede afirmar que la responsabilidad por organización significa que a una persona se le reconoce la libertad de organizar el mundo conforme a su responsabilidad, así se le atribuirán la autoría en todos los actos meritorios que realice, pero también se le atribuirán las consecuencias dañinas de su actuar, y es este el costo de vivir en libertad en una sociedad, esta idea JAKOBS la explica con la imagen del sinalagma entre libertad y responsabilidad. Entonces, el contenido de la responsabilidad por organización lo conforma la responsabilidad por los riesgos que genere directamente una persona por intermedio de su actuar, lo cual constituye *la responsabilidad por la infracción del deber de aseguramiento en el tráfico* de la persona respecto de sus movimientos corporales<sup>265</sup>, y es por ello, que estos delitos se llaman de dominio, porque la responsabilidad surge de un acto organizativo<sup>266</sup>.

Ahora bien además del contenido en mención, también una persona puede organizar el mundo en coordinación con otra persona o tener el deber de sustituir la organización sustraída a otra persona, lo que se llevara tanto a partir de una *asunción voluntaria* como de una imposición a un tercero, ello es *la injerencia*. En palabras de JAKOBS: “un deber de aseguramiento en el tráfico no sólo puede hallarse vinculado a la mera titularidad respecto de un ámbito de organización, sino también puede anudarse a un específico comportamiento de organización a través del cual se anulan los dispositivos de protección de otro ámbito de organización (...) es corriente en dos configuraciones: por un lado, la sustitución de un mecanismo de protección primario, que el otro abandona de modo consensuado –se habla de asunción voluntaria- y, por otro, la imposición de la privación de la protección primaria –se habla de injerencia”<sup>267</sup>. Como ejemplo del tema de la participación omisiva con competencia por organización, específicamente un caso del genérico deber de aseguramiento del tráfico se tendría el siguiente caso: el señor A voluntariamente deja abierta la puerta de su casa, a efecto que un grupo de sujetos ingresen por su puerta con destino a la casa de su vecino Y, y entonces sustraigan los bienes de su interior.

---

<sup>265</sup> Véase: JAKOBS, *Actuar y Omitir*, en: AA.VV.; Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, 2005, p. 164

<sup>266</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 21/16.

<sup>267</sup> JAKOBS, *Actuar y Omitir*, p. 165

Ahora la participación en los delitos de organización se determina de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, así entonces será autor quien domina la realización del hecho, mientras que será cómplice aquel que brinda un apoyo sin el cual no se habría podido realizar el delito<sup>268</sup>. Con esta explicación se puede definir la resolución del caso antes mencionado: el señor A, teniendo en cuenta que realizó un apoyo para la perpetración del hurto en el casa del señor Y, el cual se materializó en omitir cerrar su puerta de ingreso, tendrá responsabilidad como cómplice del hurto. Ahora un segundo ejemplo: la niñera X un día lunes conduce a un paseo al niño B al parque de la ciudad, lugar donde el menor es tomado del brazo por el sujeto Y secuestrándolo, evento en el cual la niñera se limitó a observar su realización por cuanto mantenía deudas pendientes con el padre del menor. En tal caso, al tratarse de un caso de asunción voluntaria, como forma de responsabilidad por organización, la niñera solo responderá como cómplice del secuestro.

#### 2.1.2. LA INTERVENCIÓN EN LOS DELITOS DE *COMPETENCIA INSTITUCIONAL*

Como se mencionó previamente la segunda forma de responsabilidad es la competencia institucional, cuyo contenido está delimitado por la existencia de deberes positivos, que tienen un contenido de aportaciones para que se cree una institución que funcione, pero para ser tal, la institución respecto de la cual se pretenda que genere deberes garantizados por el Derecho Penal ha de mostrar una relevancia social que no sea inferior a la que corresponde a la relación entre libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias<sup>269</sup>. JAKOBS detalla como formas de instituciones con relevancia penal las siguientes: la relación entre padres e hijos (que incluye no solo el vínculo derivado de un matrimonio formal, sino también la adopción), la confianza especial de evitar peligros elementales (los bomberos o el hospital de emergencias privado), las relaciones estatales, la custodia policial para la seguridad elemental, la sujeción a las leyes de la administración y la jurisprudencia como la base de todo el Estado de Derecho<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 29/32 a 35

<sup>269</sup> Sobre este tema, véase: JAKOBS, *Actuar y Omitir*, p. 174 y sig.

<sup>270</sup> JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84. Vale mencionar que en esta última contribución solo mencionan 6 instituciones, dejando de nombrarse al matrimonio (“*ferner die Ehe*”) que si era mencionado en su tratado, véase: JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 29/58.

En mérito a los ejemplos presentados en este trabajo, es importante explicar dos instituciones: *la paternidad*, puede afirmarse que ella es una institución imprescindible para la existencia de la sociedad, su existencia es indisponible y no se tiene alternativa a la necesidad de procurar un desarrollo de los hijos nacidos dentro de una sociedad, por lo que justifica su carácter institucional, pero tiene su límite en el momento en que los hijos alcanzan la mayoría de edad y a su vez este deber tiene un alcance marcado por la medida en la que padres e hijos practican un mundo común<sup>271</sup>.

*Las relaciones estatales de poder*, siendo el contenido de tal deber garantizar en caso de necesidad al menos un nivel mínimo de condiciones de subsistencia<sup>272</sup>. Surgiendo tal deber de garante cuando el poder Estatal al tener que organizar la integridad de los bienes del supeditado empeore sus condiciones de existencia (ej. la prisión), y si no se trata de tal tipo de organización sin alternativas, la relación de poder se corresponde con un deber de cuidar como deber de garante<sup>273</sup>, y creo que dentro de este último grupo se encontraría a *el deber de seguridad interna*, deber que se sustenta en que el Estado de los ciudadanos se define a través de su deber de prestar seguridad, en tanto existe, en cambio si el Estado sólo estuviera obligado como cualquiera por los delitos de omisión de denuncia (§138 StGB) o la omisión de prestar socorro (§ 323 StGB), esta limitación privará a la renuncia de los ciudadanos de la causa del contrato social: el fin de la obediencia a las leyes es la protección a favor de los ciudadanos. Así entonces, es la policía, como forma descentralizada del Estado, el garante de proteger contra la delincuencia<sup>274</sup>.

Ahora definido el contenido de la competencia institucional, resta explicar el tratamiento que recibirá la participación omisiva: entonces al tratarse de la actuación de deberes positivos, que a su vez son personalísimos, el obligado que preste todo apoyo que sea relevante jurídico penalmente, ello es tanto un apoyo definido como complicidad o

---

<sup>271</sup> JAKOBS, *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*, p. 135

<sup>272</sup> JAKOBS, *Actuar y Omitir*, p.175

<sup>273</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º Ed., Apdo. 29/74.

<sup>274</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 29/77d. En sentido semejante, sobre el deber de seguridad interna a cargo de los policial PAWLIK indica que también debe comprenderse que este garantizado el ordenamiento estatal de la paz o la instauración de una infraestructura de seguridad, por cuanto es cometido fundamental del Estado: “el garantizar un estado de sociedad, en el que los delitos sean percibidos como excepciones, que no puedan conmovier de modo considerable el sentimiento básico que todos tienen del ordenamiento, en concreto: la convicción de los miembros de la sociedad de vivir en un estado de libertad real”, en: PAWLIK, Michael; *El Funcionario Policial Como Garante de Impedir Delitos* (Traducción de Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti); en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 21, p. 148

un actuar de autoría, siempre infringirá su deber de modo directo, por lo que *siempre será autor*<sup>275</sup>, y en aplicación directa al tema a tratar JAKOBS afirma: “como el curso lesivo transcurre siempre súbitamente en el mundo del obligado, este es siempre autor, y también, si él coopera con otros en una organización lesiva”<sup>276</sup>, y en sentido contrario: “en el área de los deberes positivos no hay participación, por el contrario solo ejecución”<sup>277</sup>.

Resolviendo *el caso 1, la respuesta sería la siguiente*: el efectivo policial que observa como sus compañeros de trabajo extorsionan a un ciudadano, y frente a ello omite iniciar toda acción para evitar tal curso lesivo, sería autor del curso lesivo tan igual como sus compañeros que emplearon violencia para lograr tal objetivo. Y resolviendo un ejemplo antes citado: si una madre observa como un tercero lesiona físicamente a su hijo, y frente a ello permanece inactiva, será igualmente responsable del delito de lesiones como lo es quien ejerce tal violencia sobre el menor, porque en la omisión de la madre se verifica la presencia de su deber institucional: paternidad.

Antes de concluir este trabajo de investigación, vale abordar un posible cuestionamiento, que surgiría a partir del Caso 2 mencionado en la introducción de este trabajo, que conforma un caso de responsabilidad institucional referida a las prestaciones del Estado: “El funcionario policial P está haciendo el recorrido de todas las tardes, por el barrio residencial a su cargo. En un sector de jardines de mala visibilidad desde la calle, divisa casualmente al ladrón E, a quien él conoce bien como tal, y nota que éste se dispone a irrumpir en la casa de O, que está de viaje. P podría arrestar a E sin mayores dificultades, como él mismo reconoce, y así impedir el robo. Pero quiere regresar tan rápidamente como sea posible a la comisaría, en la que se está transmitiendo un importante partido de fútbol. Por ello decide “no haber visto nada” y sigue su ronda. El robo tiene éxito, E le sustrae a O una serie de valiosos objetos de arte”<sup>278</sup>, este caso es resuelto por PAWLIK señalando que el policía ha realizado un actuar omisivo que significó el no impedir la

---

<sup>275</sup> JAKOBS, *Actuar y Omitir*, p. 180

<sup>276</sup> JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 91. Igualmente en su tratado: “los delitos de omisión en los que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber (...) su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor (...) ello es así también en la intervención del obligado especialmente, mediante acción”, en: JAKOBS, *DP PG*, 2º Ed., Apdo. 29/106 y 107.

<sup>277</sup> JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 63.

<sup>278</sup> PAWLIK, *El Funcionario Policial Como Garante de Impedir Delitos*, p. 130

comisión del nombrado delito patrimonial, quebrantando su deber como funcionario representante del Estado en tanto institución, y por lo tanto es *autor* de tal delito.

Si bien, la solución anterior es totalmente coherente con los presupuestos desarrollados, creo que evidencia *un defecto de la teoría de los delitos de competencia institucional*, la incondicional imputación del resultado a partir solo del quebrantamiento de un deber, que conllevaría al “*riesgo de una objetivación niveladora*”<sup>279</sup>, bajo la siguiente forma: si un ciudadano realiza un delito de hurto o robo, para imputarle tal resultado será necesario que realice un riesgo prohibido y además que tal riesgo se verifique en la producción del resultado. En cambio, si un efectivo policial infringe su rol de prestar seguridad al no impedir la producción de un hurto, bastara con tal lesión a su deber, para imputarle el nombrado delito de resultado. Igualmente ROBLES también ha puesto de manifiesto tal falencia en la imputación del resultado en los delitos de infracción de deber: “la afirmación de que el daño puede imputarse con la mera lesión de una institución supone una excepción no justificada al principio general y echa por tierra el principio de lesividad que incorpora y desarrolla minuciosamente la teoría de la imputación objetiva (...) No se pretende aquí negar que tales lesiones a aquellas –u otras- instituciones puedan alcanzar el umbral del merecimiento de pena. Lo que sí se niega es que ello sea equivalente a la imputación objetiva del daño. Por consiguiente, esto último habrá de requerirse siempre para generar responsabilidad equivalente a la comisión activa”<sup>280</sup>.

Al tener un falencia la incondicional imputación del resultado en los delitos de infracción de deber, podría apuntarse un camino para evitar el nombrado riesgo de nivelación objetiva de responsabilidad, pero manteniendo el sistema de imputación definido por las competencias de cada persona.

---

<sup>279</sup> Tal caracterización la aporta DEMETRIO CRESPO al analizar el criterio de competencia institucional, indica: “ni puede fundamentar una posición de garante, ni tampoco determinar en todo caso la imputación a título de autor. El riesgo nunca deseable de objetivación niveladora en la atribución de responsabilidad penal que subyace al mismo –que no cabe amparar en pretensión generalizada alguna- salta a la vista”, en: DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad Penal por Omisión del Empresario*, 2009, p. 172.

<sup>280</sup> ROBLES PLANAS, Indret 4/2013, p. 9. Creo que también RUEDA, pone como punto de acento a la crítica de los delitos de infracción de deber la no distinción, en: RUEDA MARTÍN prólogo a: RUEDA MARTÍN, *¿Participación por Omisión?*, 2013, p. 19. Creo que el riesgo de imputar un resultado con la sola verificación de la infracción de un deber de evitar el resultado, es un problema cuyo síntoma también se observa en lo señalado por MIR PUIG al indicar que la imputación de un resultado en la omisión se verá satisfecha con una posición de garante más la posibilidad de evitar el resultado, así en: MIR PUIG, *DP PG*, 12/79.

## 2.2. APUNTE SOBRE LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: UNA DELIMITACIÓN A PARTIR DE LAS ESFERAS DE COMPETENCIA

Considero que el Prof. SILVA SÁNCHEZ, define de forma clara el campo que puede desempeñar una intervención omisiva para la imputación del resultado, al indicar que *una omisión no crea un riesgo y entonces tampoco lo incrementa*, expresamente él señala: “mi idea es (...) que la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos que provienen de otras fuentes, fundamenta un dominio sobre el riesgo (que entonces se hace típicamente relevante) perfectamente idéntico al que se obtiene con la comisión activa. *Prueba de que la omisión no crea el riesgo* en los casos que aquí nos interesan es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con una responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo)”<sup>281</sup>. Entonces, *al tenerse que el incumplimiento de un deber de protección no incrementa un riesgo, nada impide recurrir a otros criterios para limitar la imputación del resultado y legitimar así la imputación del resultado*, tal consecuencia la reconoce ROBLES, señalando que en el supuesto que la imputación del resultado revelará alguna importancia entre la distinción entre una omisión pura y una comisión por omisión en tal caso: “cobrarían relevancia otros criterios normativos relacionados con la posibilidad de fundamentar las correspondientes normas en decisiones específicamente jurídicas sobre *la legitimidad de asignar a determinadas esferas individuales* determinados deberes con respecto a ciertos peligros y/o personas”<sup>282</sup>.

Del apunte tomado podría delinear una estructura: si bien los delitos de infracción de deber pueden consumarse con un comportamiento omisivo, ellos no dejan de exigir un riesgo prohibido, pero la imputación del resultado no puede depender del incremento de tal riesgo, debido a que un comportamiento omisivo no puede generar tal incremento, lo que conlleva a que el campo de la realización del riesgo en la imputación objetiva del resultado en los delitos de infracción de deber sea ocupado por otros criterios, que igualmente servirán para delimitar la imputación

---

<sup>281</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La Regulación de la Comisión por Omisión (art. 11)*, p. 63 p.p. 157 (*la cursiva es mía*).

<sup>282</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2003, p. 59 (*la cursiva es mía*).

del resultado a un comportamiento omisivo, *tal criterio considero que puede ser la estructura de las esferas de competencia.*

La idea separación de esferas creo que puede ser complementada con la idea de que expectativas se pueden esperar de cada persona, en nuestro caso que se puede esperar del Estado o de un ciudadano frente al delito cometido por otro. SILVA SÁNCHEZ en el marco de la criminalidad económica señala que el problema de la intervención de varias personas en el proceso productivo puede ser solventado con el criterio de *la separación de esferas de competencia*: “cuando resulta posible vincular a diversos sujetos (...) con la producción de un resultado delictivo, es fundamental determinar (...) en la esfera de competencia de quién se produjo la configuración de un foco de riesgo no controlado (...) Resulta perfectamente posible que se den entrecruzamiento o superposiciones entre las esferas de competencia”<sup>283</sup>. Para la vinculación de las esferas de competencia con la definición de expectativas institucionales, es útil recordar que JAKOBS señaló que con la denominación de deberes estatales es una abreviación para referirse por una parte a los deberes que afectan a las personas físicas que actúan para el Estado y por otra parte se trata de los deberes del propio Estado, en función de *que es lo que el Estado puede organizar en general por intermedio de personas físicas*<sup>284</sup>. Con las ideas apuntadas puedo distinguir *entre las prestaciones que puede dar el Estado y aquellas prestaciones que no puede aportar por estar fuera de su organización, y este ámbito estaría conformado por la libertad del ciudadano*. La idea que subyace entonces es que *si se puede imputar un resultado al omitente que sea titular de un deber institucional, pero solo aquellos riesgos que se encuentren dentro de tal esfera de competencia institucional, y tales riesgos se identificaran con los riesgos que puede organizar el titular de tal deber institucional.*

Yo lo explicaría de la siguiente forma: *el Estado –como persona jurídica- puede ofrecer a la ciudadanía la expectativa de que sus funcionarios públicos no cometan delitos*, porque como se ha indicado en el análisis de las posiciones de garante, en el caso de los funcionarios públicos si se verifica un acto de asunción

---

<sup>283</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2013, p. 92.

<sup>284</sup> JAKOBS, *DP PG*, 2º ed., Apdo. 29/58 p.p.149.

y en consecuencia de supeditación de los funcionarios públicos a los lineamientos del Estado cuyo vértice principal es la idea del Estado de Derecho que exige la sujeción de la administración a las leyes<sup>285</sup>, *pero en cambio el Estado no puede ofrecer a la ciudadanía la expectativa de que los ciudadanos no ejecuten delitos*, porque esta última condición depende de la libertad de aquellos, y más aún del Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 Const.), en otras palabras el Estado –como persona jurídica- no puede organizar cuando un ciudadano va a delinquir o cuando no va a realizar ello, pues tal hecho esta fuera de la competencia del Estado y en su lugar en la esfera de competencia del ciudadano<sup>286</sup>. Y por ejemplo: si un policía se limita a observar como un sujeto comete un hurto, no se podría exigir al policía la expectativa de que tal delito patrimonial no se ejecute ello debido a que tal ejecución depende de la libertad de la persona que realice tal sustracción, por lo que no se le podría imputar tal resultado al Policía, solo se le podría exigir el deber de evitarlo, que guardaría correspondencia con el delito de omisión de garante, esta sería la respuesta que se postula al *Caso 2* detallado en la introducción de este trabajo. Y en cambio, si un Juez se limita a observar como uno de sus secretarios recibe dinero por parte de un particular para favorecerlo en el trámite de un asunto judicial, entonces tal Juez es tan responsable como el secretario del delito de cohecho, porque el Estado por intermedio del Juez podía procurar que prevalezca dentro de todos los engranajes del poder judicial la idea de Estado de Derecho<sup>287</sup>.

Yo creo que la idea detallada también puede ser llevada a la relación paterno-filial, y tendría la siguiente forma: *un padre –como titular de la relación paterno-filial - puede ofrecer a la ciudadanía la expectativa de que sus hijos serán protegidos en su integridad física*, porque no hay forma alternativa en la sociedad

---

<sup>285</sup> JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84. Podría considerar yo que la expectativa institucional referida a que el Estado es garante de la seguridad interna, se implementada con la expectativa institucional de la sujeción de los funcionarios públicos a las leyes.

<sup>286</sup> Creo que vale diferenciar entre la expectativa de organizar un hecho determinado y la expectativa de impedir un hecho determinado. Así, no es lo mismo la expectativa de organizar el actuar del ciudadano dirigiéndolo a determinado fin, en comparación al deber de procurar el Estado que el ciudadano actúe de determinada manera, la diferencia entre ambas expectativas se encuentra en que *la libertad de un ciudadano es un ámbito fuera de la organización del Estado*.

<sup>287</sup> Considero que al formar parte el secretario judicial del sistema de justicia, ello significa una aceptación de vincular el actuar de tal persona a las leyes, vincular el actuar de un funcionario público al ordenamiento jurídico es la expectativa que si se puede predicar dentro de la esfera del Estado, en tal caso *el Estado si puede organizar el actuar de uno de sus funcionarios, porque el Estado actúa por medio de ellos*.

de criar a un hijo más que procurar su bienes por intermedio de sus padres, resultando los hijos supeditados a las decisiones de gestión que tomen sus padres, *pero en cambio un padre no puede ofrecer a la ciudadanía la expectativa de que sus hijos no ejecuten delitos*, porque esta última condición depende de la libertad de aquellos pero en especial del Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 Const.). Y así por ejemplo: si una madre se limita a observar como un sujeto somete por la fuerza a un abuso sexual a su hija, entonces tal madre es tan responsable como el sujeto que ejecutó tal ilícito, porque *la relación paterno filial por intermedio de la madre* procura que prevalezca la indemnidad de los hijos a cargo de sus padres. Y en cambio, si un padre se limita a observar como uno de sus hijos coopera en la consumación de distintos delitos patrimoniales, al padre no se le exigirá la expectativa de que tal delito patrimonial no se ejecute ello debido a que tal ejecución depende de la libertad de su hijo –que es una esfera de competencia independiente de él-, por lo que no se le podría imputar tal resultado al Padre.

Finalmente, quisiera recalcar que la postura que se apunta en este trabajo solo trata de reconocer que es correcto identificar que en un sistema de responsabilidad pueden reconocerse grados de responsabilidad, siendo en cambio muy limitado reconocer una clasificación binaria como omisión y comisión para fundar sobre ella todo un sistema de responsabilidad, en igual sentido SILVA indica: “resulta imprescindible renunciar a (...) clasificaciones binarias. Debe abandonarse, pues, el criterio estrictamente clasificatorio mediando concepto de orden, aceptando que, en un objeto, determinada propiedad puede constatarse en mayor o menor medida”<sup>288</sup>. Para graficar la respuesta que se ofrece a la imputación del resultado a las personas que ostentan un deber institucional y que intervienen omisivamente en el hecho delictivo consumado por otro, permítaseme mostrar un último ejemplo: el sujeto X inicia la ejecución de una acción de homicidio en perjuicio del menor Y al interior de la casa de este último, y en tal instante hace su ingreso A quien es padre del menor junto a 2 amigos de aquel, los sujetos B y C, siendo este último un policía, quienes en conjunto se limitan a ver como se realiza tal acción lesiva, de producirse el resultado,

---

<sup>288</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2010, p. 289.

entonces el resultado de homicidio sería imputable al sujeto A, por haber incumplido su deber institucional de padre, se imputaría al sujeto B el delito de omisión de socorro por cuanto es solo un tercero que incumplió un deber de solidaridad, al sujeto C se le imputaría el delito de impedir la comisión de delitos por haber realizado una omisión de garante, y finalmente al sujeto X se le imputaría también el resultado de homicidio tan igual como al garante que se limitó a ver la ejecución del delito.

### 3. CONCLUSIONES

- La doctrina contemporánea de la comisión por omisión entra en crisis al afrontar los casos de participación omisiva de un garante de protección o del titular de un deber institucional. Ello porque atribuyendo a tal caso una responsabilidad por un delito de omisión pura u omisión de garante, no se puede reflejar el contenido real y total del injusto personal del omitente, generando *una crisis con el modelo adoptado*. Además, al tratarse de forma desigual a la participación omisiva frente a la participación comisiva, se provoca *una crisis en la identidad del problema*. Y finalmente, al no poder englobar los deberes paternos filiales con el resto de posiciones de garantía en un solo sistema de comisión por omisión, se produce *una crisis en la utilidad social* de las propuestas analizadas.
- Frente a tal contexto, se postula abordar el problema de la participación omisiva del titular de un deber garante institucional, en base a un sistema que atribuya responsabilidad a partir de las competencias de cada persona.
- Entonces, al tratarse el problema de la participación omisiva del titular de un deber institucional que se limita a ver como se ejecuta un delito frente a él, a tal persona se le atribuirá el título de autor y la responsabilidad por el resultado producido, pero tal atribución del resultado será limitada *solo a los resultados que formen parte de la esfera de organización de tal competencia institucional*, limite que se define a partir de la separación de competencias orientado a definir las expectativas que se puedan organizar con el establecimiento de una institución.

- A partir de lo anterior y desde el punto de vista de un garante institucional que se limita a observar la comisión de un delito, se podrá distinguir entre: Por una parte, si el garante institucional –por ej. un policía- se limita a observar como es otro garante institucional quien ejecuta tal delito, en tal caso se afirmara la imputación de tal resultado al omitente por cuanto *el Estado –como persona jurídica- puede ofrecer a la ciudadanía la expectativa de que sus funcionarios públicos no cometan delitos*, porque en ellos si se verifica un acto de asunción y en consecuencia de supeditación a la idea del Estado de Derecho que exige la sujeción de la administración a las leyes. Y en cambio, por otra parte, si el garante institucional, se limita a observar como un ciudadano ejecuta un delito, en tal caso no se afirmara la imputación de tal resultado al omitente por cuanto *el Estado no puede ofrecer a la ciudadanía la expectativa de que los ciudadanos no ejecuten delitos*, pues tal hecho esta fuera de la competencia del Estado y en su lugar se ubica en la esfera de competencia de cada ciudadano, específicamente con el Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 Const.).

## BIBLIOGRAFÍA

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Responsabilidad Penal por Omisión del Empresario*, Iustel, Madrid, 2009.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2013), “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, en: ARROYO/NIETO (dir.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 165 y ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2011), “Caso del Cobertizo”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2º Ed., La Ley, Madrid.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2006), *Omisión e Injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2004), “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, en: *RDPC* 2ª época Nº extraord. 2, págs. 279 y ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2002), “Omisión de Socorro tras Accidente Fortuito. La Imputación de Sucesos Lesivos a Conductas Lícitas”, en: ADPCP t. LV-2002, págs. 236 y ss.

GRACIA MARTIN, Luis, “La Comisión por Omisión en el Derecho Penal Español”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Idemsa, Lima, 2004, págs. 115-163 (Originalmente fue publicado en 1994).

GRACIA MARTIN, Luis, “Los Delitos de Comisión por Omisión (Una Exposición Crítica de la Doctrina Dominante)”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Idemsa, Lima, 2004, págs. 171-245 (Originalmente fue publicado en 2001)

GRACIA MARTIN, Luis, *El Actuar en Lugar de Otro en Derecho Penal, I Teoría General*, Universidad de Zaragoza, 1985.

GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (2008), *Injusto y Participación. Recensión a Ricardo Robles Planas Garantes y Cómplices*, InDret 1/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

JAKOBS, Günther, *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

JAKOBS, Günther (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional“(trad. M. Cancio Melía y Feijóo Sánchez), en: *Bases Para Una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Lima, 1997, págs. 19 y ss. (≅ JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropáischem’ Prinzipiendenken, Oder, Verabschiedung des ‘alteuropáischen’ Strafrechts?“, en *ZStWN*° 107, 1995, p. 843 y ss.).

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997 (≅ JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1991).

JAKOBS, Günther, “Actuar y Omitir”, en: YACOBUCCI (Dir.), *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI L-H al Profesor Günther Jakobs*, Ara, Lima, 2005, p. 157-181.

JAKOBS, Günther, “La imputación Penal de la Acción y de la Omisión”, en: JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 99-148 (≅ JAKOBS, Günther, “Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen», publicado por la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaften, Vortrag G 344, Opladen, 1996).

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2014), “Salvar al Oficial Ryan (Sobre la Responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento) “, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Edisofer y B de F, Buenos Aires.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2002), *Los Delitos de Omisión: Fundamento de los Deberes de Garantía*, Civitas, Madrid.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9ª Ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y Normativismo Penal Una Introducción a la Obra de Günther Jakobs”, en: YACOBUCCI (Dir.), *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI L-H al Profesor Günther Jakobs*, Ara, Lima, 2005, págs. 23-92.

MOLINA, Gonzalo Javier, *Delitos de Omisión Impropia*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2014.

ROBLES PLANAS, Ricardo (2013), *Deberes Negativos y Positivos en Derecho Penal*, InDret 4/2013 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

ROBLES PLANAS, Ricardo (2012), *Los Dos Niveles del Sistema de intervención en el Delito (El Ejemplo de la intervención por omisión)*, InDret 2/2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS, Ricardo (2007), *Garantes y Cómplices La intervención por omisión y en los Delitos Especiales*, Atelier, Barcelona.

RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, *Sobre la Necesidad de Exigir una posición de Garante para Atribuir una Responsabilidad Penal*, InDret 1/2015 ([www.indret.com](http://www.indret.com))

RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, “La Cooperación por omisión en un Delito de Acción Doloso y la Determinación de su Identidad con la Cooperación Activa: Una Propuesta”, en: GIMBERNAT/GRACIA/PEÑARANDA/RUEDA/SUÁREZ/URQUIZO (Ed.) *Dogmática del Derecho Penal L-H a Bernd Schünemann por su 70º Aniversario*, t. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 439 y sig.

RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles, *¿Participación por Omisión? Un Estudio Sobre la Cooperación por Omisión en un Delito de Acción Doloso cometido por un Autor Principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, B de F, Buenos Aires, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2<sup>a</sup> ed., B de F, Buenos Aires, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El Delito de Omisión Concepto y Sistema*, 2<sup>a</sup> Ed., B de F, Buenos Aires, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María “La Regulación de la Comisión por Omisión (art. 11)”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Artículo 11”, en: *Estudios Sobre los Delitos de Omisión*, Grijley, Lima, 2004, p. 209-256 (≅ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Artículo 11”, en: *Comentarios al Código penal (Cobo del Rosal dir.) 1.1*, Madrid, 1999, p. 441 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?”, en: *Estudios Sobre los Delitos de Omisión*, Grijley, Lima, 2004, p. 143-165 (≅ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, en: *RevJcaCat* n.º 2 (1992), págs. 439 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en: *Estudios Sobre los Delitos de Omisión*, Grijley, Lima, 2004, p. 95-134 (≅ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, en: *CPC* n.º 38, 1989, págs. 367 y ss).